

Corte di Cassazione 12 aprile 2017 n. 9392 – Pres. Napolitano, Rel. Tria.

Dirigenza pubblica – valutazione della prestazione – determinazione degli obiettivi – conoscenza tempestiva degli obiettivi – valutazione illegittima – danno da perdita di *chance*.

Accertata l'illegittimità del procedimento di valutazione negativa del dirigente pubblico, il giudice del merito non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati. Ma, in base al principio secondo cui la perdita di chance è dimostrabile anche per presunzioni e la relativa liquidazione è necessariamente equitativa, non può escludere in radice la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni per perdita di chance se ritualmente richiesto.*

* Massima redatta dall'Autore.

Pasquale Monda

La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione

Sommario: **1.** Una breve panoramica della sentenza. **2.** La formulazione dell'obiettivo secondo l'art. 19 d.lgs. 165/01. **3.** Le scelte del d.lgs. 74/17 sull'assegnazione degli obiettivi ai dirigenti. **4.** La "conoscenza tempestiva" dell'obiettivo. **5.** La valutazione illegittima tra approccio procedurale e dovere di correttezza. **6.** Il danno da perdita di *chance*. **7.** La prova e il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

1. Una breve panoramica della sentenza

Nella sentenza in epigrafe la Cassazione indaga la relazione tra valutazione e gestione premiale, soffermandosi su taluni dei presupposti necessari per accedere agli incentivi e chiarendo la tutela destinata al dirigente qualora, per cause a lui non imputabili, i suddetti presupposti dovessero mancare. A fornire l'occasione per l'analisi, è una vicenda non rara nella prassi: gli obiettivi cui è collegata la valutazione negativa vengono comunicati al dirigente solo in sede di colloquio di valutazione, escludendo la "possibilità di svolgere la prestazione in modo utile a conseguire il premio".

Venendo al merito delle questioni, la Cassazione ritiene che dal decreto legislativo 165 del 2001 affiori "in linea generale" la definizione *all'atto di conferimento dell'incarico* e poi *annualmente* dell'oggetto e degli *obiettivi*. Nel precisare simile affermazione, tanto sintetica quanto densa di implicazioni, si osserva che: a) stando all'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, "sono definiti *contrattualmente* ... gli obiettivi da conseguire e la durata dell'incarico"; b) l'art. 16 del d.lgs. n. 165 del 2001 annovera tra i compiti dei dirigenti di uffici dirigenziali generali "l'attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dal Ministro e l'attribuzione ai dirigenti della responsabilità di specifici progetti e gestioni, definendo gli obiettivi che i dirigenti devono perseguire e attribuendo le conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali"; c) il raggiungimento degli obiettivi va "valutato anche sulla base di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità e di comparazione dei costi, rendimenti e risultati", che ogni Amministrazione deve "elaborare *periodicamente* e comunque *annualmente* (vedi art. 17 della legge n. 59 del 1997 e s.m.i.)". Sicché – prosegue la Corte – è legittima la valutazione negativa del

dirigente, impedendo la corresponsione del premio, solo se “l’interessato sia stato posto in condizione di conoscere tempestivamente gli obiettivi da raggiungere anno per anno”^{*}.

È importante chiarire subito che la Cassazione, nello sviluppare le proprie argomentazioni, prescinde dal d.lgs. 150/09, come modificato dal d.lgs. 74/17, essendo i fatti dedotti in giudizio anteriori alla sua entrata in vigore. Tale aspetto aiuta a comprendere le ragioni che consentono alla Corte di ricorrere alle regole collettive sulla valutazione, per dare maggiore forza alla propria riflessione; regole che, dopo il d.lgs. 150/09, non hanno più alcuna applicazione, essendo la valutazione una di quelle materie dove al contratto collettivo sono posti paletti insormontabili¹. Ciò non riduce l’interesse per le pronunce: sia perché è di primissimo piano riflettere sulle tematiche affrontate dalla Corte, centrali nel dibattito sulla valutazione, sia perché la medesima Corte, per la prima volta, riconosce al dirigente il diritto di chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Quest’ultimo costituisce uno dei profili maggiormente interessanti della citata giurisprudenza; ad avviso dei giudici di legittimità, “è rinvenibile un dettagliato procedimento di valutazione”, che, se violato, non permette al giudice di “sostituirsi all’organo deputato ad effettuare la verifica dei risultati che condiziona la corresponsione dell’indennità di risultato e, quindi, commisurare automaticamente la condanna dell’ente datore di lavoro a risarcire i danni richiesti all’indennità di risultato non percepita dal dirigente. Tuttavia, in base al principio consolidato secondo cui la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni e la relativa liquidazione è necessariamente equitativa, il giudice non può neppure escludere in radice la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni per perdita di *chance*, ritualmente richiesto”.

