

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DE LUCA Michele - Presidente

Dott. TOFFOLI Saverio - rel. Consigliere

Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere

Dott. NOBILE Vittorio - Consigliere

Dott. MELIADO' Giuseppe - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 2528/2007 proposto da:

G.A., S.S., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA TACITO N. 10, presso lo studio dell'avvocato DANTE Enrico, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato BANCHINI FRANCESCO, giusta delega in atti;

- ricorrenti -

contro

POSTE ITALIANE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE EUROPA 175, presso la DIREZIONE AFFARI LEGALI DI POSTE ITALIANE, rappresentata e difesa dall'Avvocato URSINO Anna Maria, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 87/2006 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 20/09/2006 R.G.N. 499/04;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/12/2011 dal Consigliere Dott. SAVERIO TOFFOLI;

udito l'Avvocato DUMONTEL ERICA per delega DANTE ENRICO;

udito l'Avvocato URSINO ANNA MARIA;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. BASILE Tommaso, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto Diritto P.Q.M.

Svolgimento del processo

La Corte d'appello di Bologna, confermando la sentenza di primo grado del Tribunale di Reggio Emilia, rigettava le domande proposte, con separati ricorsi poi riuniti, da G.A. e S. S. contro la s.p.a. Poste Italiane, dirette a contestare la legittimità dell'operato di tale società, di cui erano dipendenti con inquadramento nell'area operativa, nel compiere la selezione concorsuale di dipendenti per la promozione a quadro prevista e disciplinata dalle lettere C ed E della circolare n. 35 del 1995, e a chiedere il risarcimento del danno subito a causa della loro illegittima ed arbitraria esclusione.

La Corte, dopo aver precisato che i ricorrenti in appello avevano limitato la domanda, insistendo per il risarcimento da perdita di chance, ed avere esposto gli indirizzi giurisprudenziali circa la disciplina dei concorsi nell'ambito dell'impiego privato, soffermandosi sulla problematica relativa agli oneri probatori gravanti sul datore di lavoro e sul lavoratore, a seconda che quest'ultimo chieda l'accertamento del diritto alla promozione o si limiti a chiedere il risarcimento del danno per la perdita di chance, osservava in particolare:

- che grava sul lavoratore che assuma la violazione di norme comportamentali in materia di promozioni, l'onere di provare l'esistenza dei relativi obblighi del datore di lavoro, mentre quest'ultimo ha l'onere di provare la conformità dell'operazione di scelta compiuta alle relative prescrizioni, nonchè al principio di correttezza e, in tale quadro, anche l'assegnazione di punteggi liberi deve essere sorretta da adeguata motivazione o comunque successivamente adeguatamente spiegata;

- che anche in caso di mancato rispetto dei suoi obblighi da parte del datore di lavoro, il lavoratore che chieda il ristoro dei danni per perdita di chance è gravato dell'onere di provare il nesso causale tra inadempimento ed evento dannoso attraverso l'indicazione di quegli elementi - primo tra tutti il posto

occupato in graduatoria - idonei a far ritenere che il regolare svolgimento delle procedure selettive avrebbe comportato una concreta e non meramente ipotetica probabilità di vittoria per il candidato pretermesso;
- che in caso di (comprovata) perdita di chance i danni sono quantificabili sulla base del tasso di probabilità che il lavoratore aveva di risultare vincitore qualora la selezione dei concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente.

Con riferimento alla specie la Corte di merito riteneva che la preselezione fosse avvenuta nei confronti di tutto il personale avente diritto, e cioè di coloro che facevano parte dell'area operativa, e quindi anche nei confronti degli istanti. Precisamente, l'individuazione dei dipendenti ritenuti maggiormente idonei ad essere sottoposti al colloquio finale era stata eseguita dalla locale dirigenza - direttore di filiale e direttore di sede -, particolarità che non inficiava la correttezza della preselezione, in quanto i responsabili degli organi periferici, avendo conoscenza diretta dei loro collaboratori, erano in grado di effettuare una scelta più ponderata, avvalendosi pure del fascicolo personale di ogni dipendente, contenente l'intero curriculum del lavoratore.

