

Il risarcimento del danno da “perdita di chance” nel rapporto di lavoro

Diritto “alla carriera” e valorizzazione della professionalità del lavoratore

CHANCE E CRESCITA PROFESSIONALE

Nell’ambito del rapporto di lavoro si è venuto delineando ormai da tempo un orientamento dottrinario e giurisprudenziale secondo il quale al lavoratore andrebbe riconosciuto un vero e proprio diritto alla carriera. Essa può essere definita come la pretesa a veder adeguatamente valorizzata e sviluppata la propria professionalità, nell’ottica della crescita personale e lavorativa.

Per converso, l’impedimento frapposto dal datore di lavoro alla coltivazione di una prospettiva di crescita professionale finirebbe per concretizzare una fattispecie di danno da “perdita di *chance*”. Sulla base di tale ragionamento, la giurisprudenza ha affermato che la *chance* costituirebbe essa stessa un bene, inteso come entità suscettibile di una valutazione patrimoniale. Il pregiudizio si produrrebbe nel momento in cui al soggetto sia negata la possibilità di conseguire un determinato bene e il relativo vantaggio economico.

L’elaborazione giurisprudenziale in discorso è stata ripresa e riletta da Cass. 5 aprile 2013 n. 8443, ove la Corte stabilisce che, qualora il lavoratore abbia i requisiti professionali necessari per concorrere all’avanzamento di carriera e il datore di lavoro non li prenda in considerazione, questi dovrà farsi

carico del ristoro del danno per perdita di *chance* consistente nel pregiudizio arrecato alla crescita professionale. Pertanto, in generale, qualora il datore di lavoro non fornisca motivazioni fondate e ragionevoli di tale scelta il suddetto danno andrà risarcito.

LA TUTELA CONTRO IL DANNO DA PERDITA DI CHANCE NELLA RECENTE SENTENZA DEL TRIBUNALE DI ANCONA

La sentenza del Tribunale di Ancona del 5 settembre 2020 si segnala per l'originalità della decisione adottata con riferimento alla tutela applicabile quando sia accertato un danno da perdita di *chance* nel rapporto di lavoro.

Nel caso di specie un medico, dipendente di un ente sanitario di diritto pubblico, lamentava che il proprio curriculum non era stato adeguatamente preso in considerazione ai fini del conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa; con la conseguenza che gli era stato preferito un altro candidato.

La condotta datoriale contestata consisteva in particolare nel non avere adeguatamente valutato e motivato, in coerenza con i canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., i titoli professionali del ricorrente.

All'esito dell'istruttoria emergeva come, nonostante il ricorrente avesse titoli ed esperienze maggiormente aderenti alla posizione da ricoprire, l'amministrazione gli aveva irragionevolmente preferito un candidato il cui profilo presentava minore coerenza con l'incarico.

Il giudice ha innanzitutto affermato che, coerentemente con l'insegnamento delle Sezioni Unite (Cass. 15764/2011), dall'accertamento della violazione del canone di correttezza e buona fede discende la fondatezza della pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti; non però l'annullamento dell'atto di conferimento di incarico ad un altro aspirante.

Sono state perciò rigettate le domande principali del ricorrente volte ad ottenere il conferimento dell'incarico o il rinnovo della procedura, mentre è

stata accolta la domanda per la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno cagionato al lavoratore ricorrente.

Il Tribunale di Ancona ha quindi ha quantificato la posta risarcitoria in via equitativa, stante l'assenza di parametri che inducessero ad ipotizzare una probabilità diversa al 50% che il ricorrente, qualora il datore di lavoro avesse valutato il suo curriculum secondo i canoni di correttezza e buona fede, sarebbe stato scelto per il conferimento dell'incarico.

Considerato che il danno di natura retributiva sarebbe consistito nella metà della differenza tra trattamento economico complessivo percepito dal dipendente assegnatario dell'incarico e la retribuzione percepita dal ricorrente, la quota è stata poi elevata sino al 70% in ragione delle ricadute del danno sulla futura carriera e sul trattamento pensionistico del lavoratore danneggiato.

a cura di a cura di Alessandro Giuliani

Legalilavoro Ancona

(segue la sentenza di Trib. Ancona 5 settembre 2020)

Sentenza n. 27/1127 del 23.09.2016

N. R.G. 181/2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE ORDINARIO DI ANCONA

Giudice del Lavoro

Il Tribunale di Ancona, sez. Lavoro, in persona del Giudice ~~_____~~,
viste le note depositate dalle parti ai sensi dell'art.83 comma 1 lettera b) DL. 18/20,
ha pronunciato e pubblicato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. ~~_____~~ RG Lav.

