

### ***Danno da perdita di chance e lavoro pubblico privatizzato***

L'intervento avrà ad oggetto un profilo specifico della responsabilità risarcitoria della p.a. nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato, ossia il risarcimento da perdita di *chance*. Esso copre l'area in cui non è possibile dare luogo al risarcimento in forma specifica, attesa la mancanza di certezza in ordine al conseguimento del bene della vita atteso. La liquidazione del danno da perdita di *chance* rientra quindi nel perimetro delle tutele accordabili dal giudice del lavoro che, ai sensi dell'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, «adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati (...)».

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

Invero, il partecipante a procedure concorsuali o selettive è titolare solo di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione, ovvero agire per il risarcimento del danno anche da perdita di *chance*. Il giudice non può in alcun modo sostituirsi al datore di lavoro quanto alle valutazioni discrezionali, eccetto nell'ipotesi limite che la procedura selettiva sia la risultante di criteri fissi e predeterminati, ai quali il datore di lavoro pubblico abbia vincolato la propria discrezionalità. In tal caso il giudice attribuisce il punteggio in maniera fissa al ricorrere di un titolo o a un presupposto fattuale, di cui si deve solo accertare o meno l'esistenza (Cass. 4 aprile 2023, n. 9242), senza esercizio della discrezionalità.

Il danno da perdita di *chance* è dunque un'entità patrimoniale suscettibile di autonoma valutazione. La *chance* deve però essere concreta ed effettiva, non meramente teorica e ipotetica. La fattispecie ha finito poi per sconfinare nei settori delle gare pubbliche e in quello della responsabilità medica, tanto da costituire oggi una delle aree in cui è più apprezzabile l'osmosi tra diritto civile e diritti del lavoro (in particolare pubblico).

Il danno da perdita di *chance* si verifica allora tutte le volte in cui un soggetto perde la possibilità di conseguire un risultato utile a causa dell'adozione di un atto illegittimo (non conforme a correttezza e buona fede) da parte della p.a., con riflessi negativi sulla propria sfera patrimoniale. Sono molti i campi in cui l'infrastruttura logico-giuridica della risarcibilità della *chance* perduta è alla base delle argomentazioni della giurisprudenza. Si va da quello del dipendente arbitrariamente pretermesso in una procedura di conferimento di incarico dirigenziale o di una posizione organizzativa (Cass. sez. lav. ord. 5 dicembre 2023, n. 33964), fino all'esclusione dalla partecipazione a un concorso per l'assunzione, alla perdita del diritto alla stabilizzazione nel caso di lavoratori precari (Cass. sez. lav. ord., 8 luglio 2024, n. 18568) o alla mancata erogazione della retribuzione collegata alla *performance* per mancata fissazione degli obiettivi (Cass. sez. lav. ord., 4 marzo 2024, n. 5746) o per omessa istituzione del nucleo di valutazione (Cass. ord., 27 maggio 2015 n. 10969).

Quanto all'*onus* probandi, il lavoratore pubblico (o l'aspirante tale) deve provare - anche solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità - che la condotta illecita della p.a. abbia impedito la concreta realizzazione di alcuni dei presupposti per conseguire il bene della vita. Egli deve, quindi, dimostrare l'esistenza del nesso causale tra l'asserito inadempimento e la perdita del risultato atteso. Quest'ultimo, in considerazione della posizione degli altri concorrenti, si deve apprezzare in termini

di certezza (per quanto riguarda la domanda di tutela in forma specifica), ovvero in termini di “alta probabilità” (per il risarcimento per perdita di *chance*). In caso di assolvimento di detto onere, può essere riconosciuto un risarcimento quantificato in via equitativa, in assenza di risultanze certe che, se la p.a. avesse agito in modo corretto e completo, il risultato sarebbe stato di certo ottenuto.

Questi principi giurisprudenziali, abbastanza ricorrenti, lasciano però ampi spazi alla discrezionalità del giudice di merito in punto di quantificazione. Egli procede per lo più con un approccio casistico, non sempre funzionale alla certezza del diritto.

L'onere della prova è stato - come si è detto - declinato dalla giurisprudenza di legittimità mediante il rinvio a nozioni ampie (ma prive di contenuto concreto) con notevoli incertezze nell'applicazione a valle. L'intervento cercherà allora di mettere ordine tra i vari ambiti in cui la perdita di *chance* costituisce l'unica tecnica di tutela del soggetto leso da un comportamento non corretto della p.a., sia nella fase dell'accesso al lavoro, sia nel corso del rapporto. E ciò cercando di riannodare i fili di una giurisprudenza di merito non esente da distonie, soprattutto per la segnalata assenza di parametri affidabili, declinati dalla Suprema Corte mediante il rinvio a nozioni volutamente ampie. Queste devono poi essere in concreto riempite di contenuto dai giudici di merito.

Sarebbe allora auspicabile l'individuazione di criteri per la quantificazione del danno risarcibile quanto più oggettivi possibile, valorizzando esperienze di diritto interno (come quella delle tabelle milanesi per il risarcimento del danno non patrimoniale), ovvero analoghi modelli mutuabili dall'esperienza comparata, come il metodo “*Clerc*”, utilizzato in Francia nell'ambito della tutela antidiscriminatoria.

L'intervento affronterà infine il problema dell'imposizione fiscale del risarcimento da perdita di *chance*. Anche in tempi recenti (Cass. sez. trib., 8 febbraio 2023, n. 3884) è stato ribadito il principio che le somme percepite dal lavoratore a titolo risarcitorio sono soggette a imposizione soltanto se destinate a reintegrare un danno concretatosi nella mancata percezione di redditi (cd. lucro cessante), non se tendono a ristorare un pregiudizio di natura diversa (cd. danno emergente), come, ad esempio, quello da perdita di *chance* di accrescimento professionale. Tale principio ha una notevole utilità pratica in quanto, soprattutto in un'eventuale sede transattiva, l'imputazione della somma a danno da perdita di *chance* deve rispondere a criteri di effettività con una stretta aderenza al *petitum* e non deve costituire una pratica elusiva fiscalmente a rischio.