^{*} Sono miei tutti i corsivi nelle citazioni.

¹ Il riferimento è all’art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01, secondo cui “nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità, la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge”. Per ulteriori approfondimenti, v. da ultimo, NATULLO, *Tra legge e contratto: l’“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico* e DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, entrambi in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, rispettivamente p. 15 ss., p. 41 ss.

2. *La formulazione dell'obiettivo secondo l'art. 19 d.lgs. 165/01*

Nel ragionare sui principi elaborati dalla Cassazione, giova partire da quanto detto a proposito dell'art. 19 d.lgs. 165/01.

Ad avviso della Corte, secondo la norma in parola, gli obiettivi vanno definiti contrattualmente: si tocca un punto sicuramente complesso e molto dibattuto in letteratura, da trattare con la dovuta attenzione.

Procedendo con ordine, va osservato che, nello sviluppare appieno l'impostazione privatistica della riforma sulla dirigenza, il legislatore della c.d. seconda privatizzazione affidava al contratto individuale la determinazione dell'intero contenuto dell'incarico: oggetto, obiettivi, durata e trattamento economico. Ma tale soluzione, incline a valorizzare il ruolo istituzionale del dirigente, è stata drasticamente e incontrovertibilmente ribaltata dalla legge 145/02², che attribuisce a un provvedimento unilaterale il compito di definire tutti gli elementi dell'incarico e limita al contratto c.d. accessivo il solo trattamento economico³.

Sia chiaro, ne deriva un problema importante, perché la determinazione dell'obiettivo rappresenta un momento assai delicato per la tenuta delle scelte di sistema riguardanti la dirigenza: l'obiettivo costituisce, al contempo, lo snodo ultimo della programmazione politica e il fulcro sia della responsabilità gestionale attribuita al dirigente sia di una parte cospicua della sua retribuzione. Ecco perché la soluzione contrattuale, sulla quale puntava il precedente assetto normativo, costituiva un importante anello di congiunzione tra il principio della separazione funzionale, alla base del rapporto tra politica e amministrazione, la responsabilità e la retribuzione correlata al risultato⁴. Ben si comprendono, al-

² La legge 145/02 è applicabile ai fatti dedotti in giudizio, dal momento che questi si riferiscono al periodo compreso tra il 2003 e il 2005: sull'immediata applicabilità della l. 145/02, argomentata in base al suo art. 3, co. 7, v. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2002, p. 1005 ss.

³ Su tali aspetti, v., tra i tanti, ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 90 ss.; CARINCI F., *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (Breve storia di una scommessa perduta)*, in *LPA*, 2006, p. 1049 ss.; D'ALESSIO, *Incarichi di funzioni dirigenziali*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 1062 ss.; RICCI M., *La dirigenza pubblica rivisitata: luci ed ombre*, in *LPA*, 2016, p. 297 ss.; ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED, Annali V*, 2012, p. 535 ss.; ZOPPOLI L., *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, 2008, p. 1 ss.

⁴ Sin da ora sia consentito rinviare su questo aspetto e per ogni altra implicazione che qui

lora, le ragioni che hanno indotto a ritenere l'opzione unilaterale assai debole, essendo decisamente "arduo restringere davvero lo spazio del contratto, nella definizione del contenuto dell'incarico, dinanzi alla sua riaffermata competenza per il trattamento economico, che non può evidentemente disgiungersi dalla più generale natura del contratto di dirigente"⁵. E si comprendono anche le ragioni che hanno alimentato un ricco dibattito, dai significativi risvolti teorici e pratici, sia sulla possibilità di rinvenire negli obiettivi dell'art. 19 il reale fulcro dei processi di valutazione sia sullo spazio del consenso nel programmare gli elementi della medesima valutazione⁶.

