

Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di *chance* nel diritto amministrativo

Gabriele Serra

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di *chance*. – 3. La *chance* tra interesse legittimo, giudizio di spettanza e natura dell'attività. – 4. Il fondamento dogmatico della *chance*: è meritevole di tutela la sola perdita della possibilità di conseguire il bene? – 5. Danno evento e danno conseguenza nella perdita di *chance*. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Tra gli argomenti che mostrano la tendenza evolutiva della responsabilità civile, il tema del risarcimento del danno da perdita di *chance* si pone senz'altro tra i più rilevanti.

L'istituto ha infatti attraversato numerosissime e articolate vicende dottrinali e giurisprudenziali, civili e amministrative, spesso peraltro risultando assai poco lineari i ragionamenti e le ricostruzioni poste a fondamento delle tesi o delle decisioni.

Nonostante dunque l'argomento abbia formato oggetto di numerosissimi contributi e analisi, è sempre apparso difficile, all'interprete, delinearne gli stessi profili fondamentali in termini costanti e coerenti, sconfinando spesso anche su concetti metagiuridici¹.

¹ Cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances nel diritto amministrativo*, in *Foro Amministrativo (II)*, 2020, 3, 587-588: «In termini generali, è poi assolutamente evidente come l'intera problematica abbia seguito uno strano itinerario concettuale; ci si è, infatti, innamorati del risarcimento da perdita di *chances* ed imbarcati nella *querelle* tra tesi eziologica e ontologica, cercando di desumere argomentazioni favorevoli alla propria tesi dagli elementi più disparati (compresa l'etimologia, senza prima definire la sostanza e i limiti precisi della figura. Ne è risultato un dibattito abbastanza strano in cui tutti ritengono necessario aderire all'una o all'altra impostazione (che corrisponderebbe alla «vera» essenza della *chance*), dimenticandosi che non esiste una defi-

Sul piano metodologico dunque, questo breve lavoro si pone l'obiettivo di ricostruire gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria da perdita di *chance* nel diritto amministrativo, definendone la sostanza, il fondamento e l'*actio finium regundorum*, rispetto alla responsabilità risarcitoria per equivalente relativa alla perdita del risultato finale e non già della sola *chance* di quel risultato.

La già rammentata particolare complessità di muovere da una condivisa premessa definitoria della perdita di *chance* ha determinato, ad avviso di scrive, una evoluzione non già coerente, bensì spesso schizofrenica, della giurisprudenza che si è, peraltro con frequenza, occupata del tema: sempre sul piano metodologico, si ritiene perciò infruttuoso il tentativo di ricostruire le coordinate fondamentali della *chance* esaminando le tendenze giurisprudenziali, soprattutto amministrative, sviluppando un'analisi capillare delle sentenze pubblicate nel corso anche solo degli ultimi anni, per comprendere e definire l'istituto in esame.

Si prediligerà allora, più che una ricostruzione capillare di tutte le tesi dottrinali e giurisprudenziali succedutesi nel tempo (*rectius*: alternatesi, avanti e indietro), un percorso logico coerente che, partendo dal problema che l'elaborazione della *chance* vuole fronteggiare, giunga a quella che si ritiene essere, oggi, la più convincente sua costruzione.

A quel punto, si potranno analizzare i connotati che essa assume nell'ambito del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, cuore della presente analisi, cercando di offrire un fondamento all'istituto e delineandosi i profili applicativi nel giudizio risarcitorio davanti al giudice amministrativo.

Parafrasando Raymond Carver, ciò che è necessario capire, in primo luogo, è dunque di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di *chance*².

2. *Di cosa parliamo quando parliamo di danno da perdita di chance*

Come detto, delineare le coordinate essenziali dell'istituto per procedere alla sua analisi nell'ambito del rapporto tra privato e pubblica amministrazione, che evidentemente non può coinvolgere ogni aspetto dell'evoluzione del tema, impone di dar conto di quelle che si ritengono essere le più convincenti acquisizioni in ordine alla struttura della *chance*.

Ora, il punto di partenza dell'emersione della problematica del risarcimento del danno da perdita di *chance*, può e deve essere validamente rinvenuto in ciò che la dottrina ha recentemente ben messo in luce: «il diritto della responsabilità civile

nizione della *chance* e che tutto deriva da una giurisprudenza molto empirica e che incasella argomentazioni e tecniche spesso molto differenti».

² R. Carver, *Di cosa parliamo quando parliamo d'amore*, Einaudi, 2015.

segue tendenzialmente la regola del «tutto o niente». Se il danneggiato prova il nesso causale ottiene il risarcimento per intero, se non lo prova non ottiene alcunché»; tale impostazione «si regge sull'argomento per cui un limite rigido è necessario per garantire la certezza del diritto, ma soprattutto risulta essere una conseguenza logica dell'onere probatorio: o il giudice ritiene il fatto provato o non lo ritiene tale, *tertium non datur*. Conseguentemente il risarcimento è intero o non è affatto»³.

È solo muovendo da tale assunto problematico che si può comprendere l'evoluzione che ha condotto la dottrina e la giurisprudenza a dibattere intorno alle due note tesi ribattezzate della c.d. *chance* eziologica e della c.d. *chance* ontologica, nonché di tesi mediane⁴.

In termini estremamente sintetici e solo per dare contezza del profilo, può dirsi che la teorica della *chance* eziologica identifica la *chance* come la perdita di un risultato o di un guadagno futuro, la quale quindi non ha autonoma consistenza, ma è mero presupposto causale per il raggiungimento del risultato sperato; la tesi della c.d. *chance* ontologica invece qualifica la *chance* come bene autonomo rispetto al risultato perso, definendola come possibilità attuale di raggiungere il risultato futuro, già presente nel patrimonio del danneggiato⁵.

Come anticipato, non si vuole in questa sede ripercorrere il lungo dibattito, peraltro spesso ancora fuorviante attuale, in ordine alle tesi sopra esposte e alla giurisprudenza che si è affannata a sostenere l'una o l'altra tesi, potendosi sul punto rinviare alle numerose trattazioni in merito⁶, ma utilizzare invece

³ G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, Cap. 2, par. 3.

⁴ Coglie appieno la rilevanza di tale profilo L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 589.

⁵ Cfr. F. Caringella. L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, 2013, 676.

⁶ La bibliografia è sterminata. Oltre ai lavori citati di seguito nel testo, nella dottrina civilistica si v., tra i tanti, F.D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 761 ss.; R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 623 ss.; G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit.; M. Bona, *Il nesso causale da perdita di chance*, Milano, 2018; G.E. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 52; R. Pucella, *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1684; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. privato*, 2010, 49; M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. privato*, 2011, 945; A. Negro, *Il danno da perdita di chance*, in P. Cendon (diretto da), *Responsabilità civile*, 2017, III, 4772-4806. Nella dottrina amministrativistica, oltre ai contributi citati nel prosieguo, si v., anche qui *ex multis*, O.M. Caputo, *La perdita di "chance" ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2015, 706 ss.; S. Ingegnatti, *Risarcibilità del danno da perdita di "chance" nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2508-2514; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 1173 ss.; P. Patrio, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1620 ss.; S.R. Masera, *Il nesso di causalità per il risarcimento della chance perduta*, in *Urb. e app.*, 2015, 227 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss.; G. Vercillo, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; M. Bonomi, *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 4, 10306 ss.; B. Tassone, *La chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *Federalismi.it*, n. 29/2020, 199-234.; M. Abbruzzese, *Il risarcimento della chance perduta, tra pubblico e privato*, in www.giustizia-amministrativa.it; T. Raimo, *Ceci n'est pas une*

quella che risulta essere la più convincente ricostruzione della *chance*, valida base tanto per la sua risarcibilità nell'ambito dei rapporti tra privati, quanto di quelli tra privato e pubblica amministrazione, la quale condivisibilmente prescinde dalla dicotomia delle tesi ora esposte.

Proprio muovendo dall'assunto problematico inizialmente riportato, si è correttamente evidenziato in dottrina come il problema dell'accertamento del nesso causale sia stato affrontato elaborando la famosa massima del c.d. più probabile che non o della preponderanza dell'evidenza⁷, che, in una sua prima formulazione, è costruita secondo il rigido schema del 50% più uno di probabilità che il fatto illecito abbia causato il danno, così garantendo il rispetto dell'onere della prova secondo un meccanismo quanto più facilmente determinabile⁸.

A fronte però dell'insoddisfazione derivante da tale rigidità, si è insinuato nella giurisprudenza un orientamento che ha cercato di arginare gli effetti rigidi dell'applicazione del rigido parametro matematico (per cui, ad es., a fronte del raggiungimento del 49% di probabilità, il risarcimento sarebbe stato del tutto negato), ricorrendo proprio alla definizione di *chance*, per cui si poteva affermare che, se pur a fronte del fatto che non fosse "più probabile che non" che l'illecito avesse cagionato il danno (ad. es. la morte del paziente), si era comunque inverteva una lesione minore (la perdita della possibilità di sopravvivere)⁹.

In tal modo, però, si è costruita una «forma di responsabilità parziaria per una causalità incerta»¹⁰ che risulta assai difficile da configurare nell'ordinamento giuridico ed in contrasto con l'esigenza di certezza sottesa al necessario accertamento del nesso di causalità pieno tra illecito e danno e al principio dell'onere della prova.

