

A proposito del danno da perdita di *chance* nel diritto del lavoro pubblico*

About loss of chance damage in the public sector

Lorenzo Maria Dentici

Ricercatore confermato e professore aggregato di Diritto del lavoro nell'Università di Palermo.

SOMMARIO: 1. Premessa: l'occasione, il ricordo e il metodo. – 2. Il danno da perdita di *chance* nel diritto del lavoro pubblico. – 3. L'*onus* probandi e la natura del danno risarcibile. – 4. Dai principi al caso concreto: un diritto pretorio. – 5. Alla ricerca di coordinate affidabili. – 6. Profili fiscali del danno da perdita di *chance* nel rapporto di lavoro.

Sinossi: Il saggio prende in esame la fattispecie del risarcimento del danno da perdita di *chance* nel pubblico impiego, segnalando come questo sia uno degli istituti in cui si apprezza la relazione complessa tra diritto civile e diritto del lavoro. Attraverso un'analisi della giurisprudenza di legittimità e di alcune decisioni di merito, l'Autore mette in luce numerose criticità applicative soprattutto in ordine all'assenza di criteri univoci per la sua quantificazione.

Abstract: *The essay examines the case of compensation for loss of chance in public sector, that shows the complex relationship between civil and labor law. Analyzing case law (both by Supreme Court, and Tribunals and Courts of Appeal) the Author highlights the most critical application issues, especially with regard to the absence of unambiguous criteria for the quantification of the damage.*

Parole chiave: danno da perdita di *chance* – pubblico impiego – natura – onere della prova – trattamento fiscale

Key Words: *loss of chance damage – public sector – nature – burden of proof – tax system*

* Di prossima pubblicazione in *Scritti in memoria di Mario Napoli*. Il saggio costituisce il testo della relazione tenuta al Convegno nazionale Agi 2024 «...Fondata sul lavoro» (Roma, 3-5 ottobre 2024) al *workshop* 4 su «La responsabilità della P.A. e dei suoi dipendenti».

1. Premessa: l'occasione, il ricordo e il metodo

Ho avuto il privilegio di conoscere Mario Napoli durante il mio periodo di formazione *post lauream* nel corso di Dottorato di ricerca in Diritto dell'impresa presso l'Università di Palermo, da me frequentato tra il 2001 il 2003.

Negli anni del percorso formativo si sono avvicinati nel Dipartimento di diritto privato generale dell'Ateneo palermitano i migliori studiosi del diritto civile, del diritto del lavoro e del diritto commerciale.

Tra questi rimasi particolarmente colpito dalla personalità sobria e autorevole di un autentico Maestro del diritto del lavoro, con la cui scuola gli studiosi palermitani hanno sempre coltivato proficui rapporti di collaborazione umana e scientifica, coronati nella pubblicazione di due volumi: il primo dedicato al lavoro a tempo determinato nella prospettiva europea e comparata¹ e il secondo a un cruciale snodo della riforma del lavoro pubblico². Durante gli anni di formazione post-universitaria e nel corso della successiva collaborazione scientifica, vi è sempre stata un'autentica affinità con la scuola dell'Università cattolica del Sacro Cuore e con tutti gli allievi del Maestro; di tale legame ancor oggi faccio tesoro per la ricchezza scientifica e soprattutto umana.

Anche negli anni successivi al dottorato, Mario Napoli ha continuato ad animare i ricchissimi seminari dottorali.

E in tali contesti, nel 2007 rimasi colpito da una sua magistrale lezione su «Autonomia e specialità del diritto del lavoro»: una straordinaria sintesi di profondità di pensiero e di lucidità³.

Mario Napoli rivendicò con la schiettezza che gli era propria – ma con altrettanta fermezza – come precisa linea metodologica l'impossibilità di postulare una sudditanza (declinabile nei termini di un rapporto tra diritto primo e diritto secondo) tra diritto civile e diritto del lavoro. E anzi assecondò delle due materie una visione osmotica e biunivoca, fatta di reciproci e arricchenti travasi.

Come sovente accadeva nei suoi scritti, Mario Napoli prese le mosse da un passo di Luigi Mengoni, tratto da un saggio apparso sul *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* nel 1990⁴, avente ad oggetto proprio l'influsso reciproco tra diritto civile e diritto del lavoro.

¹ GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003.

² GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 150/2009, c.d. "Riforma Brunetta"*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, poi pubblicata nel volume NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013.

³ La lezione di NAPOLI è stata pubblicata successivamente in PLAIA, *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle discipline di settore*, Giuffrè, 2008, 253 con il titolo *Autonomia e specialità del diritto del lavoro*.

⁴ MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, 1990, 5 ss.

Qui si osservava: «il Diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile, ha uno spirito proprio che gli conferisce un'autonoma ragion d'essere, ma non è autosufficiente: infrastrutture e snodi gli sono forniti dal diritto civile. In questo senso un'autorevole civilista tedesco ha paragonato la dogmatica del diritto del lavoro alle vecchie carte geografiche, nelle quali comparivano qua e là delle macchie bianche (con la scritta: *bic sunt leones*)».

Il richiamo a Luigi Mengoni è funzionale a delineare un ruolo paritario per il diritto del lavoro, declinabile, nel rapporto con il diritto civile, più in termini di specialità/generalità, rispetto alle limitanti categorie del diritto primo/diritto secondo, che annettono giocoforza una valutazione di tipo assiologico, con conseguente perdita di autonomia scientifica del diritto del lavoro, rispetto al più ampio diritto civile.

