



CLAUSOLE GENERALI E CONTROLLO DEI POTERI DATORIALI NELLA GIURISPRUDENZA SUI «CONCORSI PRIVATI»: INTERESSI E TECNICHE DI TUTELA*

DI ALESSANDRO RICCOBONO

Abstract – *This essay, starting from a case law, analyses the use of general bona fide clauses as limits to employer power in the difficult matter of contest for career in private sector. It compares between them the underlying subjects of protection in private and public employment relationship. Moreover, it offers a deep analyse of application both of property and liability rules both when employee loses either career or chance.*

Riassunto – *Lo studio, prendendo le mosse dalla sentenza in commento, esamina l'uso delle clausole generali come limiti all'esercizio dei poteri datoriali nella tormentata materia dei concorsi privati. Esso mette a confronto l'oggetto di tutela nel settore privato e in quello pubblico ed esamina funditus l'applicazione delle tecniche di tutela per equivalente ed in forma specifica nelle due fattispecie tipiche della perdita della promozione o della chance di conseguirla.*

Sommario *1. Buona fede e controllo dei poteri datoriali: osservazioni generali. – 2. L'obbligo di motivazione e le implicazioni. – 3. La qualificazione degli interessi tutelati nel settore privato e nell'impiego pubblico privatizzato. – 4. I rimedi esperibili. L'azione di esatto adempimento: presupposti e limiti. – 5. Il risarcimento del danno da mancata promozione o perdita di chance.*

1. BUONA FEDE E CONTROLLO DEI POTERI DATORIALI: OSSERVAZIONI GENERALI

La giurisprudenza sui «concorsi privati» può essere considerata un *ever-green* del diritto del lavoro, non solo per la sua capacità di rinverdire gli esiti di un contenzioso settoriale che si riproduce periodicamente, ma soprattutto per il contributo che essa continua ad apportare su un panorama specu-

* Commento a Cass., Sez. Lav., 14 maggio 2014, n. 10429, in questo stesso fascicolo nella sezione giurisprudenza.

lativo di più ampio raggio, quale è quello sull'utilizzo delle clausole di correttezza e buona fede in funzione di controllo dei poteri dell'imprenditore ¹.

Quest'ultima è un'area tematica particolarmente complessa, caratterizzata da notevoli difficoltà di inquadramento sistematico e segnata da costanti contrapposizioni ideologiche. Al suo interno, infatti, entrano in tensione valori ed interessi di segno opposto, che presuppongono un'opzione culturale fortemente diversificata in merito all'ampiezza del contributo valutativo concesso all'attività giudiziale e all'intensità con cui quest'ultima può intervenire per riequilibrare i rapporti di forza esistenti all'interno dell'impresa.

Com'è noto, il principale punto di frizione del dibattito può essere rinvenuto nella difficoltà di conciliare l'esigenza di ampliare i margini di giustiziabilità sull'esercizio dei poteri privati con quella di non invadere gli spazi di libertà costituzionalmente assicurati dal diritto di iniziativa economica privata. Per questa ragione, il contributo offerto dalla dottrina si è tradizionalmente articolato su posizioni alquanto differenziate, a seconda della sensibilità, più o meno accentuata, ai timori che un utilizzo incontrollato delle clausole generali potesse comportare la sostituzione della volontà del giudice a quella dell'imprenditore, ovvero determinare l'assoggettamento delle scelte di quest'ultimo a limiti interni, secondo i criteri funzionalistici appartenenti alla tradizione amministrativa ².

Pur disponendo di una matrice teorica autorevole e assai risalente nel tempo³, la disputa sull'individuazione delle modalità attraverso cui l'applicazione giurisprudenziale delle regole di correttezza e buona fede potesse consentire una qualche forma di controllo sull'amministrazione dei rapporti di lavoro non si è mai del tutto sopi-

¹ Cfr., tra le principali opere monografiche, C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990; E. BALLETTI, *La cooperazione del datore all'adempimento della prestazione di lavoro*, Cedam, Padova, 1990; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di correttezza e buona fede e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.

² Cfr. O. MAZZOTTA, *Concorsi privati e tecniche di tutela. Quasi un inventario*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 737 e segg.; G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, 1, pag. 159 e segg.; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 135 e segg.; L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. Dir.*, 1996, pag. 139 e segg.

³ Cfr. A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1983, I, pag. 341 e segg.; M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, pag. 5 e segg.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, pag. 21 e segg.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, pag. 709 e segg.

ta, ed anzi ha continuato a riproporsi negli anni sino a divenire una vera e propria metafora di «affanni, più che di consensi»⁴.

Non stupisce, pertanto, che la comunità scientifica abbia continuato a dedicarvi nel tempo energie ed attenzioni, individuando nelle ultime giornate di studio dell'Aidlass, tenutesi a Roma il 29 e 30 maggio 2014, l'occasione più significativa per riproporre un ragionamento complessivo sul ruolo delle clausole generali nel diritto del lavoro⁵.

Indubbiamente, la scelta di riaprire il confronto in questo particolare momento storico non può essere ritenuta casuale. La più recente stagione di riforme, caratterizzata dalla moltiplicazione di nozioni a contenuto variabile o elastico, solleva infatti numerosi interrogativi sulle responsabilità della funzione giudiziaria e sul suo ruolo di mediazione dei conflitti, specialmente ove si consideri la permeabilità del confine tra l'attività di integrazione delle fattispecie aperte che risulta attualmente sovraccaricata dalla necessità di governare le trasformazioni del sistema economico ed il sindacato di merito sulle valutazioni tecnico-organizzative dell'impresa, a cui il giudice è tenuto rimanere estraneo (cfr. adesso l'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010)⁶.

È chiaro che le implicazioni sottese ad una simile questione ordinamentale richiederebbero uno spazio di approfondimento ben più ampio di quello consentito da questo contributo.

Limitando la prospettiva di osservazione ad un ambito particolaristico, tuttavia, è possibile prendere spunto dalla sentenza in epigrafe⁷ per filtrare alcune dinamiche applicative delle regole correttezza e buona fede nei rapporti di lavoro, passandone in rassegna le principali condizioni d'uso nelle vicende in cui queste vengono impiegate dalla giurisprudenza come strumenti di contemperamento tra interessi contrapposti.

⁴ L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nei rapporti di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 723 e segg.

⁵ Cfr. le relazioni di G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile nella prospettiva del datore di lavoro*; S. BELLOMO, *Clausole generali e autonomia collettiva*; P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, dattiloscritte, tutte di prossima pubblicazione in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*

⁶ Cfr., da ultimo, M. V. BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 2014, pag. 389 e segg.

⁷ Cass., Sez. Lav., 14 maggio 2014, n. 10429, in questo stesso fascicolo nella sezione giurisprudenza.

2. L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE E LE IMPLICAZIONI.

Nella materia delle selezioni concorsuali di diritto privato, la valorizzazione delle clausole di correttezza e buona fede ha risposto all'esigenza di garantire un utilizzo imparziale delle prerogative datoriali nei casi di concorrenza tra posizioni soggettive facenti capo ad una pluralità lavoratori⁸.

La lunga elaborazione giurisprudenziale esistente in materia ha preso le mosse dalla sentenza n. 5688/1979 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla quale va il merito di avere per la prima volta trasferito l'interesse dei candidati ad ottenere scelte obiettive e trasparenti dalla sfera delle mere aspettative di fatto a quella delle situazioni giuridiche suscettibili di tutela giurisdizionale⁹.

L'operazione interpretativa si è sviluppata nelle sue linee fondamentali attraverso l'introduzione dell'obbligo di motivazione, qualificato come adempimento necessario per consentire ai lavoratori esclusi o pretermessi dalla procedura selettiva di conoscere i criteri seguiti per l'attribuzione delle promozioni, nonché di verificare la non arbitrarietà della preferenza accordata all'uno o all'altro aspirante.

L'impiego di questa peculiare tecnica di tutela ha trovato ampia diffusione nelle c.d. «promozioni procedimentalizzate», ovvero nelle fattispecie caratterizzate da un *iter* selettivo appositamente disciplinato dalla contrattazione collettiva o dai regolamenti aziendali, secondo un modello brevettato nel settore degli enti pubblici economici e mantenuto in tale contesto anche dopo le privatizzazioni (credito, poste, ferrovie, assicurazioni, ecc.. In base alla metodologia valutativa stabilita dalle fonti sopracitate, le procedure per l'avanzamento del personale hanno assunto forme differenti, comprimendo il potere di scelta del datore di lavoro all'interno di un giudizio ispirato in ogni caso al criterio della comparazione, ma con intensità variabile e temperata in base ai parametri presi in considerazione¹⁰.

In questo senso, è possibile distinguere tra le selezioni aventi natura propriamente concorsuale, in quanto caratterizzate dalla predeterminazione di un catalogo di requisiti di valutazione oggettivi da ponderare secondo criteri aritmetici e vincolan-

⁸ Cfr., ampiamente, C. Zoli, La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti, in Riv. It. Dir. Lav., 1992, I, pag. 11 e segg.; O. Mazzotta, la Cassazione e i concorsi privati: cosa c'è dietro l'angolo?, in Foro It. 1987, I, 2990; G. Santoro Passarelli, Impresa, contratto collettivo, concorsi privati, in Giur. It., 1981, IV, c. 207.

⁹ Cass., S.U., 12 novembre 1979, n. 5688, in Giur. It., 1980, I, c., 440, con nota di A. Di Majo, Le forme di tutela contro i c.d. «poteri privati». Successivamente, Cass. S.U., 29 ottobre 1980, n. 5800, in Giur. It., 1981, I, 1; Cass. 22 gennaio 1985, n. 1603, in Lav. Prev. Oggi, 1985, pag. 240.

¹⁰ Cfr. M. MEUCCI, *La sindacabilità in giudizio delle promozioni dei dipendenti*, in *www.filodiritto*, 6 dicembre 2013.

ti (ad es. titoli di studio, anzianità di servizio, qualifica di provenienza) e le «promozioni a scelta per merito comparativo», contraddistinte, come nel caso di specie, da un regime procedimentale che rimette la graduazione di una parte dei punteggi all'apprezzamento discrezionale del datore di lavoro anche su fattori soggettivi (ad es. attitudine a ricoprire il grado superiore, capacità di coordinamento di risorse umane, precedenti di lavoro, ecc.)¹¹.