TRA

~~_____~~

rappresentato dagli avv. ~~_____~~

e

~~_____~~

rappresentata dagli avv. ~~_____~~

RAGIONI DELLA DECISIONE

Il ricorrente, dirigente medico, deduce di aver partecipato ad una procedura selettiva indetta il 7/12/16 per l'incarico quinquennale di Direttore della Struttura Complessa di Dermatologia presso l'Ospedale di ~~_____~~, funzione già assegnatagli provvisoriamente dal 2015: all'esito della quale il Direttore dell'~~_____~~ aveva conferito l'incarico al collega dr. ~~_____~~ (unico ulteriore concorrente), nonostante che quest'ultimo avesse riportato punteggi inferiori ai propri, all'esito sia del colloquio che della valutazione del curriculum, da parte della nominata «Commissione di valutazione» (e quindi «disattendendo il criterio del maggior punteggio, secondo il disposto dell'art.157bis lett.b) D. L.vo 502/92»).

Deduce in sintesi:

□ di possedere, rispetto al concorrente e con riferimento alla competenza specifica prioritariamente valorizzata dalla stessa Azienda (prevenzione, diagnosi e trattamento – in primo luogo chirurgico – di patologie oncodermatologiche), sia maggiore esperienza pratica (numero di interventi chirurgici effettuati) che miglior

curriculum tecnico (corsi frequentati e tenuto quale docente, pubblicazioni: doc.3 allegato al ricorso); il tutto con particolare riferimento a pratiche innovative quali, tra l'altro, la terapia "fotodinamica";

□ di possedere inoltre più specifica e recente esperienza manageriale (copertura negli ultimi due anni proprio dell'incarico direttivo bandito) e maggiore esperienza multidisciplinare;

□ che l'Azienda era venuta meno all'obbligo di legge, consistente nel «motivare analiticamente la scelta» del candidato, laddove effettuata in divergenza dal punteggio attribuito dalla Commissione: incorrendo in un deficit di motivazione e (quindi) in una violazione dei doveri di correttezza e buona fede.

La convenuta replica sostenendo che nella Determina 3/11/17 (doc.16 allegato al ricorso) con la quale il Direttore dell'~~Azienda~~ 2 ha conferito l'incarico al dr. ~~XXXXXX~~, i motivi della scelta sono indicati con debito riferimento sia al "profilo oggettivo" che al "profilo soggettivo" delineati negli allegati 1 e 2 sia alla determina di indizione dell'Avviso pubblico per il conferimento dell'incarico (del 7/12/16, doc. 1 di parte ricorrente) che all'Avviso medesimo (del 23/1/17, doc.2 di parte ricorrente); fornisce inoltre spiegazioni relative alla pertinenza di tale motivazione.

Quest'ultima tuttavia non appare adeguata e sufficiente.

Si deve infatti ritenere che in casi analoghi la legge, a fronte di una scelta ampiamente discrezionale, imponga un obbligo di motivazione («analitica») a fini di trasparenza: e che quindi l'obbligo non sia assolto in caso di motivazione generica, laconica, approssimativa e/o basata su presupposti non aderenti alla realtà, e come tale non idonea (di per sé) a manifestare una decisione dettata esclusivamente dalla coerente elezione di dichiarate priorità nel perseguimento del fine di "buona amministrazione": ovvero, per quanto rileva nel rapporto "privatizzato" di cui qui si tratta, da correttezza e buona fede.

Nella fattispecie, si rileva che:

□ la citata determina 3/11/17 dichiarava di ritenere «strategici ed essenziali» «nell'ottica di una prossima realizzazione delle reti dermatologica ed oncologica» gli aspetti tratteggiati dai citati «profili», quali in particolare:

o per la candidatura, «uno specifico know-how riferito, principalmente, alla «... attività di chirurgia dermatologica oncologica, in particolare riferimento ai tumori melanici», alla «prevenzione e diagnosi nella dermatologia oncologica...» ed al «trattamento medico e terapia fotodinamica»; inoltre, ... «attitudine e capacità alla collaborazione ed integrazione multidisciplinari ... nello studio della patologia oncologica dermatologica»».