Il rifiuto di questa prospettiva porta Mario Napoli a rimarcare che, pur essendo il diritto del lavoro, almeno nella sua dimensione di regolazione dei rapporti di lavoro, parte integrante del diritto civile, la relazione con quest'ultimo si articola in termini di reciprocità.

Perché, se è vero che è il primo trae da secondo il metodo e le infrastrutture logiche, è altrettanto incontestabile che il diritto del lavoro sia stato un terreno di elezione (spesso una vasta prateria, ubicata in prossimità delle aree più periferiche del diritto dei privati), ove alcuni istituti del diritto civile hanno sviluppato nuove e inattese prospettive. Sicché le soluzioni proprie del diritto del lavoro hanno finito per proiettare la loro spinta innovativa sulle stesse categorie civilistiche⁵, talora con soluzioni difficilmente metabolizzate dal civilista *tout court*.

2. Il danno da perdita di *chance* diritto del lavoro pubblico

La scelta del tema nasce pertanto da questa chiara consapevolezza, tributaria del magistero di Mario Napoli: il diritto del lavoro è un diritto speciale che, pur mutuando le categorie civilistiche, fornisce a queste ultime ampi spazi applicativi e la possibilità di sviluppare feconde soluzioni creative.

In questo contesto mi concentrerò su un istituto, quello del risarcimento del danno da perdita di *chance*. Si tratta di nozione di matrice civilistica⁶, che trova proprio nel diritto del lavoro (e per quel che qui interessa in particolare nel lavoro pubblico privatizzato) lo spazio per sviluppare le sue molteplici potenzialità.

Il ristoro della *chance* perduta è un profilo specifico della responsabilità risarcitoria della p.a.

⁵ Paradigmatico è il travaso dal diritto del lavoro al diritto civile in materia di tutela della riservatezza, su cui RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, seconda edizione, Il Mulino, 2021, ma già ID., *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, 1973.

⁶ Da ultimo, sul tema MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Giappichelli, 2022; TASSONE, *Causalità e perdita di chance*, Giappichelli, 2020; più risalente, CHINDIEMI, *Il danno da perdita di chance*, seconda edizione, Giuffrè, 2010.

Esso copre infatti l'area in cui non è possibile dare luogo al risarcimento in forma specifica, attesa la mancanza di certezza in ordine al conseguimento del bene della vita atteso. La liquidazione del danno da perdita di *chance* rientra, quindi, nel perimetro delle tutele accordabili dal giudice del lavoro che, ai sensi dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati (...)». Con un orientamento pressoché univoco, la Suprema Corte ha sempre ribadito che la *chance* persa, per essere fonte di danno risarcibile da parte del datore di lavoro, deve consistere in una «concreta» ed «effettiva» «occasione favorevole di conseguire un determinato bene»⁷.

Viene così in rilievo «non tanto il bene della vita di volta in volta originariamente ambito dal prestare di lavoro», quanto «l'ingiusta lesione al diritto di sfruttare al meglio tutte le potenzialità ed i propri mezzi per conseguire un determinato vantaggio futuro»⁸.

Ne consegue che il sacrificio della possibilità di conseguire il bene della vita da parte del lavoratore va accertato secondo criteri meramente probabilistici; permane infatti incertezza sulla realizzazione della situazione giuridica, cui il primo ambisce e rispetto alla quale la condotta contraria correttezza e buona fede da parte della p.a. si pone come condizione ostativa.

Pertanto «vi può essere tutela della *chance* perduta soltanto ove è ragionevole affermare che, se il datore di lavoro avesse esercitato legittimamente i poteri unilaterali che l'ordinamento gli riconosce – e cioè attenendosi ai limiti ed alle prescrizioni legali, operando secondo buona fede e correttezza, nonché senza realizzare alcuno sviamento funzionale degli stessi poteri – allora, il lavoratore avrebbe “potuto” (...) conseguire il bene della vita od il diritto atteso che gli è stato ingiustamente negato»⁹.

A titolo esemplificativo, nel rapporto di pubblico impiego contrattualizzato l'azione di chi chieda l'accertamento del suo originario diritto di essere prescelto al fine di ottenere la ricostruzione della carriera e, in subordine, il ristoro del danno per la perdita della possibilità di essere nominato – una volta che sia impossibile ottenere il posto per fatti impeditivi sopravvenuti – ha natura, nel primo caso, di azione di risarcimento del danno in forma specifica e, nel secondo, di azione di risarcimento per perdita di *chance*.

⁷ Cass. 14 marzo 2017, n. 6488; Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850 in *Dejure*. In dottrina MAIO, *La perdita di chance nel rapporto di lavoro e le recenti evoluzioni della responsabilità civile*, in *ADL*, 1, 2018, 101 il quale osserva che la risarcibilità della *chance* (...) è tutt'ora l'unica risposta giudiziale in qualche misura pertinente rispetto ad una richiesta, che evidentemente i giudici rilevano dalla società. Richiesta di garantire un congruo spazio di tutela anche per tutte le situazioni nelle quali il lavoratore, pur dimostrando l'uso illegittimo, sviato od arbitrario dei poteri unilaterali del datore di lavoro, ed a dispetto della frustrazione e del decremento delle possibilità di affermare le proprie legittime aspettative e speranze, nondimeno, il più delle volte, non può rivendicare con effettive possibilità di successo una qualche pretesa ripristinatoria e neppure un risarcimento in forma specifica», così, 110; TASSONE, *La perdita di chances fra diritto civile e diritto del lavoro*, in *MGL*, 4, 2020, 1029.

⁸ MAIO, op. cit., 102-103.