Più correttamente, il problema è stato affrontato dalla Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione in materia di responsabilità sanitaria, che ha, in sostanza, definito la *chance* «non come regola (a)causale, ma come evento di danno – in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale», con

chance. nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, 23.04.2022.

⁷ In tema V. in dottrina, C. Bona, *Nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2006, 396; P.G. Monateri, C. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile alla persona*, in *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a cura di C. Bona, Milano, 2005, 1 ss.; F. Stella, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1159; C. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 384; V. Carbone, *Il rapporto di causalità*, in Alpa, Bessone (diretta da), *La responsabilità civile*, vol. II, Torino, 1997, 51 ss.; nella dottrina amministrativistica V., per tutti, F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 1125-1164; in giurisprudenza V., *ex multis*, Cass. civ., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3122 ss; Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 1, 35.

⁸ Cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 588 ss.

⁹ Cfr. G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, cit.

¹⁰ L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 591.

la conseguenza che «evapora così la distinzione (che appare sovente motivo di confusione concettuale e applicativa) tra *chance* cd. “ontologica” e *chance* “eziologica”, volta che quest’ultima sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell’evento di danno, mentre la prima evoca una imprevedibile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall’esistenza e dalla prova di un danno conseguenza risarcibile»¹¹.

Posta tale definizione di *chance* e il superamento dell’equivoca distinzione tra le due tesi che avevano occupato il campo del dibattito, la sentenza ora citata chiarisce anche il profilo maggiormente rilevante in ordine alla determinazione del campo applicativo del danno da perdita di *chance*, in particolare in contrapposizione con il danno da perdita (non della possibilità ma) del risultato migliore vero e proprio: «la *chance* si sostanzia, in definitiva, nell’incertezza del risultato, la cui “perdita”, ossia l’evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato»¹².

Fedeli alla premessa metodologica sopra citata, non pare necessario indugiare oltre sui profili esaminati dalla giurisprudenza, poiché tale impostazione, senz’altro condivisibile, rappresenta anche la corretta base ermeneutica per comprendere quando sia lecito discorrere di *chance* perduta anche nell’ipotesi di provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione che abbia cagionato un danno al privato destinatario.

In merito, è appena solo il caso di evidenziare come l’impostazione ora descritta sembra accolta anche da una recente sentenza del Consiglio di Stato, il quale ha rilevato che la *chance* è una «figura elaborata al fine di ‘traslare’ sul versante delle situazioni soggettive – e, quindi, del danno ingiusto – un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto e in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l’ingerenza illecita del danneggiante»¹³.

In un ideale ragionamento circolare che ci riporta al punto di partenza, *i.e.* la problematica da cui è scaturita la teorica sulla rilevanza giuridica della *chance*, la citata giurisprudenza della Corte di Cassazione ha ben evidenziato come la presente impostazione «consente (come scelta, *hic et nunc*, di politica del diritto, condivisa, peraltro, anche dalla giurisprudenza di altri Paesi di *Common* e di *Civil law*) di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del cd. *all or nothing*,

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187.

¹² Cass. Civ., Sez. III, n. 28993/2019, cit., par. 15.

¹³ Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in *GiustiziaInsieme.it*, con nota di I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)*.

senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio»¹⁴.

3. *La chance tra interesse legittimo, giudizio di spettanza e natura dell'attività*

Si è detto sin qui dunque che la *chance*, in senso proprio, attiene alla possibilità del conseguimento o del mantenimento del bene della vita, che si è perduto in ragione dell'illecito.

Come si è visto sopra, in termini generali, il riferimento alla perdita di *chance* può essere validamente speso unicamente nelle ipotesi in cui non sia possibile accertare, in giudizio, se in assenza del fatto illecito il danneggiato avrebbe visto soddisfatto il proprio interesse e dunque conseguito o conservato il bene della vita; impossibilità di accertamento derivante da oggettiva e ontologica irrisolvibilità circa la soddisfazione del predetto bene.

Ora, se così è, possiamo traslare queste acquisizioni generali nel diritto amministrativo, con riferimento all'accertamento della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione derivante dall'esercizio di attività provvedimento illegittima.

Il punto di partenza è senz'altro da rinvenirsi, anche per una corretta impostazione del discorso, nel portato della sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, la quale, come noto, nel riconoscere la risarcibilità per equivalente dell'interesse legittimo, ha affermato la necessità del compimento del c.d. giudizio di spettanza, consistente nella verifica, perché possa dirsi effettivamente leso l'interesse legittimo e integrato un danno ingiusto, come tale risarcibile, dell'effettiva conseguibilità del bene della vita da parte del privato¹⁵.

Tale passaggio logico-giuridico è confermato e ribadito da tutta la giurisprudenza amministrativa successiva, che ancor oggi ritiene necessario, perché possa dirsi verificatosi, sul piano materiale, un danno ingiusto, accertare che il bene della vita sotteso all'interesse legittimo spetti effettivamente al privato in presenza dell'esercizio di una attività amministrativa legittima¹⁶.

¹⁴ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit., par. 23.

¹⁵ Si ricorda che la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, è reperibile in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 81 e ss., con nota di F. Bile, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione* e di G. Alpa, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*. In dottrina sul giudizio di spettanza v. per tutti G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 2, 317.

¹⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 840, in www.giustizia-amministrativa.it, per cui «la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per lesione dell'interesse legittimo sussiste soltanto se l'attività amministrativa illegittima abbia determinato la lesione del bene della vita al quale l'interesse

Se è senz'altro vero, come riconosciuto ampiamente in dottrina, che tale impostazione possa essere di ostacolo, e financo di disconoscimento, rispetto all'ammissibilità del risarcimento da perdita di *chance*¹⁷ – e in disparte la circostanza per cui la giurisprudenza ha comunque continuato a discorrere di danno da perdita di *chance* – anche in termini dogmatici si ritiene che la doverosa verifica della spettanza del bene della vita non sia del tutto incompatibile con il riconoscimento dell'ammissibilità del danno da perdita di *chance*, come si cercherà di dimostrare.

Sotto questo profilo, il ragionamento può muovere dal diverso sindacato consentito al giudice amministrativo, in sede risarcitoria, in ordine alla verifica della spettanza del bene della vita al privato, rispetto alla diversa natura dell'attività amministrativa con cui la posizione del privato si confronta, distinguendo tra attività vincolata e attività discrezionale (ed anche discrezionale tecnica)¹⁸.

Ciò dovendosi ricordare che di *chance* perduta è lecito discorrere solo laddove sia oggettivamente impossibile accertare la spettanza del bene della vita a favore del privato, poiché laddove, al contrario, tale accertamento sia oggettivamente possibile, si verte nella diversa ipotesi del risarcimento per equivalente non della sola possibilità di conseguire il risultato, ma del vero e proprio mancato conseguimento di quel risultato.

Se così è, la giurisprudenza ha da tempo condivisibilmente chiarito che, in presenza di attività vincolata, il giudice amministrativo può ben operare un sindacato teso ad accertare l'effettiva spettanza del bene della vita, ossia non limitato all'accertamento dei vizi di legittimità dedotti con il ricorso, perché in tali casi non si verifica un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, in quanto la spettanza del bene della vita è già predeterminata a livello normativo¹⁹.

legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento (cfr. *ex plurimis*, da ultimo, Cons. Stato, IV, 7 gennaio 2019, n. 137; Cons. Stato, IV, 14 giugno 2018, n. 3657)». Da ultimo anche Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n.7, in *Foro it.*, 2021, 7-08, III, 394 che, nel confermare la natura extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, ha negato la risarcibilità autonoma del c.d. danno da mero ritardo, ribadendo che «è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita».

¹⁷ Sul punto cfr. L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 577.

¹⁸ Il profilo è affrontato da G. Marena, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in *Danno e resp.*, 2009, 1035 ss., in part. 1039-1040, che però, come si vedrà, non pare giungere a conclusioni soddisfacenti.

¹⁹ Cfr. *ex multis* T.A.R. Trento, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 231, in www.giustizia-amministrativa.it: «dal combinato dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990 (secondo il quale «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»), con l'art. 31, comma 3, cod. proc. amm. (secondo il quale «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»)».

Rispetto dunque all'attività vincolata, non può darsi l'ipotesi in cui il privato possa ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, poiché sarà sempre possibile, per il giudice amministrativo, verificare se il bene della vita spetta al ricorrente o meno sulla base della norma che contempla l'interesse legittimo del privato a fronte dell'attività amministrativa.

Infatti, se il giudice accerta la spettanza del bene della vita, in presenza di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria, il risarcimento non sarà limitato all'equivalente della sola *chance* di conseguire il risultato, bensì all'equivalente del risultato stesso; viceversa però, se il giudice, operata la verifica in ordine alla spettanza del bene della vita, accerta che esso non sarebbe comunque stato conseguito dal ricorrente anche in presenza di una attività amministrativa legittima, alcun risarcimento deve essere riconosciuto al ricorrente, neppure in termini di perdita di *chance*.

Opinare diversamente significherebbe riportare la *chance* sul terreno del nesso di causalità, ragionamento che si è sopra ampiamente confutato, sostanzialmente affermando che sono risarcibili anche lesioni pur laddove risulti provato che non è "più probabile che non" che esse siano causalmente collegate al fatto illecito.

