

SENTENZA Nr. 135 / 2023

Cron. Nr. 53 / 2024

Deposito minuta

15/02/2024



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Potenza -Sezione Lavoro- riunita in Camera di Consiglio nelle
persone dei Signori Magistrati:

Dr. Roberto SPAGNUOLO

Presidente rel.

Dr. Aida SABBATO

Consigliera

Dr. Rosa LARocca

Consigliera

All'udienza del 8/6/2023 ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa nr. [REDACTED] appelli civili, cui sono riunite le cause n. [REDACTED]

[REDACTED], avente ad oggetto "altre ipotesi" e vertente:

T R A

[REDACTED], nata a [REDACTED] il [REDACTED] ivi residente alla [REDACTED]

rappresentata e difesa, come da mandato in calce all'atto di appello, dall'avv. Angelo
Mario Esposito, ed elettivamente domiciliata presso il suo studio sito in Potenza,
piazza della Costituzione n. 64,

APPELLANTE

E

INAIL – Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, con sede in Roma, via IV Novembre n. 144, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’avv. Fabrizio Cerallo e dall’avv. Laura Damiani, giusta procura generale alle liti per procura generali alle liti per atto del Notaio Cassinelli di Roma del 30/1/2023, i quali, in virtù dei poteri conferiti con detta procura, nominano, congiuntamente e disgiuntamente tra loro, l’avv. Elio Cirigliano, al quale conferiscono facoltà di sostituirli in tutti gli atti del presente giudizio, ed eleggono domicilio presso l’avv. Elio Cirigliano, Avvocatura INAIL - Rampa Pascoli, ang. Via Rossini snc Potenza,

NONCHE’

, rappresentato e difeso dall’avv. Antonio Troiani ed elettivamente domiciliato presso il medesimo in Roma alla via Federico Confalonieri n. 1, giusta mandato in calce alla memoria difensiva in appello,

APPELLATI

All’udienza in data 8/6/2023 i procuratori delle parti costituite hanno rassegnato le seguenti conclusioni:

per l’appellante:

“Voglia l’Ecc.ma Corte di Appello adita, respinta ogni contraria richiesta, in accoglimento dell’odierno atto di appello, riformare in toto l’impugnata sentenza e, per l’affetto, accogliere il ricorso introduttivo, con tutte le domande ivi formulate e con condanna degli appellati alle spese e competenza di lite di entrambi i gradi del giudizio da distrarsi in favore del procuratore antistatario”;

per l’appellato INAIL:

“Piaccia all’Ill.ma Corte di Appello adita, contrariis rejeitiis, rigettare l’appello proposto dalla [REDACTED] avverso la sentenza del Tribunale del lavoro di Potenza [REDACTED], depositata in pari data, emessa in relazione al ricorso avente R.G. n. [REDACTED] e, per l’effetto, confermare la sentenza impugnata: Con vittoria di spese, competenze e onorari.”;

per l’appellato [REDACTED]

“Piaccia all’alla Corte di Appello adita, ogni contraria istanza disattesa, in via preliminare, accertare e dichiarare l’inammissibilità dell’avverso atto di appello ex artt. 434 e/o 436 bis c.p.c., nel merito respingere tutte le domande spiegate dall’appellante in quanto infondate in fatto e in diritto. In ogni caso con vittoria delle spese del doppio grado del giudizio, oltre oneri accessori come per legge, da distrarsi in favore del sottoscritto procuratore, che si dichiara antistatario”;

e discutevano la causa, che veniva decisa come da dispositivo letto in udienza.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 15/11/2018 nella Cancelleria del Tribunale di Potenza, [REDACTED], dipendente a tempo indeterminato dell’INAIL presso la sede di [REDACTED] a decorrere dal [REDACTED], inquadrata nella qualifica [REDACTED] dal [REDACTED] e [REDACTED] dal [REDACTED], con incarico [REDACTED] [REDACTED] impugnava l’esito dell’interpello per il conferimento dell’incarico di Posizione Organizzativa di responsabile della sede di [REDACTED], indetto dalla Dirigente Regionale INAIL Basilicata con atto del 28/9/2018 (interpello che aveva visto prevalere il dipendente [REDACTED], deducendo l’illegittimità del conferimento dell’incarico per violazione dei principi di trasparenza, correttezza, buona fede e legalità, nonché della contrattazione collettiva di settore e, ancora, per

carezza di motivazione, chiedendo dichiararsi illegittimo l'atto di conferimento della posizione organizzativa in parola, con condanna dell'INAIL al risarcimento di varie voci di danno (patrimoniale, morale, per perdita di chance), per la complessiva somma di euro 208.800,00.