□ il medesimo provvedimento riscontrava quindi «una maggior affinità delle caratteristiche professionali» con tali requisiti e criteri, emergenti dal curriculum del Dr. ~~XXXXXX~~ (ed in termini «non ... altrettanto rilevanti nel curriculum del dr. ... ~~XXXXXX~~»), con riferimento:

o ad una «esperienza professionale con responsabilità di coordinamento e di gestione di attività assistenziali ed ambulatoriali c/o la Clinica Dermatologica dell'Azienda ~~XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX~~ per un periodo di 5 anni e 9 mesi»

o ad «un'esperienza ... con responsabilità di struttura semplice di fotochemioterapia presso la citata Clinica Dermatologica, per un periodo di 10 anni ed un mese»;

o ad una «particolare e prolungata esperienza ed attitudine ad interagire in percorsi multidisciplinari ed in rete, soprattutto in ambito oncologico e nel setting assistenziale ambulatoriale, dimostrata dall'attività svolta all'interno del Centro dello Skin Cancer ... all'interno della Clinica Dermatologica dell'Azienda Ospedaliera di ~~XXXXXX~~, nonché nell'ambito del Centro Regionale per il Follow-up dei pazienti trapiantati d'organo e del Centro Regionale per la certificazione delle Malattie rare».

□ tale motivazione, tenuto conto anche di quanto dedotto in giudizio dalla convenuta Azienda, non appare sufficientemente rigorosa né esaustiva;

□ in relazione al capo a), infatti, non è affatto evidente come l'esperienza «di coordinamento e di gestione di attività assistenziali ed ambulatoriali .. per un periodo di 5 anni e nove mesi» risalente (doc.4, allegato al ricorso) al periodo 2001/2006 (laddove il paragrafo 5, lettera d) punto c), del citato Avviso 23/1/17 specifica che il curriculum utile deve fare riferimento alle «prestazioni effettuate... negli ultimi dieci anni») e in tutta apparenza non specifica dell'ambito chirurgico-oncologico, debba ritenersi prevalente rispetto a quella del ricorrente il quale (tra

in 2015 del medesimo incarico, che non ha mai svolto.

□ Il richiamo di cui al capo c) risulta inconferente ed addirittura pretestuoso manifestandosi (quantomeno) superficialità nell'atteggiamento della Contrattoria, la quale, in giudizio ne difende la permanenza affermando che la «terapia fotochemioterapica (a differenza della terapia fotodinamica praticata precedentemente presso la struttura di ~~SSN~~, retta dal ~~Dr. [redacted]~~) è una terapia specifica nei casi di tumori». E' invece risultato proprio il contrario (all'esito della CTU appositamente disposta): e cioè una determinante differenza tra la tecnica «Fotochemioterapica» (o quella «Foterapica»: spesso associata alla prima differenziandosene essenzialmente per il mancato uso di sostanza chimica «fotosensibilizzante», come spiegato concordemente da entrambi i CTP) da un lato, e la tecnica «Fotodinamica» (espressamente - e non a caso - menzionata nel «profilo soggettivo» anche nell'estratto riportato nella determina 3/11/17; e in cui risulta assai maggiore l'esperienza del ricorrente, il quale vanta l'attivazione e direzione dal 2009 dell'ambulatorio di terapia fotodinamica a ~~SSN~~, oltre che attività specifica di docente e relatore a congressi scientifici, e pubblicazioni sul tema [doc.3 allegato al ricorso, allegati 5, 6 e 7]) dall'altro, nel senso che la prima non è usata, se non raramente, «in campo oncologico», ovvero «per il trattamento di lesioni tumorali o pre-tumorali», le quali invece sono oggetto principale (ed anzi esclusivo, nell'ambito del SSN, per quanto emerge complessivamente dagli atti) della seconda.

□ quanto al capo c), a fronte delle contestazioni del ricorrente, l'Azienda da un lato non ha specificato né documentato quale attività o ruolo il ~~Dr. [redacted]~~ abbia (affermato di aver) svolto all'interno delle indicate strutture, ed in particolare nel «Centro dello Skin Cancer» (al di là della collocazione di quest'ultimo presso la Clinica Dermatologica dell'Azienda Ospedaliera ~~[redacted]~~, non emerge nulla, neanche dal curriculum dell'interessato, doc.4 allegato, al ricorso); né, dall'altro, ha spiegato quale sia l'attinenza specifica tra la materia della chirurgia oncodermatologica, e il «Follow-up dei pazienti trapiantati d'organo» o le «malattie rare», o perchè tali esperienze «multidisciplinari» dovrebbero essere più pertinenti e rilevanti di quelle possedute dal ricorrente (il quale, tra l'altro, a fronte dello

...circostanze (in entrambi i casi profili esagerati e soggettivi come
...nella ... al ...
...la ... della ...
...«curative e espansive» con ... la propria ...
...di collaborazione con la Clinica Reumatologica di Ancona [doc.3], oltre
ad attività scientifica in materia [doc.3 cit.]