In altre parole, in ipotesi di attività vincolata, non può mai verificarsi quella condizione di oggettiva inaccertabilità della spettanza del bene della vita, poiché non si frappongono a tale accertamento né ostacoli materiali, né giuridici, potendo il giudice amministrativo sempre operare la verifica, unicamente da condurre sul piano della conformità a legge dell'istanza del privato, dell'accoglibilità della stessa e della conseguente spettanza del bene della vita.

Vi è invece, ad avviso di chi scrive, spazio per la risarcibilità – anche – della perdita di *chance* in ipotesi di interesse legittimo del privato che si confronti con il potere discrezionale.

In tal senso e in termini generali, la giurisprudenza ha condivisibilmente riconosciuto che, a differenza che in ipotesi di attività vincolata, in ipotesi connotate dalla persistenza in capo all'amministrazione di spazi di riesercizio del potere discrezionale, va esclusa l'indagine del giudice sulla spettanza del bene della vita, ammettendosi il risarcimento solo dopo e a condizione che l'amministrazione, riesercitato il proprio potere come le compete per effetto del giudicato, abbia riconosciuto al richiedente il bene della vita; nel qual caso il danno ristorabile non potrà che ridursi al solo pregiudizio dal ritardo²⁰.

²⁰ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 18; Cons. Stato sez. VI, 11 dicembre 2006, n. 7215. Da ultimo v. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 13 ottobre 2022, n. 374, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it, con motivazione che vale la pena riportare: «allorquando la pubblica amministrazione conserva un ambito di apprezzamento discrezionale del provvedimento ampliativo richiesto e la possibilità di una legittima diversa determinazione, risulta mancante il nesso di causalità tra l'illegittimità dell'atto lesivo ed il danno lamentato (C.d.S., sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868; 22 aprile 2004, n. 2994; C.d.S., sez. IV, 15 luglio

Orbene, se così è, deve guardarsi al riesercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione: se l'amministrazione accoglie l'istanza del privato, risulta dimostrata la spettanza del bene della vita, che viene però in tal modo soddisfatto, residuando, come detto l'eventuale danno da ritardo, inquadabile nelle conseguenze pregiudizievoli sofferte per effetto del mancato conseguimento tempestivo del bene della vita; se l'amministrazione rigetta l'istanza del privato, con provvedimento che diviene definitivo (per omessa impugnazione o accertamento giudiziale della sua legittimità), al privato non spetterà alcun risarcimento del danno per equivalente, in quanto è risultato accertato che il bene della vita non gli spetta.

Quale dunque lo spazio per il risarcimento del danno da perdita di *chance*?

Esso si individua in quelle fattispecie nelle quali l'amministrazione non può più utilmente, in fatto, riesercitare il potere amministrativo, poiché in tal caso si verifica quell'irrisolvibile incertezza giuridica circa la spettanza del bene della vita: da un lato, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazione discrezionale che le sarebbe spettata, *ex lege*, circa la verifica della compatibilità dell'interesse pubblico con la soddisfazione dell'interesse materiale del privato sotteso all'interesse legittimo; dall'altro però, neppure la pubblica amministrazione può più svolgere tale verifica, poiché si è esaurito il procedimento amministrativo espressivo del potere che si confrontava con l'interesse legittimo.

Sono essi tipicamente i casi in cui: è rimasta accertata l'illegittimità della scelta dell'amministrazione che abbia affidato un contratto pubblico in assenza di procedura ad evidenza pubblica, non risultando più accertabile se l'impresa che avrebbe partecipato alla gara l'avrebbe poi vinta; l'impresa illegittimamente esclusa dalla gara non possa essere più riammessa, essendo ormai stato eseguito il contratto

2008, n. 3552). Ciò induce a ritenere che qualora a seguito dell'annullamento di un atto a contenuto discrezionale si imponga un'attività rinnovatoria che si traduca in ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione a contenuto discrezionale che non determinino con certezza o elevata probabilità l'attribuzione del bene della vita in favore del ricorrente deve escludersi il riconoscimento del risarcimento danni. Tale approccio ermeneutico trova positivo riscontro nella giurisprudenza amministrativa che con orientamento pressoché costante ha avuto cura di rimarcare che in tema di interessi pretensivi il risarcimento del danno può essere ammesso solo quando l'attività amministrativa rinnovatoria conseguente ad annullamento di illegittimo diniego si connoti in termini tali da escludere ogni ulteriore apprezzamento discrezionale, ovvero quando residui all'Autorità amministrativa un potere sostanzialmente vincolato, anche se entro i termini della sentenza di annullamento; esso deve escludersi, al contrario, qualora in capo all'Autorità stessa residui un margine di apprezzamento discrezionale che configuri come eventuale l'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giuridico patrimoniale dell'interessato (CS, Sez. VI, n. 1945 del 15/4/2003; T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 07/07/2006, n. 5526; Tar Lazio, sez. II, n. 2293 del 10/3/2004; Tar Sardegna, n. 40 del 17/1/2004). In definitiva l'annullamento di un atto dal quale consegue una riedizione del potere amministrativo, per vizi che non comportano un giudizio definitivo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove persistano in capo alla p.a. significativi spazi di discrezionalità amministrativa, in sede di riesercizio del potere (in tali termini, T.A.R. Campania Napoli Sez. VII Sent., 24/06/2011, n. 3392; T.A.R. Liguria Genova Sez. II Sent., 03/04/2009, n. 587)».

pubblico; un candidato ad un concorso pubblico è stato illegittimamente escluso e il contratto di lavoro per cui era stata svolta la procedura è stato eseguito²¹.

Ciò a patto, naturalmente, che il potere amministrativo in tal caso da esercitarsi non fosse ancorato a rigidi presupposti normativi o di autovincolo, sicché sarebbe possibile accertare se il privato danneggiato avrebbe effettivamente o meno conseguito il bene della vita. Ma, laddove, come tipicamente accade, l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale o comunque del potere di svolgere valutazioni di natura tecnico-discrezionale, a monte, per l'individuazione del destinatario del provvedimento favorevole, l'eventuale impossibilità per la stessa di ripeterle apre dunque la strada a quell'oggettiva incertezza, non dipendente dal difetto di prova da parte del danneggiato, circa l'effettiva spettanza del bene della vita.

Ed è in quest'ambito che, allora, può ben discorrersi della lesione alla (sola) possibilità di conseguimento del bene della vita sotteso all'interesse legittimo di cui il privato è titolare.

Non è dunque condivisibile la tesi per cui la sola natura dell'attività amministrativa illegittimamente esercitata determina se il privato possa ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, nel senso che in presenza di una attività vincolata sia possibile accertare per il giudice «il grado di consistenza della pretesa fatta valere dal soggetto leso», mentre in presenza di un'attività discrezionale ciò sarebbe più difficile, ma comunque residui per il giudice «la possibilità di riconoscere la perdita di *chance*, sulla base di un grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente»²².

²¹ Si possono vedere i lucidi esempi di E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, che infatti evidenzia che non si potrà parlare di perdita di *chance* se «nel riesercizio del potere conseguente all'annullamento, l'amministrazione: stipula un altro contratto con il concorrente escluso; istituisce un altro posto di impiego a tempo determinato con nuova decorrenza; rifinanzia gli incentivi;». Meno convincente è in realtà l'esempio relativo agli interessi oppositivi: rispetto ad essi l'A. afferma che «si pensi a un provvedimento di autorizzazione per la realizzazione di una centrale nucleare di produzione di energia elettrica di ultima generazione impugnato da associazioni ambientaliste e da cittadini residenti nelle immediate vicinanze che fanno valere l'interesse legittimo oppositivo a questo intervento modificativo (e forse inquinante) dell'ambiente; l'annullamento del giudice interviene quando l'opera è realizzata e si preclude la possibilità di impedire l'esecuzione dell'intervento», ove la *chance* sarebbe esclusa se l'amministrazione «elimina la centrale nucleare per la produzione di energia elettrica». Ad avviso di chi scrive, in realtà, non si può discorrere di perdita di *chance* per l'assorbente considerazione che l'amministrazione avrà sempre, in fatto, la possibilità di eliminare la centrale nucleare illegittimamente realizzata, se essa non può essere realizzata in conformità alla legge; la possibilità dunque che ciò avvenga determina che non vi è quella incertezza fattuale irrisolvibile circa la spettanza del (*rectius*: mantenimento del) bene della vita sotteso all'interesse oppositivo dei vicini della centrale. In altre parole, delle due l'una: o la centrale può essere realizzata, anche se in un primo momento il potere è stato illegittimamente esercitato, e in tal caso non spetta alcun risarcimento del danno, neppure da perdita di *chance*; oppure la centrale non può essere realizzata, ed allora se la stessa non viene eliminata, così risarcendo in forma specifica il bene della vita (salvo danni sofferti per il ritardo), il risarcimento dovuto sarà per equivalente al bene della vita leso, non essendovi incertezza circa la spettanza (mantenimento) di esso.

²² In questi termini G. Marena, *La perdita di chance*, cit., 1039, che peraltro, non condivisibilmente, accomuna attività vincolata e attività discrezionale tecnica.

Ad avviso di chi scrive detta impostazione, pur cogliendo la rilevanza della distinzione tra attività vincolata e discrezionale, confonde i piani di riflessione, nel momento in cui assume sempre come possibile il risarcimento del danno da perdita di *chance* e come riconnetta esso solo ad una maggiore o minore semplicità di accertamento da parte del giudice.