Costituito il contraddittorio nei confronti dell'INAIL e del controinteressato [REDACTED], che resistevano alla domanda, il Tribunale adito si pronunciava con sentenza n. [REDACTED], rigettando la domanda con compensazione delle spese di lite.

A fondamento della decisione il primo giudice poneva il seguente ragionamento: premesso che nel pubblico impiego contrattualizzato il dipendente che si senta leso dall'esito di una procedura concorsuale interna può esercitare nei confronti del datore di lavoro sia l'azione di risarcimento danni, sia quella di esatto adempimento, ex art. 1218 c.c., e qualificata l'azione proposta dalla [REDACTED] come di mero risarcimento dei danni, doveva rilevarsi la mancanza di prova del danno lamentato dalla ricorrente e giungere così al rigetto della domanda.

Con ricorso depositato il 4/6/2022, avverso detta sentenza ha proposto appello [REDACTED], formulando quale principale motivo di gravame il difetto di motivazione su tutti i punti decisivi della controversia (omessa valutazione dell'esperienza professionale dell'appellante; omessa valutazione comparativa dei titoli culturali posseduti dall'appellante; violazione del principio di trasparenza, correttezza, buona fede, legalità; violazione dell'art. 16 CCNL EPNE, dell'art. 19 CCIE 2006-2009; dell'art. 96 CCNL "Comparto Funzioni Centrali 2016-2019; illegittimità dell'atto di conferimento dell'incarico di Posizione Organizzativa per violazione del D. Lgs. 150/2009; illegittimità dell'atto di conferimento dell'incarico di

Posizione Organizzativa per insufficiente, contraddittoria motivazione) e concludeva per la riforma integrale della pronuncia, con dichiarazione di illegittimità dell'atto di conferimento della posizione organizzativa in favore di [REDACTED] e conseguente disapplicazione, rinnovazione o annullamento dell'atto predetto, nonché riconoscimento del proprio diritto al risarcimento dei danni subiti (danno emergente e lucro cessante, danno alla carriera, morale e da perdita di chance), da liquidarsi nella complessiva somma di euro 208.800,00 o in quella maggiore o minore ritenuta di giustizia.

Dopo alcuni rinvii, dovuti a ragioni di redistribuzione del ruolo, all'udienza del 8/6/2023 i difensori hanno rassegnato le loro conclusioni, riportandosi ai rispettivi scritti difensivi, e la Corte ha deciso il gravame, dando pubblica lettura del dispositivo riportato in calce.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Il primo giudice ha dapprima enunciato sinteticamente i principi giurisprudenziali che reggono la materia del conferimento delle posizioni organizzative (natura discrezionale della selezione; sindacato giudiziale dell'operato dell'amministrazione unicamente sotto il profilo del rispetto delle regole procedurali cui l'esercizio del potere è subordinato, nonché degli obblighi di correttezza e buona fede; strumenti a disposizione del dipendente che si senta lesa dall'esito della procedura costituiti dall'azione di esatto adempimento oppure di risarcimento del danno, nella specie della perdita di chance; preclusione per il giudice della potestà di sostituirsi al datore di lavoro nella formulazione del giudizio finale, salvo che lo stesso datore di lavoro abbia limitato la propria discrezionalità prevedendo punteggi fissi da attribuire in relazione a titoli oggettivamente predeterminati); quindi, ha qualificato l'azione proposta da

██████████ come di risarcimento danni -nella specie della perdita di chance- e ha rigettato la domanda per non avere a suo avviso la ricorrente allegato né provato alcunchè al riguardo.