□ In generale, peraltro, manca completamente un qualsiasi accenno ai motivi di
“dissenso” con le valutazioni effettuate dalla Commissione, la quale con esito
opposto ha valutato (v. doc. 14 allegato al ricorso), ai medesimi specifici fini, i
curricula dei due candidati (né la convenuta ha in alcun modo contestato i dati
relativi a quello del ricorrente, analiticamente e dettagliatamente esposti nel doc.3
allegato al ricorso, o illustrato a proprio favore la documentazione allegata dal dr.
Lemme in sede di procedura selettiva, prodotta dallo stesso ricorrente, doc.4);

□ appare altresì opportuno evidenziare che ciò che conta ai fini della presente
decisione non è, per esempio, se i pazienti per i quali viene scelta la terapia
fotodinamica siano, o meno, in imminente pericolo di vita, ma la incoerenza e
approssimazione della motivazione, e nella quale si evidenzia la rilevanza della
esperienza in tale specifica terapia in quanto finalizzata a patologie oncologiche, per
poi valorizzare (con preminenza) quella in una terapia (che è risultata) diversa ed
utilizzata ad altri fini (e che infatti non compare nei citati “profili”); così come,
analogamente, nessun rilievo può essere attribuito in questa sede alla qualità dei
risultati attribuibili al candidato prescelto, nel successivo svolgimento dell’incarico.

□ Anche l’argomento secondo cui l’esperienza («di Coordinamento») del dr.
~~Lemme~~ dovrebbe ritenersi preminente, in quanto maturata in una struttura più
grande e quindi con maggiori potenzialità di contatti professionali e con casistica più
ampia in termini qualitativi e quantitativi, avrebbe dovuto essere espressamente
considerato nella “analitica motivazione”; del resto (*ad abundantiam*) si tratta di
criterio di cui non appare affatto scontata la rilevanza e comunque la preminenza,
considerando tra l’altro che:

o la struttura di destinazione era proprio quella in cui il ricorrente aveva maturato
la sua esperienza;

l'opportunità di suddividere il personale per settori specifici come suggerito, non esclude che il settore in cui è stato utilizzato il dr. ~~XXXXXX~~ sia specifico e coincida con i citati "profili" ed in particolare con l'attività chirurgico-oncologica (anzi l'attività chirurgica vantata del ricorrente è nettamente maggiore: cfr. doc. 28, 29 e 4bis allegati al ricorso);

o anche l'argomento relativo ai maggiori rapporti della Clinica di ~~XXXXXX~~ con la struttura universitaria, ha valenza meramente presuntiva in favore del dr. ~~XXXXXX~~, laddove il ricorrente ha documentato (doc. 3, allegato 8) la propria cospicua collaborazione con Clinica ~~Universitaria Dermatologica~~, e quindi proprio in materia (come accennato) in tutta apparenza strettamente attinente ai citati "profili";

o come sopra evidenziato, l'esperienza di "coordinamento" del ricorrente all'interno della propria struttura è stata più lunga e soprattutto (ben) più recente, il che risulta valorizzato dai "criteri" predefiniti; peraltro, il fatto che si tratti requisiti professionali in fase di (considerata) importante evoluzione, si evince dal richiamo, nel citato «profilo soggettivo», a «nuovi modelli organizzativi» e a «tecniche operatorie e diagnostiche ... innovative»;

□ quanto infine alle deduzioni di cui alle note scritte del 16/6/20, nelle quali parte resistente si riporta sostanzialmente alle allegate (doc. 8) osservazioni del proprio CT dr. ~~XXXXXX~~, si osserva che:

o come già accennato, non ha alcun rilievo il fatto che con la fotodinamica «si possono trattare solo le forme .. superficiali e non .. i tumori più spessi e profondi», ovvero solo una limitata tipologia di «tumori cutanei» che è «anche la meno pericolosa "quod vitam"»;

o il CTP esula evidentemente dall'oggetto del quesito posto al CTU (e quindi dal suo stesso ruolo), oltre che (per quanto accennato) anche dall'oggetto stesso del presente giudizio, laddove ritiene «importante sottolineare ... la bontà della scelta fatta da ~~ASUR 2~~» illustrando i risultati positivi della successiva gestione del nominato Direttore ;