⁹ MAIO, op. cit., 103.

Invero, il partecipante a procedure concorsuali o selettive è titolare solo di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e ha una duplice alternativa: a) può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione; b) può agire per il risarcimento del danno da perdita di *chance*. Il giudice, infatti, non può in alcun modo sostituirsi al datore di lavoro quanto alle valutazioni discrezionali sovvertendo l'esito della selezione, eccetto nell'ipotesi limite che la procedura selettiva sia la risultante di criteri fissi e predeterminati, ai quali il datore di lavoro pubblico abbia vincolato la propria discrezionalità. In tal caso il giudice attribuisce il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o di un presupposto fattuale, di cui si deve solo accertare o meno l'esistenza, senza esercizio della discrezionalità¹⁰.

Poste tali premesse, la *chance* è dunque un'entità patrimoniale suscettibile di autonoma valutazione: deve però essere concreta ed effettiva, non meramente teorica e ipotetica¹¹.

Il danno da perdita di *chance* si verifica allora tutte le volte in cui un soggetto perde la possibilità di conseguire un risultato utile a causa dell'adozione di un atto illegittimo (non conforme a correttezza e buona fede) da parte della p.a., con riflessi negativi sulla propria sfera patrimoniale.

Sono molti i campi in cui l'infrastruttura logico-giuridica della risarcibilità della *chance* perduta è alla base delle argomentazioni della giurisprudenza. Si va da quello del dipendente arbitrariamente pretermesso in una procedura di conferimento di incarico dirigenziale o di una posizione organizzativa¹², fino all'esclusione dalla partecipazione a un concorso per l'assunzione, alla mancata stabilizzazione nel caso di lavoratori precari¹³ o alla mancata erogazione della retribuzione collegata alla *performance* per mancata fissazione degli obiettivi¹⁴ o per omessa istituzione del nucleo di valutazione¹⁵. Rileva infine la responsa-

¹⁰ Cass. 4 aprile 2023, n. 9242 in *Dejure*. Come osserva MAIO, op. cit. 103, «se il lavoratore può dimostrare che l'inadempimento datoriale gli ha precluso una promozione altrimenti certa – come è nel caso in cui la selezione interna a punteggio c.d. vincolato risulta falsata dalla omessa considerazione di requisiti o titoli documentali o da un errato calcolo matematico del risultato – non c'è spazio per la tutela delle *chances*». Qui il danno è integrale. In giurisprudenza Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671 in *Dejure* materia di mancato conferimento all'incarico dirigenziale causato dalla mancata attribuzione di un punteggio fisso. Diversamente, la categoria della *chance* centrale tutte le volte in cui sia preclusa la partecipazione ad una procedura selettiva e quindi non venga incluso il candidato nella valutazione comparativa sulla scorta della quale si determina il vincitore.

¹¹ La fattispecie ha finito poi per sconfinare nei settori delle gare pubbliche e in quello della responsabilità medica, tanto da costituire oggi una delle aree in cui è più apprezzabile l'osmosi tra diritto civile e diritti del lavoro (in particolare pubblico).

¹² Cass. 5 dicembre 2023, n. 33964 in *Dejure*.

¹³ Cass., 8 luglio 2024, n. 18568 in *Dejure*. Da segnalare che è stato pubblicato nella G.U.R.I. n. 217 del 16 settembre 2024 il d.l. 16 settembre 2024, n. 131, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano» (c.d. *Decreto salva infrazioni*). Per quel che qui rileva, con l'art. 12 del Decreto, il Governo è intervenuto proprio per adeguare la disciplina dei contratti a termine nella p.a. alle indicazioni ripetutamente pervenute dalla Commissione Europea. Con una modifica dell'art. 36, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 165/2001, in caso di abuso nell'utilizzo del contratto a termine, è stato previsto che il dipendente abbia diritto di richiedere un'indennità risarcitoria ricompresa tra 4 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del TFR. Resta salva la possibilità per il lavoratore di provare il c.d. "maggior danno".

¹⁴ Cass., 4 marzo 2024, n. 5746 in *Dejure*.

¹⁵ Cass., 27 maggio 2015, n. 10969 in *Dejure*.

bilità della p.a. a seguito di annullamento in autotutela di un concorso con conseguente retrocessione del dipendente per fatto imputabile al datore di lavoro pubblico, quale fonte di un possibile risarcimento di natura extracontrattuale (nella specie, precontrattuale)¹⁶.

3. L'onus probandi e la natura del danno risarcibile

Si è detto sopra che l'impianto logico da cui muove la costruzione dell'istituto del risarcimento del danno da perdita di *chance* è imperniato su un criterio di tipo probabilistico. Questa caratteristica strutturale della *chance* ne condiziona anche la dimensione giuridica, in particolare per quanto riguarda l'onere della prova gravante *ex art.* 2697 c.c. sul lavoratore, che agisca in giudizio per fare valere la propria pretesa risarcitoria.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità sono abbastanza consolidate. Infatti, il lavoratore pubblico (o l'aspirante tale) deve provare - anche solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità - che la condotta illecita della p.a. abbia impedito la concreta realizzazione di alcuni dei presupposti per conseguire il bene della vita cui egli ambiva.

Il prestatore di lavoro deve, quindi, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra l'asserito inadempimento e la perdita del risultato atteso. Quest'ultimo, in considerazione della posizione degli altri concorrenti, si deve apprezzare in termini di "certezza" (per quanto riguarda la domanda di tutela in forma specifica), ovvero in termini di "alta probabilità" (per il risarcimento per perdita di *chance*)¹⁷.