Invero, in senso contrario, si ritiene di aver dimostrato, posta la differente natura tra *chance* di conseguire un risultato e risultato stesso, che in presenza di attività vincolata sarà senz'altro sempre possibile accertare se il risultato positivo sarebbe o meno stato conseguito dal privato, con operatività perciò del solo risarcimento per equivalente; in presenza di attività discrezionale, tale possibilità può o meno verificarsi – ma non è sempre presente o esclusa – a seconda della possibilità concreta che il potere discrezionale spettante all'amministrazione possa da essa essere riesercitato a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo.

Solo in presenza di circostanze fattuali che ne escludono la riesercitabilità, il privato, che non potrà mai conseguire il risarcimento del danno per equivalente del bene della vita non conseguito, poiché non è possibile accertarne la spettanza secondo il criterio del più probabile che non – poiché sarebbe il giudice a dover compiere l'accertamento discrezionale – potrà però domandare il risarcimento del danno relativamente alla lesione subita alla propria *chance* perduta di conseguire quel bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

Salvi alcuni profili che si approfondiranno oltre, è dunque condivisibile l'affermazione di fondo recentemente resa da una già citata sentenza del Consiglio di Stato, che ha chiarito che «la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava. Solo qualora il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia in alcun modo 'ripetibile' – neppure virtualmente (stante i limiti posti alla cognizione giudiziale), come invece resta possibile in caso di attività vincolata, nel qual caso può essere richiesto soltanto il risarcimento del controvalore del risultato sperato – il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio»²³.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit. Afferma infatti coerentemente il Consiglio di Stato che «poiché l'esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'an del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità. [...] Richiedere (come ha fatto il giudice di primo grado) che la possibilità di conseguire il risultato debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di assumere rilevanza giuridica, significa ricondurre nuovamente il problema delle aspettative irrimediabilmente deluse (con un percorso inverso a quello che ha portato a configurare la '*chance*' come bene autonomo, in ragione dell'impossibilità di dimostrare l'efficienza causale della condotta antigiuridica nella produzione del risultato finale) dal 'danno' alla 'causalità'. In questo modo la '*chance*' finisce per essere utilizzata quale frazione probabilistica di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Ma si tratta di un esito

Mentre risultano erranee le affermazioni giurisprudenziali, pure recenti, per cui «ove il giudizio si concluda con la valutazione della sua spettanza [del bene della vita], certa o probabile, il danno – in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito e salva la riduzione prevista per le ipotesi di cui all'art. 1227 c.c. – può essere risarcito, rispettivamente, per intero o sotto forma di perdita di *chance*»²⁴.

È evidente infatti la confusione di piani operata, poiché si assume come la situazione giuridica soggettiva abbia la medesima consistenza, *i.e.* la spettanza del bene della vita, e che poi essa sarà risarcita in misura pari allo stesso o in misura ridotta a seconda che il giudizio di accertamento si concluda in termini di certezza della spettanza o di sola probabilità.

Il che, come si è ampiamente argomentato, non è condivisibile, poiché la *chance* non ha ad oggetto il mancato conseguimento del risultato secondo un dato standard probatorio più o meno certo, bensì la sola possibilità di conseguire quel risultato, che è divenuto irresolubilmente incerto, per ragioni oggettive e non di mancato assolvimento dell'onere della prova.

L'impostazione che si è sin qui descritta, prima di procedere ad analizzare cosa debba essere ulteriormente accertato dal giudice, in presenza di siffatte ipotesi di incertezza irresolubile circa la spettanza del bene della vita, perché la *chance* lesa possa essere risarcita ed in che misura (*infra* par. 5), deve confrontarsi col quesito di fondo in ordine alla natura – e dunque alla stessa ammissibilità – della *chance*.

4. *Il fondamento dogmatico della chance: è meritevole di tutela la sola perdita della possibilità di conseguire il bene?*

Come correttamente osservato dalla dottrina infatti, la tesi sulla *chance* anche qui esposta e condivisa «non spiega perché la sua perdita sia giuridicamente rilevante e comporti il risarcimento dei danni; infatti, potrebbe essere non altro che un interesse di mero fatto»²⁵.

Rispetto a tale questione infatti, vi è chi, nella dottrina amministrativistica, nega autonomia concettuale – e dunque risarcibilità – alla lesione della *chance*: in tal senso infatti, la *chance* non sarebbe riconducibile alla categoria dell'interesse legittimo pretensivo, in quanto «l'interesse legittimo avrebbe ad oggetto l'aggiudicazione della gara e non una possibilità, seppur concreta, di ottenerla»; peraltro, secondo questa impostazione, rileverebbe in senso contrario anche la necessaria

del tutto contraddittorio, in quanto, se la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, allora non ricorrono neppure i presupposti per l'operatività della '*chance*'».

²⁴ Così ad es. Cons. Stato sez. IV, n. 840/2019, cit.

²⁵ E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit.

intermediazione del potere alla soddisfazione del bene della vita, per cui «suscita, pertanto, perplessità la tesi espressa dal Consiglio di Stato secondo cui il danno da perdita di *chance* si configurerebbe quale danno attuale, [...] l'attualità, infatti, non sarebbe insita nella *chance*, in quanto dipenderebbe esclusivamente dall'esercizio del potere amministrativo»²⁶.

Altra tesi, sempre assumendo la non riconducibilità della *chance* all'interesse legittimo, afferma che la tutela della *chance* risiede «nella violazione dei c.d. interessi procedurali che la pubblica amministrazione deve necessariamente rispettare nell'esercizio della funzione pubblica», di tal che «la *chance* negata è protetta dalle norme giuridiche sull'esercizio dell'azione amministrativa la cui violazione, se non porta alla lesione dell'interesse legittimo (o del diritto soggettivo che fronteggia il potere autoritativo) per non essere consentita la soddisfazione dell'interesse al bene della vita, né in forma specifica, né per equivalente pecuniario, apre all'azione risarcitoria per perdita di *chance*».

L'A., coerentemente con tale idea, conclude ritenendo che «se, ai sensi del comma 2 dell'art. 21-*octies* L. n. 241/1990, “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”, le violazioni di tali norme comportano comunque il risarcimento per perdita di *chance* che è protetta dal mancato rispetto di ogni norma, anche meramente formale e procedimentale, sull'esercizio dell'azione amministrativa»²⁷.

Ad avviso di chi scrive, al contrario di entrambe le prospettazioni ora esposte, può invece ritenersi che una moderna visione dell'interesse legittimo consenta di offrire sufficiente cittadinanza giuridica alla tesi che ammette la configurazione della *chance* come situazione giuridica soggettiva del privato.

In primo luogo, vale subito evidenziare come non convinca la ricostruzione da ultimo citata per cui la *chance* assumerebbe consistenza di una situazione giu-

²⁶ L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2019, 1, 396, per il quale peraltro la *chance* non potrebbe neppure essere considerata un bene giuridico, poiché «mancherebbero i requisiti dell'utilità materiale e della limitatezza della possibilità oggetto di risarcimento». In senso contrario rispetto a tale ultima affermazione cfr. V. Neri, *La “chance” nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. e app.*, 2018, 3, 301, per il quale invece «va inoltre ricordato che proprio in questa epoca si è assistito ad un ampliamento della nozione di bene giuridico sia riferendolo a beni liberamente disponibili in natura, una volta non dotati del requisito della limitatezza, sia includendo i diritti patrimoniali tra i beni giuridici senza contare poi il tentativo di qualificare come autonomi beni la cubatura, la multiproprietà e il know-how. Per autorevole dottrina, poi, “si ritiene comunemente che la nozione giuridica di bene rifletta sul piano del diritto la nozione di bene economico. Questa opinione è parzialmente esatta nel senso che i beni economici sono anche beni giuridici. La nozione di bene giuridico è tuttavia diversa e più ampia. Connotato del bene giuridico è infatti una sua tutela giuridica. Anche entità economicamente non valutabili possono quindi essere beni giuridici in quanto giuridicamente tutelate».

²⁷ E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit.

ridica autonoma quale interesse procedimentale, sganciandola del tutto dal bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

Ciò infatti non è condivisibile, poiché determina la pretermissione del necessario riferimento all'impossibilità di accertare che il bene della vita spettasse o meno al privato a fronte dell'esercizio del potere ed aprirebbe la strada al risarcimento per lesione della *chance* anche in casi in cui l'accertamento di (non) spettanza sarebbe possibile e risultasse perciò che, comunque, l'interesse materiale sotteso all'interesse legittimo non potrebbe comunque essere soddisfatto, per sua incompatibilità con l'interesse pubblico.

Ciò si coglie pienamente nel passaggio sopra riportato per cui, per tale tesi, il risarcimento del danno da perdita da *chance* sarebbe da riconoscersi anche in ipotesi in cui il provvedimento non venga annullato in quanto il contenuto dello stesso non poteva essere diverso, secondo lo schema dell'art. 21 *octies* l. n. 241/1990: invero, posta anche la condivisibilità dell'idea per cui tale provvedimento, pur se non annullabile, resta illegittimo, è invece ben chiaro come ciò che si accerta con la declaratoria di non annullabilità *ex art. 21-octies* l. n. 241/1990 è proprio la non spettanza del bene della vita in favore del privato, poiché le violazioni formali o procedimentali non incidono sulla «sostanza» del provvedimento, che sarebbe stato comunque di segno negativo per il privato.