...in tale del ... ~~CTU~~ ...
... ~~CTU~~ ...
... ~~CTU~~ ...
... in particolare della circostanza per cui la "Struttura Semplice di Fotochemioterapia", di cui ~~l'azienda~~ ~~era~~ responsabile, era anche la sede propria dei trattamenti di terapia Fotodinamica praticati presso la Clinica Dermatologica dell'Ospedale di ~~...~~

o si tratta di circostanza:

☐ non provata (né fatta oggetto di richieste istruttorie; si rileva per inciso che, dalla indagine effettuata dal CTU, in ~~...~~ la terapia fotodinamica veniva effettuata in regime di ricovero mentre quella fototerapica in regime ambulatoriale: lo stesso tenore letterale della autorelazione del concorrente dr ~~...~~ [doc 4 citato], suggerisce chiaramente che la [dettagliatamente descritta] attività di quest'ultimo, e della S.O.S. di Fotochemioterapia, era strettamente limitata a tale tecnica ambulatoriale, ed alle patologie con essa curate, mentre la tecnica Fotodinamica viene meramente menzionata come terapia che «si inserisce» «in correlazione con l'attività di Fototerapia», ma a differenza di questa «viene effettuata in regime di day-hospital»: solo per aggiungere che in merito ad essa il dichiarante ha comunque - e solamente - «seguito specifici corsi tecnico pratici»);

☐ non tempestivamente dedotta da parte resistente, ed anzi contrastante con la posizione ritualmente assunta da quest'ultima sull'argomento [come sopra esposto, per spiegare l'attinenza ai "profili" della direzione di tale struttura, l'Azienda ha affermato che «la terapia fotochemioterapica (a differenza della terapia fotodinamica praticata precedentemente presso la struttura di ~~...~~, retta dal ~~...~~) è una terapia specifica nei casi di tumori»: così inducendo il Giudice, a fronte della contrastante posizione delle parti su tale importante affermazione di contenuto tecnico, a disporre la citata CTU];

☐ in definitiva, peraltro, non rilevante per la presente decisione, in quanto non contenuta nella motivazione, la cui analiticità ed esaustività è oggetto essenziale del giudizio;

☐ sotto altro aspetto (*ad abundantiam*), di rilevanza relativa, laddove, a detta anche dello stesso CT ~~...~~, in concreto la terapia fotodinamica veniva effettuata in

... quanto infine alla relazione rilasciata, in corso di causa, dallo stesso ~~CT~~ doc. 5 allegato alle carte n. 16/6/20, la Farmazione secondo cui gli interventi di terapia fotodinamica effettuati a ~~CT~~ solo in parte, riguardavano «patologie dermatologiche oncologiche», deve essere in tutta apparenza interpretata - sulla base degli atti e considerato che in nessun modo risulta che tale terapia fosse usata al di fuori dell'ambito oncologico - nel senso che i residui interventi concernevano comunque lesioni "pre-tumorali" o "pre-cancerogene", per le quali essa era parimenti efficace e praticata (come affermato dallo stesso CT ~~CT~~), e cioè attività (di prevenzione in materia oncologica) comunque del tutto attinente con i "profili" più volte citati.

Quanto alle conseguenze della così accertata violazione degli obblighi di correttezza e buona fede, ritiene questo Giudice che non si vedano ragioni, nonostante la sopravvenuta evoluzione normativa, per discostarsi dall'insegnamento delle SSUU della Corte di Cassazione (sentenza 15764/11) secondo cui in casi analoghi «il dirigente, al quale sia stato preferito altro candidato, può dolersi, ... della violazione del canone di correttezza e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale, ai sensi degli articoli 1175 e 1375 del codice civile Da ciò consegue che l'eventuale inosservanza, nella valutazione del direttore generale, dei predetti doveri imposti dalla disciplina codicistica, mentre può giustificare una pretesa risarcitoria dei candidati non prescelti (per perdita delle chances che sarebbero derivate dall'attribuzione dell'incarico), non può giustificare l'annullamento dell'atto di conferimento dell'incarico ad altro aspirante.»

Ne deriva o il rigetto delle domande principali (volta ad ottenere il conferimento dell'incarico, o in subordine il rinnovo della procedura), e quindi anche della eccezione di parte resistente relativa alla necessità di integrare il contraddittorio con il concorrente nominato (cfr Cass.30100/18).