Quindi la preselezione era stata eseguita tenendo conto di tutti i criteri di accesso alle aree di cui all'art. 50 c.c.n.l (e gli elementi da valutare nei riguardi di ogni dipendente desumibili proprio dal contenuto del fascicolo personale).

La Corte ricordava poi che gli artt. 50 e 51 del CCNL 26.11.1994 avevano disposto l'attuazione delle procedure di accertamento e selezione atte ad individuare le capacità, le potenzialità, le attitudini e il livello culturale dei selezionandi, con l'obbligo, quanto ai lavoratori interni, di tenere conto anche del curriculum lavorativo, mentre le circolari n. 25 e 35 del 1995 avevano previsto una riserva del 9% dei posti disponibili in favore dell'intera area operativa "previo accertamento professionale". Osservava però che la declaratoria di illegittimità dell'esclusione avrebbe presupposto l'allegazione da parte dei ricorrenti delle circostanze di fatto da cui far risultare la sussistenza in loro favore di un numero di titoli idonei a porli in condizione di superare la preselezione e quindi di partecipare all'accertamento finale. Invece di un'allegazione in tal senso non vi era traccia nel ricorso introduttivo, connotato da affermazioni vaghe e generiche, nè poteva addossarsi alla controparte l'onere probatorio al riguardo. In effetti i dipendenti avrebbero dovuto dimostrare di essere in possesso di titoli superiori o quanto meno equipollenti rispetto a quelli degli altri partecipanti ammessi alla fase finale della procedura selettiva. Prove al riguardo erano state fornite dai ricorrenti solo con l'atto di appello ed essi avevano fornito una comparazione non tra di loro e gli altri candidati alla selezione, ma con i vincitori finali. Invece, anche ai fini della prova del danno da perdita di chance, i ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare la sussistenza in loro favore di titoli di servizio tali da porli in condizioni di superare la preselezione e quindi di partecipare all'accertamento finale.

G.A. e S.S. ricorrono per cassazione con due motivi. Le Poste Italiane resistono con controricorso.

Motivi della decisione

1.1. Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1218, 1375 e 2697 c.c. e dell'art. 116 c.p.c., oltre a vizi di motivazione (e nel testo del motivo si deduce anche violazione dell'art. 50 del CCNL 26.11.1994).

Si lamenta la violazione del principio secondo cui, una volta provata l'esistenza dell'obbligo del datore di lavoro di effettuare promozioni mediante selezioni improntate a principi di meritevolezza sulla base della valutazione di tutto il personale avente diritto, grava sul datore di lavoro l'onere di provare di avere eseguito le operazioni di valutazione concorsuale attenendosi al dovere di imparzialità, il cui mancato rispetto può essere ritenuto dal giudice sulla base dell'assenza di motivazione delle scelte discrezionali. Si lamenta altresì la violazione del principio secondo cui in caso di inadempimento di tali obblighi il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa qualora il lavoratore non sia in grado di offrire, particolarmente a seguito del comportamento non collaborativo dell'imprenditore, la prova di una particolare probabilità di esito favorevole

della selezione, che dovrà presumersi, in assenza della prova da parte del datore di lavoro della sussistenza in capo ad altri candidati di elementi di valutazione migliori e meritocraticamente più rilevanti, rispetto a quelli dei candidati ricorrenti.

1.2. Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 50 e segg. del CCNL 26.11.1994, dell'art. 97 Cost. e dei principi di ragionevolezza, imparzialità e meritevolezza.

Si lamenta la violazione del principio secondo cui il diritto al risarcimento del danno per perdita di chance è conseguenza della stessa irregolarità della selezione a cui il datore di lavoro sia obbligato, mentre la insussistenza di tale danno può affermarsi solo se il datore di lavoro provi, attraverso l'esame dei titoli e degli elementi di valutazione, che il lavoratore non aveva alcuna chance di vittoria, avendo gli altri candidati maggiori titoli o esperienze professionali. Al contrario, il mancato assolvimento di tale onere probatorio fa presumere che la selezione sia avvenuta in maniera del tutto arbitraria e che il lavoratore aveva chances di promozione particolarmente elevate.