In caso di assolvimento di detto onere, può essere riconosciuto un risarcimento quantificato in via equitativa *ex art.* 1226 c.c.¹⁸, in assenza di risultanze certe che, se la p.a. avesse agito in modo corretto e completo, il risultato sarebbe stato ottenuto.

Pertanto, *ex se*, la *chance* appartiene già al patrimonio del danneggiato secondo un criterio ipotetico, di alta probabilità e appare suscettibile di autonoma valutazione economica; il che rende la *chance* non un'aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante¹⁹. Tale assunto consente di superare antiche obiezioni che vedevano nella *chance* una lesione meramente potenziale di difficile palpabilità, tanto da vederla relegata ai confini nel

¹⁶ Cass., 10 agosto 2019, n. 21528 in *Dejure*.

¹⁷ Sul punto la recentissima Cass. 23 settembre 2024, n. 25442 (in *Dejure*) che parimenti si esprime in termini di «elevata probabilità, prossima alla certezza».

¹⁸ Come osserva MEZZANOTTE, op. cit., 16: «intendere l'articolo 1226 c.c. Come particolare espressione dell'«equità normativa» (...) consente (...) di escludere ogni sovrapposizione quale tra l'attività valutativa che a questa regola è sottesa e quel particolare giudizio «secondo equità» che trova invece principale fondamento nell'art. 114 c.p.c., insieme ad altre rilevanti precetti del codice di rito come gli artt. 113, comma 2 e 822». Per tale secondo, profilo VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Utet, 1960, 635.

¹⁹ Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850 in *Dejure*.

discorso sulla responsabilità civile del datore di lavoro, appunto quale mera aspettativa di fatto.

Ma da tempo la dottrina civilistica ha abbandonato la categoria del diritto soggettivo quale unica possibile origine di un danno risarcibile, abbracciando una nozione più ampia di risarcibilità di interessi in genere meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, ivi compresi gli interessi legittimi²⁰. Si tratta in sostanza di quelle che la dottrina giuslavoristica ha indagato circa quarant'anni fa, ascrivibili al novero delle cosiddette posizioni strumentali del prestatore di lavoro subordinato²¹.

Perché chi si sia visto escluso da una selezione, ad esempio, non tutela una mera aspettativa, ma una precisa situazione giuridica che già preesisteva nel suo patrimonio, come possibilità di esito positivo di quella procedura, a prescindere dall'alea connessa allo svolgimento delle operazioni valutative.

Assunta tale prospettiva, la partita risarcitoria va ascritta al cosiddetto danno emergente, non già al lucro cessante, che potrebbe essere invece invocato nel caso di certezza circa il conseguimento del risultato utile, atteso che il patrimonio del lavoratore ricomprende anche la mera possibilità di conseguire risultati economicamente vantaggiosi.

Donde la necessità di valutare se la *chance* di ottenere quel bene ambito sia astratta ovvero concreta. Il che può avvenire solamente attraverso il ricorso al criterio del "più probabile che non", in presenza di allegazioni e prove analitiche e trasparenti²².

Si è anche affermato che la perdita della *chance* ponga un problema di causalità come ogni illecito aquiliano, anche se «non ci sono dubbi che la perdita di *chance* non si risolva esclusivamente sul piano della causalità»²³.

Sulla scorta della giurisprudenza di legittimità²⁴ la dottrina ha elaborato un catalogo di condizioni che devono ricorrere per la risarcibilità del danno di cui si discute: a) una condotta colpevole all'agente (per quel che qui rileva la p.a.); b) un evento di danno; c) un nesso di causalità tra condotta ed evento; d) una o più conseguenze dannose patrimoniali o non patrimoniali; e) un nesso di causalità tra l'evento e le conseguenze dannose.

Un catalogo che – al di là delle superfetazioni logico-giuridiche – si risolve essenzialmente nella precisa individuazione di «un punto di inizio (la condotta colpevole dell'autore) e

²⁰ Emblematica, in proposito, Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *FI*, n. 11, 1999, 3212 con nota di FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; in *GC*, 6, 1999, 4045 con nota di SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile: Corte Cass., sez.un., 22 luglio 1999 n. 500*.

²¹ ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Giuffrè, 1988.

²² È significativo che l'economista John Mainard Keynes parlasse del significato di *chance* accostandolo all'idea di *randomness*. Infatti, precisava che la naturale interpretazione della *chance* fosse soggettiva, qualificando la chance come la misura della nostra ignoranza (*measure of our ignorance*). Sul punto KEYNES, *A Treatise on Probability*, Macmillan and co., 1921, 328.

²³ FRANZONI, *Ancora su un danno da perdita di chance non patrimoniale*, in *RCP*, 4, 2021, 1081.

²⁴ Cass., 11 novembre 2019, n. 28993 in *Dejure*.

un punto finale (l'evento di danno, momento terminale dell'azione da qualificarsi come danno ingiusto»²⁵.

4. Dai principi al caso concreto: un diritto pretorio

I richiamati principi giurisprudenziali, abbastanza ricorrenti, lasciano però ampi spazi alla discrezionalità del giudice di merito sia sul perimetro dell'onere della prova, sia in punto di quantificazione della partita risarcitoria. Egli procede per lo più con un approccio casistico, non sempre funzionale alla certezza del diritto.

L'onere della prova è stato - come si è detto - declinato dalla giurisprudenza di legittimità, a monte, mediante il rinvio a nozioni ampie (ma prive di contenuto concreto), con notevoli incertezze nell'applicazione a valle.

