



Cass., Sezioni Unite civili, 23 settembre 2013, n. 21678 (Presidente Rovelli – Relatore Mammone)

Mancato espletamento della procedura concorsuale di riqualificazione di dipendenti pubblici - Rilevanza a fini risarcitori del fatto di per sé - Insussistenza - Onere della prova - Nesso di causalità - Prova a carico dell'attore - Sussistenza.

Svolgimento del processo

1.- Con ricorso al Giudice del lavoro di Brescia C.S. ed altri 231 dipendenti del Ministero della Giustizia convenivano in giudizio l'Amministrazione per ottenere il risarcimento del danno subito per il mancato svolgimento delle procedure di riqualificazione e dei corsi-concorso previsti dall'art. 15 del ccnl 1998-2001 del comparto ministeri, il quale prevedeva che i passaggi entro l'area professionale (da una posizione economica all'altra) e tra le aree (da un'area alla posizione iniziale dell'area superiore) avvenissero mediante procedure selettive volte all'accertamento dell'idoneità e delle professionalità richieste. Il risarcimento era rapportato al pregiudizio da ciascuno subito in relazione alla progressione in carriera attesa ed alla probabilità per ciascuno esistente di conseguire il risultato utile.

2.- Costituitasi in giudizio l'Amministrazione chiedeva il rigetto della domanda, preliminarmente eccependo il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo relativamente a 66 ricorrenti che rivendicavano il passaggio ad un'area superiore e non il passaggio a diversa posizione economica all'interno della medesima area, nonché il difetto di legittimazione attiva di ulteriori 30 ricorrenti che non risultavano aver presentato domanda di partecipazione alle procedure selettive.

3.- Il Tribunale rigettava le eccezioni preliminari, rilevando quanto alla giurisdizione che la domanda aveva ad oggetto il risarcimento del danno per l'omesso svolgimento delle procedure selettive e non anche il conseguimento dell'inquadramento in area superiore; rigettava tuttavia la domanda nel merito non ravvisando l'inadempimento del Ministero agli obblighi derivanti dalle disposizioni della contrattazione collettiva.

4.- Proposto appello da 189 degli originali ricorrenti, costituitosi il Ministero anche in secondo grado, la Corte d'appello di Brescia con sentenza del 10.01.12 dichiarava il difetto di giurisdizione per 56 degli appellanti e per gli altri rigettava l'impugnazione nel merito. Quanto alla giurisdizione la Corte accoglieva l'eccezione dell'Amministrazione - tuttora valida perché 56 di coloro per i quali era stato eccepito il difetto erano ancora presenti in causa quali appellanti - rilevando che costoro lamentavano la perdita di chance relativamente alle procedure che avrebbero loro permesso il passaggio all'area superiore, le quali a tutti gli effetti dovevano essere ricomprese tra le procedure concorsuali di assunzione attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 63, c. 4, del d.lgs. 30.03.01 n. 165. In relazione al *petitum* sostanziale proposto (il risarcimento del danno da perdita di chance), l'indagine sulla condotta dell'Amministrazione si concentrava per costoro sulle ragioni della mancata instaurazione delle procedure concorsuali, in ordine alle quali l'a.g.o. è carente di giurisdizione.

5.- Nel merito e con riferimento agli altri appellanti, la Corte riteneva sussistente l'inadempimento dell'obbligo facente carico al Ministero di avviare e completare tutte le procedure di riqualificazione previste dalla contrattazione collettiva, ma non accoglieva l'appello, ritenendo non provato il danno da perdita di chance, rilevando che i ricorrenti non avevano provato, neppure in via presuntiva e



probabilistica, né la concreta possibilità di essere selezionati, né il nesso causale tra inadempimento ed evento dannoso.

6.- C.S. e tutti gli altri pubblici dipendenti indicati in epigrafe propongono ricorso per cassazione successivamente illustrato da memoria. Risponde il Ministero con controricorso.

Motivi della decisione

7.- I motivi di ricorso possono rappresentarsi come segue.

7.1.- Con il primo motivo i dipendenti per i quali è stato dichiarato il difetto di giurisdizione deducono violazione degli artt. 1 c.p.c. e 63, c. 1 e 4, del d.lgs. 30.03.01 n. 165, nonché carenza di motivazione. Il *petitum* sostanziale che determina la giurisdizione, consiste in una domanda di risarcimento che ha ad oggetto non la perdita di un'occasione favorevole derivante dalla scorretta gestione di una procedura concorsuale e dalla conseguente illegittimità degli atti amministrativi, ma il danno conseguente alla mancata attuazione delle procedure di riqualificazione. È pertanto estranea alla controversia ogni giudizio circa la ritualità di una procedura concorsuale, che sposterebbe la controversia dinanzi alla giurisdizione del giudice amministrativo, atteso che il pregiudizio lamentato non è conseguenza dell'illegittimità delle procedure avviate dal Ministero, quanto l'effetto dell'inadempimento dell'Amministrazione ad uno specifico obbligo contrattuale nei confronti dei suoi dipendenti.