A tale dibattito la stessa Cassazione non appare insensibile, perché, pur non sostenendolo espressamente, sembrerebbe (ma il condizionale è d'obbligo) escludere che sugli obiettivi indicati nel provvedimento sia fondata la valutazione della prestazione. Si afferma, al riguardo, che dal decreto legislativo 165 del 2001 "affiora 'in linea generale' la definizione all'atto di conferimento dell'incarico e poi *annualmente* dell'oggetto e degli obiettivi" e che "il conseguimento degli obiettivi va valutato anche sulla base di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità e di comparazione dei costi, rendimenti e risultati che ogni Amministrazione deve elaborare *periodicamente* e comunque *annualmente*", con l'effetto che la valutazione negativa presuppone "che l'interessato sia stato posto in condizione di conoscere tempestivamente gli obiettivi da raggiungere, anno per anno"⁷.

3. Le scelte del d.lgs. 74/17 sull'assegnazione degli obiettivi ai dirigenti

Quanto detto aiuta a comprendere la rilevanza del recente comma 1-bis dell'art. 9 introdotto dal d.lgs. 74, che, per i soli dirigenti individuati dal-

non si avrà modo di approfondire a MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

⁵ V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 548 ss.

⁶ V., principalmente, ALES, *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in AA.VV., *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Methis, 2005, p. 77 ss.; ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 63/2008, pp. 13-17; MONDA, *op. cit.*, 2016, pp. 121-168.

⁷ Sono miei tutti i corsivi riportati nelle citazioni.

l'art. 19, commi 3 e 4, collega la valutazione della prestazione dirigenziale al “raggiungimento di specifici obiettivi... definiti nel *contratto individuale*” (mio il corsivo).

La norma aiuta a chiarire l'incerto quadro giuridico con il quale la Casazione si confronta, perché, rinvenendo la fonte degli obiettivi per valutare la prestazione dirigenziale nel contratto, priva di tale compito il provvedimento⁸: diversamente, si giungerebbe a una duplicazione di competenze senza alcuna logica. È significativo evidenziare, inoltre, che la norma, limitando la soluzione negoziale solo agli obiettivi in parola, “recupera” il ruolo del contratto senza contraddire l'art. 19 d.lgs. 165/01.

Naturalmente, le considerazioni fatte impongono di rivedere il ruolo che gli obiettivi determinati dal provvedimento hanno nel processo di valutazione e di chiarire la periodicità degli obiettivi individuali.

Sul primo aspetto, se la gestione dirigenziale deve comunque attuare gli obiettivi determinati dal provvedimento, non è peregrino sostenere che essi, proprio perché vanno realizzati, delimitino l'ambito nel quale definire, per ognuna delle annualità che compongono la durata dell'incarico stesso, l'obiettivo da valutare. L'obiettivo contenuto nel provvedimento, quindi, non costituirebbe il fulcro della valutazione della gestione dirigenziale, ma un limite esterno alla sua individuazione e ne rappresenterebbe un “presupposto costitutivo”: l'obiettivo definito contrattualmente, pertanto, finirebbe con l'essere una delle possibili declinazioni dell'obiettivo stabilito nel provvedimento, che, solo così, verrebbe conseguito.

Nell'affrontare l'altra questione, è utile aver presente una delle principali e più note innovazioni del decreto legislativo n. 150/09, ossia il ciclo delle performance. Si tratta di un procedimento che, dettando puntuali tempistiche e stabilendo un rigido sistema di connessioni tra le sue varie fasi, scandisce in modo meticoloso il passaggio dall'indirizzo programmatico agli obiettivi gestionali. Tali vincoli procedurali coinvolgono anche gli obiettivi per valutare il dirigente; sicché – interessa osservare – l'annualità menzionata dalla lett. d) dell'art. 5, co. 2, se riguarda sicuramente i programmi da definire al-