Emerge allora la fallacia dell'impostazione in esame: pur a fronte dell'accertata non spettanza del bene della vita – e dunque pur non vertendosi in ipotesi in cui sia oggettivamente impossibile accertare se l'illecito abbia leso effettivamente l'interesse materiale del privato – viene comunque risarcita la lesione della possibilità di conseguirlo; viene, dunque, risarcita una possibilità che si è accertato non esistere, così certamente scoprendo il fianco alle critiche delle tesi dottrinali per le quali con l'istituto della perdita di *chance* si procede a risarcire perdite fittizie²⁸.

Nuovamente: il fulcro della perdita di *chance* – e suo presupposto indefettibile – è che non sia (più) possibile svolgere, per ragioni estranee rispetto alla posizione del privato, il giudizio di accertamento della spettanza del bene della vita; il che evidentemente non si verifica proprio in quei casi in cui emerge che il provvedimento, pur adottato in violazione degli interessi procedimentali del privato, abbia comunque legittimamente negato al privato il conseguimento del bene della vita.

Appare che, nel cercare di emancipare la *chance* dal bene della vita sotteso all'interesse legittimo, la tesi provi troppo, giungendo a riconoscere il risarcimento del danno in favore di lesioni che non si verificano nella sfera giuridica del pri-

²⁸ Cfr. ad es., nella dottrina civilistica C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. privato*, 2008, 318; nella dottrina amministrativistica P. Siracusano, *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile da illegittimo esercizio del potere discrezionale*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 533-564.

vato, poiché risulta accertato che il bene della vita non spetta e dunque neppure può discorrersi di possibilità perduta di ottenere quel bene.

Si può invece provare a costruire un fondamento alla *chance* non ignorando il collegamento che comunque sussiste tra questa figura e il bene della vita sotteso all'interesse legittimo, poiché, se è senz'altro vero che la *chance* non vada confusa, *sic et simpliciter*, con l'interesse legittimo, può dirsi però che essa ne costituisca una forma di manifestazione, una estrinsecazione insita nell'interesse legittimo, al pari di ciò che si ritiene avvenire per il diritto soggettivo.

Non è convincente l'affermazione per cui tale ricostruzione sarebbe impedita dall'intermediazione del potere che caratterizza l'interesse legittimo e la soddisfazione non garantita del bene della vita ad esso sotteso²⁹, poiché in realtà non è l'incertezza propria della valutazione discrezionale ad aprire la strada al risarcimento del danno da perdita di *chance*, ma l'impossibilità oggettiva che quel potere venga nuovamente esercitato dall'amministrazione, per ragioni fattuali (e.g. l'esecuzione del contratto relativo ad una gara mai espletata); in ciò, non vi è distinzione con l'ambito civilistico nel quale risulti oggettivamente impossibile accertare se l'imperizia del professionista sanitario abbia o meno determinato la lesione rispetto ad una maggior durata della vita del paziente³⁰.

Ricondurre la *chance* a una manifestazione dell'interesse legittimo non significa, si crede, negarne la sua autonomia e ricadere nell'equivoco per cui in tal modo si riconoscerebbe tutela anche a lesioni del bene della vita delle quali non si sia raggiunta sufficiente evidenza probatoria secondo il criterio del più probabile che non, deviando dalla regola di accertamento del nesso di causalità; tuttavia, neppure si può pretendere di negare la contiguità che sussiste tra il bene della vita e la possibilità di conseguire il medesimo bene³¹.

Se si accetta la definizione di interesse legittimo comunemente accolta, per cui esso è la «posizione di vantaggio in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo, consistente nell'attribuzione di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, di modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità»³², non si vede perché, nel prisma di questa posizione di vantaggio, di

²⁹ L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance*, cit., 397.

³⁰ Non dissimile la posizione di A. Zito, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, VI ed., 785: «l'oggetto dell'interesse legittimo è un interesse sostanziale ovvero un bene della vita: tale interesse però non si identifica con l'interesse finale, sul quale si producono gli effetti dell'esercizio delle potestà, bensì con quell'interesse che nel diritto privato è denominato *chance*. Posto che la *chance* è un bene giuridico, che è oggetto di tutela nel diritto privato, l'interesse legittimo può ben assumere quest'ultima come suo oggetto».

³¹ D'altronde anche E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit., sostiene che l'interesse al bene della vita serve a legittimare la *chance*, poiché «quest'ultima rappresenta la possibilità di voler mantenere o acquisire un vantaggio e, in mancanza di questo interesse verso il bene, non può esservi alcuna *chance*».

³² M. Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Bologna, 1994, 96.

tensione, verso il conseguimento del bene della vita, non rientri anche la possibilità di conseguire quel bene.

Il legislatore, nel contemplare e assegnare tutela all'interesse legittimo del privato, offrendogli quei «poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere» amministrativo, accorda protezione, se si vuole, in primo luogo, proprio alla possibilità che il privato realizzi il proprio interesse materiale e consegua il bene della vita, se compatibile con l'interesse pubblico.

Laddove risulti accertato che detto bene della vita non poteva essere conseguito perché incompatibile con l'interesse pubblico, deve dirsi allora che la *chance* non era realizzabile, e dunque il privato non ha subito alcuna lesione alla propria sfera giuridica, al proprio patrimonio, poiché il bene della vita non poteva entrarvi.

Ma, se a causa dell'illegittimità dell'operato della p.a., risulti poi materialmente impossibile accertare che quella *chance* di conseguire il bene della vita, a cui il legislatore aveva accordato protezione contemplando la posizione del privato e attribuendogli facoltà per confrontarsi con il potere amministrativo, possa realizzarsi, può ben dirsi che sia l'illegittimo esercizio del potere amministrativo ad aver leso la possibilità di conseguire il bene della vita: possibilità che è protetta dalla medesima norma su cui si basa l'interesse legittimo e che ha una sua consistenza e autonomia rispetto al bene della vita cui il privato anela.

Autonomia che senz'altro si perde se è possibile accertare se la spettanza di tale bene sia o meno compatibile con l'interesse pubblico a seguito dell'esercizio del potere discrezionale della p.a., ma che si riespande laddove tale accertamento sia precluso dall'illegittimo esercizio del potere dell'amministrazione, a seguito del quale si è determinato un irreversibile mutamento nella situazione fattuale e giuridica, per cui la stessa amministrazione non può più verificare la compatibilità dell'interesse del privato ad acquisire il bene della vita con quello pubblico.

Dunque, la possibilità di conseguire il risultato, la *chance*, è già, sin dal primo momento, rientrante nell'alveo dell'interesse legittimo: è la norma che attribuisce al privato la sua posizione di vantaggio rispetto al conseguimento del bene della vita, che contempla, a monte, la stessa possibilità di conseguire quel bene.

Possibilità di conseguimento che, se si vuole, è essa stessa la base dell'interesse legittimo pretensivo, di guisa che essa non sorge solo nel momento in cui ne si assume la lesione e la si voglia risarcire come *chance* perduta, bensì, al contrario, si perde e si confonde nell'accertato conseguimento o nell'accertata impossibilità di conseguimento del bene della vita; ma, laddove tale accertamento sia divenuto impossibile a seguito dell'esercizio illegittimo del potere della p.a., è a tale sola possibilità di conseguimento che si deve guardare, che certamente è già in titolarità del privato, essendo il "contenuto minimo" dell'interesse legittimo e che, non potendosi verificare se avrebbe assunto un "contenuto maggiore", poi-

ché ciò comunque dipende (*rectius*: è causalmente collegato) all'illegittimo esercizio del potere, si realizza quella lesione alla situazione giuridica soggettiva minima di interesse legittimo³³.

In termini non troppo dissimili, chi scrive, muovendo dalla sua natura sostanziale, ha già ravvisato un simile ampliamento della forma di tutela dell'interesse legittimo, laddove si è sostenuto, a proposito della tutela del legittimo affidamento del privato in caso di annullamento di un precedente provvedimento favorevole, che «il contenuto dell'interesse legittimo, visto nella sua accertata natura di interesse sostanziale, non è solo l'interesse al conseguimento del bene della vita, ma anche quello a che non sia in lui ingenerato un affidamento in ordine alla effettiva possibilità di conseguirlo»³⁴.

Può dunque ritenersi che la risarcibilità della sola *chance* di conseguire il bene della vita, che risulti lesa dall'illegittima attività della pubblica amministrazione, rientri tra le forme di protezione dell'interesse legittimo, poiché detta *chance* è contemplata dalla stessa norma che attribuisce al privato quelle facoltà di incisione sul corretto esercizio del potere della p.a. al fine di conseguire il bene della vita.

Essa viene a confondersi, avverandosi o dissolvendosi, se è possibile l'accertamento della spettanza o meno del bene della vita in favore del privato (*i.e.* se esso è compatibile o meno con l'interesse pubblico), a quel punto affermandosi o negandosi il diritto al risarcimento del danno; ma costituisce la persistente posizione di interesse legittimo nel caso in cui tale accertamento, in seguito all'illegittimo esercizio del potere, risulti precluso ed oggettivamente impossibile, poiché in tale ipotesi l'illegittimità ha leso la *chance* di conseguire il risultato.