7.2.- Con il secondo motivo tutti i ricorrenti deducono violazione degli artt. 115-116 c.p.c. e 2727-2729 c.c., nonché carenza di motivazione, in quanto il giudice, pur avendo affermato che i ricorrenti avevano un diritto soggettivo a che l'Amministrazione promuovesse le procedure di riqualificazione e che il Ministero - datore di lavoro era da dichiarare colpevole di inadempimento per la mancata promozione, ha poi ritenuto infondata la domanda in quanto i dipendenti non hanno provato, neppure in via presuntiva e probabilistica, né la concreta possibilità di essere selezionati, né il nesso causale tra inadempimento ed evento dannoso. La Corte d'appello non ha tenuto conto, né valutato gli elementi dedotti dai ricorrenti e neppure quelli emersi in giudizio ed ha formulato il giudizio di infondatezza della domanda senza considerare che il danno dei ricorrenti poteva concretizzarsi solo nella perdita della chance, essendo logicamente possibile non la prova di essere in condizione di vincere la selezione, ma solo quella di avere la probabilità di superarla, ove bandita.

8.- Il primo motivo è riferibile ai 66 dipendenti per i quali l'Amministrazione aveva proposto in origine l'eccezione di carenza di giurisdizione, sostenendo che gli stessi con il rivendicare il mancato passaggio ad un'area contrattuale superiore avevano contestato l'esercizio dei poteri autoritativi dell'Amministrazione, atteso che nel lavoro pubblico contrattualizzato per procedure concorsuali di assunzione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro, ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati all'inquadramento di dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi, in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro.

Deve qui rilevarsi preliminarmente che la sentenza di primo grado, la quale non aveva accolto l'eccezione di carenza di giurisdizione, non è stata impugnata sul punto dall'Amministrazione e che la Corte d'appello ha dichiarato il difetto di giurisdizione delibando l'eccezione originariamente proposta dalla difesa erariale.



9.- Al riguardo deve richiamarsi la giurisprudenza delle Sezioni unite per la quale allorché, come nel caso di specie, il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando - anche implicitamente - la propria giurisdizione e le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione ormai coperta dal giudicato implicito. La parte che intende contestare tale riconoscimento è tenuta, infatti, a proporre appello sul punto, eventualmente in via incidentale condizionata ove si tratti di parte vittoriosa; diversamente, l'esame della relativa questione è preclusa in sede di legittimità, essendosi formato il giudicato implicito sulla giurisdizione (v. per tutte le sentenze 9.10.08 n. 24883, 20.11.08 n. 27531 e 9.11.11 n. 23306, nonché l'ordinanza, anch'essa a Sezioni unite, 28.01.11 n. 2067).

In particolare, con riferimento alla fattispecie in esame, in cui il giudice di appello ha ritenuto di affrontare la questione di giurisdizione in mancanza di impugnazione e sulla base della riproposizione dell'eccezione relativa da parte dell'Amministrazione vincitrice in primo grado, deve rilevarsi che, una volta accolto il principio del giudicato implicito enunziato dalla sentenza n. 24883 del 2008, deve ritenersi che, soprattutto nel caso in cui il primo giudice si sia esplicitamente pronunciato sulla giurisdizione, della questione di giurisdizione nel giudizio di secondo grado non potrà discutersi se non in base ad appello incidentale, non essendo sufficiente la semplice riproposizione dell'eccezione ex art. 346 c.p.c. (v. S.u. n. 23306 del 2011, cit.).

Deve, pertanto, concludersi che, relativamente alla posizione dei sessantasei pubblici dipendenti sopra indicati, esiste giudicato interno in punto di carenza della giurisdizione del giudice ordinario e che, pertanto, il mezzo di impugnazione al riguardo proposto è inammissibile.

9.- È, invece, infondato il secondo motivo di ricorso, qui riferibile solo a quei ricorrenti per i quali il giudice ha ritenuto esistente la propria giurisdizione.

Si sostiene con questo mezzo di impugnazione che la Corte d'appello, negando l'esistenza di prova a proposito del danno, non avrebbe considerato gli elementi dedotti dai ricorrenti e quelli emersi in corso di causa, ma neppure avrebbe considerato che per i ricorrenti il danno poteva concretizzarsi solo nella perdita della chance, essendo logicamente possibile per i dipendenti non la prova del sicuro superamento della selezione, ma solo quella della probabilità di superarla, ove bandita.