⁸ Gli obiettivi di cui discorre il comma 1-bis altro non sono che gli “obiettivi individuali” del comma 1 e con questa dizione saranno individuati nel prosieguo dell'analisi. Va aggiunto che l'art. 9 d.lgs. 150/09 fa dei citati obiettivi individuali uno degli elementi che strutturano la performance individuale, con la quale il legislatore punta a valutare la prestazione dirigenziale in una prospettiva essenzialmente incentivante. Su tutti tali profili v., *amplius*, MONDA, *op. cit.*, cap. II.

l'inizio di ogni ciclo delle performance, non può che riguardare pure gli obiettivi individuali⁹. E questo perché, stando alla logica procedimentale dell'art. 4 d.lgs. 150/09, simili obiettivi devono sviluppare i programmi annuali e ne condividono la durata: necessaria, del resto, per misurare, entro il termine di conclusione dell'intero ciclo, il raggiungimento del risultato¹⁰.

Tutto ciò sembra consolidare la lettura della Cassazione, che ricava l'annualità della valutazione e degli obiettivi cui essa è correlata dall'art. 17 della legge n. 59 del 1997: ovvero, la disposizione che ha portato alla disciplina sui controlli interni del d.lgs. 286/99¹¹.

Certo, il comma 1-*bis*, pur costituendo un riferimento normativo determinante nel precisare il quadro giuridico esaminato dalla Cassazione, non è privo di incertezze.

Ne costituisce un valido esempio la limitazione della soluzione bilaterale ai soli dirigenti individuati dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 165/01: una scelta discutibile, giacché sia la responsabilità *ex art. 21* sia gli incentivi retributivi caratterizzano l'intera dirigenza senza alcuna differenza qualitativa. Dunque, anche per i dirigenti individuati dal comma 5 dell'art. 19 è avvertita l'esigenza di instaurare, definendo contrattualmente l'obiettivo, quel fondamentale anello di congiunzione tra il principio di separazione funzionale, alla base del rapporto tra politica e amministrazione, la responsabilità e la retribuzione di risultato del quale già si è detto¹².

⁹ A differenziare i programmi triennali e i programmi da definire all'inizio del ciclo di gestione della performance è l'art. 10 d.lgs. 150/09.

¹⁰ Giova ricordare che pure il ciclo di gestione delle performance ha una periodicità annuale: a confermarlo sono numerose disposizioni del decreto legislativo n. 150 del 2009, tra queste è utile ricordare gli artt. 7, co. 1, e 10, secondo cui la valutazione va svolta annualmente e la Relazione annuale sulle performance – ossia il documento finale del ciclo – va redatto ogni anno.

¹¹ Giova precisare che l'art. 17 l. 59/97 fissava i criteri cui il Governo doveva attenersi nel “riordinare e potenziare i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche” una delega attuata con il d.lgs. 286/99.

¹² Ben si comprendono, allora, i tentativi di dimostrare come anche per la dirigenza di cui al comma 5 dell'art. 19 d.lgs. 165/01 sia praticabile la strada della formulazione negoziata degli obiettivi che concorrono alla valutazione. Non potendo in questa sede ripercorrere le argomentazioni alla base di tale soluzione, sia consentito rinviare a MONDA, *op. cit.*, cap. IV.

4. La “conoscenza tempestiva” dell’obiettivo

Affidando al contratto la formulazione degli obiettivi individuali, il legislatore contribuisce in modo significativo alla piena effettività di un principio cui la Cassazione dedica solo brevi cenni; un principio, invece, degno della massima attenzione, perché individua quella che, secondo alcuni autori, costituisce una condizione basilare per scongiurare valutazioni arbitrarie: il riferimento è alla “conoscenza tempestiva degli obiettivi da parte del valutato”¹³.

Più precisamente, stando al comma 1-bis, l’obiettivo individuale non può che essere definito mediante un duplice consenso: espressione dell’incontro tra la proposta di obiettivo – formulata dal soggetto politico, dai dirigenti apicali e generali – e l’accettazione – espressa dal dirigente che con la politica *direttamente* si interfaccia e dai dirigenti *immediatamente* “sottordinati” a quelli che eseguono la proposta – della stessa. È fin troppo evidente che il principio consensualistico offre al valutato un ruolo di primissimo piano nella formazione dell’obiettivo individuale, subordinandone la definizione al suo assenso; un assenso che presuppone la preventiva “conoscenza” o, se si preferisce, il preventivo apprezzamento di tutti i possibili risvolti collegati all’obiettivo individuale: insomma, lo schema negoziale del comma 1-bis garantisce la massima conoscenza possibile, costituendo, al contempo, il principale antidoto a obiettivi arbitrari o irrealizzabili.