2. Il ricorso, i cui due motivi sono esaminati congiuntamente stante la loro connessione, è fondato.

3. In primo luogo la sentenza impugnata è censurabile per avere omesso di attribuire il dovuto rilievo alla mancata osservanza da parte delle Poste Italiane del principio secondo cui, nel caso in cui il datore di lavoro sia tenuto a effettuare nel rispetto di determinati criteri una selezione tra i lavoratori ai fini di una promozione o del conferimento di un altro beneficio, egli, al fine di dimostrare il rispetto dei criteri previsti e dei principi di correttezza e buona fede, deve operare in maniera trasparente e in particolare motivare adeguatamente la scelta effettuata. Al riguardo, con specifico riferimento a una controversia relativa alla medesima selezione presso la Soc. Poste Italiane per la promozione a quadro, questa Corte ha rilevato che "l'osservanza delle regole dettate dall'art. 50 CCNL, dell'accordo integrativo e della circolare n. 35 postulava che i concorrenti fossero valutati in base a requisiti specifici (titolo di studio, ecc.), e pertanto un giudizio sui candidati alla selezione rispettoso dei principi di trasparenza e obiettività avrebbe richiesto che il soggetto designato a tale operazione rendesse note le ragioni della sua scelta, che era sì discrezionale, ma sottoposta a vincoli predeterminati" (Cass. n. 12897/2002). Con riferimento alla medesima vicenda ha rilevato la palese illegittimità della procedura di selezione, per le stesse ragioni, anche una successiva pronuncia di questa Corte (Cass. 1715/2009), pur confermando la sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno sulla base di una motivazione analoga a quella della sentenza ora impugnata.

4. Relativamente alla determinazione del danno da perdita di chance subito dal lavoratore in caso di illegittimità di una procedura di selezione per la violazione dei principi in materia di trasparenza e oggettività, per la mancanza di una adeguata motivazione, numerose sentenze di questa Corte fanno riferimento al criterio, intuitivamente coerente con la nozione di perdita di chance, secondo cui il risarcimento deve essere correlato al tasso di probabilità che il lavoratore avrebbe avuto di risultare vincitore, qualora la selezione si fosse svolta in maniera corretta e trasparente (Cass. n. 15810/2001, 22524/2004, 13241/2006, 21297/2006, 14820/2007, 5119/2010). In alcuni casi si precisa che si tratta di una modalità di applicazione della valutazione equitativa del danno prevista dall'art. 1226 c.c. (sentenze cit. n. 15810/2001 e 22524/2004) e che la probabilità di promozione può valutarsi anche sulla base del rapporto tra il numero dei dipendenti promossi e quello dei dipendenti astrattamente idonei a conseguire la promozione (sent. cit. 13241/2006).

E' opportuno ricordare anche la precisazione secondo cui spetta al giudice tenere presente e valutare, ai fini di tale giudizio probabilistico e comparativo, ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo (sent. cit. n. 5119/2010) e l'osservazione che il giudice può anche dare rilievo, nell'ambito del complessivo quadro valutativo, al difetto di attività probatoria della datrice di lavoro, perchè in tal caso non si da luogo a un'inversione dell'onere della prova ma a una legittima valorizzazione, in sede di distribuzione di detto onere, del criterio di disponibilità dei concreti mezzi di prova (sent. cit. n. 13241/2006).

E' importante ricordare anche il rilievo di fondo secondo cui, diversamente da

quando si deduce la violazione di uno specifico criterio di valutazione, sussiste un immanente rapporto causale tra assenza assoluta di motivazione - che integra un inadempimento del datore di lavoro - e danno (sent. cit. n. 21297/2006).

5. Tornando alla specie, deve rilevarsi che il giudice di appello ha errato nel porre a carico dei due lavoratori ricorrenti, ai fini della stessa accoglibilità della domanda di risarcimento per perdita di chance, l'onere di provare che una corretta comparazione tra i titoli da loro posseduti e quelli degli altri lavoratori partecipanti alla selezione avrebbe dovuto comportare il superamento da parte loro della preselezione, funzionale alla successiva fase dei colloqui. In questa maniera viene palesemente contraddetto il principio relativo all'essenzialità della motivazione nelle procedure selettive. Si trascura altresì che l'esecuzione di una valutazione rispettosa delle regole applicabili e dei principi in materia costituisce oggetto di un obbligo del datore di lavoro, mentre i singoli lavoratori non necessariamente sono a conoscenza degli elementi al riguardo rilevanti, tanto più quando la selezione coinvolge un ampio numero di lavoratori.

