

## Nella selezione di diritto privato la p.a. deve rispettare correttezza e buona fede

di D. Serra - 23 Dicembre 2023

La Sezione Lavoro della Cassazione, con sentenza n. 33964 del 5 dicembre 2023, che qui si commenta, ha affermato che anche la selezione, da parte della P.A., di candidati esterni per un certo incarico, nel caso esaminato ai sensi dell'art. 12 o 17 L. 49/1987, secondo una disciplina paritetica di diritto privato, non si sottrae al controllo di legittimità nella conduzione delle operazioni di scelta, sotto il profilo del rispetto dei parametri di correttezza e buona fede, con riferimento, tra le altre ipotesi, al rispetto di regole procedurali fissate dalla stessa P.A. per tali operazioni, di eventuali prassi consolidate rispetto alle quali emergano deviazioni manifestamente ingiustificate o, ancor più, all'adozione di comportamenti indebitamente discriminatori. Fermo restando che è a carico di chi agisce la prova del nesso causale tra la violazione di tali regole di buona fede ed il danno da perdita di *chance* di cui si assume il verificarsi.

Veniamo alla controversia della quale si sono occupati i giudici di legittimità.

Essa concerne una procedura di selezione di un esperto coordinatore, con contratto di diritto privato per una missione in Libano, della durata di un anno più volte rinnovabile, da parte del Ministero degli Affari Esteri, secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* di cui alla L.n. 49/1987: la procedura si era svolta sulla base di un avviso-proposta, di cui era seguita la valutazione dei candidati da parte di un organo tecnico; successivamente, vi era stato un interpello informale del candidato con maggiore punteggio nelle valutazioni tecniche, cui sarebbe dovuta seguire la scelta da parte della competente Commissione.

È accaduto, tuttavia, che i lavori della Commissione siano stati dapprima rinviati, nel novembre 2008, ultimandosi la selezione solo per altra posizione della medesima missione e che quindi, nel marzo 2009, la procedura sia stata annullata, sul presupposto che l'organo tecnico, oltre alla graduatoria di idoneità, si fosse spinto a fare una proposta del candidato da prescegliere, in difformità dalle regole proprie di tali selezioni.

Era stato, successivamente, previsto, per i futuri incarichi, il limite di età di 65 anni, il che aveva reso impossibile la partecipazione del candidato, nella fattispecie, con maggiore punteggio.

Il candidato, con maggiore punteggio nelle valutazioni tecniche nella procedura di selezione in questione, come detto, successivamente annullata, ritenendo di aver subito un danno ha, pertanto, promosso un contenzioso.

La Corte d'Appello di Roma, rigettando il gravame contro la sentenza del Tribunale della stessa città, sulla premessa che l'intera procedura avesse carattere privatistico, riteneva di non affrontare il tema della legittimità o meno dell'annullamento e non affrontava neanche le questioni sui comportamenti discriminatori denunciati dal ricorrente, ritenendo che non vi fosse stata allegazione e quindi prova della probabilità di vittoria.

La Corte d'Appello aggiungeva, altresì, che potesse maturare alcun legittimo affidamento in capo al ricorrente, in quanto la Commissione era sempre libera di scegliere i candidati sulla base valutazioni proprie e diverse.

Veniva, quindi, proposto ricorso per cassazione sulla base di undici motivi, resistiti dal controricorso del Ministero degli Affari Esteri.

La Cassazione-Sezione Lavoro, cassa con rinvio la sentenza impugnata, affermando i principi dei quali si è detto, ai quali dovrà attenersi la Corte territoriale.

Ad avviso dei giudici di legittimità, il ragionamento motivazionale sulla *chance* è manifestamente insufficiente: la perdita di *chance*, per il collegio, per nozione non consiste nella prova del pieno diritto al conseguimento del risultato, ma ha caratura probabilistica, rispetto alla quale sfugge come possa dirsi che quel posizionamento del candidato ricorrente, nella graduatoria preselettiva, divenga irrilevante.

Nella sentenza *de qua*, si sostiene che è indiscusso che quella oggetto di causa sia selezione di pieno diritto privato, per quanto svolta da una P.A. Presso la giurisprudenza di legittimità è, tuttavia, aggiungono gli Ermellini, maturato l'orientamento per cui, nell'ambito di rinnovi degli incarichi di cui all'art.12 L. n. 49/1987, ma certamente anche rispetto al conferimento iniziale di essi ed anche ai sensi dell'art.17 della stessa legge, per quanto non sussista un diritto alla stipulazione del contratto, l'amministrazione nei confronti dei dipendenti ammessi alla procedura è stata obbligata dalla legge alla emanazione di un giudizio, il cui esito può essere controllato, non certo sostituito, dal giudice, sia sotto il profilo del rispetto delle regole procedurali che il datore di lavoro è obbligato ad osservare, sia sotto quello della conformità ai criteri di legge e ai precetti di buona fede e correttezza.

La Corte territoriale, ad avviso della Cassazione, non poteva obliterare del tutto la considerazione del posizionamento del ricorrente nella graduatoria preselettiva e ciò perchè la manifesta importanza del dato ne imponeva la valutazione sotto il profilo almeno indiziario di cui consiste l'apprezzamento della *chance*, sia perché ad escluderne la rilevanza non poteva bastare il grado di discrezionalità preservato alla P.A. e valorizzato in via assorbente dalla sentenza impugnata.

L'essersi inserito quel dato all'interno di un ragionamento errato sul piano del rilievo assorbente della discrezionalità comporta, per la Cassazione, poi sia un errore di diritto sostanziale sul possibile rilievo delle ragioni di illegittimità addotte, sia un errore di diritto sulla prova, in quanto si è escluso il rilievo di un fatto manifestamente importante in forza di un ragionamento non congruo.

Occorre evidenziare, che, con sentenze 20.06.08 n. 16877 e 18.01.06 n. 852, la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che il lavoratore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di *chance* deve provare, anche solo per presunzioni 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 deve essere conseguenza.

Dionisio Serra, cultore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Visualizza il documento: [Cass., 5 dicembre 2023, n. 33964](#)