L'appellante ha censurato la nullità della sentenza di prime cure così concepite, per avere a suo avviso reso una motivazione contraddittoria, illogica e inesistente su tutti i motivi del ricorso da essa proposto.

La censura è fondata, dal momento che la pronuncia del giudice di prime cure ha rigettato la domanda attorea limitandosi, in pochi rigi, ad affermare genericamente la mancanza di allegazione e prova della danno da perdita di chance, come perdita della possibilità dell'esito favorevole dell'interpello, senza in alcun modo indicare se e come sia giunto a tale affermazione anche in termini di accertamento dell'*an debeat*ur (*"In tema di contenuto della sentenza, la concisione della motivazione non può prescindere dall'esistenza di una pur succinta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione impugnata, la cui assenza configura motivo di nullità della sentenza quando non sia possibile individuare il percorso argomentativo della pronuncia giudiziale, funzionale alla sua comprensione e alla sua eventuale verifica in sede di impugnazione"*, cfr. tra le tante **Cass. Sez. III, ord. n. 29721 del 15/11/2019**).

Si tratta però di una nullità che non rientra tra i motivi tassativi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., e, dunque, non comporta rimessione della causa al primo giudice, bensì l'onere per il giudice di appello di deciderla nel merito.

Orbene, è parere di questa Corte che il gravame proposto dalla dr. ██████████ sia parzialmente fondato, meritando l'accoglimento nei limiti di ragione.

2) Fermo e incontestato, in fatto, lo svolgimento di tutto il procedimento di conferimento della posizione organizzativa di responsabile di processo -I livello-

presso la sede INAIL di [REDACTED] una carenza motivazionale grave è senz'altro rinvenibile nel giudizio finale di individuazione del sig. [REDACTED] quale *“dipendente che, si ritiene abbia esperienza, requisiti, propensioni e capacità professionali nell'insieme complessivamente funzionali alla realizzazione dei programmi e degli obbiettivi produttivi sottesi all'incarico in parola e ad un efficace andamento gestionale, tali da far riporre fiducia dello scrivente datore di lavoro circa il proficuo espletamento dell'incarico”* (vds. atto di conferimento, nella produzione delle parti).

Questo dispositivo solo in apparenza soddisfa l'obbligo di motivazione richiesto dall'art. 17 del CCIE 2006-2009 (rubricato “conferimento e revoca delle posizioni organizzative”, a tenore del quale *“gli incarichi sono conferiti dai dirigenti con atto scritto e motivato, tenendo conto dei requisiti culturali, delle attitudini e delle capacità professionali dei dipendenti in relazione alle caratteristiche dei programmi da realizzare”*).

Osserva questa Corte che se la motivazione di un atto di conferimento non può non contenere una valutazione comparativa degli aspiranti alle posizioni, pur in mancanza dell'attribuzione di punteggi ai singoli requisiti richiesti dal bando, allora la procedura all'esame risulta *ictu oculi* soltanto una pseudo comparazione, tautologicamente imperniata sulla ritenuta prevalenza di un candidato rispetto agli altri quasi “a prescindere”, senza esplicitare la misura e le ragioni del differente peso attribuito a ciascun requisito in relazione ai singoli concorrenti, con la conseguenza di rendere non intellegibile il processo motivazionale seguito dalla Dirigente dell'ente nel conferimento, ciò di per se solo costituendo violazione degli obblighi di correttezza e buona fede che nel pubblico impiego privatizzato presidiano il conferimento

di posizioni organizzative e di incarichi di alta responsabilità nell'ambito dell'organizzazione dell'ente.