È opportuno, quindi, mettere ordine tra i vari ambiti in cui la perdita di *chance* costituisce l'unica tecnica di tutela del soggetto leso da un comportamento non corretto della p.a., sia nella fase dell'accesso al lavoro, sia nel corso del rapporto. E ciò cercando di riannodare i fili di una giurisprudenza di merito non esente da distonie, soprattutto per la segnalata assenza di parametri affidabili, declinati dalla Suprema Corte mediante il rinvio a nozioni volutamente ampie.

Proverò pertanto ad illustrare alcuni casi in cui la giurisprudenza di merito si è confrontata con il tema della perdita di *chance* e con le questioni più concrete in tema di onere della prova e quantificazione del danno.

Un primo gruppo di decisioni a riguarda il conferimento degli incarichi di posizione organizzativa e degli incarichi dirigenziali. La disciplina dei primi espressamente demandata alla contrattazione collettiva, mentre i secondi trovano la loro fonte e gli articoli 19 e ss. del d.lgs. 165/2001.

Così, ad esempio, Tribunale di Arezzo nel 2020 ha chiarito un principio consolidato secondo cui le posizioni organizzative si configurano come specifici incarichi, di carattere fiduciario, attribuiti sulla base di una valutazione necessariamente discrezionale. Cosicché il lavoratore che intenda contestare la legittimità della procedura di conferimento «può esercitare l'azione di esatto adempimento, volta ad ottenere la ripetizione della procedura, ovvero chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, offrendone la relativa prova, mentre in nessun caso il giudice può sostituirsi all'amministrazione nel compimento della scelta»²⁶.

In questo caso, però, il giudice rigetta il ricorso, affermando che l'unica domanda astrattamente possibile fosse quella di risarcire alla parte la *chance* perduta per violazione dei ca-

²⁵ FRANZONI, op. cit., 1081-1082.

²⁶ Trib. Arezzo, 12 febbraio 2020, n. 65 in *LPA*, 3, 2020, 227 con nota di MIEDICO, *Il conferimento di incarichi di posizione organizzativa tra discrezionalità e perdita di chance*.

noni di correttezza e buona fede, mentre erroneamente la parte – peraltro in modo assertivo e sfornito di prova – aveva chiesto un importo corrispondente all’integrale trattamento retributivo connesso alla posizione richiesta e il danno subito per il mancato conferimento. Il giudice precisa a questo proposito che il ricorso si presentava del tutto carente di allegazioni in ordine alla violazione dei canoni di correttezza e buona fede, precisando la situazione lamentata dal lavoratore si sarebbe potuta verificare, a titolo esemplificativo, qualora il datore di lavoro, nel bando relativo alla p.o., avesse inserito una clausola attributiva di un punteggio aggiuntivo per l’anzianità di servizio o per il possesso di una determinata certificazione professionale, disattendendo poi tale previsione in sede di scelta.

Osserva altresì che i candidati risultati vincitori erano stati preferiti sulla base della specifica formazione professionale richiesta dai posti messi a concorso e che tale scelta era insindacabile da parte dell’autorità giudiziaria.

Peraltro, la decisione muove dall’assunto che sia insufficiente paragonare il *curriculum* di parte ricorrente con quello del vincitore, considerato che sarebbe necessario prendere in considerazione le posizioni di tutti gli altri partecipanti non scelti dall’amministrazione all’esito delle operazioni valutative.

Il datore di lavoro resta tenuto al rispetto dei criteri indicati dalle fonti contrattuali e dei principi generali di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 c.c. e 1375 c.c., che declinano *in subiecta materia* i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost. Ma la loro applicazione – a dire del giudice aretino – non determina alcun automatismo nella scelta, che rimane ancorata alla discrezionalità del datore di lavoro pubblica; quest’ultima è, comunque, temperata normalmente dagli oneri motivazionali previsti dalla contrattazione collettiva nel settore pubblico.

Analoga alla posizione a quella del giudice aretino è anche rinvenibile in una recente sentenza della Corte di appello di Palermo (confermativa della sentenza di primo grado²⁷) in materia di attribuzione degli incarichi di posizione organizzativa presso l’Agenzia delle entrate²⁸.

Anche in questo caso la Corte distrettuale precisa che è onere del lavoratore pretermesso allegare e provare che la condotta della p.a. abbia determinato la perdita di una “più che concreta” possibilità di conseguire il vantaggio prospettato.

La Corte dilata – ed è questo un profilo denso di criticità - in modo ampio il perimetro dell’*onus probandi*, in quanto non ritiene sufficiente la comparazione del *curriculum* dell’aspirante con quello del lavoratore risultato vincitore. Richiama, diversamente, la necessità di operare la corretta comparazione tra tutti gli altri candidati all’incarico, spiegando che la valutazione con elevata probabilità prossima alla certezza avrebbe condotto all’assegnazione in suo favore.

²⁷ Trib. Palermo, 4 ottobre 2029, n. 3463, inedita.

²⁸ App. Palermo, 23 giugno 2022, n. 737, inedita.

Pertanto, la Corte ne estende il perimetro rendendo il relativo assolvimento di improbabile praticabilità in concreto, soprattutto se alla procedura di conferimento di incarico di p.o. ha partecipato una vasta pluralità di candidati. Infatti, la Corte – pur dando della circostanza che la lavoratrice aveva assolto l'onere con riferimento al vincitore – tuttavia stigmatizza la mancata estensione di questa valutazione anche agli altri lavoratori in posizione deteriore. Invero la Corte d'appello di Palermo richiama principi abbastanza tratteggiati nella giurisprudenza di merito, sulla cui correttezza però occorre effettuare un esame critico.