Quanto alla tempestività, va preventivamente considerato, come già approfondito in altra sede¹⁴, che la proposta di obiettivo integra un obbligo giuridico in senso proprio; un obbligo radicato sul diritto del dirigente a percepire la retribuzione di risultato negoziata con il contratto accessivo. Per l’esattezza, il contratto accessivo produce un obbligo retributivo perfetto *ab initio*, che richiede, però, la successiva determinazione diacronica, tramite obiettivi individuali, del *quantum* di attività necessario a raggiungere il risultato e a ottenere l’incentivo. Tuttavia, se la corretta esecuzione dell’obbligo retributivo impone di adottare tutte le misure occorrenti a rendere esigibile il credito e se l’obiettivo individuale va assegnato solo tramite un contratto,

¹³ V., eloquentemente, D’ALESSIO, BOLOGNINO, *Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione*, in PIZZETTI, RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, EDK editore, 2010, p. 166 ss.

¹⁴ V. MONDA, *op. cit.*, pp. 148-151.

la proposta in esame non può che rappresentare la principale esplicazione dell'obbligo di consentire la liquidazione del credito.

La configurazione di un obbligo a eseguire la proposta di obiettivo individuale – per venire a quello che più interessa – implica che la stessa vada correttamente adempiuta e, quindi, anzitutto realizzata; ma, per accertare se la proposta sia stata fatta, occorre precisare il termine entro il quale formularla: sicché, il rispetto dei tempi entro cui far conoscere l'obiettivo diventa, nella prospettiva del contratto, una necessità.

Eppure, il d.lgs. 150/09 non contiene specifiche indicazioni al riguardo, limitandosi a far intendere, con l'art. 7, co. 1, che competente a definire i suddetti tempi sia il sistema di valutazione. Quest'ultimo, dovendo essere adottato “al fine di ... valutare annualmente la performance”, non può non precisare tutti gli aspetti organizzativi del procedimento di valutazione, tra cui sicuramente rientra il termine in parola, indispensabili a esaurirne annualmente lo svolgimento: naturalmente, le previsioni del sistema saranno vincolanti per le parti coinvolte nella formazione dell'obiettivo. Sebbene rimessa all'amministrazione, la scelta sui tempi deve comunque rispettare taluni vincoli legali; vincoli conseguenti al rigido procedimento introdotto dal ciclo delle performance e, dunque, al sistema di relazioni giuridicamente rilevanti che da esso deriva.

Per l'esattezza, l'elaborazione degli obiettivi individuali, richiedendo di individuare preventivamente gli indirizzi programmatici annuali, sarà necessariamente successiva alla loro formulazione. Inoltre, dato che gli obiettivi della dirigenza – come affiora dal coordinamento tra l'art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/09 e il comma 1-bis dell'art. 9 d.lgs. 150/09 – vanno riportati (e non definiti) nel Piano della performance, la loro formulazione, oltre a essere successiva agli indirizzi programmatici annuali, deve concludersi entro un tempo utile a riprodurre gli stessi obiettivi nel Piano della performance¹⁵: è

¹⁵ Corre l'obbligo di precisare che, secondo l'art. 10, co. 1, lett. a), il Piano della performance ... definisce ... gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale”. La norma risale all'originaria formulazione del d.lgs. 150/09 e, ponendo l'accento sul termine “definizione”, sembrerebbe rimettere al Piano il compito di formulare gli obiettivi del dirigente: una lettura apparsa subito non proprio convincente, perché la “definizione” di cui discorre la norma riguarda obiettivi “assegnati”. A questo quadro viene aggiunto, dal d.lgs. 74/17, il comma 1-bis dell'art. 9, che, valorizzando il contratto, implicitamente esclude la possibilità di rinvenire nel Piano la fonte degli obiettivi individuali: diversamente, sarebbe privata di senso la recente innovazione legislativa, che, non va tralasciato, è cronologicamente successiva all'art. 10, co. 1, lett. a). Ecco perché, come più ampiamente approfondito in altra sede (MONDA, *La valutazione delle*

questo l'esito di una stringente dinamica procedimentale, dal carattere inderogabile¹⁶, al quale l'elaborazione degli obiettivi individuali non è sottratta.