Nel caso all'esame, diramato in data 25/9/2018 l'interpello per la copertura dell'incarico di Posizione Organizzativa di Responsabile della sede di [REDACTED] - I livello, a seguito della cessazione dal servizio della sig. [REDACTED] e preso atto che all'interpello avevano risposto sette unità lavorative, tutte inquadrate nell'area C, con comunicazione del 31/10/2018 la Dirigente Regionale di Basilicata dell'INAIL rendeva noto l'esito della procedura di conferimento, premettendo d'aver tenuto in considerazione l'esperienza maturata da ciascun aspirante, non inferiore ad una anzianità minima di due anni nell'area C; i requisiti culturali, le propensioni e le capacità professionali espresse dai dipendenti nello svolgimento del proprio lavoro, in relazione alle caratteristiche e ai contenuti dell'incarico; quindi, passate in rassegna le sette unità lavorative che avevano manifestato disponibilità all'incarico (c.d. attribuzioni fotografiche) ha preso in considerazione la durata temporale degli inquadramenti di ciascuno, i requisiti culturali degli aspiranti, lo svolgimento da parte loro di altri incarichi di p.o., la circostanza che, a differenza degli altri, nel periodo immediatamente precedente la vacanza della posizione organizzativa per l'assenza della sig.ra [REDACTED] andata in quiescenza, il sig. [REDACTED], titolare di p.o. di II livello, è stato in loco il primo immediato referente, con *"quanto ne consegue in tema di esperienza, attitudini e capacità professionali, oltre che di requisiti"* (vds. atto di conferimento) e ha quindi dichiarato di esercitare la potestà discrezionale inerente alle funzioni dirigenziali e il potere direttivo, organizzativo e conformativo facendo ricadere la scelta sul sig. [REDACTED] *"... quale dipendente che, alla luce di quanto per sintesi riportato e argomentato, si ritiene abbia esperienza, requisiti, propensioni e*

capacità professionali nell'insieme complessivamente funzionali alla realizzazione dei programmi e degli obiettivi produttivi sottesi all'incarico in parola ..." (idem c.s.).

E' innegabile che detta motivazione di attribuzione dell'incarico sia priva di qualsiasi riferimento specifico a come siano stati comparativamente considerati i singoli requisiti richiesti ai singoli candidati, massime, per quanto riguarda l'appellante [REDACTED], i requisiti culturali (laurea magistrale in giurisprudenza c.d. "nuovo ordinamento", laddove l'aspirante vincitore [REDACTED] aveva soltanto il diploma di scuola media secondaria) e il requisito del precedente svolgimento di altro incarico di p.o., di I o di II livello (espressamente tenuto in considerazione con riferimento al [REDACTED] [REDACTED], completamente omesso con riferimento alla [REDACTED]).

Il che non consente in alcun modo agli altri candidati di individuare le concrete ragioni della preferenza accordata al [REDACTED] e, dunque, di controllare il corretto esercizio della potestà discrezionale attribuita al dirigente (che è, appunto, discrezionale ma non arbitraria), nonché al giudice di valutare l'esatto adempimento da parte del datore di lavoro degli obblighi di correttezza e buona fede da quegli assunti con il proprio interpellato. Non inutile rammentare che è rispetto a tale esercizio che si appalesa fondamentale il ruolo della motivazione, quale strumento di trasparenza e correttezza del potere datoriale, specie quello pubblico.

Il motivo di appello sul punto è dunque fondato: nel caso di specie tale trasparenza è senz'altro mancata, dal momento che, rispetto all'ispirazione formale e "in chiaro" della decisione assunta dalla Dirigente INAIL, è sembrata prevalere quella sostanziale del mantenimento dello *status quo ante*, raggiunto attraverso l'assegnazione della p.o. in capo al dipendente [REDACTED] che da tempo era di fatto il responsabile della sede di [REDACTED]