Ora, se è vero – come sopra chiarito – che quello che fonda il risarcimento della perdita di *chance* è un giudizio di tipo probabilistico, deve ritenersi sommessamente che l'allegazione da parte del candidato di possedere titoli poziori rispetto al vincitore, sia sufficiente a fondare un giudizio di mera (ed elevata) probabilità.

Il che, se può in astratto apparire indispensabile per fondare un apprezzamento in termini di certezza del conseguimento del bene della vita, ossia *ex art. 2967 c.c.* qualora si esperisca l'azione di esatto adempimento, una simile impostazione appare eccessiva nel caso di danno da perdita di *chance*.

Infatti, chiedere alla parte la comparazione della propria posizione personale con tutti gli aspiranti alla posizione organizzativa, e non solo con il vincitore, significa addossarle l'onere di ripetere l'intera procedura selettiva, con un'intuibile invasione della sfera di discrezionalità dell'amministrazione che è spazio invalicabile anche per lo stesso giudice di merito.

Sicché, in chiave critica, una simile lettura in ordine allo spettro dell'*onus probandi* non può che essere criticabile, perché si risolve in una *probatio diabolica*.

Altre decisioni di merito affrontano il tema della valutazione della *performance* con particolare riferimento al procedimento introdotto dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

In proposito in un altro caso il Tribunale di Palermo ha osservato che la valutazione del personale dirigente nei tempi e nei modi stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva è un adempimento obbligatorio e che, pertanto, la p.a. è tenuta a effettuare tutti i necessari passaggi prodromici.

Tuttavia, il risarcimento derivante dall'inottemperanza di tali obblighi non può coincidere con tutte le differenze retributive perdute; occorre invece operare una verifica sulle concrete possibilità di ottenere l'indennità di risultato. In termini analoghi si è espresso anche il Tribunale di Verona a proposito del non corretto procedimento di assegnazione degli obiettivi ai lavoratori²⁹.

²⁹ Trib. Palermo, 27 febbraio 2020, n. 854, in *De jure*; Trib. Verona, 19 febbraio 2020, n. 96 in *LPA*, 1, 2021, 115 con nota di MONDA, *Tempestività degli obiettivi, obbligo di valutazione e danno da perdita di chance: il punto di vista della giurisprudenza di merito*, il quale si sofferma soprattutto in chiave critica sui parametri di quantificazione del danno, osservando che «la giurisprudenza di legittimità ha fondato il giudizio equitativo su un criterio prognostico basato sulla ragionevole possibilità di ottenere il pieno vantaggio economico. Con l'effetto di calcolare il danno assumendo, quale parametro di riferimento, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato ridotto di un coefficiente proporzionato alla probabilità di acquisire il vantaggio stesso» (così 130), mentre i due precedenti adottano soluzioni più eccentriche.

La decisione del giudice palermitano è molto interessante perché contiene un articolato criterio per la quantificazione del danno da perdita di *chance*. Fermo restando che si tratta di una valutazione equitativa *ex art.* 1226 cc., il giudice valuta - ai fini della determinazione delle concrete possibilità di attribuzione della valutazione positiva - una bozza predisposta dagli uffici e ai fini della determinazione del parametro, nell'impossibilità di valutare la prestazione con i giudizi "adeguato", "distinto" o "eccellente", egli individua la media ponderata tra il 100% del trattamento retributivo accessorio che il ricorrente avrebbe percepito ove avesse ottenuto un giudizio di adeguatezza (stante la ragionevole certezza che lo stesso avrebbe, comunque, ottenuto la valutazione minima) e il 50% delle maggiori somme cui avrebbe potuto aspirare ove avesse riportato il giudizio di distinto o "eccellente", indicati nelle valutazioni degli anni precedenti, sulla scorta di una elevata probabilità del mantenimento del medesimo *standard* qualitativo della prestazione anche nell'anno successivo. Il giudice veronese, invece, individua come criterio di quantificazione - con buona approssimazione - la differenza che intercorre fra gli emolumenti di bassa fascia e quelli di fascia intermedia ridotta di due terzi, per quei dipendenti che nelle annualità precedenti furono inseriti nella fascia intermedia.

Una circostanza balza all'occhio dall'analisi della superiore giurisprudenza: in assenza di significativi mutamenti organizzativi è altissima la probabilità che il dipendente mantenga il medesimo *standard* qualitativo rispetto a quello già accertato (con conseguente liquidazione della retribuzione di risultato) nelle annualità precedenti.

Recentemente il Tribunale di Trapani³⁰ ha reso un altrettanto interessante decisione in materia di criteri per la quantificazione del danno di perdita di *chance* nel caso di mancato conferimento di un incarico dirigenziale in un'azienda sanitaria (si trattava, ne caso di specie, di dirigenza amministrativa).

In particolare, una dirigente con consolidata esperienza nella gestione di un'unità operativa complessa non era stata preferita sulla scorta di un inesistente criterio di rotazione, non seguito per altre strutture della medesima azienda sanitaria.

Il giudice stigmatizza allora la disinvoltura con cui l'azienda aveva proceduto al conferimento degli incarichi di supplenza, in totale spregio delle procedure contrattuali e ricorrendo alla designazione diretta del sostituto; cioè è viepiù aggravato dalla sistematica violazione del termine semestrale per ricoprire gli incarichi di sostituzione, senza procedere alla copertura con un dirigente titolare mediante concorso.