L'ordinamento, quindi, non esplicita i tempi di formazione dell'obiettivo annuale, ma li influenza con disposizioni vincolanti per il sistema di valutazione. Certo, nulla impedisce che il sistema non ottemperi alla delega normativa e ometta di stabilire il suddetto termine. Tuttavia, ferma la dubbia legittimità del sistema, non è esclusa, mancando i tempi entro cui proporre l'obiettivo, l'applicabilità dell'art. 1183 c.c.¹⁷; il valutato, pertanto, potrà richiedere l'esecuzione del diritto a ricevere la proposta appena saranno individuati gli indirizzi programmatici annuali: ovvero, il momento a partire dal quale la proposta può essere realizzata.

5. *La valutazione illegittima tra approccio procedurale e dovere di correttezza*

L'indagine deve ora proseguire esaminando quando, secondo la Corte, la valutazione del dirigente non è svolta regolarmente e precisando la tutela azionabile in simili circostanze.

La Cassazione desume dai principi sullo svolgimento della valutazione un procedimento che, se violato, rende illegittima la medesima valutazione e le sue "implicazioni gestionali". La prospettiva è indubbiamente attuale e merita la massima attenzione: se già il quadro normativo precedente al decreto legislativo 150/09 si prestava a individuare un "procedimento di valutazione", a tale conclusione sicuramente porta il vigente ordinamento, che, proprio sulla valutazione interviene con un intenso approccio procedimen-

performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 370 ss.), è plausibile ritenere che nel Piano gli obiettivi vadano, lo si diceva nel testo, unicamente riportati.

¹⁶ L'art. 74 d.lgs. 150/09, nel qualificare l'art. 4 d.lgs. 150/09, come attuativa dell'art. 97 Cost., vi rinviene un principio generale dell'ordinamento. Sicché, all'art. 4 d.lgs. 150/09 e alle ulteriori disposizioni del capo II, riportate nel medesimo art. 74, co. 1, è demandato il compito di implementare un valore costituzionale, specificando le caratteristiche che gli assetti organizzativi devono avere per preservare la funzione istituzionale della valutazione. Questo consente di annoverare tali prescrizioni tra le disposizioni imperative dell'art. 1418, co. 1, c.c.: un'ipotesi che, per costante giurisprudenza, ricorre ogni qual volta "si è al cospetto di norme adottate in attuazione di valori Costituzionali" (V. Cass. 18 luglio 2003, n. 11256).

¹⁷ L'art. 1183 c.c. – è opportuno precisarlo – consente al creditore di esigere immediatamente l'adempimento della prestazione.

tale, sublimato dal ciclo di gestione delle performance. Sicché, quanto detto dalla Cassazione circa gli effetti che la violazione del procedimento comporta sulla valutazione trova senz'altro conferma nell'art. 4 d.lgs. 150/09; l'alterazione del ciclo delle performance, data la sua inderogabilità, ne inficia il corretto svolgimento, con effetti destinati a ripercuotersi sul suo terminale conclusivo: sia l'accesso sia l'esclusione dal circuito premiale saranno illegittime.

La Cassazione, però, va anche oltre e afferma che i vincoli destinati a ripercuotersi sulla legittimità della valutazione non si esauriscono nelle sole "regole procedurali", dovendovi aggiungere pure taluni dei limiti generali destinati all'autonomia organizzativa del datore di lavoro. Tra essi la Corte pone l'accento sull'obbligo di correttezza, applicabile alla valutazione data la sua natura privatistica, anche se poi non ne approfondisce tutte le possibili implicazioni. A siffatto obbligo, invece, occorre guardare con attenzione, perché esso offre la preziosa opportunità di individuare nell'arbitrio un limite cui la valutazione non può giungere.