6. Riguardo ai criteri di liquidazione del danno da perdita di chance, premesso che la stessa natura di tale titolo risarcitorio comporta il riferimento alla norma sulla valutazione equitativa del danno di cui all'art. 1226 c.c., appare altrettanto indiscutibile l'applicabilità del già richiamato principio secondo cui il giudice deve tenere presente, ai fini del relativo giudizio probabilistico e comparativo, ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo.

Naturalmente possono anche presentarsi casi in cui gli elementi acquisiti consentono di escludere con adeguata sicurezza che il lavoratore che ha agito in giudizio potesse avere concrete possibilità di un esito della selezione per lui positivo. In tal caso deve escludersi il suo diritto a un risarcimento del danno, analogamente a quanto può avvenire in sede di giudizio di liquidazione del danno subito per effetto di un inadempimento contrattuale o di un fatto illecito.

E' sorretto da evidente aderenza alla natura del danno da perdita di chance anche il criterio residuale (da utilizzare in mancanza di più specifiche risultanze circa il probabile esito della selezione) del rapporto tra il numero dei soggetti da selezionare e il numero di quelli che concretamente dovevano formare oggetto della selezione.

Tuttavia non può escludersi che, nell'ambito della valutazione equitativa demandatagli dall'art. 1226 c.c., il giudice possa trarre argomenti di convincimento circa il grado di probabilità di un esito favorevole al lavoratore in causa anche dal comportamento processuale delle parti e in particolare dalle loro carenze nell'allegazione e prova degli elementi di fatto rilevanti ai fini della selezione di cui, rispettivamente, dovrebbero essere a conoscenza. Tale tipo di valutazione appare giustificabile con riferimento al generale principio sulla valutabilità da parte del giudice del comportamento delle parti nel processo (art. 116 c.p.c., comma 2), più che con riferimento alle regole legali sull'onere della prova, perchè il criterio della vicinanza alla prova, richiamato da Cass. n. 13241/2006, cit., sembra poter valere più come criterio per la sussunzione degli elementi di talune fattispecie tipiche nell'ambito dei fatti costitutivi o di quelli impeditivi a norma dell'art. 2697 c.c., che come regola autonoma sull'onere della prova.

7. In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio della causa ad altro giudice che si atterrà al seguente principio: "Nel caso in cui il datore di lavoro sia tenuto a effettuare nel rispetto di determinati criteri, non escludenti apprezzamenti discrezionali, una selezione tra i lavoratori ai fini di una promozione o del conferimento di un altro beneficio, egli, al fine di dimostrare il rispetto dei criteri previsti per la selezione e dei principi di correttezza e buona fede, deve operare in maniera trasparente e in particolare motivare adeguatamente la scelta effettuata. In difetto di una scelta motivata, il lavoratore ha in linea di principio diritto al risarcimento del danno per perdita di chance, non condizionato alla prova da parte sua che la scelta, ove correttamente eseguita, si sarebbe risolta in suo favore. Il giudice deve procedere alla liquidazione del danno con una valutazione equitativa a norma dell'art. 1226 c.c., tenendo presente, ai fini di tale giudizio probabilistico e comparativo, ogni elemento

di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo da entrambe le parti. In particolare: dovrà rigettare la domanda risarcitoria quando gli elementi di prova acquisiti consentano di escludere con adeguata sicurezza che il lavoratore in causa potesse avere concrete possibilità di un esito della selezione per lui positivo; in mancanza di specifiche risultanze circa il possibile esito della selezione se correttamente eseguita, il giudice potrà ricorrere al criterio residuale del rapporto tra il numero dei soggetti da selezionare e il numero di quelli che concretamente dovevano formare oggetto della selezione, ma, se del caso, potrà trarre argomenti di convincimento circa il grado di probabilità favorevoli al lavoratore anche dal comportamento processuale delle parti e in particolare 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". Al giudice di rinvio si demanda anche la regolazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze.