



21 OTTOBRE 2020

La chances nel diritto
amministrativistico (e non solo):
riflessioni sistemiche in prospettiva
multidisciplinare

di Bruno Tassone

Professore associato di Diritto privato
Università telematica Universitas Mercatorum



La *chances* nel diritto amministrativistico (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*

di Bruno Tassone

Professore associato di Diritto privato
Università telematica Universitas Mercatorum

Abstract [It]: il saggio esamina l'elaborazione compiuta dalla dottrina e giurisprudenza amministrativistiche sulla *chance* passando in rassegna le teorie inerenti alla responsabilità della P.A. per ricollegarle al dibattito sulla possibile inversione dell'onere della prova del nesso nella responsabilità contrattuale, soffermandosi sulla relazione fra *chance* e discrezionalità della P.A. e considerando le tecniche risarcitorie impiegate nel settore degli appalti. Il discorso si conclude indicando una più ampia prospettiva, sviluppata auspicando un dialogo fra le due aree del diritto che promette di essere, reciprocamente, sempre più arricchente.

Abstract [En]: The essay examines the elaboration carried out by administrative literature and case-law on the so called "loss of chance" doctrine (LOC) by reviewing the theories on the Public Administration liability to link them to the debate on the possible reversal of the burden of proof of causation in the context of contractual liability, by focusing on the relationship between LOC and Public Administration discretion and by considering the compensation techniques used in the public procurement sector. The reasoning is concluded by indicating a broader perspective, developed with the hope to foster a dialogue between the two areas of the legal system which is mutually and increasingly enriching.

Sommario: 1. Alla ricerca di un "ponte" fra diritto civile e amministrativo. 2. Note minime sull'inquadramento della responsabilità della P.A. e spunti sulla inversione dell'onere del nesso nella responsabilità contrattuale. 3. Più in particolare: la natura dell'attività con alcuni spunti sull'illecito senza danno. 4. Riflessioni sul settore degli appalti, sulle tecniche di liquidazione e sulle voci di danno nel prisma della *chance*. 5. L'anima "regolatoria" della perdita di *chances* e alcuni approfondimenti della (e sulla) dottrina amministrativistica. 6. Riflessioni conclusive verso un quadro di insieme.

1. Alla ricerca di un "ponte" fra diritto civile e amministrativo

Il titolo del paragrafo introduttivo del presente saggio riprende – e non potrebbe essere diversamente, anche per ragioni affettive –, quello di un lavoro di alcuni anni fa, dedicato alla memoria di Antonio Romano Tassone¹.

In quella occasione si tracciavano i presupposti di un più ampio dialogo fra l'elaborazione civilistica e quella amministrativistica su vari problemi che l'applicazione della misura risarcitoria presenta, con particolare riferimento alla perdita di *chances*. E pare ora che i tempi siano maturi non solo per dare a quel

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si allude a B. TASSONE, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo: frammenti di un colloquio e prospettive di un dialogo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, vol. III, Napoli, 2017, 2655 ss., del quale il presente scritto costituisce – sotto i diversi profili di cui nel testo – uno sviluppo.

dialogo ulteriore impulso, ma soprattutto per inserire le riflessioni inerenti alla problematica figura *de qua* in un quadro più ampio e non circoscritto ad un solo settore dell'ordinamento². Per tale ragione il discorso è stato di recente allargato al diritto del lavoro, con uno scritto di cui saranno riprese in chiusura le coordinate di massima, per coordinarle con l'odierna riflessione³.

Ciò detto, alcuni motivi di interesse che derivano dal confronto con il diritto amministrativo sono auto-evidenti, di là dalla generale considerazione per cui, spesso, le cose si conoscono più profondamente per similitudine o differenza.

Ad esempio, è noto che anche nel settore del diritto amministrativo si è posto lo spinoso problema della soglia al di sotto della quale la perdita di *chances* non si ritiene risarcibile; e che anche la giurisprudenza amministrativistica pare meno legata di quella civilistica alla nota barriera del 50%, contandosi numerosi casi in cui la risarcibilità è ammessa a prescindere da tale soglia, in linea con quanto propone parte della dottrina⁴.

Del resto, è solo di recente che, in sede civile, la giurisprudenza di legittimità si è espressamente pronunciata nel medesimo senso⁵. E un'importantissima conferma di tale approdo è stata poi fornita nel momento di tentare una più ampia "razionalizzazione" della *chance*, completata solo nell'ambito del c.d. "progetto sanità" del 2019⁶: con una decisione di cui si dirà in chiusura (anche per chiedersi se il consolidamento della suddetta soluzione tesa all'abbandono della soglia sia casuale o il frutto di convergenze più o meno consapevoli), ma che – non a caso – chiama in causa l'elaborazione amministrativistica⁷.

² Per un quadro di insieme sulla giurisprudenza e dottrina amministrativistiche, G. VERCILLO, *La tutela della «chance» – Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 107 ss.

³ In proposito sia consentito di richiamare B. TASSONE, *La perdita di chances fra diritto civile e diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione in *Mass. giur. lan.*, 2020.

⁴ A mero titolo di esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340, in *Foro amm. – CDS*, 2008, 2035. Fra le tante, è invece attestata sulla posizione tradizionale, Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, in www.lexitalia.it. Per tutti, sul versante amministrativistico, F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss., mentre per una rassegna anche civilistica, D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, 2ª ed., Milano, 2010, *passim*.

⁵ Il superamento della soglia è usualmente ricondotto a Cass. 27 marzo 2014, n. 7195, fra le altre in *Foro it.*, 2014, I, 2150, con nota di R. PARDOLESI, *Perdita di chance: quando il dottore gioca con la vita del paziente*.

⁶ In estrema sintesi, nell'ambito del "progetto sanità" la Terza Sezione Civile della Cassazione ha pubblicato dieci sentenze "capostipite", poi richiamate in una sessantina di decisioni. I principali contenuti delle prime sono stati illustrati il 27 novembre 2019 da vari Consiglieri (e altri relatori) presso la Suprema Corte in occasione di un incontro organizzato dalla Struttura di formazione decentrata della Corte. Per un quadro di sintesi, C. SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, in R. PARDOLESI, (a cura di), *Responsabilità sanitaria in cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento* – Numero speciale 1/2020, del *Il Foro Italiano*, 1 ss.

⁷ Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, fra le altre in *Corr. giur.*, 2018, 904, con nota di B. TASSONE, *La razionalizzazione della chance secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, e Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria*, cit., 98 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*, nonché in *Foro it.*, 2020, I, 917, con nota di B. TASSONE, *La chance fra razionalizzazione, sanzione e finzione*.

È invece meno evidente il fatto che nel settore amministrativistico si sia affermata una specifica “anima” della perdita di *chances*, segnatamente di carattere “regolatorio”, la quale si manifesta precipuamente nel settore degli appalti, in relazione agli orientamenti che ruotano attorno alla mancata aggiudicazione di una gara o all’esclusione da essa, più oltre esaminati.

E si vedrà nel corso dell’esposizione che nemmeno tale profilo esaurisce i motivi che rendono assai interessante l’esperienza amministrativistica⁸.

Ciò nonostante, negli studi civilistici sono per solito limitati i riferimenti ad essa⁹: la quale – per un verso – non può che trarre ispirazione dai primi anche in considerazione dell’età assai più “giovane”, se non pure “di secondo grado”, che la misura risarcitoria ha in tale ambito, seguendo una linea che una certa giurisprudenza del Consiglio di Stato porta a mettere in luce¹⁰. Per altro verso – e tuttavia – proprio tale esperienza può offrire nuovi e più completi suggerimenti ricostruttivi in merito alla figura di cui si tratta, fornendo il destro, ad esempio, per ribadire il carattere di fatto polifunzionale¹¹.

Sotto il primo profilo, si deve qui ricordare in una battuta che solo con l’entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo (di seguito, per brevità, “CPA”) è stata abolita *ex lege* la regola della pregiudizialità (fatta salva la considerazione della mancata impugnazione del provvedimento *sub specie* di artt. 30, comma 3, CPA e 1227 c.c.)¹²: il che, in una con la considerazione del rapporto fra tutela in forma

⁸ Ad esempio, è assai interessante verificare se e come la dottrina amministrativistica affronti i problemi di coordinamento fra nesso e *chance*, se e come l’elaborazione civilistica la influenzi, se e come i giudici amministrativi dialoghino o no con quelli civili sull’argomento: seppur con la consapevolezza che i temi appena evocati sono solo alcuni di quelli che il connubio interdisciplinare pone e che, pure, stimola il confronto con le categorie generali e con la dimensione operativa (e processuale) delle regole. Per un più ampio sviluppo di tali aspetti, anche per evitare inutili ripetizioni, sia permesso richiamare di nuovo TASSONE, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo*, cit., 2655 ss.

⁹ Fra le eccezioni via via citate nel testo, di recente, TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2^a ed., 2019, 245 ss., cui aggiungere gli studi inerenti al dibattito sulla *chance* quale *pure economic loss*, fra i quali quelli di C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, *passim*, nonché di S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 86 ss. In argomento, si vedano anche quelli per cui pure la responsabilità amministrativa rientra nel novero della responsabilità da contatto sociale: per tutti, oltre ai contributi citati nelle note che seguono, A. ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: dalla spettanza del provvedimento alla spettanza del comportamento?*, in *Foro Amm. – CDS*, 2004, 718 ss., nonché M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, *passim*.

¹⁰ Ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2014, n. 1357, in *Foro it.*, 2014, III, 281, con nota di B. TASSONE, cui sia consentito rinviare nuovamente con riguardo alle influenze che sulla giurisprudenza amministrativistica hanno avuto le formule usate dalla Suprema Corte nel caso CIR-Fininvest, deciso in sede di legittimità da Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, fra le altre in *Giur. it.*, 2014, I, 40 ss., con nota di B. TASSONE, *L’arresto finale sul caso CIR-Fininvest: questioni generali e nesso eziologico*. Per altre decisioni che mutuano l’approccio civilistico, specialmente laddove fanno leva sulla *condicio* come schema dominante, Cons. Stato, Sez. III, 14 giugno 2016, n. 2554, in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 7, 98, nonché Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131, in *Foro amm.*, 2015, 65.

¹¹ Alcune riflessioni in argomento venivano svolte già in B. TASSONE, *nesso di causa e regimi processuali* (nota a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, Trib. Modena, 25 agosto 2008, Trib. Roma, 27 novembre 2008 e Cass. 19 maggio 2008, n. 23846), in *Danno resp.*, 2009, 525 ss., cui sia permesso di rinviare.

¹² Circa il rilievo in concreto della mancata impugnazione si veda, fra le altre, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, III, 31, con nota di A. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell’atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*. Si veda inoltre, per ampi riferimenti, G. TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo – Studio critico*, Napoli, 2015, 569 ss., cui aggiungere che sono proprio gli orientamenti amministrativistici di cui si tratta a poter portare ad un ripensamento di quelli civilistici in materia di

specifica (tipica e atipica, cui si aggiunge l'effetto conformativo del giudicato) e tutela per equivalente, insidia la candidatura della stessa misura risarcitoria a strumento principe per la tutela delle posizioni protette¹³.

Per giunta, al tempo relativamente breve che segna l'inizio del confronto con i problemi del risarcimento del danno, si affianca la notazione per cui la (caduta della) pregiudizialità non si è tradotta nell'indipendenza del rimedio (come del resto dimostra una scorsa alle soluzioni adottate da altri Paesi europei e alla giurisprudenza euro-unitaria), cui si aggiungono altre ragioni che non hanno propiziato lo sviluppo di un'autonoma elaborazione del giudice amministrativo, solo di recente chiamato a confrontarsi con i problemi della responsabilità della P.A.¹⁴.

Sotto il secondo profilo e volgendo l'attenzione ai contributi monografici per meglio delineare la configurazione della figura che qui interessa, la considerazione degli studi amministrativistici fa emergere almeno un lavoro il quale evidenzia le diverse opzioni prospettabili nel momento in cui la *chance* viene applicata in tale area del diritto, così dando certamente linfa, anche dal punto di vista squisitamente dogmatico, a un approccio poliedrico¹⁵.

concorso di colpa. Solitamente si afferma, infatti, che l'onere di mitigare le conseguenze dannose ai sensi del comma 2 dell'art. 1227 c.c. non si estende fino all'avvio di azioni giudiziarie, come dimostra agevolmente la considerazione della giurisprudenza formatasi in materia, per la quale sia consentito il richiamo a B. TASSONE, *Art. 1227 c.c. - Concorso del fatto colposo del debitore*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni - Artt. 1218-1276*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino, 2013, 285 ss.

¹³ Anzi, sotto tale profilo (e anche qui) il dibattito inerente alla portata dell'art. 2058 c.c. nel contesto dei rimedi amministrativistici può offrire nuovi spunti a quello civilistico. Sulla norma, per tutti, A. D'ADDA, *Art. 2058 - Risarcimento in forma specifica*, in U. CARNEVALI (a cura di), *Dei fatti illeciti*, vol. II, *Artt. 2044-2059 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, 609 ss.

¹⁴ Per la giurisprudenza euro-unitaria, in specie con riguardo all'incidenza che ha la mancata impugnazione, Corte giust. CE, 14 febbraio 1989, causa 346/87, in *Raccolta*, 1989, I, 303, mentre per la situazione inerente ad altri ordinamenti europei – all'interno dei quali il solo sistema francese pare prendere le distanze dalla regola che attribuisce rilievo al mancato esperimento del rimedio demolitorio (con la pregiudizialità “in concreto”), verosimilmente per via dell'attribuzione a quello risarcitorio del ruolo di “contrappeso” rispetto alla più ristretta azionabilità del primo –, si vedano i contributi pubblicati in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, nonché D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 683, e ancora ID., *Il processo amministrativo in Europa - Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, Trento, 2000. Inoltre, anche il vecchio schema bifasico, per cui in regime di pregiudizialità e ad atto annullato la giurisdizione spettava al giudice ordinario secondo la logica sintetizzata dalla nota teoria dell'affievolimento – icasticamente indicata come l'oggetto di una “scaramuccia locale” da A. ROMANO TASSONE, *Morire per la «pregiudiziale amministrativa»?* (Nota a Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254), in *Giust. amm.*, 2008, fasc. 4, 273, ID., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in www.giustamm.it, 2006, e ID., *Sui fondamenti della c.d. «pregiudiziale amministrativa»*, in *Giust. amm.*, 2007, 647 –, non sosteneva di certo un'autonoma elaborazione del giudice amministrativo, come pure emerge dalla ricostruzione dei passaggi attraverso cui la stessa concezione bifasica è stata superata offerta ad esempio R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano - La responsabilità della pubblica amministrazione dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, *passim*.

¹⁵ Ci si riferisce a VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., cui *adde* in chiave informativa, L. TREMANTE, *La perdita di chance: risarcimento del danno da attività amministrativa illegittima*, Matelica, 2006: nel rapportare la figura anche al complesso dibattito avvenuto nella dottrina amministrativistica in merito alle situazioni giuridiche soggettive, il primo Autore afferma fin dall'inizio che “il paradigma di tutela costruito su tale figura è [...] stato [...] trapiantato nel settore del diritto amministrativo, finendo per identificare una formula rimediale all'apparenza *bonne à tout faire*” (p. 11).

Del resto, la stessa giurisprudenza indica talvolta la *chance* come “esplicativa” (o eziologica) e talvolta come “delimitativa” (o ontologica), così e di nuovo sollecitando il confronto fra la tesi che vede nella *chance* una tecnica per gestire i problemi dell’accertamento del nesso e quella che, invece, reifica in un autonomo bene giuridico la possibilità di conseguire un beneficio o di evitare un pregiudizio¹⁶.

Inoltre, rinviando il lettore a quanto più oltre si dirà per l’esame delle numerose ricostruzioni inventariate dal formante dottrinale – le quali creano non poche assonanze con le riflessioni civilistiche e con il tema della gestione dell’incertezza –, per meglio comprendere come tali costruzioni vengano calate nella dimensione operativa della *chance* occorre prima considerare in che modo la responsabilità amministrativa possa essere in via generale ricostruita¹⁷.

2. Note minime sull’inquadramento della responsabilità della P.A. e spunti sulla inversione dell’onere del nesso nella responsabilità contrattuale

È troppo noto per doverlo ricordare in più di una battuta che è stata Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, ad abbattere il dogma della irrisarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi o, meglio, da

¹⁶ Nella prima accezione essa implica la prevalenza delle probabilità favorevoli e, dunque, le riflessioni che saranno più oltre compiute sul rapporto fra la causalità e la *chance* nella giurisprudenza civile possono portare ad affermare, sempre in prima battuta, che essa rischia di sovrapporsi al giudizio inerente al “più probabile che no”. Nella seconda accezione – che peraltro ha condotto la giurisprudenza amministrativa a predicare il superamento della citata soglia del 50% –, la *chance* si configura invece come bene già presente nel patrimonio del danneggiato e suscettibile di consentire il ristoro di un danno autonomo (per via della sua stessa lesione) rispetto a quello finale. In argomento, A. GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale – Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in *Contr. impr. europa*, 2008, 332 ss.; G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo* (nota a Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1850), in *Danno resp.*, 2009, 1033 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto* (nota a Tar Lombardia, Sez. II, 12 aprile 2000, n. 2793; Tar Puglia, Sez. II, 17 gennaio 2000, n. 169; Tar Lombardia, Sez. Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8; Tar Puglia, Sez. II, 24 marzo 2000, n. 1248, e Tar Lombardia, Sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869), in *Urb. app.*, 2000, 985 ss.; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione degli interessi legittimi dopo dieci anni*, in *Dir. amm.*, 2009, 392 ss.; nonché S. TARULLO, *Chance e risarcimento nelle controversie in materia di appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 677 ss.

¹⁷ Nel senso che la *chance* si indentifica “in quelle particolari aspettative che si esprimono nelle relazioni intersubiettive non assistite da alcuna garanzia di risultato, essendo la conservazione o il conseguimento del bene della vita caratterizzato da una intrinseca incertezza” e che il dibattito inerente alla sua tutela si è nel complesso spostato dal piano della qualificazione dell’ingiustizia del danno a quello della sussistenza del pregiudizio, per giunta dando alla buona fede e al divieto del *venire contra factum proprium* un significativo rilievo, VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 61-63 ss. e 70 ss.: il quale aggiunge alle tesi evocate quella (ormai superata) che fa leva sulla lesione dell’integrità del patrimonio, nonché quella c.d. “massimalista”, anch’essa minoritaria ma più vicina alla lettura eziologica (p. 89 ss.), più oltre esaminate. Inoltre, rispetto al “dialogo” patrocinato con il presente lavoro, va notato che un ruolo particolare viene affidato alla buona fede soprattutto per la tutela della c.d. *chances* esterne, cioè – al di fuori delle ipotesi risarcitorie connesse ai comportamenti c.d. “meri” – quelle oppositive che sorgono per proteggere l’affidamento del privato in ambito endo-procedimentale e/o a seguito dell’emanazione di precedenti provvedimenti, sulle quali pure si tornerà rapidamente in chiusura. Per ampi riferimenti al ruolo delle clausole generali in tale contesto, ancora TROPEA, *L’abuso del processo amministrativo*, cit., *passim*.

lesione dei beni della vita ad essi sottostanti, pur senza entrare in questa sede nell'ampio dibattito circa le situazioni giuridiche protette nel diritto amministrativo¹⁸.

Qui, piuttosto, interessa notare come appaia tutt'ora predominante la tesi per cui essa ha natura extracontrattuale¹⁹: pur se non mancano posizioni tese a suggerirne una ricostruzione in termini contrattuali – soprattutto grazie alla teorica del contatto sociale – oppure precontrattuali, se non addirittura a (tentare di) configurare un *tertium genus* o, più precisamente, una responsabilità *sui generis*²⁰.

Al riguardo, è chiaro che la stessa tesi della responsabilità da contatto configurata da talune decisioni dei giudici amministrativi, di nuovo usando una categoria elaborata in sede civile e traendo ispirazione dal sistema tedesco, potrebbe sia propiziare una “riflessione di ritorno” (dacché le principali fattispecie su cui lavora la giurisprudenza civile coinvolgono proprio la P.A.), sia offrire nuovi spunti per testare il modo in cui operano le inversioni dell'onere della prova del nesso nella responsabilità contrattuale, di là dalle tesi che danno rilievo alla lesione dell'affidamento in sé considerato²¹.

¹⁸ Per ampi riferimenti al dibattito di cui nel testo, VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 28 ss., mentre per la “storia” della questione che ha condotto fino alla legge 205/2000, A. ROMANO TASSONE, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir., Agg. VI*, Milano, 2002, 982 ss. Infine, il riferimento di cui sempre nel testo è ovviamente a Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, fra le tante, in *Foro it.*, 1999, I, 2487. Fra i molti commenti si vedano quelli di V. CARBONE, P.G. MONATERI, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, G. PONZANELLI e V. ROPPO, tutti sotto il titolo *La cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno resp.*, 1999, 965 ss.

¹⁹ In giurisprudenza, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1220, in *Foro amm. – CDS*, 2013, 487. In dottrina, fra i tanti, R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683 ss.

²⁰ In argomento, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 20 ss., mentre si trova ampia menzione del dibattito intercorso in sede civilistica su detta categoria in S. BARONE, *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della legge n. 24/2017*, in C. CONSOLO (a cura di), *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria*, Torino, 2018, 1 ss., nonché in F. DI CIOMMO, *Casualità verso causalità: scienza e natura, determinazione e destino nella (nuova?) responsabilità medica*, in F. VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, 2018, 112, nt. 37. Per un recente quadro di sintesi, L. GUAGLIONE, *La responsabilità da contatto sociale nella evoluzione dell'ordinamento*, in VOLPE, *La nuova responsabilità sanitaria*, cit., 167 ss.

²¹ Quanto al primo aspetto di cui nel testo, per la giurisprudenza amministrativa che ha sposato la tesi della responsabilità da contatto, Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Giur. it.*, 2001, 2386; Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 340, in *Nuove autonomie*, 2003, 186; Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, III, 457; Cons. Stato, Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1467, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1542; nonché Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 340. Ciò premesso, è interessante notare che in sede civile la teorica è stata usata soprattutto nei casi della responsabilità del sanitario e dell'insegnante che operano entrambi in un pubblico istituto, come emerge – limitandoci sempre a riferimenti essenziali – dalla storica Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 (fra le molte altre in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*) circa il rapporto fra il paziente e il medico di una pubblica struttura, nonché da Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346 (*id.*, 2002, I, 2635, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*) in materia di responsabilità contrattuale dell'insegnante di un istituto pubblico di istruzione verso l'alunno. Quanto alla tesi pure menzionata nel testo – alla quale è evidentemente connessa l'esigenza di sanzionare una condotta illegittima di per sé –, non solo essa conduce alla modificazione (o addirittura elusione) del giudizio di spettanza di cui si dirà fra breve, ma comporta anche lo spostamento sulla P.A. l'onere di provare l'assenza di colpa, come emerge da S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Riv. amm.*, 2001, 1 ss., da PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, cit., 985 ss., nonché da D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento*

In effetti, non solo nell'ambito della responsabilità della P.A. l'elemento soggettivo dell'illecito può creare minori problemi al danneggiato rispetto a quanto non accade in altri settori (anche una volta abbandonata l'idea della *culpa in re ipsa*), altresì sulla scorta di taluni interventi della Corte di Giustizia in punto di colpa oggettiva²²: ma proprio la problematica relativa alle ricadute della pronuncia delle Sezioni Unite n. 577/2008 sulla possibile inversione dell'onere della prova del nesso di causa nella responsabilità contrattuale potrebbe portare nel contesto in questione – così come quello giuslavoristico, rimasto impermeabile ad essa – conseguenze applicative assai rilevanti, peraltro con ulteriori implicazioni in tema di responsabilità precontrattuale della stessa P.A.²³.

Invero, nell'area di cui si tratta non ha trovato alcuna risonanza la regola ricondotta alla ridetta pronuncia, secondo cui sarebbe il convenuto, per andare esente da responsabilità, a dover dimostrare l'assenza del nesso e non l'attore a dover provare la sua sussistenza, appunto per via della natura contrattuale della responsabilità²⁴.

e processo amministrativo, Milano, 2002, 270 ss., cui aggiungere, nella dottrina civilistica, ancora C. CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, 69 ss.

²² Ciò accade vuoi per il modo in cui operano le presunzioni se non la stessa inversione dell'onere della prova (talvolta stabilito) in ragione della illegittimità dell'atto (seppur con maggiori margini di difesa, per la P.A., a fronte di un'attività discrezionale), vuoi per l'applicazione – se del caso al di fuori del settore degli appalti pubblici comunitari – degli insegnamenti della Corte di Giustizia enunciati fra le altre con Corte giust. UE, 30 settembre 2010, in *Raccolta*, 2010, I, 8695. Con riguardo alla giurisprudenza nazionale, per i criteri da seguire per l'accertamento della colpa, Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2012, n. 4089, in *Giur. amm.*, 2012, 226; per la prova presuntiva, Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500, in *Foro it.*, 2005, III, 295; mentre per la “resistenza” alle spinte provenienti dall'ordinamento comunitario, Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483, fra le altre in *Giornale dir. amm.*, 2012, 969, con nota di R. CARANTA, *Diritto Ue e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, ove ulteriori riferimenti.

²³ Premesso che il richiamo di cui nel testo è a Cass., Sez., Un., 11 gennaio 2008, n. 577, fra le altre in *Foro it.*, 2008, I, 455, sulle implicazioni della scelta fra la tesi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, intanto, circa i beni effettivamente protetti e le ricadute sul *quantum*, dal punto di vista amministrativistico, A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss. Rispetto, poi, alla tesi che riconduce alla prima anche la responsabilità precontrattuale, all'interno di una letteratura assai ampia vale la pena di ricordare – nei limiti di una nota a più di pagina – che, per insegnamento ricevuto, essa viene ricondotta in prevalenza a quella aquiliana, secondo una costruzione tuttavia e di recente rimessa in discussione dalla Suprema Corte proprio in un caso coinvolgente la P.A., sempre in base alla teorica del contatto sociale, così ricavandosi nuovi spunti circa quelle afferenti al diritto amministrativo. Il riferimento è a Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 219, la quale conferma la soluzione offerta con Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, fra le altre in *Europa dir. priv.*, 2012, 1227, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*.

²⁴ Ciò, se si vuole, a riprova della naturale refrattarietà dei giudici a recepire una regola altamente discutibile e che anche una decisione delle Sezioni Unite successiva al 2008, resa nel contesto giuslavoristico, ha espressamente smentito. In effetti, nel pronunciarsi su una sorta di *class action* intentata da 66 dipendenti i quali lamentavano il danno da perdita di *chances* per via della mancata organizzazione di procedure atte a permettere la loro progressione verticale, Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21678, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, ha affermato che secondo la “giurisprudenza della Sezione Lavoro [...] l'onere di provare – alla stregua dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale – il nesso di causalità tra il detto inadempimento datoriale e il danno” (corsivo aggiunto).

Limitandoci a pochi accenni, la dottrina non aveva in verità dedicato molta attenzione alle ricadute della citata decisione del giudice della nomofilachia (con alcune eccezioni), mentre la giurisprudenza aveva perlopiù preferito la regola tradizionale²⁵.

Tuttavia, a metà del 2017 la Suprema Corte tornava *ex professo* sulla questione, affermando (senza successo) che il contrasto era solo “apparente”, ma in realtà proponendo una ripartizione degli oneri probatori che non mutava il quadro, dacché la prima mossa “probatoriamente rilevante” spettava sempre all’attore, come avrebbero ribadito molte pronunce successive²⁶.

Ne nasceva dunque un dibattito via via più inteso: il quale conduceva alla presa di posizione manifestata con le sentenze di San Martino 2019 (quelle rese nel contesto del “progetto sanità” di cui in apertura), dacché due decisioni circoscrivono l’inversione dell’onere della prova sul nesso alle obbligazioni di dare e fare, dichiarandola invece non applicabile a quelle aventi ad oggetto un *facere* professionale²⁷.

Ebbene, sul piano teorico tali decisioni toccano una serie di snodi fondamentali della riflessione civilistica, relativi al difficile rapporto fra gli artt. 1218 e 1176 c.c., al ruolo dell’art. 2236 c.c. e alla (contestata) distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato²⁸: nonché – come evidenziano le voci critiche – alla stessa struttura della responsabilità contrattuale, che secondo una nota tesi sarebbe tale da “inglobare” il nesso di causa nell’inadempimento²⁹.

²⁵ Per un’ampia ricostruzione della giurisprudenza successiva all’arresto del 2008, sia consentito rinviare a B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione dell’onere della prova del nesso*, in *Danno resp.*, 2018, 14 ss.

²⁶ Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, che si legge fra le altre in *Foro it.*, 2018, I, 1348, con nota di G. D’AMICO, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, la quale distingue fra la “causa della fattispecie costitutiva della responsabilità” dedotta dal danneggiato – che è suo onere provare – e la “causa della fattispecie estintiva dell’obbligazione opposta dal danneggiante”. Per un attento inventario delle sentenze rese dopo tale arresto, A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa* (nota a Cass. 20 novembre 2018, n. 29853, e Cass. 26 febbraio 2019, n. 5487), *id.*, 2019, I, 1603 ss., cui adde C. SCOGNAMIGLIO, *L’onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 202 ss.

²⁷ Premesso che l’impianto di fondo era stato già enunciato da E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la L. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265 ss., il riferimento è a Cass. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, fra le altre in PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria*, cit., 129 ss., dove sono commentate da G. D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, 150 ss., da F. MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione*, 162 ss., da U. IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, 198 ss., da R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, nonché da F. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, 169 ss. Le decisioni sono altresì annotate, fra gli altri, da M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 195 ss., e da SCOGNAMIGLIO, *L’onere della prova*, cit., nonché da A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*, in *Danno resp.*, 2020, 75 ss.

²⁸ Nonostante il dibattito appena menzionato, vari Autori continuano ad approvare la richiamata idea per cui anche nella responsabilità contrattuale debba essere il creditore a dare dimostrazione del nesso, che tradizionalmente si riconduce al compianto Cesare Massimo BIANCA, da ultimo espressa in *Diritto civile*, vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 128. Fra gli altri, più di recente, DI CIOMMO, *Casualità verso causalità*, cit., 85, nonché G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1343 ss.

²⁹ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 717-718, sulla scia dell’insegnamento di CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, cit., 525 ss.

Per giunta, su un piano eminentemente pratico, non si può negare che la categoria del *facere* professionale cui fa riferimento la Suprema Corte dovrà essere oggetto di una maggior definizione e – per quanto qui interessa – ci si può chiedere in che modo le costruzioni amministrativistiche che configurano la responsabilità della P.A. come contrattuale possano dare (e ricevere) un contributo rispetto a tale fondamentale profilo.

Inoltre, se si affermerà l'idea per cui l'*onus probandi* in tema di nesso di causa è da porre sul convenuto, è chiaro ciò si tradurrà in una significativa compressione dello spazio lasciato *chance*: perché – almeno di fatto – verrebbe in radice eliminato, per l'attore, il problema di fronteggiare le incertezze che connotano il legame fra la condotta e il danno che tale figura presidia e che, come si dirà nel toccare il tema della discrezionalità, sono per così dire all'ordine del giorno in alcune fattispecie afferenti alle gare pubbliche³⁰. Ciò detto circa un altro “momento” del confronto che si può proficuamente avviare fra l'esperienza civilistica e quella amministrativistica, occorre ora tornare ad altra questione rilevante per l'inquadramento della perdita di *chances*.

Invero, il dibattito innescato dalle Sezioni Unite con la citata decisione n. 500/1999 ha portato taluni ad affermare che in presenza di interessi legittimi oppositivi la pronuncia di un provvedimento illegittimo integra di per sé gli estremi dell'ingiustizia del danno; mentre, secondo altri, occorre verificare se l'atto sia viziato dal punto di vista sostanziale – *au fond* per usare la terminologia impiegata oltralpe – oppure formale (a patto, beninteso, di ammettere all'origine la differenziazione fra le relative tipologie di vizio)³¹; e di qui, nella seconda prospettiva, ulteriori distinzioni tese a soppesare l'attitudine del vizio stesso a determinare un diverso esito del procedimento giusta i canoni del comma 2 dell'art. 21-*octies* della legge 241/1990, che propone criteri di giudizio ai quali (come si vedrà più oltre) non è indifferente il vaglio della domanda risarcitoria³².

Ebbene, il tema è immediatamente rilevante per l'inquadramento della *chance* perché solo per la seconda e prevalente ricostruzione l'accoglimento della domanda risarcitoria presuppone che venga svolto un vero e proprio giudizio contro-fattuale al fine di stabilire se il provvedimento avrebbe avuto un diverso contenuto. E ciò non è appunto e sempre da escludere anche ove l'annullamento sia avvenuto (o sia

³⁰ Sul punto, D. FREMBA, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances perdute?*, in *La Resp. medica*, 2018, 276 ss.

³¹ In giurisprudenza, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1220, cit., in tema di interessi oppositivi. In dottrina, fra i tanti, di nuovo CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit., 683.

³² Sulla categoria di cui nel testo, A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in www.giustamm.it, 2006, nonché P. LAZZARA, *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. – CDS*, 2009, 207 ss. In giurisprudenza, ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280, *id.*, 2002, 897 ss. Critica sotto il profilo indicato Cass. 500/1999 all'indomani della sua pronuncia, R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201, cui *adde* F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 632 ss.

prospettabile) per vizi meramente formali (bastando un attimo a comprendere quanto siano diversi, ad esempio, il caso dell'annullamento per incompetenza territoriale, da un lato, e quello per violazione di legge ed eccesso di potere, dall'altro lato)³³.

Dunque, emerge subito e prepotentemente il tema della (in)sindacabilità giudiziale dell'azione amministrativa (solo in parte omologo a quello che sorge in materia giuslavoristica)³⁴: fatte salve, ovviamente, le eccezionali ipotesi di giurisdizione estesa al merito, nonché rammentando la distinzione, di cui *infra*, fra discrezionalità tecnica e pura.

In effetti, i margini di manovra che la P.A. ha o no nell'adozione del provvedimento sono proporzionali al rischio che il giudice, seppur solo a fini risarcitori, si sostituisca ad essa nel compiere valutazioni che soltanto alla stessa spettano e, comunque, alla difficoltà di stabilire cosa sarebbe successo senza il vizio: sicché – letto il binomio attività vincolata / discrezionale (anche) con la lente civilistica – si è ipotizzato che il giudizio sia tendenzialmente da impostare in termini di “più probabile che no” nel primo caso e di perdita di *chances* nel secondo, sebbene in giurisprudenza non si riscontri una assoluta linearità rispetto a tale schema³⁵.

Inoltre, sfatata così l'antica idea per cui il tema della *chance* si pone solo in materia di lesione di (beni della vita sottostanti a) interessi oppositivi, anche (e forse ancor più) rispetto a quelli pretensivi la questione evocata rimane centrale perché legata al “cuore” del giudizio prognostico che occorre compiere e che, a dire di gran parte della giurisprudenza, va svolto secondo *l'id quod plerunque accidit*³⁶.

³³ Anche in tale situazione, in effetti, occorre domandarsi cosa sarebbe accaduto ove la P.A. si fosse pronunciata *senza* violare le regole che la stessa doveva seguire, secondo una logica affine, almeno in parte, a quella che informa la nutrita giurisprudenza civile sulla responsabilità dell'avvocato per via della mancata proposizione nei termini di un'azione o per via della mancata impugnazione di una decisione sfavorevole, seppur con le innegabili differenze che si profilano nelle due classi di fattispecie. Fra esse vi è quella per cui la P.A. può (e in taluni casi deve) adottare un nuovo provvedimento di diverso contenuto una volta rimosso quello illegittimo (anche in dipendenza dell'effetto conformativo del giudicato amministrativo), mentre se è spirato il termine prescrizione o decadenziale per far valere un diritto o impugnare una sentenza sfavorevole viene ad essere ovviamente preclusa ogni possibilità di una decisione differente (in tal caso giurisdizionale).

³⁴ Anche sul punto conviene rinviare alle riflessioni conclusive.

³⁵ Sia permesso richiamare qui TASSONE, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo*, cit., e – per altra via – VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 42 ss., il quale peraltro afferma testualmente che “la *chance* [...] vive nello spazio lasciato dal diritto all'incertezza di conseguire un determinato risultato (*rectius* di conseguire e/o conservare il c.d. bene della vita)” (pp. 32-33), aggiungendo che “il concetto di *chance* [...] non può essere circoscritto né ad uno specifico interesse strumentale del privato, né ad una situazione giuridica soggettiva autonoma e distinta da diritto soggettivo e interesse legittimo” (p. 45). Fra le decisioni che, invece, non si conformano ad un tale impianto, sovrapponendo anzi i due segmenti nel momento di proporre ben tre criteri alternativi per verificare la sussistenza della *chance* perduta, Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131, in www.lexitalia.it, nonché Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2014 n. 674, *ibid.*, secondo le quali la sussistenza della *chance* è da affermarsi “attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori”, “attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza” oppure “attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla [...] Corte di Cassazione, del c.d. ‘più probabile che non’”.

³⁶ È appena il caso di notare che la formula è tutt'altro che estranea alla giurisprudenza civile, anche se oggetto dell'assorbimento all'interno del criterio processuale del “più probabile che no”, il che vale anche per le varie altre

Emerge allora e di nuovo il tema della “spettanza” del bene della vita nelle sue diverse declinazioni, via via formulate in modo da essere meno preclusive all’accoglimento della domanda risarcitoria – fino a quella della “probabile spettanza” – anche alla luce dei rischi inerenti alla “ossificazione” del relativo giudizio: poiché, sempre di primo acchito, il pregiudizio è più agevole da valutare in presenza di un bene già attribuito al privato prima dell’azione amministrativa (oppure per effetto di essa) e che va ripristinato per equivalente³⁷.

In proposito, si può condividere il rilievo per cui la problematica della *chance* si è via via spostata (anche se non sempre in modo coerente) dal piano dell’ingiustizia del danno a quello della sussistenza e/o quantificazione del pregiudizio derivante da un comportamento illegittimo³⁸. E ciò offre un ulteriore supporto all’idea per cui essa non è, spesso, che un modo per gestire i problemi del nesso in condizioni di incertezza, come pure dimostra l’ossessiva formula giurisprudenziale per cui “il risarcimento del danno da perdita di *chance* va ancorato a indefettibili presupposti di *certezza* dello stesso, escludendo il caso in cui l’atto illegittimo abbia determinato solo la perdita di una ‘eventualità’ di conseguimento del bene della vita”³⁹.

Inoltre, proprio tale formula apre le porte, anche in tale ambito, all’idea per cui la percentuale tramite la quale viene eventualmente apprezzata la consistenza della *chance* non corrisponde, necessariamente, al coefficiente di riduzione del danno applicato nel momento di procedere alla liquidazione⁴⁰: il quale coefficiente, a prescindere dalle declamazioni di volta in volta usate dall’estensore della decisione e dall’adesione all’uno o all’altro orientamento sulla ricostruzione della *chance* (in chiave eziologica o

teoriche enunciate in tema di nesso. Per non appesantire il presente scritto sia concesso il rinvio a B. TASSONE *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità* in E. AL MUREDEN (a cura di), *I fatti illeciti, I, Casi e materiali*, 2014, Torino, 77 ss.

³⁷ L’espressione di cui nel testo è di A. BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, in *Urb. app.*, 2007, 80. In argomento, fra i tanti, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.; ID., *La responsabilità dell’amministrazione e il potere amministrativo*, *id.*, 2009, 241 ss.; E. FOLLIERI, *il modello di responsabilità per lesione degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2006, 18 ss.; nonché F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa – Questioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2009, *passim*.

³⁸ Su tale evoluzione, VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 84 ss.

³⁹ Fra le tante Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 3 agosto 2004, n. 5440, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Responsabilità civile*, n. 358; Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2003, n. 1014, in *Foro amm. – CDS*, 2003, 61; nonché Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4628, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2009, 1006. Nella giurisprudenza civile, sempre in materia di appalti pubblici, Cass. 30 settembre 2016, n. 19604, in www.lexitalia.it.

⁴⁰ In effetti, un attento esame della giurisprudenza civile dimostra che a volte il danno è liquidato secondo il criterio della “proporzionalità matematica” per cui alla percentuale della *chance* corrisponde la stessa percentuale di riduzione e che, altre volte, i due sono sganciati l’uno dall’altro oppure che non vi è un chiaro apprezzamento del primo o del secondo termine: il tutto, nemmeno a dirlo, con la “benedizione” rappresentata dalla liquidazione equitativa. Il discorso sulle tecniche di liquidazione della *chance* – anche al fine di guardarla “in controluce” – è stato in precedenza sviluppato in B. TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2019, 181 ss., ora rielaborato in una seconda edizione in corso di stampa nella Collana “Studi di diritto privato” diretta da F.D. Busnelli, S. Patti e P. Zatti (Torino, 2020). E lo stesso sembra peraltro trovare uno spunto in quelle pronunce che disgiungono il giudizio sulla esistenza da quello sulla consistenza della *chance*, sulle quali, diffusamente, TRIMARCHI BANFI, *La chance*, cit., 873 ss.

ontologica) sopra richiamati, assume molto spesso e di fatto, quale pietra angolare, l'*utilitas* finale cui il ricorrente anelava⁴¹.

Del resto, pure il dibattito toccato di scorcio sulla configurazione delle posizioni giuridiche nel diritto amministrativo pare condurre, per altra strada, a consimili conclusioni, laddove uno dei modi per differenziare il diritto soggettivo dall'interesse legittimo fa leva sulla nozione di "situazione a risultato garantito" (o no): il che obbliga a prendere in esame la natura dell'attività provvedimentale foriera di danno⁴².

3. Più in particolare: la natura dell'attività con alcuni spunti sull'illecito senza danno

Venendo alla questione di cui in epigrafe, se l'attività vincolata non sembra porre particolari problemi, salvo che sul piano della liquidazione, l'ammissibilità ormai sempre più consolidata del sindacato intrinseco "forte" nei casi di discrezionalità tecnica dovrebbe indurre a un riconoscimento del pregiudizio arrecato al privato in via integrale e secondo le ordinarie regole adottate in materia di causalità: salvo ricorrere alla *chance* non solo ove si aderisca alla tesi tradizionale e più risalente del sindacato estrinseco, ma pure ove quello intrinseco lasci sacche di incertezza sostanziale o processuale circa l'esito della valutazione che la P.A. avrebbe compiuto⁴³. E ovviamente, come meglio si vedrà nel menzionare lo specifico settore degli appalti e come ci si può attendere, la *chance* trova una collocazione ancora più agevole in presenza di una discrezionalità pura.

Inoltre, ancorché non possa essere qui esaminata l'evoluzione che ha portato all'art. 133 CPA, almeno una menzione la merita il "danno da mero ritardo", che si verifica in caso di pronuncia fuori tempo massimo di un provvedimento legittimo, ma sfavorevole⁴⁴: dacché la tesi a tenore della quale la mancata

⁴¹ Ad esempio, afferma che "nell'interesse legittimo pretensivo, l'oggetto della posizione, tale da definirne il contenuto sostanziale (nel c.d. lato interno della relazione) non è un 'bene' già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un *utilitas* per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo", Cons. Stato, Sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644, in *Foro amm. – CDS*, 2011, 2409.

⁴² Per tale definizione, G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1128. Sul punto non possono non essere richiamati ancora gli studi di A. ROMANO TASSONE, fra cui *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, vol. III, Napoli, 2007, 1215 ss., ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 272 ss., nonché ID., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Agg. II*, Milano 1998, 968 ss., alcuni dei quali di recente ricordati in F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 437 ss., cui *adde* ancora G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *id.*, 2014, p. 585 ss. Ovviamente, con quanto affermato nel testo non si vuole suggerire l'assimilazione della *chance* all'interesse legittimo e viceversa: sul punto, TRIMARCHI BANFI, *La chance*, cit., 873 ss.

⁴³ Premesso che per sviluppare il tema occorrerebbe indagare ulteriormente quello inerente al sindacato sull'attività della P.A., che non è questa la sede per affrontare, si rinvia per ulteriori riferimenti a VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 152 ss., il quale – invece – esclude recisamente che il tal caso vi possa essere spazio per il risarcimento da perdita di *chances*.

⁴⁴ Secondo la lett. a) del comma 1 dell'art. 133 «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: a) le controversie in materia di: 1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in

pronuncia nei termini prescritti dà di per sé diritto al ristoro del pregiudizio lamentato crea non poche assonanze con la funzione deterrente e/o sanzionatoria che la responsabilità talvolta assume – se del caso tramite l'uso della *chance* –, così ottenendosi dallo scrutinio del settore amministrativistico un ulteriore spunto di riflessione per una lettura in chiave punitiva della responsabilità civile in generale e della *chance* in particolare⁴⁵.

Pure in tal caso, del resto, si riscontrano posizioni tese a dare autonomo rilievo alla violazione delle regole dell'azione amministrativa, in linea con la citata costruzione in termini contrattuali della responsabilità della P.A. e con l'idea per cui il danno cagionato non è più da rapportare, in tale contesto, all'utilità finale in ipotesi conseguibile per via di un esito favorevole del procedimento⁴⁶.

Ebbene, se con una nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 2005 tale tipo di impostazione ha subito una battuta d'arresto, perlomeno nella specifica fattispecie *de qua*, ma senza pregiudicare la portata del già ciato art. 133 CPA successivamente entrato in vigore, si profilano di nuovo interessanti elementi utili al dialogo con l'elaborazione civilistica⁴⁷: ad esempio e in primo luogo, mercé la considerazione degli obblighi di protezione sganciati dalla prestazione principale che il rapporto stesso fa in tesi sorgere e la cui violazione può dare la stura a un'autonoma pretesa risarcitoria, secondo la costruzione proposta da una nota dottrina⁴⁸.

conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo». Sulle diverse ipotesi nelle quali può venire in considerazione il ritardo nella emanazione di un provvedimento – favorevole o sfavorevole – e che sono ovviamente intrecciate alla tematica del silenzio, Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, in *Foro amm.* – CDS, 2005, 721, con tassonomia che appare ancora utile, nonostante le modifiche normative intervenute in materia con l'art. 2 *bis* della legge 241/1990 introdotto nel 2009 – sul quale, indicativamente, F. FIGORILLI e S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo (commento alla l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Urb. app.*, 2009, 916 ss., e M.C. RENNA e F. FIGORILLI, *Silenzio della pubblica amministrazione: I) Diritto amministrativo*, Agg. 2009, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XVIII –, poi in parte confluito nell'art. 133 CPA, sul quale, sempre indicativamente, G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, coordinato da F. Cintioli e A. Police, 3^a ed., Milano, 2014.

⁴⁵ Senza possibilità di ripercorrere in questa sede il dibattito intervenuto in sede civile sulle funzioni della responsabilità, sui danni punitivi e sulle c.d. pene private, nonché tenendo conto dei distinguo che l'accostamento genera (ad esempio, visto il minor rilievo dello statuto dell'illecito doloso per la responsabilità della P.A.), si vedano fin da ora P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, nonché, sul versante contrattuale, L. LAMBO, *Willful breach e inadempimento doloso*, Torino, 2012, *cui adde* per taluni specifici riferimenti alla perdita di *chances* (ma in posizione critica), C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chances, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 325 ss.

⁴⁶ Per tale prospettiva, già I. CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Ragiusan*, 2000, fasc. 197, 398 ss., M. PROTTO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *La Resp. civ.*, 2001, 213 ss., nonché F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, fasc. 1, 35 ss. Più di recente, ROMEO, *Ancora in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 718 s., nonché, di nuovo, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., *passim*.

⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro it.*, 2015, III, 1.

⁴⁸ Il riferimento è ovviamente agli studi di Carlo CASTRONOVO, del quale, nello specifico settore che qui interessa, da ultimo *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 637 ss., *cui adde* ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione, id.*, 2009, 679 ss.

In secondo luogo, emerge che in tale tipo di situazioni può venire in rilievo una *autonoma serie causale*: se il candidato a un concorso a cattedra che si duole del fatto di esser stato ingiustamente pretermesso dalla valutazione comparativa, vede respinte solo dopo molti anni le proprie istanze, il pregiudizio derivante di per sé dal protrarsi della situazione di incertezza – per via dell'accantonamento *medio tempore* dell'attività professionale, del rifiuto di incarichi all'estero o semplicemente per il cambiamento delle sue abitudini di vita – è in effetti da ricostruire in base a un diverso collegamento eziologico, rispetto al quale anche le (distinte) *chances* perdute possono avere un rilievo indipendente⁴⁹.

In terzo luogo, in tale prospettiva acquistano rilevanza gli studi civilistici in tema di responsabilità precontrattuale, in considerazione delle occasioni andate (nel frattempo) perdute: ad esempio, perché l'impresa che aspira all'aggiudicazione di una gara deve esser messa in condizione di operare per tempo le sue scelte non solo per non impiegare inutilmente risorse (sotto il profilo del danno emergente), ma anche per non veder sfumare altre opportunità (sotto il profilo del lucro cessante).

E all'obiezione per cui l'interesse negativo pone, per insegnamento ricevuto, un consistente limite sotto il profilo del *quantum*, è agevole replicare – fornendo un ulteriore spunto di riflessione e di dialogo – che il dogma per cui esso porta a un ristoro sempre inferiore all'interesse positivo è stato da vario tempo messo in crisi, tramite la considerazione a tenore della quale l'occasione andata perduta potrebbe avere un valore economico anche superiore a quella cui il soggetto aspirava⁵⁰.

Ciò detto, è tuttavia nel settore degli appalti che le considerazioni generali fino a ora svolte acquistano una particolare rilevanza, sicché è su esso che ci si deve ora soffermare.

4. Riflessioni sul settore degli appalti, sulle tecniche di liquidazione e sulle voci di danno nel prisma della *chance*

All'occhio del civilista il settore di cui si tratta appare fra i più problematici e tali da produrre un contenzioso assai significativo in termini quantitativi e “qualitativi”, sia in considerazione della

⁴⁹ Si può qui ricordare il kafkiano caso deciso da Trib. Bologna, 20 gennaio 2003, n. 240, in *Danno resp.*, 2003, 878, con nota A. BITETTO, *Perdita di chance: quand'è in gioco un posto di lavoro!*, il quale riguardava una studentessa in lettere e filosofia alla quale era stato attribuito in sede di laurea un voto di 20 punti inferiore a quello di presentazione basato sulla media degli esami di profitto. La stessa aveva dovuto attendere ben cinque anni – a seguito di vari giudizi amministrativi – prima che le venisse finalmente attribuito il voto corretto. Di qui il ristoro del danno non patrimoniale per la lesione dell'immagine e dell'onore prospettato pure come pregiudizio esistenziale (anche a causa dell'eco della vicenda sulla stampa locale), nonché per la conseguente “umiliazione personale” (anche per via del brillante *curriculum studiorum* fino a quel momento avuto), di là dai profili strettamente patrimoniali liquidati *sub specie* di perdita di *chances*. Ciò detto, il riferimento al mutamento delle abitudini di vita tocca ovviamente un altro tema, qui non sviluppato, in merito al riconoscimento anche del danno non patrimoniale (nella specie esistenziale) in relazione alla responsabilità della P.A. In argomento e in senso positivo, Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3397, in *Foro amm. – CDS*, 2010, 2250.

⁵⁰ Nella dottrina civilistica, per tutti, P. PARDOLESI, *La responsabilità del falsus procurator: opportunità perduta nell'ambito dell'interesse negativo?* (Nota a Cass., Sez. III, 29 settembre 2000, n. 12969), in *Foro it.*, 2001, I, 1658.

complessità della regolamentazione che lo riguarda e delle variegate fattispecie che sono fonte di danno, sia in ragione della relativa frequenza con cui *non* è dato alla P.A. di esercitare nuovamente il proprio potere (ad esempio perché il contratto è stato già aggiudicato), né è possibile condannarla a un *facere* specifico, con conseguente maggior rilievo della misura risarcitoria⁵¹.

Ebbene, si è sopra anticipato che qui viene spesso in considerazione una discrezionalità tecnica, la quale si riteneva per tradizione insindacabile, sicché il risarcimento poteva essere richiesto solo in caso di annullamento del provvedimento e di emanazione di un nuovo provvedimento favorevole (sempre che ciò fosse ancora possibile), in caso contrario ritenendo la richiesta inammissibile⁵²: con soluzione (forse inconsapevolmente affine) all'orientamento che richiede una domanda separata per la perdita di *chances*⁵³. Lasciando da parte tale più risalente posizione – che comunque uno spazio alla *chance* consentiva di averlo –, le difficoltà non diminuiscono affatto una volta ammessa l'autonoma esperibilità della misura risarcitoria: se un primo orientamento tenta di evitare il confronto con la valutazione sull'operato della P.A. (e l'espletamento di una CTU) portando sul piano del rigetto nel merito la logica seguita da quello appena citato, un ulteriore orientamento riconosce la possibilità di ripetere virtualmente la gara⁵⁴.

Tuttavia, si danno non solo casi in cui “a valle” la P.A. non potrebbe esercitare nuovamente il potere perché la gara è stata già espletata o la stessa P.A. ha deciso di non darvi più corso, ma anche casi in cui “a monte” la valutazione giudiziale sulla spettanza del bene – seppur ai soli fini del vaglio della domanda

⁵¹ Ciò vale nonostante il decremento di peso che talune disposizioni in tema di tutela specifica comportano, in specie circa la possibilità di ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto aggiudicato al concorrente. Sugli orientamenti formati in materia, senza alcuna pretesa di completezza e ad integrazione dei riferimenti di cui alle altre note del presente scritto, M.F. LO MORO, *Perdita di chance nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno resp.*, 2011, 485 ss., mentre sui connotati della disciplina *de qua*, per tutti, F. FRACCHIA, *ordinamento comunitario, mercato e contratti della P.A.*, Napoli, 2010. Infine, sui dati “quantitativi” di cui nel testo sia permesso il rinvio a B. TASSONE, *Le avoidance clauses nell'esperienza nordamericana: problemi e prospettive di una nuova ricerca*, in F. DI CIOMMO e O. TROIANO (a cura di), *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Piacenza, 2008, 319 ss.

⁵² In effetti, lo spazio per l'applicazione della *chance* si poneva proprio in ragione dell'incertezza circa la spettanza del bene della vita anelato dal ricorrente, seppur con tutte le difficoltà circa la stima delle sue possibilità di successo.