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, la già citata sentenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione aveva svolto un corretto paragone ove aveva affermato che «la *chance* patrimoniale presenta, in apparenza, le stimate dell'interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa [...]), salvo poi, però, non condivisibilmente, evidenziare subito di seguito «le evidenti differenze morfologiche tra l'interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l'aspirazione – e la pretesa – alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'azione amministrativa stessa, la *chance* viene in rilievo quando essa è stata

³³ D'altronde, si è efficacemente notato come «prima dell'intervento di Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, il riferimento alla *chance* nella sistematica amministrativa era prevalentemente utilizzato per esplicitare, in sede definitoria, il carattere dinamico dell'interesse legittimo e l'inidoneità della posizione soggettiva a garantire in modo sicuro (come per il diritto soggettivo) un certo bene della vita». Così L. Viola, *Il danno da perdita di chances*, cit., 576, che richiama le posizioni di D. Sorace, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 par. 3.

³⁴ G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *Federalismi.it*, 2021, 17, 208.

perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile»³⁵.

Non è infatti condivisibile, come si è provato ad argomentare, la costruzione per cui la *chance* viene in rilievo solo quando essa è perduta: in realtà l'aspirazione di conseguire il bene della vita (e non, come affermato dalla Cassazione, l'aspirazione alla legittimità dell'azione amministrativa) è il contenuto minimo dell'interesse legittimo, che preesiste all'azione amministrativa, il quale poi si esaurisce nel conseguimento del bene della vita o nell'accertata impossibilità di conseguirlo, in caso di accoglimento o rigetto dell'istanza e, perciò, l'eventuale risarcimento del danno per mancato conseguimento del bene della vita, quando esso sarebbe stato conseguibile, non sarà limitato alla *chance* di conseguire il bene della vita.

Ma laddove non sia più possibile accertare, a seguito dell'illecito, quale sarebbe stata la sorte della pretesa al conseguimento del bene della vita, viene in rilievo la possibilità perduta al medesimo conseguimento, che è già tale come derivazione dell'interesse legittimo.

Lo schema d'altronde pare il medesimo di quello fatto proprio dalla stessa Corte di Cassazione per cui, a fronte della lesione del diritto alla salute, potrà darsi il caso di una condotta illecita che abbia determinato la morte o la riduzione della vita del paziente, con ciò verificandosi l'evento di danno della perdita della vita o della sua riduzione; mentre, sempre a fronte della lesione del medesimo diritto alla salute, laddove risulti insanabilmente incerto se la condotta abbia cagionato l'evento della perdita della vita o della riduzione della sua durata, si cagiona l'evento della perdita della possibilità di maggior durata della vita, che è il *proprium* della *chance*: infatti, sostiene la Cassazione, «la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la *chance*) è la qualificazione/identificazione di un danno risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante»³⁶.

Se allora la *chance* è riconducibile allo stesso diritto soggettivo (ad. es. la salute) leso rispetto a quello su cui si fonda il conseguimento (o mantenimento) del bene della vita, non si vede perché essa non possa essere ricondotta al medesimo interesse legittimo a cui è riconducibile la pretesa al conseguimento di un dato bene della vita (ad. es. l'aggiudicazione di un appalto)³⁷.

³⁵ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit. par. 5.

³⁶ Cass. Civ., n. 28993/2019, cit., par. 17-18; anche par. 22: «Premesso che, nell'un caso come nell'altro, il diritto leso è pur sempre quello alla salute, sia pur nelle sue rispettive, differenti dimensioni, la risarcibilità della perdita di *chance* non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno (come erroneamente ipotizzato nella sentenza n. 21619 del 16/10/2007 di questa stessa Corte), ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva».

³⁷ In ordine alla possibile obiezione circa le conseguenze limitative alla tutela della perdita di *chance* se ricondotta all'interesse legittimo, sembra potersi ritenere, in senso contrario, che la natura sostanziale che si è ormai riconosciuta all'interesse legittimo consente di non dover più procedere a contorti ragionamenti che individuino diverse situazioni giuridiche, come in passato, che si affianchino all'interesse legittimo, per consentire di approntare una piena tutela al privato di fronte all'esercizio del potere della p.a. Tali considerazioni forse ridimen-

5. *Danno evento e danno conseguenza nella perdita di chance*

Così ricostruite le coordinate sostanziali in ordine all'istituto della *chance* e al suo fondamento, residuano da svolgere alcune considerazioni in merito al giudizio sul risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Si è infatti detto in quali – e solo in quali – circostanze sia lecito discorrere di possibile risarcimento del danno per lesione della *chance* di conseguire un bene della vita, che è tale solo rispetto alla possibilità di conseguire un risultato per cui non è più oggettivamente possibile, dopo l'adozione del provvedimento illegittimo, verificare se detta possibilità si sarebbe realizzata: ciò si verifica in quelle ipotesi in cui il potere amministrativo discrezionale (non anche vincolato) non può più utilmente essere riesercitato dall'amministrazione.

Ciò posto, chi allega di aver subito un danno a tale possibilità di conseguimento del risultato, non potendo provare che il risultato sarebbe stato conseguito per ragioni indipendenti dalla sua volontà (e non già per difetto di assolvimento dell'onere della prova), deve comunque provare gli elementi costitutivi della responsabilità risarcitoria per lesione della *chance*.

Anche recentemente infatti il paradigma della responsabilità civile della pubblica amministrazione è stato ricondotto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato a quello della responsabilità c.d. extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*³⁸.

Detto dunque che è rimasta provata l'esistenza di una situazione giuridica rilevante per l'ordinamento, la *chance*, e di una condotta *non iure* dell'amministrazione, il provvedimento illegittimo, – in disparte la pur necessaria prova dell'elemento soggettivo, non rilevante in questa sede in quanto non muta i suoi caratteri rispetto al danno da risultato perduto³⁹ – dovrà, in primo luogo, essere dimostrato che la lesione alla *chance* dipenda da tale condotta, *i.e.* il c.d. nesso di causalità materiale tra il fatto illecito e c.d. danno evento; provato tale profilo, si dovranno provare le conseguenze pregiudizievoli che il privato ha subito

sionano l'autonomia della *chance*, ma, a ben vedere, non ne sminuiscono la tutela. Come detto anche in precedenza, non pare operazione dogmaticamente corretta, pur se talvolta praticamente apprezzabile, quella della "corsa" alla ricerca della più forte tutela per il privato. In tal senso, non ci si può dimenticare che, nello svolgimento dell'attività amministrativa autoritativa, il privato ha una posizione che, pur nella nuova visione del rapporto con la p.a. di cui si è detto, fisiologicamente, può risultare insoddisfatta nella sua aspirazione al conseguimento di un bene della vita, poiché ciò potrebbe imporre la superiore ragione del perseguimento dell'interesse pubblico.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2021, cit.

³⁹ Si ricorda che, in materia di contratti pubblici, in forza del diritto eurounitario, la responsabilità della pubblica amministrazione ha assunto natura oggettiva, non dovendosi provare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo alla stazione appaltante che adotti un provvedimento illegittimo. Cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2019, 2429, in www.giustizia-amministrativa.it.

per effetto della lesione della *chance*, *i.e.* il c.d. nesso di causalità giuridica e il c.d. danno conseguenza⁴⁰.

Principiando dal profilo della prova del nesso di causalità materiale, in seno ad esso si pongono particolari ambiguità, in ragione di quanto rilevato in apertura circa il fatto che l'elaborazione stessa della *chance* si è spostata dal profilo della prova del nesso di causalità a quello delle situazioni giuridiche soggettive.

Ripudiata la teoria eziologica per cui la *chance* sarebbe risarcibile come mancato conseguimento del bene finale pur se non si raggiunga la prova del nesso di causalità in base al giudizio di preponderanza dell'evidenza, neppure può però obliterarsi la prova del nesso di causalità secondo il medesimo giudizio in relazione alla diversa situazione giuridica della possibilità perduta di conseguimento del bene della vita (*chance*).

Il timore di affermare la risarcibilità di situazioni giuridiche non connotate da reale consistenza è ben presente anche nella giurisprudenza amministrativa, che pure, come già visto, ha correttamente ricostruito la struttura della *chance*: si legge infatti che «al fine però di non incorrere in una forma inammissibile di responsabilità senza danno, è necessario che, per raggiungere la soglia dell'”ingiustizia”, la ‘chance’ perduta sia ‘seria’. A tal fine: da un lato, va verificato con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto; sotto altro profilo, al fine di non riconoscere valore giuridico a ‘chance’ del tutto accidentali, va appurato che la possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate»⁴¹.

⁴⁰ V., senza pretesa di esaustività, F. Galgano, *Diritto Privato*, Padova, 1983, 334; P. Rescigno, *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Napoli, 1983, 281. In senso critico rispetto alla distinzione tra danno evento e danno conseguenza, si v. tuttavia C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 2012, 125, ove l'A. tuttavia rileva che «il danno ingiusto, cioè il danno evento è risarcibile mediante il risarcimento delle sue conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali o, in alternativa, in forma specifica mediante la diretta rimozione della lesione». Invero perciò egli sembra criticare il riferimento ad un doppio concetto di danno, senza tuttavia negare che la sola lesione dell'interesse giuridicamente protetto ammetta di per sé all'ottenimento di un risarcimento del danno da parte del danneggiato, in assenza di conseguenze apprezzabili sul piano patrimoniale o non patrimoniale. Nello stesso senso V. P.G. Monateri, M. Bona, *Il nesso di causa nella responsabilità civile per danno alla persona*, cit. In relazione ai profili evolutivi della ingiustizia del danno vedi P. Schlensiger, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, in *Nov. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 164 ss.; C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur.*, XVIII, Milano, 1996; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 49 ss; P. Trimarchi, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit.; in termini anche Cons. Stato, Sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6111, in *www.giustizia-amministrativa.it*, per cui la *chance* è risarcibile solo «previo accertamento di una “probabilità seria e concreta” o anche “elevata probabilità” di conseguire il bene della vita sperato, atteso che “al di sotto di tale livello, dove c'è la “mera possibilità”, vi è solo un ipotetico danno non meritevole di reintegrazione poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto».