La giurisprudenza della Sezione Lavoro ritiene che in caso di violazione, da parte dell'ente pubblico/datore di lavoro, dell'obbligo di predeterminare i criteri di selezione degli impiegati necessari per il riconoscimento e l'attribuzione della qualifica superiore, incombe sul singolo dipendente non promosso ed attore in giudizio per il risarcimento del danno da perdita della possibilità di promozione (c.d. perdita di *chance*), l'onere di provare - alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale - il nesso di causalità tra il detto inadempimento datoriale ed il danno, ossia la concreta sussistenza della probabilità di ottenere la qualifica superiore (sentenza 6.06.06 n. 13241). Il lavoratore/creditore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di chance ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta (sentenze 20.06.08 n. 16877 e 18.01.06 n. 852, quest'ultima citata anche dal giudice di appello). È, in altre parole, necessaria l'allegazione e la prova di quegli elementi di fatto idonei a far ritenere che il regolare svolgimento della procedura selettiva avrebbe comportato una concreta,



Persona e Mercato

effettiva e non ipotetica probabilità di conseguire la promozione, in forza della quale probabilità si giustifica l'interesse stesso del lavoratore alla pronuncia di illegittimità della procedura selettiva, altrimenti insussistente (sentenza 23.01.09 n. 1715).

Le Sezioni unite intendono dare continuità a questa giurisprudenza, pur con riferimento alla singolarità della fattispecie presa in considerazione dal giudice di merito, in cui si contesta non l'esito della procedura di selezione, né la erronea determinazione dei criteri di progressione, ma, alla base, il comportamento stesso dell'Amministrazione per il mancato adempimento della disposizione del contratto collettivo. La circostanza che la sentenza impugnata ritenga il Ministero del tutto inadempiente all'obbligo di completare le procedure di selezione avviate e mai concluse, infatti, non muta il contenuto degli oneri probatori dei dipendenti potenzialmente interessati alla progressione in carriera, sussistendo nell'ambito del giudizio dagli stessi avviato un ovvio onere di allegazione e prova che costituisce il fondamento stesso del potere di valutazione del giudice, che "deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita" (art. 115 c.p.c., nel testo introdotto dalla legge 18.06.09 n. 69, applicabile *ratione temporis*).

10.- Con il secondo motivo i ricorrenti hanno ripercorso l'*iter* dell'intero giudizio riproducendo tutti gli elementi di fatto e diritto posti a disposizione del giudice, a loro avviso idonei a "ritenere dimostrato, per ciascuno dei ricorrenti indicati, ed anche per la loro qualità di pubblici impiegati, l'esistenza della possibilità di partecipare, nonché la conseguente probabilità di superare le selezioni di riqualificazione, qualora fossero state indette" (pag. 34 del ricorso).

Il giudice di merito ha ritenuto non assolto tale onere probatorio rilevando che per alcuni dei ricorrenti non è neppure provato che avessero proposto domanda per almeno una delle procedure avviate e che e che in ogni caso è indimostrato il nesso causale tra l'inadempimento e le *chances* di progressione professionale rivendicate. Come già rilevato, il principio che regola l'onere probatorio in caso di domanda di risarcimento danni per perdita di chance, è che il ricorrente ha l'onere di provare, anche facendo ricorso a presunzioni e al calcolo delle probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento onde attivare quantomeno il risarcimento in maniera equitativa, "atteso che la valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. presuppone pur sempre che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile" (Cass. n. 852 del 2006, cit.).

I dati evidenziati nel ricorso non soddisfano a tale requisito, sia in punto di fatto, secondo il giudizio espresso dal giudice di merito, con accertamento congruamente articolato e non censurabile in sede di legittimità, sia sul piano del diritto qui rilevante, atteso che parte ricorrente con la sua impugnazione non fa altro che confermare l'equazione ritenuta insufficiente dal giudice di merito, e cioè che l'esistenza delle condizioni per l'avviamento di corrette procedure di selezione, di fronte al perdurante inadempimento di per sé comporterebbe l'esistenza del danno e il diritto al risarcimento.

Il mancato adempimento al richiamato onere probatorio giustifica, dunque, l'atteggiamento negatorio della corte d'appello ed impone il rigetto del secondo motivo di ricorso.

11.- In conclusione, infondati i due motivi, il ricorso deve essere rigettato, con condanna dei ricorrenti alle spese del giudizio di legittimità nella misura di seguito indicata.

12.- I compensi professionali vanno liquidati in Euro 10.000 (diecimila) sulla base del d.m. 20.07.12 n. 140, tab. A-Avvocati, con riferimento a due delle tre fasi previste per il giudizio di



Persona e Mercato

cassazione (studio ed introduzione del giudizio) ed allo scaglione del valore indeterminato, tenuto conto del numero dei soggetti in causa e della duplicità delle posizioni difensive dedotte, ai sensi degli artt. 4, c. 4, ed 11, c. 1, di detto decreto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti alle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 10.000 (diecimila) per compensi, oltre le spese prenotate e debito.