⁵³ Come anticipato nel testo, tale soluzione si pone in linea con l'orientamento che risolve i problemi di coordinamento fra il nesso e la *chance* tramite la tecnica della domanda separata. In proposito, in contrasto con Cass. 4 marzo 2004, n. 4400 (fra le tante in *Foro it.*, 2004, 1403), negano che sia necessario proporre due distinte domande e affermano che si può discorrere di perdita di *chances* per la prima volta in sede di legittimità, Cass. 29 novembre 2012, n. 21245, in *Foro it.*, 2013, I, 499, con nota di richiami di A. PALMIERI, Cass. 14 giugno 2011, n. 12961, in *Danno resp.*, 2013, 649 ss., nonché Cass., Sez. Lav., 21 febbraio 2007, n. 4003, in *Foro it.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 83. Tornano però a richiedere una separata domanda, Cass. 30 aprile 2009, n. 10120, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 244, in motivazione *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, Cass. 19 marzo 2015, n. 5482, *id.*, Rep. 2015, voce *Cassazione civile*, n. 212, nonché – da ultimo – l'importante arresto rappresentato da Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, *cit.*, La posizione più permissiva era inoltre consentita dalla precedente giurisprudenza, come emerge da Cass. 28 maggio 1992, n. 6392, in *Foro it.*, 1993, I, 488, con nota di richiami ove altre decisioni orientate nel medesimo senso, e da Cass., Sez. Lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. it.*, 1994, 234, con nota di A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una “chance”*. Di segno contrario, però, Cass., Sez. Lav., 9 gennaio 2003, n. 123, in *Foro it.*, Rep. 2003, *Lavoro (rapporto)*, n. 1054, nonché Cass., Sez. Lav., 10 novembre 1998, n. 11340, *id.*, Rep. 1998, voce *cit.*, n. 921, per esteso *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*.

⁵⁴ Per il primo orientamento, Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4435, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1864, mentre per il secondo Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, *id.*, 2001, I, 2676.

risarcitoria – non è in radice possibile, ad esempio perché l'affidamento è (illegittimamente) avvenuto tramite trattativa privata invece che per pubblica competizione. Pertanto, non si possono in concreto comparare le offerte delle imprese concorrenti e vi è spazio solo per la *chance*, che in questi e altri casi può assumere una connotazione solo latamente o virtualmente compensativa, dacché il danno cagionato al ricorrente non è a ben vedere accertabile⁵⁵.

E proprio la *chance*, per altro orientamento ancora, sarebbe invece la misura principe in presenza di discrezionalità tecnica, stante la difficoltà legata alla dimostrazione dei presupposti per ottenere il danno da mancata aggiudicazione. Ciò avviene, spesso, chiarendo di nuovo che le due domande – risarcitoria ordinaria e da perdita di *chances* – sono diverse, con tutto quanto ne consegue in punto di (divieto di) *mutatio libelli* in caso di tardiva proposizione della seconda, sicché trova ulteriore espressione la tecnica della domanda separata testé richiamata⁵⁶: la quale, ovviamente, vale solo nel breve periodo a risolvere i problemi di coordinamento, essendo facile immaginare che – in caso di suo consolidamento – la *chance* diventi oggetto di una subordinata “di stile”.

Di poi, vi sono fattispecie in cui viene in considerazione una discrezionalità pura, la quale solleva interrogativi parimenti complessi.

In effetti, è difficile stabilire come il giudice debba effettuare la scelta di opportunità e convenienza che la P.A. avrebbe dovuto compiere nel comparare gli interessi in gioco nel perseguimento di quello pubblico primario, sicché (come è noto) secondo la posizione tradizionale una responsabilità può essere affermata solo laddove la stessa P.A. si sia pronunciata. Ed è ovvio che tale soluzione non è solo foriera di minori tutele per il privato – che, se non altro, deve attendere l'anelato provvedimento, magari aspettando il giudicato amministrativo, e ancor prima chiederlo o perseguirne la pronuncia anche ove esso non sia più realmente utile –, ma persino disincentivante per la stessa P.A., anche in un'ottica (da non sottovalutare) di *Law & Economics*, perché proprio l'adozione dell'atto la espone a responsabilità⁵⁷.

Di contro, su un versante contrapposto si staglia l'orientamento per cui in sede processuale si dovrebbe – *in vitro* – svolgere la valutazione amministrativa, generando così una sorta di inversione dell'onere della prova non solo poco compatibile con la (prevalente ricostruzione della) natura extracontrattuale della responsabilità (potendosi ipotizzare che il giudizio prognostico debba essere positivo se i motivi di

⁵⁵ È infatti chiaro che il numero di imprese in ipotesi partecipanti ad una gara mai svolta è assai arduo da fissare. Per un caso in cui il ricorrente ottiene il risarcimento del danno derivante dal non aver potuto prendere parte ad una serie di competizioni per via della mancata iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori, Cass. 29 novembre 2016, n. 24295, in www.lexitalia.it.

⁵⁶ Tar Toscana, Sez. II, 13 aprile 2000, n. 660, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 2612.

⁵⁷ Sugli spazi che vi sono nel diritto amministrativo per l'applicazione delle teorie dell'analisi economica del diritto, A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, 63, nonché G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009. Per l'influenza dell'EAL sulla giurisprudenza italiana, R. PARDOLESI e B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto privato*, Bologna, 2003.

diniego addotti in sede giudiziale dalla P.A. non siano concludenti), ma anche qui poco efficiente. Tale regola ne presuppone infatti la successiva duplicazione all'interno del rapporto con il privato a seguito della sentenza, senza contare che il criterio non risolve affatto tutti i problemi, perché una cosa è vagliare motivi di diniego illegittimi, un'altra motivi di diniego inopportuni nel merito.

Per giunta, il settore degli appalti va considerato per un motivo ulteriore rispetto a quello concernente l'individuazione dei vari meandri – a volte veri e propri varchi – in cui l'applicazione della *chance* si fa (anzi si è fatta) ampiamente strada, come emerge vagliando le tecniche di liquidazione in concreto utilizzate.

In effetti, ove l'impresa riesca a dimostrare che in assenza dell'atto illegittimo avrebbe vinto la gara (ad esempio, perché essa si è classificata seconda e il vincitore andava escluso), viene in considerazione un (apparentemente) ordinario lucro cessante⁵⁸.

Tuttavia, in materia si fa sovente applicazione analogica del criterio di cui all'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), dunque del parametro forfetario del 10% dell'importo a base d'asta (per come eventualmente ribassato nella proposta dell'impresa), anche se normativamente dettato per la diversa ipotesi del recesso della P.A. ad appalto già aggiudicato⁵⁹. Ciò, peraltro, con un abbattimento del 50% della somma così determinata ove l'impresa non provi anche di aver lasciato a disposizione della P.A. e di non aver potuto usare altrove i propri fattori della produzione (costituiti da mezzi e manodopera), dacché non impiegabili per altri lavori, servizi e forniture⁶⁰.

E – il dato non può sfuggire – si tratta del medesimo criterio applicato nella diversa ipotesi della perdita della mera *chance* di vittoria (laddove questa non possa ritenersi sicura), nella quale la somma determinata in forza del predetto criterio viene ulteriormente ridotta in considerazione del numero di concorrenti o di altri indici, sicché la stessa *chance* vale ad abbattere ancora di più il *quantum*⁶¹.

Orbene, il confronto con l'esperienza civilistica porta allora a formulare almeno due considerazioni, a partire da quella inerente alla reale funzione della misura risarcitoria in generale e della perdita di *chances* in particolare.

Invero, con detto orientamento sembra che i giudici amministrativi pongano, anche grazie alla *chance*, quella che nel ricostruire le varie “anime” della figura si può indicare come vera e propria “griglia di contenimento”, così giungendosi per altra via al medesimo esito della dottrina che (in un diverso ambito)

⁵⁸ In teoria, il ricorrente dovrebbe quindi dimostrare quale utile avrebbe conseguito sottraendo ai ricavi attesi i costi che avrebbe sostenuto per l'esecuzione dell'appalto, con un onere della prova difficile da assolvere, anche se giustificato dalla posta in gioco.

⁵⁹ Fra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 5 febbraio 2005, n. 478, fra le altre in *Cons. Stato*, 2005, I, 219.

⁶⁰ Si vedano, in argomento, Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.* 2009, III, 124, Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, *id.*, 2009, III, 140, nonché Cons. Stato, Sez. V., 23 luglio 2009, n. 4594, in *Foro amm. – CDS*, 2009, 173. Per ulteriori e ampi riferimenti alla casistica in materia, A. LIBERATI, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici*, Torino, 2009, 353 ss.

⁶¹ Anche qui fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2012, 533.

aveva parlato di “rete di contenimento”⁶². In sostanza, la *chance* sembra qui toccare i picchi più alti delle scelte di *policy*, perché di là dalla riduzione dei costi transattivi inerenti alla prova del pregiudizio subito dal ricorrente – che sarebbero in verità giustificati dalla posta in gioco –, detto orientamento determina anche e soprattutto un meccanismo di protezione per la P.A. avverso pretese risarcitorie elevate.

E vale la pena di notare – in chiave operativa – come la logica che ispira l’orientamento in parola divenga ancora più improntata a ragioni di *policy* laddove si accolga acriticamente la già richiamata regola per cui il *quantum*, come sopra liquidato, debba essere poi diviso per il numero di partecipanti (se del caso aumentando ulteriormente il denominatore dell’operazione con l’inclusione dell’eventualità della mancata aggiudicazione del contratto da parte della stazione appaltante ai sensi del comma 3 dell’art. 81 del d.lgs. 163/2006)⁶³.

In effetti, se è vero che in astratto la presenza di più soggetti – in un rapporto c.d. multipolare con la P.A. – abbassa le probabilità di vittoria che il ricorrente aveva, è parimenti ovvio che, in concreto, le stesse andrebbero apprezzate in considerazione della sua specifica posizione (poiché il concorrente che si confronta solo con l’*incumbent* del settore in una gara a due potrebbe avere possibilità molto minori di quello che concorre, ad armi quasi pari, con altri nove *competitor*)⁶⁴.