Il grave quadro indiziario ricostruito dal giudice, lo porta a ritenere che la percentuale di probabilità per la ricorrente di ricoprire l'incarico - dal quale era stata esclusa per ragioni pretestuose - fosse addirittura del 70%.

Ne è conseguita la condanna dell'amministrazione al pagamento di detta percentuale di differenze retributive fra quanto percepito e quanto avrebbe percepito, dal momento

³⁰ Trib. Trapani, 26 luglio 2024, n. 470, inedita.

dell'attribuzione dell'incarico (arbitrariamente negato) al diverso e meno meritevole candidato, fino alla data della sentenza.

Da segnalare però che la Corte di cassazione nel 2001 aveva cassato una decisione, che liquidava nel 70% dalle differenze retributive parametrata alla qualifica superiore il danno di un lavoratore escluso dalla dirigenza, nonostante avesse brillantemente superato la prova di idoneità in un corso di formazione all'esito del quale altri trenta dipendenti su quarantaquattro idonei erano stati promossi³¹.

Come è stato opportunamente notato da un acuto giudice del lavoro in un saggio sui meccanismi di liquidazione del danno nel diritto del lavoro, si tratta di «un settore dell'ordinamento fortemente soggetto al dinamismo creativo dell'elaborazione giurisprudenziale, dove la correttezza della soluzione rischia talvolta di rimanere nascosta dietro formule ed espressioni astratte dalle quali fatica ad emergere la realtà del *decisum*»³².

Pertanto, un'ulteriore e più diffusa rassegna non farebbe altro che infittire di soluzioni eccentriche il panorama già delineato, rappresentando l'urgenza di un necessario intervento regolatore del legislatore, che metta ordine in un campo affidato esclusivamente al diritto pretorio, di per sé creativo e foriero di soluzioni dannose per la certezza del diritto³³.

5. Alla ricerca di coordinate affidabili

Sarebbe di certo auspicabile l'individuazione condivisa di criteri per la quantificazione del danno risarcibile quanto più oggettivi possibile, valorizzando esperienze di diritto interno (come quella delle tabelle milanesi per il risarcimento del danno non patrimoniale), ovvero analoghi modelli mutuabili dall'esperienza comparata, come il metodo “*Clerc*”, utilizzato in Francia nell'ambito della tutela antidiscriminatoria³⁴. Lo spostamento di campo sembra però molto utile a delineare scenari nuovi, anche in una prospettiva *de jure condendo*. Il metodo “*Clerc*” (dal nome di François Clerc, iniziatore di questo metodo e responsabile dei casi di discriminazione presso la *Confédération générale du travail*) si è rivelato molto utile nei giudizi di discriminazione.

Esso consente di mostrare le differenze nella progressione di carriera tra dipendenti, in termini di retribuzione, qualifica, seguendo questi alcuni passaggi: a) costruzione di un *panel* di lavoratori comparabili; b) il calcolo delle medie; c) confronto dei dati medi con la situazione del lavoratore discriminato.

³¹ Cass., sez. lav., 14 dicembre 2001, n. 15810 in *Dejure*.

³² ORRÙ, *I meccanismi di liquidazione del danno nel diritto del lavoro*, 2015 in www.fondazioneforensesfirenze.it.

³³ VALLEBONA, *Alla ricerca della certezza perduta e l'incertezza del diritto ed i necessari rimedi*, in Id., *Lavoro e spirito*, Giappichelli, 2011, 233 ss. e in particolare 241 e ss.; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *RTDPC*, 1, 2015, 17.

³⁴ CARLES, *Contre les discriminations, utiliser la méthode «Clerc»*, in *Nvo droits*, 2 settembre 2021, in <https://droits.nvo.fr>.

La costruzione del *panel* si sostanzia nella redazione di un elenco nominativo dei colleghi di lavoro assunti contemporaneamente e alle stesse condizioni del lavoratore discriminato, di talché, quanto più la situazione originaria dei dipendenti del *panel* è simile a quella del lavoratore discriminato, tanto più sarà arbitraria la differenza di trattamento.

Dai dati ottenuti si creano dei grafici che fotografano l'evoluzione della carriera del dipendente discriminato e di quella dei dipendenti del *panel*.

Orbene, senza scendere nei dettagli propri di tale modello dell'esperienza comparata e, segnatamente, l'ordinamento francese, sarebbe possibile – anche grazie al contributo delle organizzazioni sindacali nella raccolta di dati statistici e nell'individuazione di soluzioni pratiche che potrebbero essere compendiate in un apposito accordo quadro, trasversale a più comparti – individuare alcuni parametri matematici per i giudici, legati alla retribuzione perduta, agli anni di permanenza in servizio o alla durata degli incarichi dirigenziali o di posizione organizzativa perduti, alla pregressa storia lavorativa. E ciò proprio al fine di ridurre oltremodo il soggettivismo giudiziario che è di per sé insito nella valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c.

Ovviamente si tratta di scenari futuri: essi sono ben lontani dallo stato dell'arte, caratterizzato da una navigazione a vista, che risolve problemi concreti, fornendo interpretazioni non univoche dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte. Se questo è il quadro *de iure condito*, altrettanto variegate si presentano le possibili soluzioni *de jure condendo*.

Tuttavia, l'indagine comparata mostra in questo, come in altri settori, che le soluzioni dell'ordinamento italiano vanno tutte nel senso di una iper-valorizzazione quasi taumaturgica della funzione regolativa della giurisdizione, quando invece ciò invece si pone in modo non sintonico con il principio di certezza del diritto e non valorizza adeguatamente il ruolo dei corpi intermedi, come le organizzazioni sindacali, che sono un ingranaggio essenziale del meccanismo democratico.