I parametri di “serietà” e non “accidentalità” della *chance* tuttavia non hanno alcun fondamento giuridico, risultano vaghi e del tutto opinabili e cercano di arginare un paventato rischio, che, però, non è sussistente sotto il profilo del c.d. danno evento⁴².

Posto che la *chance* ha una sua autonomia di situazione giuridica soggettiva, qui ritenuta riconducibile all’interesse legittimo, per accertare il necessario nesso di causalità tra fatto illecito e danno ingiusto, *i.e.* lesione della *chance*, ci si dovrà necessariamente riferire all’ordinario giudizio prognostico del più probabile che non, che presiede, secondo la condivisa acquisizione ermeneutica, al giudizio di accertamento del nesso di causalità nel settore della responsabilità civile⁴³.

Dunque, volendo esemplificare, il giudice, a fronte di una accertata illegittimità dell’attività amministrativa, verificherà l’intervenuta lesione all’interesse legittimo in titolarità del privato (ad es. il conseguimento dell’aggiudicazione o del contratto di lavoro), dovendo poi accertare però quale evento di danno si è verificato, *i.e.* se si tratti del sacrificio al mancato conseguimento del risultato o alla possibilità di conseguire il risultato, riconducibile alla medesima situazione giuridica soggettiva.

L’interprete deve domandarsi, in altri termini, se è più probabile che non che la *chance* di conseguire il bene della vita sarebbe rimasta intatta se non ci fosse stato il provvedimento illegittimo della p.a. O, invertendo i termini, se la lesione subita dalla possibilità di conseguire il bene dipende più probabilmente che non dall’illegittimità della condotta della p.a.⁴⁴.

Risulta perciò chiaro come siano prive di fondamento le opinioni giurisprudenziali che hanno ancorato la risarcibilità della *chance* al necessario raggiungimento di un dato livello percentuale o comunque probatorio in ordine all’effettiva probabilità che il risultato sarebbe stato conseguito dal ricorrente⁴⁵.

⁴² La critica è mossa anche da A. Vacca, *commento a Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268*, in *www.lexitalia.it*.

⁴³ Cfr. Cass. Civ., n. 28993/2019, cit.

⁴⁴ È ben chiaro a chi scrive che la risposta al quesito sarà spesso di segno positivo, poiché tale possibilità era integra prima dell’adozione del provvedimento illegittimo e, dopo, non è più possibile verificare se essa si sarebbe concretizzata nel conseguimento del bene della vita o meno. Il nesso sarà però da escludersi, come pure chiarito dalla più volte citata Cass. Civ., n. 28993/2019, «al di là ed a prescindere dall’esistenza della possibilità di un risultato migliore, dalla presenza di fattori alternativi che ne interrompano la relazione logica con l’evento»; nonché, può aggiungersi, in tutti i casi di insanabile incertezza non rispetto al conseguimento del risultato, ma anche rispetto alla sola stessa possibilità perduta di conseguire quel ricorso: cioè laddove non solo risulta oggettivamente impossibile sapere se il bene della vita sarebbe stato conseguito (ad es. per irripetibilità della gara), ma anche solo chiarire se la possibilità di conseguire il bene sia stata lesa (ad es. perché il ricorrente non è in grado di provare che avrebbe potuto partecipare alla gara se fosse stata indetta). Sul tema dell’accertamento del nesso di causalità nel danno da perdita di *chance* V. F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l’inferenza logica*, cit., 1136-1139, 1157-1159.

⁴⁵ Rileva I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance*, cit., come tale orientamento sia da considerarsi addirittura prevalente nella giurisprudenza amministrativa. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV,

Pare cadere nell'equivoco anche la recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, pur nel rilevare come la *chance* consista in «una posizione giuridica autonomamente tutelabile -morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall'elemento causale dell'illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa)», nondimeno ritiene che ciò sia possibile «purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata», che pare evocare nuovamente il richiamo alla probabilità di conseguimento del risultato perché la *chance* sia risarcibile⁴⁶.

In realtà, muovendo dal piano del c.d. danno evento a quello del c.d. danno conseguenza, la ricerca dell'argine a risarcimenti di pregiudizi che, in realtà, sono insussistenti, non va ricercata nella fisionomia della *chance*, discorrendo di serietà e concretezza della stessa, escludendo appunto la sussistenza del danno evento, bensì nella verifica del danno conseguenza, cioè delle conseguenze pregiudizievoli che il privato ha subito per non aver potuto verificare se la possibilità di conseguire il risultato si sarebbe tradotta nell'effettivo conseguimento del risultato stesso.

La domanda a cui il ricorrente dovrebbe offrire risposta probatoria è: quali conseguenze ti sono derivate dalla circostanza che non hai avuto modo di sfruttare la possibilità di conseguimento del bene della vita?

Si coglie perciò come sia sotto tale profilo, *i.e.* quello delle conseguenze che derivano al danneggiato dalla lesione della sua *chance* di conseguire il bene della vita, che devono essere raccolti gli elementi di fatto sulla cui base determinare la “serietà” della *chance*. Ma ciò non al fine di affermarne la sussistenza, bensì di misurare le conseguenze che la sua lesione abbia prodotto nel patrimonio del danneggiato.

È perciò necessario che il ricorrente provi in giudizio tutti gli elementi che caratterizzano la possibilità che egli aveva di conseguire il risultato prima che essa sia stata irrimediabilmente lesa dalla condotta illecita della p.a., mentre saranno escluse conseguenze dannose nel caso in cui non vi siano elementi fattuali tali da superare quella soglia di tollerabilità e solidarietà che, insita nel sistema risarcito-

16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; Cons. Stato, sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546.; Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019 n. 7845; Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2020 n. 5330, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. La tesi è altresì ancora ben presente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 17 febbraio 2022, n. 5231, per la quale, la perdita di *chance* è risarcibile quando si «provi il nesso di causalità tra l'inadempimento [...] ed il suddetto danno in termini prossimi alla certezza, essendo insufficiente il mero criterio di probabilità quantitativa dell'esito favorevole».

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2021, cit. Anche I. Genuessi, *La risarcibilità del danno da perdita di chance*, cit., rileva infatti come la Plenaria si iscriva nel filone giurisprudenziale citato alla precedente nota.

rio ex art. 2 Cost., esclude che siano risarcibili le conseguenze delle lesioni procurate a situazioni soggettive che si connotino come bagatellari⁴⁷.

In merito alla sua quantificazione, posto che si tratta di un danno di natura ipotetica nel suo esatto ammontare, poiché la possibilità di conseguire il risultato non coincide con quanto sarebbe stato ottenuto dal conseguimento del risultato, ma si tratta di dare un valore alla sola, astratta, possibilità perduta di conseguirlo, si rientra, ad avviso di chi scrive pacificamente, nell'ambito applicativo dell'art. 1226 c.c. (e 2056 c.c.), che abilita il giudice alla liquidazione del risarcimento del danno in via equitativa «se il danno non può essere provato nel suo ammontare».

Vale peraltro ricordare, proprio in merito a tale liquidazione, che essa deve necessariamente essere ancorata ad elementi fattuali emergenti dalla domanda risarcitoria e acquisiti nel giudizio e che l'attività giudiziale ad essi deve fare riferimento nella motivazione che sorregge la quantificazione, in via equitativa, del risarcimento.

Solo così infatti, essa si pone in linea con i condivisibili dettami forniti da tempo dalla Corte di Cassazione, che ricorda come il potere giudiziale derivante dall'art. 1226 c.c. debba rispondere a due distinte funzioni: la prima è quella di garantire al danneggiato un ristoro adeguato del pregiudizio patito; la seconda è invece quella di «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale ad eliminare le disparità di trattamento e le ingiustizie»⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. V. Neri, *La "chance" nel diritto amministrativo*, cit., 301, che evidenzia che «è vero che con l'ampliamento della legittimazione ad agire contro affidamenti diretti illegittimi si corre il rischio di un ampliamento delle richieste risarcitorie ma tale timore può essere adeguatamente fronteggiato considerando che, dopo l'accertamento della lesione della *chance*, rimane ancora da indagare il diverso profilo relativo alla quantificazione e liquidazione del relativo danno, se esistente e provato, con le precisazioni e i limiti scaturenti, si ripete, dall'osservanza del dovere di solidarietà e dalla non risarcibilità dei pregiudizi non seri e non gravi». Condivisibilmente, anche Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, cit., ha evidenziato che «al fine poi di scongiurare azioni bagatellari o emulative, il giudice dovrà disconoscere l'esistenza di un 'danno risarcibile' (1223 c.c.) nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo», con un ragionamento che, a differenza di quello sul rapporto tra ingiustizia del danno e serietà della *chance*, correttamente riporta il problema sul piano del danno conseguenza. Altrettanto condivisibilmente, la sentenza afferma che «la tecnica probabilistica va quindi impiegata, non per accertare l'esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del 'quantum' risarcibile. Con l'avvertenza che, anche se commisurato ad una frazione probabilistica del vantaggio finale, il risarcimento è pur sempre compensativo (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo».