In particolare, l'erronea, mancata inclusione della [REDACTED] tra i candidati di area C che avevano già occupato una posizione organizzativa, pur di livello II (requisito esperienziale); l'omessa comparazione delle propensioni e le capacità professionali espresse dagli aspiranti nello svolgimento del proprio lavoro in relazione alle caratteristiche e ai contenuti dell'incarico in questione (requisito di professionalità); la mancata valutazione del diploma di laurea in giurisprudenza posseduto dalla predetta appellante rispetto ai titoli culturali degli altri candidati, e in specie con il titolo di mera scuola superiore posseduto dal vincitore [REDACTED] (requisito culturale), appaiono vizi particolarmente importanti e gravi nell'economia della valutazione dirigenziale, sì da esser capaci di inficiarne il significato e da renderne tautologica l'esternazione, fatta a mezzo di un giudizio talmente generico da rendere la motivazione un mero simulacro di illustrazione della valutazione comparata dei requisiti dei candidati (*"... si esercita la potestà discrezionale inerente alle funzioni dirigenziali ed il potere direttivo, organizzativo e conformativo nella qualità di datore di lavoro individuando il sig. [REDACTED] matr. 30062, quale dipendente che alla luce di quanto per sintesi riportato e argomentato, si ritiene che abbia esperienza, requisiti, propensioni e capacità professionali nell'insieme complessivamente funzionali alla realizzazione dei programmi e degli obiettivi produttivi sottesi all'incarico in parola e ad un efficace andamento gestionale, tali da riporre fiducia dello scrivente datore di lavoro circa il proficuo espletamento dell'incarico"*).

Così stando le cose, dal provvedimento di conferimento dell'incarico di posizione organizzativa in questione risulta "tradito" proprio quell'obbligo di motivazione consistente nell'esplicitazione della valutazione comparativa tra concorrenti, che costituisce il minimo inderogabile di estrinsecazione del potere di scelta datoriale, ai

fini del controllo circa il rispetto del canone generale di correttezza e buona fede dei contraenti, ex artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. (sul punto cfr., tra le varie, **Cass. Sez. L., sent. n. 16247 del 16/2/2014**, a tenore della quale *“Gli atti degli enti locali di assegnazione del personale alle posizioni organizzative debbono essere espressamente motivati anche in base ad una valutazione comparativa degli aspiranti alle posizioni in contestazione, pur in assenza di una formale procedura concorsuale”*).

3) Ciò acclarato in relazione alla censurata illegittimità della procedura di conferimento dell'incarico, in termini di mancato rispetto dell'obbligo di motivazione del provvedimento (imposto alla parte datoriale anche dalla contrattazione collettiva), va aggiunto che la condotta del datore di lavoro pubblico è senz'altro foriera di danni nei confronti del candidato “pretermesso” che espressamente se ne lamenti e reagisca giudizialmente, essendo ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità che: - **a)** in tema di selezioni concorsuali di cui si contesti la legittimità del procedimento, il giudizio deve svolgersi in contraddittorio con gli altri partecipanti soltanto se il soggetto pretermesso domandi l'accertamento giudiziale del suo diritto ad essere inserito nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazioni di sede, ecc.); mentre l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutti i controinteressati non è necessaria quando l'attore si limiti a domandare il risarcimento del danno, o comunque faccia valere pretese compatibili con i risultati della selezione, dei quali non chiede di attuarsi la rimozione (cfr. **Cass. Sez. L., sent. n. 18807 del 16/7/2018, n. 18807**); - **b)** in tema di pubblico impiego privatizzato, l'illegittimo diniego di una posizione organizzativa comporta il diritto del dipendente al risarcimento del

danno per perdita di "chance", che va riconosciuto, come entità patrimoniale a sé stante, ove sussista la prova di una concreta ed effettiva occasione perduta; danno che va liquidato in via equitativa utilizzando le retribuzioni perse quale parametro, tenuto conto del grado di probabilità e della natura di danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo (tra le tante, cfr. **Cass. Sez. L., ord. n. 1884 del 21/1/2022, n. 1884**).