Sebbene le due fattispecie presentino differenze abbastanza significative, la giurisprudenza della S. C. ha ben presto precisato che il dovere di esternare le ragioni sottese alle scelte datoriali assolve una funzione garantista a carattere generale, costituendo un'esplicita proiezione dei criteri di buona fede e correttezza nell'adempimento delle obbligazioni¹². L'unica distinzione (peraltro non sempre riproposta) è che, nei casi di procedura comparativa, la motivazione attiene alla singola posizione e alla graduatoria dei candidati, mentre nei sistemi di promozione a scelta è sufficiente che la motivazione consenta di dimostrare l'osservanza dei criteri pre-stabiliti e la conformità del comportamento aziendale ai principi di correttezza e buona fede, anche sotto l'aspetto dell'imparzialità¹³. Col passare degli anni, il nesso tra le clausole generali e il dovere di manifestare all'esterno le ragioni della scelta si è ulteriormente irrobustito, ampliando la sua portata precettiva fino a intessere le procedure in cui la disciplina collettiva o regolamentare non avesse previsto la redazioni di verbali o graduatorie di merito¹⁴. Si afferma così che anche se

¹¹ Cfr., ad es. gli artt. 74 e 75 del Ccnl per il settore del Credito del 19.1.2012, in cui le parti indicano tra gli elementi di valutazione che le imprese dovranno tenere in considerazione per gli avanzamenti di carriera le competenze professionali, i precedenti professionali, la padronanza del ruolo, le attitudini, le potenzialità professionali e le prestazioni. È altresì previsto che l'impresa attribuisca annualmente al lavoratore un giudizio professionale complessivo, accompagnato da una sintetica motivazione, che deve essere comunicata per iscritto. In senso analogo anche gli artt. 60 e 61 del Ccnl Poste del 14 aprile 2011, che indicano come principi guida delle politiche di valorizzazione professionale quelli di chiarezza di intenti, imparzialità, correttezza, pari opportunità e non discriminazione. In questo senso, ai fini della valutazione dei lavoratori nelle selezioni professionali si prevede di tener conto del ruolo ricoperto dal dipendente, del livello di complessità correlata al ruolo stesso, delle conoscenze professionali e dei comportamenti organizzativi espressi, delle esperienze maturate, nonché della complessiva qualità delle prestazioni assicurate, anche in relazione allo specifico apporto professionale connesso al ruolo e all'inquadramento.

¹²Cfr. la copiosa giurisprudenza citata in G. AMOROSO, *Mansioni del lavoratore*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, (a cura di) *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 393 e segg., sul punto pag. 565.

¹³ Cfr. Cass. 27 maggio 1983, n. 3675, in *Giust. Civ.*, 1983, I, pag. 2267.

¹⁴Cfr. Cass. 25 settembre 2012, n. 16233, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 9, 1141, secondo cui il datore di lavoro privato che, in forza di apposite clausole di contratto collettivo è obbligato, nella valutazione del personale da promuovere, a rispettare i principi di obiettività e trasparenza, deve rendere note le ragioni della scelta, pur discrezionale, effettuata, manifestando all'esterno le motivazioni che la sorreggono

la promozione del dipendente non sia attuata attraverso concorsi o selezione con conclusiva graduatoria, bensì attraverso una scelta da effettuare sulla base di criteri di valutazione discrezionale, i principi di correttezza e buona fede impongono al datore di lavoro l'onere di dare adeguata motivazione della scelta e dell'applicazione dei criteri indicati ad ogni interessato formalmente legittimato alla scelta¹⁵.

Nonostante l'ampia enfasi accordatavi dalla giurisprudenza, va detto subito che l'incidenza delle regole di correttezza e buona fede nelle vicende concorsuali del settore privato rimane comunque variabile, in quanto spesso condizionata dall'apparato di regole procedurali stabilite dagli agenti contrattuali e dalla tendenza di quest'ultimo a governare in modo assorbente la selezione¹⁶. Si tratta di un rapporto inversamente proporzionale, nel senso che la funzione integrativa svolta dalle clausole generali diminuisce quando la procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali presenta carattere dettagliato e pervasivo, mentre aumenta davanti ad una regolazione (collettiva o unilaterale) più leggera e/o lacunosa.

Così, qualora il datore di lavoro abbia autolimitato preventivamente il proprio potere di organizzazione, vincolandone dettagliatamente gli *step* e le modalità di esercizio, l'autonoma valenza euristica dei principi di correttezza e buona fede tende a scolorire, assumendo una funzione sostanzialmente rafforzativa di doveri già esistenti¹⁷. In questi casi, la struttura argomentativa della sentenza appare incentrata sulla verifica del rispetto delle norme di auto-organizzazione che il datore di lavoro si è imposto o ha concordato con le organizzazioni sindacali, mentre l'omaggio alla buona fede si atteggia a mo' di formula di copertura della effettiva *regula juris* applicata nel caso di specie.

(sebbene senza la necessità della redazione di appositi verbali delle operazioni di selezione), a nulla rilevando che le norme contrattuali non prevedano espressamente un obbligo di motivazione e la formazione di graduatorie, giacché tali adempimenti sono implicitamente connessi con l'obbligo di osservare criteri di obiettività e trasparenza e con quello di conformarsi ai principi di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni. In senso analogo Cass. 22 gennaio 2009, n. 1631, in *Guida al dir.*, 2009, 8, pag. 45; Cass. 23 ottobre 2002, n. 14971, in *Gius.*, 2003, pag. 450.

¹⁵Così Cass. 29 aprile 2009, n. 10003, in *Guida al dir.*, 2009, 22, pag. 64.

¹⁶Cfr. S. BELLOMO, *Clausole generali e autonomia collettiva*, cit., pag. 80.

¹⁷Si tratta di un'osservazione ampiamente condivisa in dottrina. Cfr. A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, 1, pag. 3, sul punto pag. 11 e segg.; L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, pag. 237, sul punto pag. 242; C. SALA, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, ivi, pag. 249; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 20; P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, pag. 870.

Esemplificando, ove la regolazione pattizia imponga espressamente l'obbligo di motivare la valutazione attribuita ad un candidato ovvero la sua esclusione dalla procedura selettiva, l'eventuale inosservanza da parte del datore di lavoro si configura già come violazione di una regola procedimentale espressamente concordata in sede negoziale, indipendentemente dall'eventuale rimando operato dal giudice agli artt. 1175 e 1375 Cod. Civ.¹⁸.

Per contro, in presenza di uno spazio di discrezionalità non circoscritto, per assenza di regolazione o per scelta dalla stessa contrattazione collettiva, il discorso sulle clausole generali raggiunge approdi assai più significativi, soprattutto perché chiamato a lambire le zone franche delle prerogative imprenditoriali.

In questo caso, l'operazione interpretativa condotta dalla giurisprudenza – recupero dell'obbligo di motivazione attraverso il filtro delle regole di correttezza e buona fede – ha assunto una concreta carica precettiva nel contesto decisionale, tanto da produrre ripercussioni significative sia sul terreno processuale, sia su quello sostanziale.

Sicché, un primo corollario è che la mancata esternazione delle motivazioni poste alla base della mancata promozione o della esclusione dal concorso – in assenza di uno specifico obbligo disciplinato in sede collettiva – non comporta l'automatica illegittimità della procedura, ma può costituire un indice presuntivo della violazione delle regole di correttezza e buona fede, *sub specie* di violazione del principio di trasparenza ad esse sotteso. Secondo una parte della dottrina ciò darebbe luogo ad un'ipotesi di inversione dell'onere della prova¹⁹, ma la giurisprudenza discute più spesso di redistribuzione del suddetto onere sulla base del criterio di disponibilità dei concreti mezzi di prova²⁰. In entrambi i casi, il risultato non è troppo differente, giacché il lavoratore guadagna una posizione di vantaggio in sede processuale: se è vero che, in forza dell'art. 2697 Cod. Civ., spetta all'attore l'onere di allegare e provare inadempimenti ed errori nella valutazione eseguita dal datore di lavoro, è altrettanto innegabile che detto onere probatorio presuppone la presenza di una motivazione dell'atto da contestare. Se questa non viene fornita, può presumersi che la valutazione operata dal datore di lavoro sia arbitraria, fatta salva la possibilità di fornire in giudizio la prova contraria; diversamente, può dirsi che

¹⁸In questa linea si muovono Cass. 2 febbraio 2009, n. 2581 e Cass. 23 gennaio 2009, n. 1715, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, II, pag. 795, con nota di F. CARDANOBILO, *Buona fede e correttezza nelle procedure concorsuali in ambito privato: gli obblighi formali e la tutela sostanziale degli interessi delle parti*.

¹⁹Cfr. C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici*, cit., pag. 28

²⁰Cass. 5 marzo 2012, n. 3415, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2012, pag. 323; Cass. 6 giugno 2006, n. 13241, in *Mass. giur. lav.*, 2006, pag. 972.

spetta a quest'ultimo esplicitare le ragioni giustificatrici della scelta aziendale, essendo l'unico soggetto che possiede le concrete conoscenze e possibilità di prova in merito ²¹. In ogni caso, emerge una differenza significativa rispetto all'ipotesi in cui l'obbligo di motivazione sia stato esplicitamente formalizzato tra i requisiti procedurali, giacché in quel caso la regola codificata diviene elemento strutturale della selezione e la sua semplice inosservanza è sufficiente per determinare l'automata declaratoria di illegittimità degli atti.

Discorso diverso va fatto nell'ipotesi in cui la motivazione dell'esclusione o della mancata valutazione positiva venga resa, ma il candidato escluso o pretermesso nel contesti il contenuto. Qui la giurisprudenza richiede al lavoratore che contesti l'operato datoriale di allegare specificamente i criteri che si assumono violati nell'ambito dello scrutinio per merito comparativo, nonché di specificare da quale norma o da quale clausola contrattuale tali obblighi discendano (ove sia presente una disciplina pattizia o un bando di concorso che regoli la selezione in modo analitico e dettagliato) ²². Una volta assolto detto onere, spetterà comunque al datore di lavoro-debitore, in conformità ai principi di cui all'art. 1218 Cod. Civ., fornire la prova di avere eseguito correttamente la prestazione e osservato i criteri di correttezza e buona fede ²³.

Le suggestioni più interessanti sul tema, però, si rinvengono soprattutto sul versante sostanziale. Ed infatti, è grazie alle aperture di significato connaturate alle

²¹ Nel primo senso Cass. 27 maggio 1983, n. 3675, in Foro It., I, c. 1541.; nel secondo Cass. 10 gennaio 1994, n. 158, in Giur. it., 1994, I, 1, c. 1761; Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in Mass. Giust. Civ. 2011, I, 73, la quale, in relazione ad un concorso per la promozione al grado di funzionario di terza categoria di un istituto bancario, ha confermato la sentenza di merito che aveva tratto argomenti di prova della violazione dei criteri di correttezza e buona fede dalla circostanza che il legale rappresentante della società datrice di lavoro non aveva saputo dar conto, in udienza, delle ragioni della diversa attribuzione dei punteggi discrezionali e dal confronto tra la posizione del candidato pretermesso e quella di altri concorrenti risultati vincitori del concorso in situazioni valutate omogenee.

²² Nella specie, la Cassazione ha precisato che tanto più i criteri di selezione, previsti pattiziamente o fissati unilateralmente dal bando di concorso, sono analitici e dettagliati, tanto meno è possibile un ricorso esplorativo fondato sulla generale, e quindi generica, allegazione della mancanza di motivazione, senza la specifica indicazione del criterio o dei criteri applicati dal datore di lavoro in violazione del canone di correttezza e buona fede in comparazione con altro o altri candidati ingiustificatamente preferiti. Cfr. Cass. 24 febbraio 2012, n. 2868, in Dir. e Giust. online, 3 maggio 2012; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23226, in Giust. Civ. Mass. 2004, 12; Cass. 13 aprile 1996, n. 3494, in Riv. it. dir. lav., 1996, II, pag. 812, con nota di R. Franco, Lottizzazione politica e tutela della professionalità del giornalista Rai.

²³ Cass. 28 agosto 2013, n. 19826, in Mass. Giust. Civ., 2013, secondo cui è il debitore-datore di lavoro che deve provare che l'impossibilità della prestazione o la non esatta esecuzione della stessa o comunque il pregiudizio che colpisce la controparte derivano da causa a lui non imputabile, mentre il lavoratore è tenuto ad allegare e dimostrare l'esistenza del fatto materiale ed anche le regole di condotta che assume essere state violate.

clausole generali ed alla loro propensione a veicolare nell'ordinamento valori metagiuridici che la giurisprudenza ha potuto enucleare una serie di comportamenti complementari ed ulteriori che il datore di lavoro è tenuto a rispettare a corredo dell'obbligo motivazione e degli adempimenti imposti dal regolamento contrattuale o dalle fonti eteronome.

Si tratta dell'aspetto più delicato, perché è qui che si consumano le già accennate contrapposizioni dottrinali sull'ampiezza del sindacato giurisdizionale, sui limiti alla dilatazione dei poteri valutativi dell'interprete, nonché sui rischi ed opportunità dischiusi dall'impiego delle clausole generali come tecnica di verifica del corretto esercizio dell'azione imprenditoriale. A coloro che ne esaltano le capacità di promuovere la giustizia sostanziale, determinando fra l'altro le condizioni di esigibilità dei diritti costituzionali di solidarietà, dignità ed eguaglianza²⁴, si oppone chi assume una visione più laica, contestando la scelta di affidare «il punto di mediazione tra interessi confliggenti (...) alla mediazione esegetica dell'interprete, anziché all'evoluzione del diritto positivo nelle sue alterne e tormentate manifestazioni»²⁵. Il rischio, in più occasioni paventato, è che la fluidità strutturale dei prototipi di comportamento che si vorrebbero elevare a *standard* sociali possa legittimare forme di decisionismo puro e consentire indebite invasioni di campo sulla libertà di governo dell'impresa.

Si tratta di timori non privi di fondamento e in larga parte condivisibili, ma è anche vero che se si osservano i concreti sviluppi giurisprudenziali sulle condizioni d'uso della buona fede nella materia dei concorsi privati, la loro ragion d'essere può essere sensibilmente ridimensionata.

In effetti, il catalogo di comportamenti «integrativi» richiesti al datore di lavoro *ex fide bona* appare sufficientemente stabile ed equilibrato, essendo la risultante di un processo di tipizzazione di direttive etico sociali certamente condivise e generalmente manovrate in modo non intrusivo rispetto alle direttive dell'art. 41 Cost.

Si tratta dei principi di ragionevolezza, non arbitrarietà e coerenza logica fra scelte effettuate e fini a cui esse sono preordinate, da cui la giurisprudenza ha ricavato una serie di figure sintomatiche che permettono di censurare la condotta dell'imprenditore ogni qual volta le singole prove concorsuali risultino prive di ca-

²⁴ L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 149; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, cit., pag. 16.

²⁵ Così G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., pag. 163. Per la limitazione del ruolo delle clausole generali all'interno del perimetro obbligatorio segnato dai rapporti contrattuali cfr. M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, cit., pag. 138; L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, cit., pag. 243; S. BELLOMO, *Clausole generali e autonomia collettiva*, cit., pag. 80.

pacità di determinare una adeguata, obiettiva e razionale selezione dei candidati, prevedano la sottoposizione a prove palesemente incongruenti rispetto alle mansioni di destinazione, si svolgano con modalità diverse da quelle pubblicizzate o portate a conoscenza dei candidati con il bando di concorso, o siano valutate con criteri che finiscano per agevolare alcuni candidati a discapito di altri (ad es. titoli omogenei valutati in maniera differenziata, punteggi attribuiti in contrasto con i criteri di preventivamente assunti, stravolgimento dell'ordine di prevalenza dei fattori di valutazione contemplato nel regolamento contrattuale, ecc.)²⁶.

Al di fuori di queste condivisibili applicazioni, non sembra che il controllo giurisdizionario si sia finora spinto sino al punto di sindacare l'*an* della determinazione economico-organizzativa dell'imprenditore, essendo anzi pacificamente escluso che il giudice possa sostituirsi a quest'ultimo nella scelta di attivare le procedure promotive, nell'individuazione del numero delle posizioni messe a concorso e nell'attribuzione della promozione secondo il criterio della comparazione pura o della variante «a scelta per merito comparativo», nell'individuazione delle materie nell'ambito delle quali scegliere le domande da porre e la regolamentazione delle concrete modalità di svolgimento del concorso interno²⁷. Anzi, la giurisprudenza è solita assumere un atteggiamento piuttosto cauto sulle stesse conseguenze che derivano dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede: a meno che non operi una disciplina concorsuale che sia in grado di garantire la promozione come effetto immediato e diretto di determinati presupposti oggettivi che prescindano da ogni indagine valutativa del datore di lavoro (*id est* comparazione pura), si precisa diffusamente che il giudice è tenuto a rispettare la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. e non può esprimere il proprio giudizio sulle attitudini e

²⁶ Cfr. Cass., S. U., 28 maggio 2013, n. 13176, in Mass. Giust. Civ., 2013; Cass. 14 aprile 2008, n. 9813, in Riv. It. Dir. Lav., 2008, II, pag. 831, con nota di S. Brun, Aspettativa per motivi sindacali e promozione tramite concorso; Cass. 11 giugno 2004, n. 1127, in Lav. e previd. Oggi, 2004, pag. 1471; Cass. 28 agosto 2003, n. 12637, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, II, pag. 276, con nota di L. Dentici, Parziale inidoneità fisica del lavoratore e mancata assunzione nonostante il superamento del concorso; Cass. 18 agosto 1999, n. 8710, in Dir. Lav., 1999, II, pag. 268, con nota di L. Valente, Il valore normativo della clausola di correttezza e buona fede in materia di promozioni.

²⁷ Cass. 1 marzo 2000, n. 2280, in Riv. It. Dir. Lav., 2001, II, 37, con nota di G. Zilio Grandi, Le selezioni a quiz per assunzioni e progressioni di carriera; Cass. 24 dicembre 1999, n. 14547, in Giust. Civ., 2000, I, pag. 1017; Cass. 13 aprile 1996, n. 3494, cit. a nt. 21, la quale, in un caso in cui un concorrente aveva dedotto la violazione delle regole di correttezza e buona fede, censurando l'adozione di un criterio che, a suo dire, avrebbe favorito un concorrente politicamente "lottizzato", ha osservato che la scelta del parametro di valutazione nelle procedure di promozione costituisce una facoltà discrezionale del datore di lavoro. Per detta ragione, l'adozione di un criterio che sfavorisca uno degli aspiranti favorendone un altro non può dirsi contraria ai criteri di correttezza e buona fede ove sia adottato un criterio di natura oggettiva e perciò facilmente verificabile.

capacità professionali dei candidati se questo siano riservate in tutto o in parte al datore di lavoro²⁸.

3. LA QUALIFICAZIONE DEGLI INTERESSI TUTELATI NEL SETTORE PRIVATO E NELL'IMPIEGO PUBBLICO PRIVATIZZATO.

Acclarato che i partecipanti ad un «concorso di diritto privato» sono titolari di una posizione soggettiva suscettibile di tutela giurisdizionale, permangono tuttavia alcune oscillazioni interpretative sul suo inquadramento dogmatico.

Anche nella giurisprudenza più recente continua infatti a registrarsi un utilizzo promiscuo e talvolta disinvolto della categoria dell'«interesse legittimo di diritto privato», in alternativa a quella del «diritto soggettivo».

Le radici di tale sistemazione concettuale sono note. Sul punto, è sufficiente ricordare che la figura dell'interesse legittimo di diritto privato è figlia dell'esportazione di alcune categorie pubblicistiche in ambito privatistico e trova riscontro in quel filone giurisprudenziale, invero assai risalente, che assume come premessa teorica la struttura autoritativa dell'impresa e la sua connotazione *lato sensu* comunitaria²⁹. Alla base di questa posizione vi è l'idea che la titolarità dell'impresa determini l'insorgere di una posizione di preminenza che legittima l'esercizio di poteri privati e che consente l'organizzazione della comunità di lavoro in forma non dissimile da quella che caratterizza, in ambito pubblicistico, i rapporti tra Stato e cittadino. In quanto inserito in una collettività gerarchicamente organizzata (anche se di tipo privatistico, il lavoratore vanterebbe pertanto un interesse legittimo a che l'esercizio dei poteri datoriali sia controllabile in sede giudiziale secondo criteri analoghi a quelli adoperati per il sindacato di legittimità dei provvedimenti discrezionali della pubblica amministrazione, potendo quindi chiederne lo scrutinio secondo i vizi tipici legati al «cattivo esercizio» del potere discrezionale.

²⁸ Cass. 5 aprile 2012, n. 5477, in *Guida al Dir.*, 2012, 21, 63; Cass. 26 maggio 2003, n. 8650, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2004, pag. 299.

²⁹ Per la ricostruzione di questa nozione cfr., per tutti, L. Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Sulle implicazioni in materia di concorsi privati cfr. C. Zoli, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici*, cit., pag. 13 e segg.; M. Clarich, *Concorsi privati e tecniche di tutela, Una rilettura in chiave pubblicistica*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 756; G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, cit., pag. 160. In giurisprudenza, oltre al leading case costituito da Cass., S.U., 12 novembre 1979, n. 5688, cit. a nt. 7; Cass., S.U., 5 gennaio 1981, n. 1, in *Giust. Civ.*, 1981, I, pag. 753; Cass. 10 agosto 1987, n. 6858 e Cass. 8 luglio 1987, n. 5965, in *Foro It.* 1987, I, c. 2989, con nota di O. Mazzotta, *La Cassazione e i concorsi privati: cosa c'è dietro l'angolo?*

Nonostante la sua valenza fortemente garantista, l'indirizzo in questione è stato immediatamente sottoposto ad una serrata critica da parte della dottrina, per via delle improprie commistioni tra tecniche di tutela destinate ad operare in contesti istituzionali profondamente differenti e non facilmente sovrapponibili ³⁰.

Proprio per questo motivo, già all'inizio degli anni '80 esso risultava superato a favore del più confacente approccio privatistico che ancora oggi colloca le tecniche di controllo dei poteri datoriali all'interno del rapporto di scambio (c.d. tecnica del rapporto), impostando la questione della loro giustiziabilità sulla verifica dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali o regolamentari, nonché di quelli integrativi discendenti dai principi di correttezza e buona fede ³¹.

Nella successiva esperienza giurisprudenziale si è così giunti a qualificare la posizione del lavoratore che partecipi ad una procedura di promozione a scelta come diritto soggettivo, precisando che il contenuto di quest'ultimo si sostanzia nella pretesa, giuridicamente tutelata, al corretto compimento delle operazioni concorsuali ed alla valutazione imparziale delle prove di selezione, ancorché queste siano regolate da meccanismi che contemplino valutazioni parzialmente discrezionali affidate al datore di lavoro ³².

Va tuttavia precisato che l'abbandono della tesi pubblicistica non ha impedito alla giurisprudenza di continuare a richiamare in alcune occasioni la categoria dell'interesse legittimo di diritto privato. Anzi, pur muovendo da premesse teoriche affatto differenti e ormai incentrate sul fondamento negoziale dei poteri datoriali, si continua a rinvenire qualche pronuncia che identifica in tale figura la situazione giuridica soggettiva in grado di tutelare i soggetti pretermessi o esclusi dall'attribuzione di una promozione. Mutuando una non risalente massima della Cassazione, si afferma in questo senso che la «presenza di un bando di concorso contenente i criteri di selezione di una procedura concorsuale per l'avanzamento di carriera fa sorgere in capo a ciascun candidato una posizione soggettiva di interesse legittimo privato e non di soggezione nei confronti dell'imprenditore, atteso che su questi grava l'obbligo di procedere nel rispetto di tali criteri e comunque secondo i

³⁰ Cfr. Buoncristiano. Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, Ceam, 1986; A. Di Majo, Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa, in Riv. Giur. Lav., 1983, I, pag. 354.

³¹ Cass. 19 giugno 1982, n. 3773, in Foro It., 1983, I, 113; Cass. 27 maggio 1983, n. 3675, in Giust. Civ., 1983, I, pag. 2267; Cass. 27 maggio 1983, n. 3674, in Mass. Giust. Civ., 1983, fasc. 5, quest'ultima, tuttavia, ritiene che il sindacato del giudice sia esteso «fino alle forme di eccesso di potere»; Cass. 22 febbraio 1985, n. 1603, in Lav. e Prvid. Oggi, pag. 2402.

³² Cfr. Cass. 1 marzo 2000, n. 2280, cit.; Cass., S. U., 28 maggio 2013, n. 13176, cit.; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23226, in Mass. Giust. Civ., 2004, 12; Cass. 20 ottobre 2004, n. 20510, ivi, 2004, 10; Cass. 18 agosto 1999, n. 8710, cit.; Cass., S.U., 25 ottobre 1993, n. 10604, in Mass. Gius. Civ, 1993, 1515. Sul punto anche T.A.R. Campobasso, sez. I, 7 luglio 2014, n. 421, in banca dati dejure.

principi di correttezza e buona fede, che si specificano nei doveri di imparzialità e di trasparenza»³³.

Si tratta di un'impostazione concettuale seguita diffusamente anche (e soprattutto) nell'impiego pubblico privatizzato, dove le tecniche di controllo dei poteri datoriali sono divenute sostanzialmente omogenee a quelle messe a punto in ambito privato per effetto del comune assoggettamento dei due ordinamenti alla disciplina dei rapporti di lavoro nell'impresa e alle regole dell'autonomia privata³⁴.

Così, nelle diverse fattispecie in cui la pubblica amministrazione agisce con le capacità e i poteri del datore di lavoro, beneficiando di uno spazio di discrezionalità nell'esercizio delle scelte relative all'attribuzione di un determinato beneficio, si precisa che il dipendente è titolare di una situazione giuridica contrapposta, qualificabile come interesse legittimo di diritto privato, che può trovare soddisfazione per il tramite del corretto esercizio della discrezionalità tecnico-organizzativa datoriale.

Limitandosi ad alcuni casi paradigmatici, questa classificazione categoriale viene adottata nelle controversie relative all'attribuzione di posizioni organizzative³⁵, in quelle relative alla mobilità del personale³⁶ e in modo pressoché sistematico in quelle concernenti il conferimento o il rinnovo di incarichi dirigenziali³⁷. Su tale

³³ Cass. 4 marzo 2004, n. 4462, in *Dir e Giust.*, 2004, 16, pag.40, con nota di R. PROIETTI, *Il datore di lavoro non può promuovere solo chi è a lui gradito*; Cass. 14 giugno 2000, n. 8132, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, II, 463, con nota di O. BONARDI, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora?*

³⁴ Cfr. per tutti A. GARILLI, *La lunga marcia verso la privatizzazione*, in AA. VV., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, pag. 401 e segg.; A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 53 e segg.

³⁵ Tribunale Napoli, 1 luglio 2008, in *Foro it.*, 2009, 6, 1957; Trib. Torre Annunziata, ord., 1 marzo 2010, in *www.inps.it*; Trib. Trani, ord. 22 settembre 2011, in *www.lisug.it*, con nota di L. IEVA, *Conferimento di posizione organizzativa nel lavoro pubblico ed interesse legittimo del dipendente pubblico privatizzato*.

³⁶ Trib. Milano, 28 luglio 2008, n. 3568 e Trib. Milano 18 luglio 2008, n. 3459, in *Riv. Imp. e Dirig. Pubbl.*, 2008, pag. 61, con nota di Bianchi; Trib. Roma ord. 19 febbraio 2010, in *Lav. prev. oggi*, 2010, pag. 551, con nota di R. Di Candilo.

³⁷ Cass. 18 giugno 2014, n. 13867, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, con nota di M. Nicolosi, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 ("riforma Balduzzi")*; Cass. 23 settembre 2013, n. 21700, in *Mass. Giust. Civ.*, 2013; Cass. 30 agosto 2010, n. 18857, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, 943, con nota di C. Di Nardo. Cfr., altresì, Cass., S.U., 14 ottobre 2003, n. 14625, in *Foro amm. CDS*, 2003, pag. 2864, in cui la S.C. ha precisato che nei casi di esercizio di attività relativa alle fasi dell'instaurazione o dell'attuazione di rapporti obbligatori le posizioni autoritative e discrezionali della p.a. datrice di lavoro possono essere assimilate a quelle dell'imprenditore; correlativamente, la posizione soggettiva spettante al privato e asseritamente lesa deve qualificarsi, alla stregua delle più recenti classificazioni teoriche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, nella più ampia categoria dei diritti di cui all'art. 2907 cod. civ., con la conseguente appartenenza della lite al giudice ordinario.

ultimo versante, l'orientamento che qualifica la situazione soggettiva dei candidati come interesse legittimo di diritto privato può dirsi del tutto pacifico ed incontrovertito, senza che ciò interferisca con la cornice negoziale che, attraverso il flusso delle clausole di correttezza e buona fede, ha sinora legittimato la tutela risarcitoria dei soggetti esclusi o pretermessi.

Si tratta, come è evidente, di vicende che dal punto di vista applicativo appaiono del tutto sovrapponibili alle controversie sulle promozioni a scelta nel settore privato. Dovendo escludere la diretta applicabilità dell'art. 3, L. n. 241/1990 – disposizione quest'ultima riservata ai soli provvedimenti autoritativi della p.a. – la Corte di Cassazione ha infatti realizzato la tutela dell'affidamento dei dipendenti/dirigenti pubblici contro l'esercizio arbitrario del potere discrezionale (privatistico) della p.a. attraverso l'imposizione dell'obbligo di garantire ai candidati adeguate forme di partecipazione al processo decisionale, di esternare le ragioni giustificatrici della scelta, nonché di effettuare valutazioni di tipo comparativo, anche in assenza di uno specifico obbligo legale³⁸. Su questa premessa, che presuppone l'assoggettamento degli atti di gestione o di organizzazione dei rapporti di lavoro posti in essere dall'amministrazione allo stesso tipo di controllo che opera per l'impresa privata, si innesta però un elemento deviante, costituito dall'ampiezza della potestà decisionale pubblica, in ragione della tutela di interessi generali. La natura fiduciaria dell'incarico dirigenziale conduce così ad affievolire la situazione giuridica tutelata in capo all'aspirante, degradandola da diritto soggettivo ad interesse legittimo di diritto privato, da ascrivere genericamente alla categoria dei diritti di cui all'art. 2907 Cod. Civ.

Orbene, si può forse ritenere che questa opzione classificatoria risulti sintonica nel settore della p.a., laddove l'immanenza di interessi pubblici sovraordinati assume un ruolo inevitabilmente condizionante, se non altro quale criterio di legittimazione indiretta della discrezionalità accordata alle amministrazioni conferenti gli incarichi. I segnali di riscontro di questa linea di pensiero sono numerosi, e si rinvencono soprattutto nelle pronunce giurisprudenziali che utilizzano le clausole di correttezza e buona fede per mediare i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, rinvenendo nella loro inosservanza una lesione «dell'interesse legittimo di diritto privato del candidato avente ad oggetto la correttezza, l'imparzialità ed il buon andamento dell'amministrazione»³⁹. In questa prospettiva, l'affievolimento

³⁸ Cass. 12 ottobre 2010, n. 21088, in *Foro It.*, 2011, 3, I, c. 804; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, II, pag. 1081; Cass. 26 ottobre 2011, n. 22298, in *Guida al Dir.*, 2011, 47, pag. 79.

³⁹ Cass. 26 settembre 2011, n. 19630, in *Giust. Civ.*, 2012, I, pag. 1337; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27888, cit..

della posizione soggettiva dell'aspirante è ricondotta all'esigenza di attribuire rilievo preminente alla natura fiduciaria della scelta, a garanzia delle esigenze funzionali dell'amministrazione. Da qui l'espressa esclusione di un diritto soggettivo al conferimento o al rinnovo degli incarichi di funzione dirigenziale (frequentemente sottolineata nelle massime) così come della possibilità di ottenerne l'attribuzione in via giudiziale, per mezzo di una sentenza costitutiva *ex art. 2932 Cod. Civ.*

Nonostante la sua ampia diffusione, l'indirizzo in questione può comunque essere contestato per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché la trasformazione delle fonti dei rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici ha determinato un riposizionamento del punto di emersione degli interessi generali di cui all'art. 97 Cost., spostandone la collocazione sulla sola attività complessiva della p.a. (tuttora funzionalizzata) ed escludendone il rilievo sui singoli atti gestionali o di micro-organizzazione⁴⁰. Di conseguenza, escluso che gli interessi superiori operino come limiti interni all'esercizio del potere privatistico delle p.a., viene meno il tratto qualificante dell'interesse legittimo, immanente anche nella sua variante «di diritto privato», e cioè la finalizzazione del potere discrezionale alla realizzazione di interessi superiori a quelli del datore e dei prestatori di lavoro. Privata della sua intima connessione con lo schema funzionalistico e forzata sulla logica del mero scambio interindividuale, la categoria dell'interesse legittimo di diritto privato si spoglia della sua naturale fisionomia e della sua stessa ragion d'essere, divenendo un succedaneo del diritto soggettivo, sprovvisto di capacità discreta⁴¹.

In secondo luogo, appare evidente come la qualificazione della posizione degli aspiranti all'incarico dirigenziale in termini di interesse legittimo di diritto privato scaturisca soprattutto dalla preoccupazione di salvaguardare il carattere fiduciario dell'atto di preposizione all'ufficio, in modo da non ingenerare dubbi sulla impossibilità di conseguire direttamente tale *utilitas* in giudizio, in caso di illegittima esclusione o pretermissione per violazione delle regole di buona fede (o procedurali) da parte dell'amministrazione. In pratica, la distinzione tra le due situazioni soggettive è utilizzata per tenere debitamente distinto il «diritto soggettivo ad ottenere l'incarico» – attualmente negato dalla giurisprudenza – da quello che viene definito come «interesse procedimentale alla correttezza dell'operato della p.a.».

⁴⁰ Cfr. A. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, pag. 81; C. D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, pag. 391.

⁴¹ In questo senso è del tutto attuale l'intuizione di C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici*, cit., pag. 19.

Tuttavia, per quanto più sopra esposto, non v'è alcuna ragione, se non di tipo esclusivamente definitorio, che imponga di qualificare la pretesa del candidato al regolare svolgimento della selezione in termini «di interesse legittimo di diritto privato» e non di «diritto soggettivo». In un contesto integralmente negoziale, entrambi gli interessi (all'incarico e alla regolarità della procedura) andrebbero pertanto ricondotti nell'alveo dei diritti soggettivi⁴².

Sul punto, sarebbe dunque auspicabile un allineamento fra la giurisprudenza del settore pubblico e quella del settore privato, dove la ricostruzione di entrambe le posizioni in termini di diritto soggettivo è ampiamente dominante, nonostante qualche nostalgico *revival* della teorica dell'interesse legittimo, che ancora capita di incontrare nei repertori. D'altra parte, gli argomenti a favore del «diritto soggettivo» si impongono a maggior ragione nell'ambito delle promozioni a scelta per merito comparativo indette nel settore privato, non foss'altro perché l'attività organizzativa dell'imprenditore non è assoggettata neppure in via mediata a condizionamenti interni, né finalizzata al perseguimento di interessi diversi e superiori a quelli delle parti del rapporto contrattuale⁴³.

Naturalmente, l'omogeneità della tecnica ricostruttiva delle due posizioni soggettive (interesse a conseguire una determinata promozione all'esito di procedura selettiva ed interesse procedimentale alla regolarità delle operazioni) e la loro comune qualificazione dogmatica non esclude la presenza di differenze, tanto numerose quanto significative, che tuttavia operano a valle, e cioè sul piano dei rimedi esperibili.

4. I RIMEDI ESPERIBILI. L'AZIONE DI ESATTO ADEMPIMENTO: PRESUPPOSTI E LIMITI.

Sotto questo profilo, la tipologia di tutela che può attivare il candidato è destinata a variare in base alle caratteristiche della procedura selettiva e all'incidenza della componente discrezionale (più o meno intensa) riservata al datore di lavoro.

⁴² In questo senso, correttamente, Cass., S. U., 28 maggio 2013, n. 13176, cit., relativa al caso di un procedura di selezione per il conferimento degli incarichi di lettorato italiano presso le Università dei paesi extraeuropei.

⁴³ Probabilmente lo sporadico riaffiorare di questa classificazione nel settore privato è frutto di un retaggio storico. La giurisprudenza sui concorsi privati si è infatti sviluppata, *ab origine*, con riferimento alle selezioni bandite dagli enti pubblici economici, prima che ne fosse disposta la privatizzazione. L'alternativa diritto soggettivo/interesse legittimo consentiva quindi di risolvere il problema preliminare del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario o amministrativo, rilevando soltanto dopo sotto il profilo delle tutele. Cfr. O. MAZZOTTA, *Concorsi privati e tecniche di tutela. Quasi un inventario*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 737.

Con riferimento alla domanda giudiziale rivolta a far valere il «diritto alla promozione» (ma lo stesso vale per il conferimento di incarichi o di altre *utilitas* messe a concorso) si afferma generalmente che essa è suscettibile di trovare accogliamento nei soli casi in cui la scelta del datore di lavoro sia vincolata ad una precisa modalità di azione rispetto alla quale non residuano margini di discrezionalità.

Si tratta delle ipotesi già richiamate in cui le valutazioni siano cristallizzate in determinazioni numeriche di punteggio collegate a criteri puramente oggettivi (ad es. anzianità di servizio, titoli di studio, ecc.). A fronte di una situazione del genere, il sindacato giudiziario verterà non solo sull'accertamento della corretta applicazione delle regole prestabilite, ma potrà estendersi fino all'attribuzione dei punteggi erroneamente non computati e all'assegnazione in forma specifica della promozione richiesta, in uno con i benefici economici ad essa connessi ⁴⁴. L'operazione condotta dal giudice si risolve infatti nella verifica della mera sovrapposibilità tra la determinazione organizzativa dell'imprenditore e il rispetto dei requisiti che delimitano il corretto esercizio delle sue prerogative, in forma rigida ed integralmente vincolata. A queste condizioni, si ritiene sia possibile ottenere una tutela soddisfacente piena, realizzabile attraverso una pronuncia costitutiva *ex art.* 2932 Cod. Civ.

Diverso è il caso in cui la procedura selettiva contempra una sfera di giudizio riservata alla discrezionalità aziendale. Qui la situazione soggettiva di cui è titolare il concorrente rimane pur sempre di diritto soggettivo, ma la questione dei rimedi si pone in termini differenti, poiché il potere di scelta rimane affidato (seppure in parte) alla valutazione discrezionale del datore di lavoro e risulta dunque inappropriabile da parte del giudice, anche nei casi di accertata violazione delle regole di correttezza e buona fede.

A questo punto, le conseguenze della violazione del diritto al corretto svolgimento delle operazioni concorsuali dipendono dalla strategia processuale dell'interessato e possono mantenere le forme della reintegrazione in forma specifica – ma in questo caso *sub specie* di condanna alla ripetizione della procedura ⁴⁵ – ovvero essere incanalate nel binario della tutela risarcitoria, con domanda che può essere spiegata in via cumulativa, subordinata o alternativa rispetto alla prima.

In entrambi i casi, l'azione viene inquadrata nella logica dell'adempimento degli obblighi negoziali e dei vincoli che discendono dalle regole di correttezza e buona fede.

⁴⁴ Cass. 14 settembre 2005, n. 18198, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, II, pag. 1182, con nota di S. MENTO, *Bandi di concorso a punteggio vincolato, discrezionalità della commissione di esame e sindacato del giudice*.