⁴⁸ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, 2011, fasc. 4, 1568, con nota di M. Gagliardi, *Ancora su equità e tabelle: Milano capitale d'Italia (almeno per la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona)? Segnali contrastanti*. Appare fare un buon governo di tali regole proprio la citata sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, che elenca gli elementi fattuali sulla cui base procede alla determinazione in via equitativa del risarcimento del danno da perdita di *chance* di aggiudicazione in favore di una impresa in ipotesi di omessa indizione della gara e proroga dell'affidamento. Infatti, pur liquidando il danno in misura pari al 10% dell'utile astrattamente ricavabile dall'affidamento, che pare utilizzare una formula stereotipata, tuttavia fonda tale valutazione sui seguenti elementi, meritevoli di essere riportati per analiticità e completezza, tali da dimostrare la piena valutazione dei dati fattuali da parte del giudice nell'effettuare la valutazione equitativa: «A tal fine si è tenuto conto dei seguenti dati contenuti nella delibera impugnata e nei

In questi termini, è evidente che ritorna l'intimo legame tra il valore del risultato e la possibilità di conseguire il medesimo risultato, senza che tuttavia ciò possa far sorgere dubbi circa il fatto che il risarcimento del danno da perdita di *chance* vada a compensare la medesima perdita (il risultato) del quale non è stato possibile raggiungere però la prova circa la spettanza.

È evidente infatti che il parametro di base a cui tendere con il ragionamento è quello del riferimento concreto a cui la possibilità è collegata, perciò il bene della vita, ma la quantificazione della sola possibilità di conseguirlo resta da operarsi in via autonoma e, infatti, è necessario ricorrere al parametro equitativo⁴⁹.

6. Conclusioni

In conclusione del ragionamento sin qui condotto, appare a chi scrive che possa riscontrarsi, sulla base delle acquisizioni sopra riportate, un solido fondamento e una sicura utilità per la categoria giuridica del danno da perdita di *chance* e, a monte, della stessa ascrivibilità della *chance* alle estrinsecazioni della situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo di cui il privato è titolare nei confronti della pubblica amministrazione.

suoi Allegati (relativamente alla proroga delle concessioni per il periodo dal 19 novembre 2020 al 11 dicembre 2021), e segnatamente:

- come base per il calcolo del costo standard per l'anno 2021 sono stati presi in considerazione i costi presentati da SAD per l'anno 2018;
- i costi così calcolati, detratti gli importi per l'indennità di bilinguismo (riconosciuti a piè di lista), sono stati divisi per i km effettuati da SAD nel 2018 compreso il 12% di chilometri di trasferimento e quindi indicizzati al tasso d'inflazione per il periodo 2019-2021 aggiungendo, in linea con la prassi vigente, un utile ragionevole pari al 1%;
- i costi totali da riconoscere secondo il principio del costo standard (dal 1 gennaio 2021 all'11 dicembre 2021) sono stati pari ad € 40.045.251,88 per SAD, e pari ad € 27.915.012,93 per LIBUS;
- il costo standard unitario per i servizi di linea extraurbani per l'anno 2021 pari a 2,5974 Euro/km;
- ricavi e proventi nel 2018 (ovvero il valore monetario totale delle entrate della gestione annuale in proroga) di SAD in circa € 11.760.442,23, e in € 6.148.008,70 quelli di LIBUS;
- per differenza (tra costi totali riconosciuti e ricavi) è stato concesso un contributo pubblico (per il periodo dal 19 novembre 2020 all'11 dicembre 2021) per SAD di € 31.736.404,44, e per LIBUS di € 24.494.002,80».

⁴⁹ Coglie tale aspetto E. Follieri, *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, cit., che infatti afferma «il punto di partenza è il valore del bene sperato che, però, non può costituire, per l'intero suo importo, il danno, perché va risarcita la *chance*, non la perdita del vantaggio atteso»; l'A. tuttavia, muovendo dalla non divisibile idea che gli interessi procedurali siano la base della *chance*, già criticata in precedenza, afferma però poi che «l'importo va equitativamente stabilito in una percentuale del valore, considerando l'altro aspetto che fonda tale danno, il mancato rispetto delle norme sull'esercizio del potere, e quindi vanno valutati: il tipo di violazione, formale, procedimentale o sostanziale in cui è incorsa l'azione amministrativa; il numero delle norme giuridiche non rispettate; la gravità in sé delle violazioni; la durata del comportamento non conforme alle regole; la buona fede; la rilevanza della negligenza e così via in una visione a 360 gradi dell'azione amministrativa».

Come detto, ciò può prescindere ormai dalla dicotomia *chance* eziologica vs *chance* ontologica, che appare rilevante solo a fini descrittivi di una evoluzione del pensiero giuridico che si è mosso, per comprendere il rilievo giuridico della *chance*, dal piano del nesso di causalità a quello delle situazioni soggettive.

Ciò che invece pare emergere dalle considerazioni sopra svolte è la necessità di riconoscere come la *chance* di conseguire un certo bene della vita⁵⁰ rilevi per l'ordinamento, in quanto tale, come "contenuto minimo" dell'interesse legittimo pretensivo del privato rispetto al conseguimento del bene della vita, la cui realizzazione passa attraverso l'esercizio del potere; e la sua risarcibilità, coordinandosi anche con l'ancora attuale, ad avviso di chi scrive, giudizio di spettanza del bene della vita, può pertanto essere predicata in tutti i casi – ma solo in essi – in cui non sia più possibile accertare la predetta spettanza del bene della vita, neppure da parte della pubblica amministrazione, essendo ciò divenuto, a seguito dell'illecito, oggettivamente impossibile.

Orbene, che in tal caso le conseguenze dell'illecito siano fatte ricadere sulla pubblica amministrazione danneggiante, non appare condurre all'affermazione dell'inammissibile risarcimento di un interesse non considerato meritevole di tutela dall'ordinamento o di un interesse di mero fatto, né a colmare inammissibilmente una lacuna dell'ordinamento⁵¹, bensì proprio a rispettare il principio dell'integralità del risarcimento del danno⁵².

Tale conclusione naturalmente è giustificabile solo a condizione che emergano, come sopra visto, gli elementi fattuali concreti da cui desumere l'*ubi consistam* della *chance* che si è perduta, sì da consentire una liquidazione equitativa del risarcimento del danno rispettosa dei già citati principi che la presidono.

Il percorso logico così svolto si spera che possa fornire un contributo per evitare che il risarcimento del danno da perdita di *chance* assuma i connotati dell'araba Fenice del Metastasio: «che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa»⁵³.

⁵⁰ Nel lavoro è ben chiaro che l'attenzione vada principalmente riservata alla *chance* pretensiva, i.e. appunto la possibilità perduta di ampliare la sfera giuridica soggettiva del privato, essendo del tutto marginali, a nostro avviso, quand'anche in ipotesi esistenti, le fattispecie di *chance* oppositive. V. anche la superiore nota 21.

⁵¹ Cfr. M. Barcellona, *Chance e causalità*, cit.

⁵² In argomento si V., per l'emersione stessa del principio, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. V. inoltre M.R. Marella, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in G. Visintini (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, Vol. III, 2009; G. Grisi, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012; T. Pellegrini, *La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e compensatio lucri cum damno*, in *Jus Civile*, 2018, 640 e ss. e Id., *Il principio di integrale riparazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 183-195;

⁵³ P. Metastasio, *Demetrio*, 1731, II.3.

Tra danno e situazione giuridica soggettiva: osservazioni sulla perdita di chance nel diritto amministrativo

Lo scritto analizza il tema del risarcimento del danno da perdita di *chance* nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Il lavoro non svolge una analitica e approfondita ricostruzione di tutte le tesi dottrinali e giurisprudenziali sviluppatesi sul tema e abbandona sin da subito la dicotomia *chance* eziologica *vs* *chance* ontologica, ritenuta, in uno con la migliore giurisprudenza della Corte di Cassazione, foriera di confusione. Lo scritto prova a descrivere quando ed entro che limiti sia predicabile il risarcimento del danno da perdita di *chance* in relazione alle diverse tipologie di attività amministrativa e conseguenti modelli di giudizio davanti al giudice amministrativo ed a ricercare, sempre nell'ambito del diritto amministrativo, un fondamento giuridico alla *chance* stessa, che si giunge a ritenere estrinsecazione dell'interesse legittimo. Si conclude poi con alcune considerazioni in merito agli elementi che in giudizio debbano essere riscontrati per affermare la risarcibilità ed in che misura di una *chance* lesa.

Between damage and subjective legal situation: observations on the loss of chance in administrative law

The paper analyses the issue of compensation for damages for loss of chance in the relationship between private parties and the public administration. The work does not perform an analytical and in-depth reconstruction of all the doctrinal and jurisprudential theses that have developed on the subject and refuses the dichotomy of the so-called etiological chance *vs* ontological chance. The paper attempts to describe when and within what limits compensation for damages for loss of chance is predictable in relation to the different types of administrative activities and the consequent models of judgement before the administrative judge, and to seek, still within the sphere of administrative law, a legal basis for the chance itself, which is considered an expression of legitimate interest. It concludes with some considerations on the elements that must be found in court to affirm the compensability and to what extent of an injured chance.