Molto potrebbe essere detto sul punto, ma in questa sede ci si limiterà a osservare che l'obbligo di correttezza, tra l'altro, impedisce un uso improprio dell'autonomia di giudizio intrinseca alla valutazione: eventualità che ricorre – sulla scia di una nota giurisprudenza – a fronte di uno "sproporzionato e ingiustificato utilizzo del potere, al fine di raggiungere esiti diversi e ulteriori rispetto a quelli per il quale è attribuito"¹⁸. Sia chiaro, fermo il confine della "corretta valutazione", è consentito un sindacato giudiziario puramente esterno, che non investe il merito delle scelte organizzative espresse nella valutazione: ciò, del resto, riflette la più generale intangibilità delle decisioni gestionali¹⁹.

6. *Il danno da perdita di chance*

Si giunge, così, alle tutele giudiziarie azionabili dal dirigente qualora, per effetto della valutazione irregolarmente svolta, gli si precluda l'accesso ai premi.

¹⁸ V. Cass. 7 maggio 2013, n. 10568.

¹⁹ V. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 83 ss.

La Cassazione, muovendo dall'intensa relazione tra valutazione della prestazione e incentivi²⁰, riconosce al dirigente la possibilità di agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*²¹. La perdita di *chance* – si osserva – sostanzia “non la perdita di un vantaggio economico, ma la perdita della mera possibilità di conseguirlo”. L'affermazione è coerente alla ricostruzione, diffusa in giurisprudenza, della perdita di *chance* quale danno emergente²²: un danno – ritengono i giudici di legittimità – che non esprime una lesione a una mera aspettativa di fatto, “ma a un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita ... configura un danno concreto ed attuale... (che) non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di ottenerlo”²³. Stando a questa ricostruzione, quindi, la *chance* individua un bene giuridico presente nel patrimonio del soggetto e la sua lesione assume una dimensione concreta e attuale, dovendo essere concreta e attuale la probabilità di accrescere il patrimonio giuridico.

Ebbene, tornando alla valutazione, i presupposti sostanziali del danno da perdita di *chance* sicuramente ricorrono a fronte di una valutazione negativa illegittima. Sia chiaro, la liquidazione del premio non è automatica, perché dipende dal conseguimento degli obiettivi e dei comportamenti. Ma, se tali elementi, come nella vicenda esaminata dalla Cassazione, dovessero mancare, o, alla luce di quanto detto, dovessero essere valutati ovvero formulati in modo non corretto si interromperebbe quella “successione di eventi idonei a raggiungere un vantaggio”, che, nel caso in esame, è costituito dall'incentivo: il dirigente, cioè, subirebbe una perdita irrimediabile, venendo privato della possibilità di avere una valutazione che permette di liquidare il premio.

7. *La prova e il risarcimento del danno da perdita di chance*

Qualche precisazione ulteriore, invece, meritano le altre due questioni affrontate dai giudici di legittimità: la prova del danno e il suo risarcimento.

²⁰ Una relazione tanto intensa che sia la mancanza della valutazione sia i suoi esiti negativi impediscono di liquidare il premio.

²¹ Sul punto v. già MONDA, *op. cit.*, pp. 246-248.

²² Da ultimo Cass. 12 ottobre 2018, n. 25471.

²³ V. Cass. 29 novembre 2012, n. 21245.

Sul primo aspetto, la Cassazione si mostra decisamente critica verso la decisione della Corte d'Appello – ad avviso della quale il “danno ‘de quo’ non sarebbe stato ‘concretamente’ dimostrato” – ritenendo che le sue osservazioni “sembrano non tener conto della richiamata giurisprudenza di codesta Corte secondo cui la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni”. L'affermazione tocca un aspetto delicato, perché, leggendo i motivi di ricorso, si evince che la Cassazione viene chiamata a pronunciarsi sull'*automatica* sussistenza dell'obbligo di risarcire la perdita di *chance* a fronte di una valutazione illegittima. La Cassazione, affermando che “la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni”, esclude l'automatismo risarcitorio, ma, data la particolarità del danno in parola e l'assenza di precedenti sugli esiti della valutazione illegittima, talune puntualizzazioni ulteriori non appaiono per nulla secondarie: soprattutto se riguardanti l'articolazione della prova.