Ma questa è evidentemente un'altra storia.

6. Profili fiscali del danno da perdita di chance nel rapporto di lavoro

Le suggestioni che precedono, dense di questioni problematiche che coinvolgono precise scelte da parte del *policy maker*, non esonerano, comunque, il giurista da uno sforzo di concretezza, per fornire soluzioni pratiche per le questioni concrete (tutt'altro che bagatellari), che si pongono *cotidie* all'attenzione dell'operatore di diritto.

Una di queste attiene all'imputazione delle somme versate al lavoratore in accordi transattivi *ex art.* 2113 c.c. e al loro regime fiscale. La conciliazione da alcuni anni è un esito oggi assai frequente anche nel caso di controversie di lavoro pubblico privatizzato.

È infatti diffusa la prassi di individuare all'interno della transazione titoli di imputazione delle erogazioni monetarie, idonei a elidere o ridurre il carico tributario³⁵.

Un criterio di normalità vorrebbe infatti che le somme che scaturiscono dal rapporto di lavoro siano imputate a retribuzione e, come tali, soggette sia a contribuzione, sia a imposizione fiscale ordinaria, fatte salve le eccezioni connesse alle erogazioni a titolo di trattamento di fine rapporto, che scontano un regime fiscale dedicato (c.d. tassazione separata). Anche di recente l'Agenzia delle entrate ha ribadito che le somme corrisposte ai dipendenti a seguito di un accordo transattivo, a fini deflattivi di un contenzioso già in atto, concorrono alla formazione del reddito imponibile per l'intero ammontare e devono essere assoggettate a tassazione ordinaria³⁶ ex art. 51 del TUIR.

Ai fini della riduzione del carico fiscale la riconduzione di un importo più o meno elevato a danno da perdita di *chance* può essere pertanto una soluzione praticabile.

Anche in tempi recenti, a conferma di un orientamento più risalente, la sezione tributaria della Suprema Corte ha ribadito il principio che le somme percepite dal lavoratore a titolo risarcitorio sono soggette a imposizione soltanto se destinate a reintegrare un danno concretatosi nella mancata percezione di redditi (c.d. lucro cessante), non se tendono a ristorare un pregiudizio di natura diversa (c.d. danno emergente), come, ad esempio, quello da perdita di *chance* di accrescimento professionale. È influente che le somme siano state determinate utilizzando come parametro il contratto collettivo di lavoro³⁷.

Di qui il corollario che la *chance* è un'entità giuridica suscettibile di autonoma valutazione, che nulla a che vedere con il lucro non cessante.

La correttezza, in astratto, dell'assunto va, comunque, rigorosamente collegata al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c., cosicché nelle transazioni giudiziali sarà fiscalmente sospetta quella imputazione di somme a danno da perdita di *chance* che non trovi adeguata correlazione nel *petitum* e nella *causa petendi* dell'azione del lavoratore.

Del resto, ad esempio, la plurioffensività del danno da demansionamento, annette una componente di natura patrimoniale, costituita dal danno emergente dal lucro cessante, e una non patrimoniale, riferita alla lesione di diritti della persona e alla sfera della salute.

Tale configurazione fa sì che il principio indicato dalla Suprema Corte non possa in alcun modo essere assolutizzato. Cosicché non può essere aprioristicamente esclusa la sua non

³⁵ Ad esempio, non pare dubitabile che il risarcimento del danno da abusiva reiterazione del contratto a termine nel pubblico impiego ex art. 36 del d.lgs. 165/2001 non è imponibile ai fini fiscali. Sul punto Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 236 in *De jure*; Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3429, in *LPA*, 4, 2021, 801 con nota di MONDINI, *L'assoggettabilità a ritenuta fiscale diretta del risarcimento del danno per abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: questioni sostanziali e formali*.

³⁶ Cfr. Agenzia delle entrate. Divisione contribuenti, risposta n. 344/2022.

³⁷ D'ANDREA, *Note minime sulla indennità risarcitoria per perdita di chance*, in *RDT*, suppl. on line, 12 aprile 2023, www.rivistadiritto tributario.it; MASTROIACOVO, *La rilevanza fiscale delle somme percepite in ragione di transazione sul lavoro*, in *RDT*, 2022, 6, II, 446; FICARI, *Brevi note sulla tassazione delle erogazioni pararetributive*, in *RDT*, 1993, I, 973; in generale CROVATO, *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Cedam, 2001.

imponibilità fiscale laddove, in particolare, tale partita risarcitoria abbia una valenza sostitutiva di quei redditi che il soggetto non abbia potuto produrre per effetto della condotta illegittima della pubblica amministrazione (argomento *ex art.* 6, comma 2, del Tuir, secondo cui «i proventi conseguiti in sostituzione di redditi e (...) le indennità conseguite (...) a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi (...) costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti»).

Onde è pertanto la mera probabilità e non la certezza di conseguire il risultato utile, a fornire autonoma consistenza al danno la perdita di *chance*, rendendo vantaggiosa (e poco rischiosa) l'imputazione a tale titolo sul piano fiscale.

Il giurista ha allora il dovere di ricercare di soluzioni equilibrate, non eccentriche e misurate, nella prospettiva di una leale collaborazione con l'erario, nell'ottica di un'imposizione tributaria equa, anche al fine di mettere al riparo le parti da accertamenti da parte dell'Agenzia delle entrate e dell'Inps, che potrebbe addirittura rivendicare, sulle somme arbitrariamente imputate a tale titolo, la contribuzione previdenziale, applicando le sanzioni di legge.