Nel caso all'esame, l' "opportunità" in tal modo persa dalla dr. [REDACTED] a causa della condotta datoriale illegittima può dirsi di fatto coincidente con la concreta possibilità di risultare vincitrice della selezione per l'attribuzione della posizione organizzativa presso la sede di [REDACTED] sicchè il danno così subito può farsi coincidere con gli specifici compensi spettanti a titolo di indennità di posizione organizzativa di I livello e di indennità per l'esercizio di compiti di responsabilità, per la durata media triennale di un CCNL. Il calcolo al proposito fatto dall'appellante a pag. 34 dell'atto di appello, non specificamente contestato dall'Istituto appellato, conduce alla somma totale di € 15.750,00 lordi, ammontare così ottenuto: € 180,00 indennità di posizione + € 252,50 indennità per l'esercizio di compiti di responsabilità, ex artt. 16 e 17 del CCNL EPNE 2006-2009, moltiplicato 36 mensilità); nessuna altra voce di danno, tra quelle indicate dalla funzionaria appellante, può esserle riconosciuta (cfr. **Cass. Sez. L, ord. n. 1884 del 21/1/2022** cit., a tenore della quale *"In tema di pubblico impiego locale, l'illegittimo diniego di una posizione organizzativa comporta il diritto del dipendente al risarcimento del danno per perdita di "chance", che va riconosciuto, come entità patrimoniale a sé stante, ove sussista la prova di una concreta ed effettiva occasione perduta; il danno, che non coincide con le retribuzioni perse, va liquidato in via equitativa utilizzando quale parametro le retribuzioni perse, tenuto conto del grado di*



probabilità e della natura di danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo”).

3) Per tutto quanto innanzi detto, in accoglimento dell'appello proposto da [REDACTED] [REDACTED] la sentenza di primo grado dev'essere parzialmente riformata, con condanna dell'INAIL al pagamento in favore della sua funzionaria, per le causali innanzi indicate, della complessiva somma di [REDACTED], maggiorata di interessi dalla maturazione dei singoli crediti all'effettivo soddisfo.

Le spese del doppio grado seguono la soccombenza dell'Istituto appellato nella misura di un quinto -stante l'accoglimento solo parziale della domanda originaria della [REDACTED], liquidata per l'intero, quanto al primo grado in [REDACTED] e, quanto al presente grado di appello, in [REDACTED] in ogni caso oltre RSF, IVA e CPA come per legge, con distrazione in favore del difensore anticipatario. I restanti quattro quinti di spese processuali inerenti il rapporto tra [REDACTED] e INAIL vanno compensati.

La legittima difesa da parte del [REDACTED] dell'incarico professionale ricevuto, in mancanza di qualsiasi prova ch'egli possa avere in qualche maniera dato causa alla scorretta condotta dell'INAIL, è circostanza che a parere della Corte vale a configurare quelle gravi ed eccezionali ragioni richieste dall'art. 92 c.p.c. per addivenire a una compensazione integrale delle spese di lite del doppio grado nel rapporto processuale tra la [REDACTED] e il controinteressato [REDACTED]

P.Q.M.

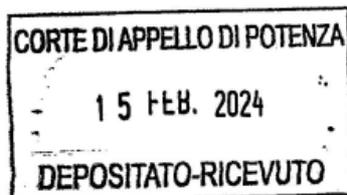
definitivamente pronunciando sull'appello proposto il 4/6/2022 da [REDACTED] nei confronti dell'INAIL e di [REDACTED] avverso la sentenza del Tribunale di Potenza n. [REDACTED] ogni altra domanda, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- 1) in parziale accoglimento dell'appello e in riforma dell'impugnata sentenza, condanna l'INAIL, per le causali di cui in motivazione, al pagamento in favore di [REDACTED] della complessiva somma di [REDACTED], maggiorata di interessi sino all'effettivo soddisfo;
- 2) condanna l'INAIL alla refusione nei confronti di [REDACTED] di un quinto delle spese e competenza del doppio grado di giudizio, che liquida per l'intero, quanto al primo grado in [REDACTED] e, quanto al presente grado di appello, in [REDACTED] in ogni caso oltre RSF, IVA e CPA come per legge, con distrazione in favore del difensore anticipatario;
- 3) dichiara compensati i residui quattro quinti di spese tra [REDACTED] e l'INAIL;
- 4) dichiara integralmente compensate le spese tra [REDACTED] e [REDACTED] [REDACTED]

Così deciso in Potenza, 8/6/2023

Il Presidente est.

Roberto Spozzino



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dr.ssa Anna Maria Nole