Al riguardo, è utile precisare che la prova del danno da perdita di *chance*, conseguente a una valutazione negativa illegittima, spetta a chi chiede il relativo risarcimento²⁴. Tale prova, inoltre, deve sostanziarsi nel dimostrare sia l'illegittimità della valutazione sia la perdita della concreta probabilità di avere il premio; quest'ultimo profilo, in particolare, va dimostrato attestando, diacronicamente, l'esistenza della concreta possibilità di giungere all'incentivo quando il comportamento che rendeva illegittima la valutazione si configurava. Certo, non c'è alcun dubbio che la prova sia complessa; del resto, è per fronteggiare simile complessità che la Cassazione ammette sia le presunzioni sia il calcolo probabilistico²⁵: molteplici, infatti, sono le sentenze dove la Cassazione afferma che “chi voglia ottenere ... i danni derivanti da perdita di *chance* ... ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita”²⁶.

Venendo alla quantificazione del danno, nelle pronunce in esame si legge che esso debba avvenire “necessariamente in modo equitativo”: anche sul punto i precedenti della Corte inducono, quantomeno, a un approfondimento ulteriore.

In più occasioni la giurisprudenza ha osservato che, alla base della sud-

²⁴ Su quest'ultimo profilo, v., da ultimo, Cass. 9 maggio 2018, n. 11165; Cass. 15 ottobre 2018, n. 25727; Cass. 14 novembre 2017, n. 26850.

²⁵ In tal senso v. Cass. 14 novembre 2017, n. 26850 e Cass. 12 aprile 2018, n. 9063.

²⁶ Così si esprime la significativa sentenza della Cassazione n. 1752 del 2005.

detta quantificazione, debba porsi un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di ottenere il vantaggio economico. Con l'effetto di calcolare il danno assumendo, come parametro di riferimento, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato ridotto di un coefficiente proporzionato alla probabilità di acquisire il vantaggio stesso²⁷.

Pertanto, nel fare dell'equità il criterio necessario a quantificare il danno da perdita di *chance* senza null'altro aggiungere, la Cassazione non pare valorizzare appieno i suoi numerosi precedenti. Tra l'altro, nel caso della valutazione, quantificare il danno attraverso il "coefficiente di riduzione" proporzionato alla possibilità di avere il pieno vantaggio economico è piuttosto agevole. È sufficiente osservare, solo per fare un esempio, che, allorché dovesse mancare l'obiettivo annuale (è il caso della sentenza esaminata), il potere organizzativo, dovendo comunque sviluppare i contenuti dell'incarico in conformità all'art. 97 Cost., non potrà, per ragioni logiche prima che giuridiche, determinare un regresso rispetto agli esiti gestionali già realizzati nell'annualità precedente²⁸. Sicché, se la frazione annuale dell'obiettivo programmatico rinviene il suo esito nel risultato finale, il dirigente, nell'eseguire l'incarico con efficacia ed efficienza, dovrà migliorare o, a seconda dei casi, mantenere gli esiti finali della struttura già raggiunti. Ebbene, sia il miglioramento sia il mantenimento consentono di individuare lo scarto tra quanto effettivamente realizzato dell'obiettivo contenuto nell'incarico e quanto, per implementarne i contenuti, verosimilmente avrebbe pianificato l'obiettivo individuale; uno scarto che potrebbe fornire un valido supporto nel calcolare il menzionato "coefficiente di riduzione": minore è tale scarto, maggiore è la probabilità di giungere alla piena liquidazione del premio.

²⁷ Da ultimo v. Cass. 10 novembre 2017, n. 26694; Cass. 9 marzo 2018, n. 5641. Ma, in tal senso, v. già Cass. 27 maggio 2002, n. 7745; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15759; Cass. 9 novembre 1997, n. 11522; Cass. 15 marzo 1996, n. 2167; Cass. 29 aprile 1993, n. 5026; Cass. 7 marzo 1991, n. 2368.

²⁸ Diversamente, si rischia di incorrere in una responsabilità dirigenziale per inosservanza delle "direttive imputabili al dirigente", tra cui sicuramente rientrano gli obiettivi fissati nel provvedimento: v. più approfonditamente, MONDA, *op. cit.*, pp. 165-168.

Key words

Dirigente pubblico, contratto e formulazione degli obiettivi, valutazione illegittima, risarcimento per perdita di chance.

Public manager, contract and formulation of objectives, illegitimate evaluation, compensation for loss of chance.