⁴⁵ Cass. 10 agosto 1987, n. 6864, in *Foro It.*, 1987, I, c. 2987.

Risulta invece desueto ed ormai sostanzialmente superato l'indirizzo che ammetteva la possibilità di invalidare gli esiti della procedura mediante una pronuncia di nullità o di annullamento degli atti ⁴⁶. Anche in questo caso, si è trattato di un orientamento sviluppatosi sulla scia dell'originario approccio pubblicistico e del suo principale corollario, consistente nell'utilizzo delle tecniche sanzionatorie mutate dal diritto amministrativo. Tuttavia, esso non ha riscosso il consenso della dottrina neppure nella diversa logica sottesa alla «tecnica del rapporto» – presto divenuta dominante in giurisprudenza – in ragione delle evidenti forzature interpretative scaricate sul sistema chiuso e tassativo delle cause di nullità e annullabilità ⁴⁷. Naturalmente, alla base di tale rilievo si rinviene una concezione ben precisa della struttura precettiva delle clausole generali. Si tratta della visione tradizionale per cui le regole di correttezza e buona fede, operando come canone di valutazione del comportamento delle parti, permettono unicamente di misurare l'esattezza dell'adempimento di doveri preesistenti. Per questa ragione, la loro inosservanza non potrebbe essere equiparata né alla violazione di una norma imperativa (art. 1418 Cod. Civ.) né ad un vizio del consenso (art. 1427 Cod. Civ.).

Per la verità, alcuni Autori avevano sollecitato un atteggiamento più coraggioso su questo punto, ipotizzando la qualificazione delle clausole generali come norme imperative e ricavandone la capacità di determinare l'invalidità degli atti datoriali con esse contrastanti ⁴⁸. La teoria è molto suggestiva, soprattutto perché muove dalla condivisibile finalità di attribuire efficacia reale alle suddette clausole, utilizzandole come strumenti di raccordo con i valori di dignità e solidarietà sociale accolti nella Costituzione. Alla medesima finalità si presta la ricostruzione che, attraverso un differente percorso argomentativo, propone di ricondurre l'invalidità dei provvedimenti datoriali non conformi alle regole di correttezza e buona fede (o irrispettosi delle condizioni di legittimità stabilite dalla legge o dalla contrattazione collettiva) alla categoria dell'«inefficacia». In questa prospettiva, la differente tecnica di invalidazione è richiamata come conseguenza del fondamento contrattuale dei poteri del datore di lavoro e viene giustificata con l'assunto per cui un provvedimento

⁴⁶ Cass. 13 giugno 1991, n. 6657 e Trib. Genova, 28 febbraio 1990, in Riv. Giur. Lav., 1991, II, pag. 424; Cass. 22 dicembre 1987, n. 9530, in Mass. Giust. Civ., 1987, fasc. 12; Cass. 10 aprile 1990, n. 3038 e Cass. 20 giugno 1990, n. 6184, in Foro It., 1990, I, c. 3817.

⁴⁷ Cfr. O. Mazzotta, La Cassazione e i concorsi privati: cosa c'è dietro l'angolo?, in Foro It., 1987, I, 2987; C. Zoli, La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici, cit., pag. 30.

⁴⁸ L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 148.

che travalica l'area del debito contrattuale sarebbe insuscettibile di produrre effetti giuridici⁴⁹.

Non v'è dubbio che entrambe le posizioni appena menzionate siano conformi al paradigma regolativo delle clausole generali, per lo meno ove si convenga sul fatto che queste ultime non identificano una categoria del diritto positivo completa di tutti gli elementi descrittivi e precettivi, quanto «una categoria che è frutto di una formulazione teorica che l'interprete potrebbe anche riscrivere *ex novo*, con il solo onere di chiarire i termini della convenzione stipulativa che lo induce a formulare tale nuova proposta di categorizzazione»⁵⁰.

Tuttavia, nessuna di esse ha incrociato uno spirito altrettanto progressista da parte della giurisprudenza, la quale è rimasta stabilmente ancorata al tradizionale sistema rimediabile modellato sulle forme previste dall'art. 1453 Cod. Civ. Una scelta di politica del diritto, dunque, forse condizionata dalle diverse implicazioni applicative sottese a ciascuna delle opzioni in questione, o più probabilmente avvezza al rispetto delle tradizionali formule di derivazione civilistica.

Nell'attuale panorama giurisprudenziale viene dunque imboccata con decisione la strada dell'inadempimento: in un contesto caratterizzato dalla presenza in capo alle parti di posizioni attive e passive pariteticamente contrapposte, è netta l'equiparazione della violazione dei criteri di valutazione dei candidati all'inosservanza di un'obbligazione strumentale del datore di lavoro.

Da qui, come detto, la possibilità domandare l'esatto adempimento della prestazione dovuta, consistente rinnovazione delle operazioni di concorso e nell'eventuale riformulazione della graduatoria, ove presente.

Sul punto, tuttavia, si rinvengono diversi nodi problematici.

In una prima direzione, si è dubitato dell'ammissibilità di una pronuncia ripristinatoria, tenuto conto dell'incoercibilità dell'obbligo di *facere* cui sarebbe tenuto il datore di lavoro. Tuttavia, l'obiezione è facilmente superabile: la storia della tutela reale contro i licenziamenti è indicativa dell'assenza di interferenze tra la configurazione (a monte) di rimedi soddisfattivi e l'eventuale incoercibilità (a valle) dei provvedimenti di condanna giurisdizionali⁵¹.

⁴⁹ Cfr. P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, cit., che muove dall'inquadramento degli atti di esercizio delle prerogative imprenditoriali tra i diritti potestativi.

⁵⁰ Per questa chiave di lettura cfr. S. BELLOMO, *Clausole generali e autonomia collettiva*, cit., pag. 11, sulla scorta delle osservazioni di A. GUARNERI, *Le clausole generali*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, pag. 133.

⁵¹ Cfr. I. PAGNI, *Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 489 e segg.

Più calzante è invece il rilievo secondo cui la possibilità di esperire un'azione di esatto adempimento è condizionata, in linea generale, al perdurare in vita dell'obbligazione rimasta inadempita. In proposito, si osserva che lavoratore potrebbe avvalersi di tale rimedio solo quando la violazione degli obblighi di comportamento del datore di lavoro non determini l'estinzione della situazione giuridica tutelata. Diversamente resterebbe spazio per la sola tutela risarcitoria⁵². Una simile evenienza sembra essere alla base delle pronunce che considerano inammissibile la domanda formulata da un candidato che agisca per fare accertare l'illegittimità dell'operato datoriale ed ottenere l'ammissione alle prove dalle quali sia stato escluso quando l'*iter* concorsuale si sia già definitivamente concluso con la nomina dei vincitori⁵³. Qui la Cassazione ha ritenuto che il lavoratore fosse privo di interesse ad agire, in quanto la procedura concorsuale alla quale aveva chiesto di essere ammesso a partecipare si era *medio tempore* esaurita con la nomina dei vincitori e non era stata richiesta l'inclusione nella graduatoria finale. L'eventuale accoglimento della domanda non avrebbe garantito alcun vantaggio al ricorrente, posto che una pronuncia di ammissione al concorso sarebbe stata comunque *inutiliter data*. Seppure implicitamente, sembra dunque che i giudici abbiano tenuto in considerazione le regole sull'impossibilità della prestazione stabilite dall'art. 1256 Cod. Civ., le quali dispongono l'estinzione dell'obbligazione quando il debitore non può più essere ritenuto obbligato all'esecuzione ovvero il creditore non abbia più interesse a conseguirla.

Si deve altresì segnalare che l'interesse del candidato ad una declaratoria di illegittimità della procedura è condizionato alla prova, da parte dello stesso, che il corretto svolgimento delle operazioni lo avrebbe condotto ad un risultato positivo. Il principio (che, come si dirà, opera negli stessi termini nei casi di azione esclusivamente risarcitoria) comporta che il mero accertamento dell'inosservanza delle regole procedurali o delle clausole di correttezza e buona fede non è da solo sufficiente per ottenere un esito favorevole del giudizio (in questo caso con la condanna alla ripetizione delle prove selettive), giacché la posizione processuale del lavoratore è indifferente a tale unico accertamento, ove non accompagnato dalla prova di poter risultare vittorioso nel concorso⁵⁴.

⁵² Cfr. F. P. LUIISO, *Profili di diritto sostanziale e processuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pag. 746 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Concorsi privati. Tecniche di tutela e litisconsorzio necessario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, pag. 122.

⁵³ Cfr. Cass. 21 giugno 200, n. 8468, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 1369.

⁵⁴ Cass. 2 febbraio 2009, n. 2581, in *Mass. Giust. Civ.*, 2, 163; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1715, *ivi*, 2009, I, 109; Cass. 1 dicembre 2004, n. 22524, *ivi*, 2004, 12.

La soluzione adottata dalla pronuncia in commento si colloca peraltro su questa stessa scia, poiché da una parte esclude che l'obbligo di disporre la ripetizione della procedura sia una conseguenza automatica della sua originaria illegittimità, dall'altra richiama il «principio di rango costituzionale attinente alla libertà di esercizio del diritto d'impresa» per giustificare il proprio *self restraint* su una procedura valutativa a carattere discrezionale rispetto alla quale non erano emersi elementi di univocità sul diritto alla promozione vantato dal ricorrente.

La seconda variabile da tenere in considerazione nelle ipotesi in cui venga richiesto l'adempimento in forma specifica attiene alla struttura soggettiva del processo. La condanna alla ripetizione della procedura di comparazione tra i partecipanti al concorso, con un nuovo apprezzamento dei titoli precedentemente valutati in maniera non corretta, produce infatti inevitabili ripercussioni sulla posizione dei concorrenti terzi, risultati vincitori o idonei in danno del ricorrente. In questi casi, il recupero dell'utilità perduta da quest'ultimo a causa del comportamento illecito del datore di lavoro passa inevitabilmente attraverso il pregiudizio degli altri soggetti che abbiano acquisito al suo posto la posizione di vantaggio.

Da ciò la necessità di integrare il contraddittorio con i soggetti favoriti, al fine di potervi opporre le statuizioni contenute nella decisione giudiziale⁵⁵.

Vengono qui in rilievo le norme sul litisconsorzio necessario, richiamate a vario titolo dalla giurisprudenza sul presupposto della pluralità del rapporto soggettivo scaturente dal bando di concorso, ovvero, più correttamente, sulla necessità di coinvolgere nel processo tutti i soggetti da cui dipenda la possibilità di soddisfare la domanda dell'attore. Nel primo caso, l'integrazione del contraddittorio con tutti i candidati risultati vincitori o idonei nella procedura selet-

⁵⁵ Cfr. Cass. 5 giugno 2008, n. 14914, in *Guida al Dir.*, 2008, 31, pag. 78; Cons. Stato, 8 agosto 2006, n. 4776, in *Foro Amm. CDS*, 2006, pag. 2161; App. L'Aquila, 17 marzo 2005, in *Giust. Civ.*, 2006, I, pag. 1622, di cui vale la pena di riportare la massima, particolarmente chiara: «nell'ipotesi di impugnazione della graduatoria di una procedura concorsuale riservata a personale già in servizio nella p.a., il problema del litisconsorzio dev'essere risolto nella maniera seguente: a se la domanda proposta dal candidato escluso dalla promozione è basata su motivi tali da determinare la riformulazione della graduatoria, sono litisconsorti necessari solo i vincitori del concorso direttamente coinvolti. In simili casi, tuttavia, devono essere chiamati in giudizio tutti i vincitori che risulterebbero superati, non solamente quello che occupa l'ultimo posto utile della graduatoria; b se il vizio della procedura denunciato è tale da coinvolgere necessariamente tutti i vincitori, ovvero è di natura tale da rendere possibile che tutti i vincitori del concorso potrebbero essere scavalcati, si deve ritenere che tutti i candidati collocatisi in posizione utile siano litisconsorti necessari. Una simile qualificazione non può, invece, essere attribuita ai candidati non vincitori, a meno che la disciplina della procedura non contenga un'utilità anche per chi sia dichiarato idoneo, seppur non vincitore; c non sono litisconsorti necessari gli idonei non vincitori che potrebbero dedurre il medesimo vizio fatto valere dall'attore.

tiva viene rappresentata come conseguenza imposta dalla domanda di tutela in forma specifica, poiché il provvedimento richiesto al giudice graverebbe su un rapporto giuridico che non può essere costituito, modificato o estinto se non nei confronti di tutti i soggetti che ne sono parti, i quali, pertanto, debbono essere tutti chiamati in causa ⁵⁶. Diversamente, l'emananda sentenza non potrebbe produrre i suoi effetti, presentandosi così come *inutiliter data* ed improduttiva di effetti di diritto sostanziale anche nei confronti delle sole parti presenti nel processo ⁵⁷.

Nella successiva elaborazione, influenzata dal contributo della dottrina processualciviltistica, l'istituto del litisconsorzio è stato ricondotto prevalentemente alla sua funzione naturale, che è appunto quella di tutelare l'interesse dell'attore ad ottenere una decisione efficace anche nei confronti dei terzi che si trovino con questi in una situazione di concorso/conflitto ⁵⁸. In questo senso, si afferma che la domanda di esatto adempimento impone il coinvolgimento dei terzi quando dal suo accoglimento dipende la soddisfazione dell'interesse dell'attore a prendere il posto occupato da questi ultimi ⁵⁹. Ciò si verifica quando l'utilità contesa tra più pretendenti è indivisibile, nel senso che, una volta accordata ad uno, essa viene definitivamente perduta dagli altri (ad es. una promozione in cui i posti da attribuire siano contingentati).

Viceversa, qualora il datore di lavoro indica una selezione aperta, obbligandosi a riconoscere un beneficio ai candidati che ottengano una valutazione positiva (si pensi ad una procedura abilitativa o ad un concorso che non preveda graduatorie o limiti al numero degli avanzamenti disponibili) l'integrazione del contraddittorio non appare necessaria. Ed infatti, *utilitas* alla quale ambisce il soggetto che lamenta la scorrettezza dell'operato datoriale può essere

⁵⁶ Cfr. Cass. 16 gennaio 1992, n. 466, in Mass. Giust. Civ., 1992, fasc. 1; Trib. Messina 25 gennaio 1989, in Notiz. Giur. Lav., 1989, pag. 411, secondo cui in tema di rapporto di lavoro di natura privatistica dei dipendenti di enti pubblici economici - ed in specie in tema di promozioni - ove il dipendente escluso dalla promozione agisca contro il datore di lavoro per non essersi questi attenuto ai criteri fissati contrattualmente e chieda il risarcimento dei danni, l'integrazione del contraddittorio nei confronti di altri dipendenti scrutinati non è necessaria, posto che l'eventuale accoglimento della domanda non può pregiudicare le parti assenti dal processo, come invece accadrebbe in presenza di una domanda tendente alla ripetizione delle operazioni di selezione per il carattere indivisibile, relativamente ai soggetti interessati, dalla prestazione richiesta.

⁵⁷ Cass. 10 aprile 1990, n. 3038, in *Foro It.*, 1990, I, c. 2817,

⁵⁸ Vi è dunque estranea la protezione dell'interesse di questi ultimi a non vedere pregiudicati gli effetti (di per sé vantaggiosi) dell'atto datoriale di scelta eventualmente illegittimo, in quanto tale finalità è garantita dalle disposizioni sull'intervento o sulla chiamata in causa. Cfr. T. Firenze 26 luglio 1984, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 3412, con nota di F. P. LUISSO, *Controllo giurisdizionale dei poteri dell'imprenditore e litisconsorzio necessario*.

⁵⁹ Cfr. Cass. 4 marzo 1986, n. 1382, in *Giust. Civ.*, 1986, I, pag. 2849.

conseguita indipendentemente dal coinvolgimento dei terzi, atteso che la loro posizione rimarrebbe salva anche in caso di riformulazione del giudizio attribuito al partecipante escluso.

La tutela in forma specifica può essere cumulata con la domanda di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1453 c.c. Quest'ultima può senz'altro coprire ogni pregiudizio risentito dal lavoratore a causa dell'inadempimento datoriale, estendendosi anche alle conseguenze non patrimoniali eventualmente subite, quali la perdita di conoscenze, di esperienze e di professionalità scaturenti dalla qualifica non conseguita, il mancato raggiungimento di una situazione di maggior prestigio nell'ambiente di lavoro e nel contesto sociale, nonché le possibili menomazioni all'integrità psico-fisica ricollegabili alla negazione delle legittime aspettative del dipendente ⁶⁰. TUTTAVIA, OVE il datore di lavoro si conformi alla declaratoria giudiziale di illegittimità della procedura ed indica un nuovo concorso con effetti retroattivi, la giurisprudenza ha escluso la sussistenza di un pregiudizio risarcibile, precisando che l'esatto adempimento ripristina la situazione di partenza, perché in grado di garantire piena soddisfazione all'interesse procedimentale originariamente leso. Si tratta di una soluzione condivisibile, a patto di tenere ben distinto il danno da ritardo, neutralizzabile mediante il rinnovo della procedura «ora per allora» e le altre voci di danno potenzialmente emergenti a causa dell'illecito datoriale che non siano riparabili o eliminabili con la sola reiterazione delle operazioni ⁶¹.

5. IL RISARCIMENTO DEL DANNO DA MANCATA PROMOZIONE O PERDITA DI CHANCE.

La necessità di integrazione del contraddittorio viene invece pacificamente esclusa nel caso in cui il *petitum* giudiziale assuma contenuto esclusivamente risarcitorio ⁶². Si tratta della fattispecie più diffusa e ricorrente nella prassi giurisprudenziale.

⁶⁰ Cfr. Cass. 19 novembre 1997, n. 11522, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, II, pag. 706, con nota di I. Milianti, Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione.

⁶¹ Cfr. Cass. 14 giugno 2000, n. 8132, in Riv. It. Dir. Lav., 2001, II, pag. 463, con nota di O. BONARDI, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chance o ripetizione del concorso ora per allora?*

⁶² Cfr. Cass. 11 febbraio 2000, n. 1561, in Mass. Giust. Civ., 2000, pag. 308; Cass. 7 giugno 1996, n. 5315, in Lav. Giur., 1996, pag. 1043; Cass. 4 novembre 1992, n. 11943, in Notiz. Giur. Lav., 1993, pag. 184.

Sebbene una parte della dottrina abbia dubitato della possibilità di esperire un' autonoma azione risarcitoria, rilevando che ciò sarebbe possibile solo quando la prestazione inadempita dal debitore-datore di lavoro sia divenuta definitivamente impossibile ai sensi dell'art. 1453 Cod. Civ., la giurisprudenza è ferma nel ritenere praticabile detta via, fondandola direttamente sull'art. 1218 Cod. Civ.⁶³.

A questo punto, la domanda spiegata dal lavoratore può avere ad oggetto due distinte e autonome categorie di danno, non ricomprese l'una nell'altra⁶⁴: quella consistente nel pregiudizio derivante dalla mancata promozione (qualora questa possa essere configurata come sicura in caso di partecipazione al concorso) e quella relativa alla perdita di «*chance*», legata alla mera probabilità di conseguirla all'esito di una regolare valutazione.

Come è noto, la distinzione tra le due categorie di danno si riflette sull'entità del ristoro conseguibile dal soggetto leso: nell'ipotesi di danno da mancata promozione si ha il diritto di ottenere una equivalente monetario che copre integralmente la perdita dei vantaggi propri della qualifica superiore richiesta; la perdita di *chance* viene invece liquidata applicando al parametro delle retribuzioni percipiende e non percepite un coefficiente di riduzione che tenga conto del grado di probabilità che il candidato aveva di conseguire la promozione nel momento in cui sia stato escluso o pretermesso.

La distinzione concettuale tra le due figure si ripercuote inoltre sul regime probatorio applicabile. Una volta accertata l'illegittimità dell'*iter* valutativo secondo i criteri indicati *sub* § 2, l'onere della prova delle conseguenze dannose si sposta a carico del lavoratore non promosso, al quale si richiede di dimostrare la sussistenza di un nesso di causalità tra la valutazione comparativa scorretta e il pregiudizio lamentato⁶⁵.

Il contenuto dell'*onus probandi* è tuttavia profondamente diverso, a seconda del titolo e della causale di danno che si decida di fare valere. Ed infatti, qualora venga dedotto il diritto alla promozione, il risarcimento è condizionato alla prova piena,

⁶³ In proposito, si rileva che l'art. 1453 C.C. consente al creditore di scegliere tra adempimento e risoluzione, mentre il risarcimento dei danni è previsto per ambedue i rimedi sopra citati. La conversione della tutela di adempimento in tutela risarcitoria dovrebbe infatti ammettersi solo se l'obbligazione si sia estinta. Cfr., per tutti, F. P. LUISO, *Profili di diritto sostanziale e processuale*, cit., pag. 751 ss.

⁶⁴ Cfr. Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 863, con nota di V. ANNIBALI, *Danno da perdita di chance e risarcibilità*; Cass. 23 gennaio 2002, n. 734, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, pag. 319; Cass. 9 gennaio 2003, n. 123, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, pag. 34.

⁶⁵ Cfr. Cass. 26 marzo 2010, n. 7414, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, pag. 830, con nota di M. LANOTTE, *Immotivata esclusione dalle prove selettive e danno da perdita di chance*; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Dir. e Giust. online*, 2010.

da parte del lavoratore, che il corretto svolgimento della procedura selettiva lo avrebbe certamente incluso tra i promossi. Si tratta di un incombente particolarmente gravoso, che può essere più facilmente assolto nelle promozioni ancorate a criteri oggettivi e vincolanti, ma che diviene molto più complesso quando il datore di lavoro goda di un apprezzabile margine di discrezionalità nella scelta comparativa.

Viceversa, nel caso in cui il diritto fatto valere consista nella perdita della probabilità di riuscire a conseguire il risultato utile, la giurisprudenza ammette largamente l'utilizzo della prova presuntiva, consentendo al lavoratore di dimostrare l'avvenuta lesione tramite il criterio della probabilità, purché «apprezzabile», «non trascurabile» o «ragionevole», di poter essere incluso nell'elenco dei vincitori, in assenza del comportamento scorretto del datore di lavoro⁶⁶. Più recentemente, peraltro, la giurisprudenza della S.C. ha elaborato alcuni indici sintomatici da impiegare per valutare le probabilità del lavoratore di risultare vincitore, soprattutto nel caso di mancanza di più specifiche risultanze circa il probabile l'esito della selezione. In particolare, si ammette la possibilità di desumere argomenti di prova dal rapporto tra il numero dei soggetti da selezionare e quello di coloro che hanno acquisito la promozione, dal grado di incidenza dei punteggi discrezionali rispetto a quelli fissi, nonché, più in generale, dal comportamento processuale delle parti «e dalle loro carenze nell'allegazione e prova degli elementi di fatto rilevanti ai fini della selezione rientranti nell'ambito delle loro rispettive conoscenze e possibilità di prova»⁶⁷.

Con altrettanta frequenza, gli indici in questione vengono utilizzati come criteri di liquidazione del danno, da determinare inevitabilmente attraverso la valutazione equitativa di cui all'art. 1226 Cod. Civ.. La maggiore probabilità di ottenere il risultato sperato incide dunque sul *quantum* del ristoro, mentre non costituisce un presupposto della sua sussistenza. Questa conclusione si impone ove si consideri che l'interesse protetto dalla «*chance*», in accordo con la ricostruzione teorica più accreditata, consiste nell'irrimediabile perdita di una occasione favorevole, concre-

⁶⁶ Risulta pertanto superato l'orientamento espresso nella giurisprudenza più risalente, tra cui Cass. 19 dicembre 1985, n.6506, in Foro It., 1986, I, col. 383, con nota di A. M. Princigalli, Quand'è più si che no: perdita di chance e danno risarcibile, che richiedeva una probabilità qualificata del conseguimento del risultato la prova di una percentuale almeno superiore al 50 %. Questo indirizzo, tuttavia, campeggia ancora nella recente giurisprudenza amministrativa. Cfr. TAR Napoli, sez. IV, 14 novembre 2006, n. 9517, in Foro amm. TAR 2006, 11, pag. 3625; TAR Lazio, Sez. I, 29 aprile 2005, n. 3218; TAR Trentino Alto Adige Bolzano, 28 gennaio 2005, n. 31.

⁶⁷ Cfr., da ultimo, Cass., S.U., 23 settembre 2013, n. 21678, in Mass. Giust. Civ., 2013, Cass. 5 marzo 2012, n. 3415, in Mass. Giust. Civ., 2012, 3, 272; Cass. 6 giugno 2006, n. 13241, in Foro It., 2006, I, 3384; Cass. 15 marzo 1996, n. 216, in Not. Giur. Lav., 1996, pag. 363.

ta ed attuale, di un futuro miglioramento patrimoniale. Si tratta pertanto di un'entità economica autonomamente risarcibile nella dimensione del danno emergente e non del lucro cessante, tenuto conto che l'equivalente monetario assolve il compito di riparare la perdita della possibilità di acquisire un certo bene o risultato in conseguenza (immediata e diretta) del fatto illecito altrui e non di indennizzare il mancato utile scaturente dalla stessa⁶⁸. In questo modo, la lesione insiste su un bene già esistente nel patrimonio del danneggiato e può essere risarcita attraverso il criterio equitativo (che può essere indennizzato solo quando sia comprovata l'esistenza e l'attualità del danno risarcibile). Vi è dunque estraneo l'utile futuro che, in quanto di incerta realizzazione, finirebbe, secondo alcuni, col compromettere la stessa ammissibilità della tutela risarcitoria⁶⁹.

Con una motivazione discutibile, la sentenza in commento non si addentra su questo tema e cassa senza rinvio la sentenza di appello che aveva accolto la domanda risarcitoria formulata da un lavoratore illegittimamente escluso dalla procedura comparativa a scelta indetta dall'istituto di credito datore di lavoro.

In particolare, non convince la statuizione secondo cui il ricorrente avrebbe dovuto provare o quantomeno allegare di ricoprire una posizione poziore rispetto a tutti i partecipanti alla procedura illegittima e dunque fornire un raffronto sia con i vincitori, sia con tutti gli idonei non promossi che lo avevano preceduto. Un simile principio, talvolta affiorato nella giurisprudenza meno recente della S.C.⁷⁰, appare coerente e condivisibile qualora sia richiesta la reintegrazione in forma specifica, con estensione del contraddittorio ai soggetti controinteressati, oppure quando si chieda il risarcimento da mancata promozione, ma non certo quando si faccia valere anche il danno da perdita di *chance* (nel caso di specie domandato in via subordinata).

Essendo sostanzialmente indiscusso che il risarcimento del danno da perdita di *chance* si basa su un giudizio probabilistico e non condizionato alla prova della sicura inclusione fra i vincitori, appare quantomeno contraddittoria la scelta di adossare sul lavoratore un onere senz'altro più gravoso, quale è quello che coinvol-

⁶⁸ Cfr. Cass. 18 marzo 2003, n. 1999, in *Giur. It.*, 2003, pag. 1783; Cass. 18 ottobre 1999 n. 11727, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, pag. 1361; Cass. 14 novembre 2001 n. 14199, in *Lav. Giur.*, 2002, pag. 1079; Pret. Napoli 27 ottobre 1993, in *Dir. lav.*, 1994, II, 312 ss., con nota di M. Nocella, *Concorsi privati, perdita di "chance" e risarcibilità del danno*. Tuttavia, per la tesi del lucro cessante cfr. TAR Genova, sez. II, 29 febbraio 2012, n. 349, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 2, pag. 415; Cass. 25 novembre 2003, n. 17940, in *Foro Amm. CDS*, 2003, pag. 3593.

⁶⁹ Cfr. G. FERRAÙ, *Il danno da mancata promozione e perdita di chance nella giurisprudenza della casazione: profili sistematici ed evolutivi*, in *Lav. Giur.*, 2006, pag. 672 ed *ivi* per ulteriori riferimenti.

⁷⁰ Cfr. Cass. 4 marzo 1992, n. 2598, in *Mass. Giust. Civ.*, 1992, fasc. 3.

ge le posizioni di tutti i candidati idonei non vincitori. Ritenere che il lavoratore debba fornire la prova piena dell'evento dannoso significa negare autonomia alla risarcibilità della perdita di *chance*, perché a quel punto non emerge più alcuna differenza col danno da mancata promozione⁷¹. Tra l'altro, la soluzione adottata dalla S.C. trascura che difficilmente l'interessato può essere a conoscenza di tutti gli elementi di giudizio riguardanti la posizione dei numerosi partecipanti alla procedura e sottovaluta, in definitiva, l'importanza del criterio di «vicinanza della prova», da sé stessa affermato in altre occasioni.

In effetti, va anche detto che nel caso concreto la decisione è stata fortemente condizionata dalle statuizioni contenute nel giudicato formatosi sulla precedente e autonoma sentenza pretorile che aveva escluso la presenza di qualsiasi prova sulla fondatezza della domanda attorea. Ma questo è un argomento diverso e legato alle peculiarità della vicenda scrutinata, che peraltro avrebbe potuto essere utilizzato in via assorbente ai fini decisori, senza la necessità di formulare un ulteriore principio di diritto auspicabilmente rivedibile nelle occasioni future.

Reviewed December, 2014 - Accepted February, 2014 on line May 2015 - Words 12054 - Characters 82938

⁷¹ Si può dunque ritenere che la prova di cui è onerato il lavoratore che agisca per la perdita di *chance* vada limitata, in coerenza con i criteri sintomatici e di verosimiglianza, al confronto con un numero più limitato di candidati (promossi e idonei a sé anteposti), purché ciò sia sufficiente, in base all'apprezzamento condotto dal giudice di merito, per inferire l'eventuale arbitrarietà dell'operato datoriale.