Del resto – e veniamo alla seconda considerazione –, il rischio non solo di *over* ma soprattutto di *under-compensation* diviene evidente ponendo mente alla conclusione del contratto conseguente all’aggiudicazione di un appalto non tanto in chiave statica e, dunque, come evento isolato e foriero di un utile, ma pure in chiave dinamica all’interno della vita dell’impresa.

A prescindere dalla matematica operazione che sottrae i costi ai ricavi, merita di essere intanto tenuto a mente in tali ipotesi il c.d. “danno da (mancata) contribuzione” (cioè la parte di utile sottratta) alla copertura dei costi di struttura non immediatamente legati all’adempimento del singolo contratto⁶⁵.

Inoltre, richiamando ancora le suggestioni dell’EAL, potrebbe meritare considerazione pure la parte di utile destinata a mantenere le maestranze e/o un livello di efficienza degli altri fattori della produzione

⁶² Per un primo abbozzo in merito alla ricostruzione di cui nel testo, sia permesso di richiamare di nuovo TASSONE, *L’azione di responsabilità nel caso CIR-Fininvest*, cit., 609 ss. Nella dottrina amministrativistica, con particolare riferimento alla citata regola di cui al comma 3 dell’art. 30 CPA in tema di “pregiudizialità temperata”, si vedano D. VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da «lesione di interessi pretensivi» e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004, 231 ss., nonché R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo – Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2013, 48, con esplicito richiamo alla locuzione a sua volta coniata da F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal “muro di sbarramento” alla “rete di contenimento”*, in *Danno resp.*, 1997, 269 ss.

⁶³ Sostiene la regola (con l’opzione) di cui nel testo, VERCILLO, *La tutela della «chance»*, 171 ss.

⁶⁴ Per un caso in cui a fronte di atti di gara illegittimi inerenti ad un appalto del valore di Euro 7.000.000 e alla quale avevano partecipato sei imprese, la terza classificata ottiene poco più di Euro 44.000, Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 1° agosto 2013, n. 414, in *www.lexitalia.it*.

⁶⁵ Sul punto L. PROSPERETTI, *La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica*, in *Urb. app.*, 2013, 756 ss.

impiegabili in altri futuri o (persino) concomitanti lavori, la cui perdita è di carattere idiosincratico, cioè non compensata dal relativo risparmio di spesa⁶⁶: il quale sussisterebbe anche ove l'impresa avesse per assurdo la possibilità di sciogliersi subito e senza conseguenze dai rapporti con i dipendenti, nonché quella di procedere con facilità alla riconversione delle immobilizzazioni destinate all'esecuzione del contratto, secondo un'ipotesi poco realistica e formulata al solo fine di portare l'attenzione su tale profilo del lucro cessante.

Peraltro – volendo passare al danno emergente –, è noto che la possibilità di risolvere in modo indolore detti rapporti non sussiste e a ciò si deve aggiungere il carattere a volte *specifico* degli investimenti in macchinari o di altro tipo necessari all'esecuzione di una commessa (con conseguente impossibilità di utilizzarli per diversi lavori e/o ricollocarli sul mercato). Detto carattere è invero tale da creare – in termini contrattuali – una vera e propria situazione di *hold-up*, secondo la *ratio* che una parte degli studi civilistici e comparatistici ha rinvenuto nell'abuso di dipendenza economica⁶⁷; e che poi, più in generale, ha sollecitato l'elaborazione intervenuta in materia di “terzo contratto”⁶⁸, la quale (pure) potrebbe offrire utili spunti anche ove applicata ai rapporti fra la P.A. e l'impresa (privata) in ragione del carattere asimmetrico del rapporto⁶⁹.

⁶⁶ Per quanto il concetto sia intuitivo, sia consentita una analogia con il mondo della professione forense: se un affermato legale guadagna 100 lire all'anno e ne destina 90 ai suoi nove bravissimi collaboratori, così dedicandosi alle posizioni più (che proporzionalmente) rilevanti per lo studio, aumentando la propria *expertise* e, soprattutto, potendo svolgere una adeguata attività di pubbliche relazioni nel tempo non impiegato nell'attività di concetto, la improvvisa perdita dei rapporti con i prestatori d'opera intellettuale che lo supportano avrebbe evidentemente conseguenze che – almeno nel breve periodo – vanno ben oltre il correlativo risparmio di spesa. Sebbene non si possano esaminare in questa sede ulteriori corollari connessi all'affermazione, così come le obiezioni che alla medesima si potrebbero muovere, essa vale comunque a mettere in luce, con immediatezza, il punto.

⁶⁷ In argomento, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 192/1998, C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato conc. reg.*, 1999, 44 ss., A. RENDA, *Esito di contrattazione e abuso di dipendenza economica: un orizzonte più sereno o la consueta “pie in the sky”?*, in *Riv. dir. impr.*, 2000, 284 ss., nonché B. TASSONE, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 327 ss. Per il substrato alla base di tale lettura, solo indicativamente e all'interno di una letteratura assai ampia, B. KLEIN, R.G. CRAWFORD e A.A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, (1979) 21 *The Journal of Law and Economics* 141 ss., nonché O. WILLIAMSON, *Transaction-cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, (1980) 21 *The Journal of Law and Economics* 223 ss., cui si aggiunga – per le regole applicabili in mercati competitivi e con prestazioni specializzate –, C.J. GOETZ e R.E. SCOTT, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, (1983) 69 *Virginia Law Review* 967 ss.

⁶⁸ Sulla figura di cui nel testo si vedano i numerosi contributi pubblicati G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, e, in chiave monografica, R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica – Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, mentre per altri lavori sul tema, A. GIANOLA, *Terzo contratto*, in *Digesto civ.*, Agg. 2009, Torino, 570 ss., E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *I contratti*, 2009, 493 ss., V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss., nonché ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo – Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss., e D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss. Per ulteriori riflessioni sulla “tassonomia” che si può costruire attorno alla ridetta figura ed ulteriori riferimenti, sia permesso il rinvio a B. TASSONE, *Clause claims made professionisti e «terzo contratto»*, in *Danno resp.*, 2012, 717 ss., cui *adde* E. DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali Sisdic*, 1/2017, Napoli, 105 ss.

⁶⁹ Sebbene tale spunto sia da sviluppare in altra sede, ai fini che qui interessano vale la pena di ricordare che la figura prende le mosse da un'idea di Roberto PARDOLESI (esposta in *Introduzione a G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza*

Pertanto, l'esclusione del danno emergente può essere agevole (e condivisa) solo con riguardo alle spese necessarie per la partecipazione alla gara, dacché queste sarebbero state sostenute senza rimborso anche in caso di vittoria⁷⁰.

Inoltre, salvo notare che talune delle figure di seguito indicate vengono talvolta ricondotte proprio alla perdita di *chances*, ulteriori riflessi negativi dell'attività amministrativa illegittima – senza qui soffermarci sulla loro riconduzione all'una o all'altra delle categorie di cui all'art. 1223 c.c. – si possono rinvenire, se puntualmente provati: nel discredito commerciale derivante dalle specifiche ragioni dell'esclusione (ad esempio, perché l'offerta è stata qualificata anomala, con conseguente giudizio di inaffidabilità dell'impresa); nel danno all'immagine (riferendosi ad essa in senso lato e cioè con riguardo alla capacità attrattiva del complesso di segni che contraddistinguono l'attività dell'impresa), ove configurato non quale decremento di valore, ma come suo mancato incremento⁷¹; nel danno curriculare, nella prospettiva di “spendere” in future occasioni l'aggiudicazione, se si vuole in linea con l'elaborazione commercialistica e non solo inerente all'avviamento⁷²; nel danno da “mancata fatturazione”, ove la più bassa cifra di affari conseguita precluda, in senso tecnico, la partecipazione a future gare di appalto.

Tuttavia, come si vedrà di seguito nel tirare le fila del discorso, ai fini che qui interessano è certamente la tecnica risarcitoria che poggia le basi sulla citata norma del 1865 a offrire gli spunti ricostruttivi maggiori.

economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti – Un'analisi economica e comparata, Torino, 2004), secondo la quale accanto al contratto di diritto comune (che ruota attorno alla disciplina generale del contratto contenuta nel Titolo II del Libro IV del Codice e in questa chiave denominato B2B vero e proprio) e al contratto del consumatore, si staglia un contratto posto fra le pieghe di “un'ampia fascia di rapporti – B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro – che non si lasciano ricondurre ai modelli estremi”, con la precisazione per cui tali “ovvie polarità non catturano l'universo”. La riflessione viene poi ripresa e sviluppata in ID., *Conclusioni*, in GITTI e VILLA, *Il terzo contratto*, cit., 338 ss., dove si precisa – per i fini che qui interessano – che tra i due poli si estende una “terra di mezzo” ove “alligna, se mai ha ragion d'essere, l'ipotesi del terzo contratto” (p. 346), sì da “individuare un contesto di ineguaglianze sistemiche, a carico di imprenditori segnati dalle stimate della dipendenza economica, entro il quale dispiegare correttivi nel segno del riequilibrio tendenziale” (pp. 348-349).

⁷⁰ Solo a titolo di esempio, Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2013, n. 1381, in *Foro amm. – CDS*, 2013, 65.

⁷¹ In proposito, nella casistica intervenuta in materia di diritto d'autore si riscontrano talune decisioni che seguono tale logica, fra le quali App. Milano, 7 novembre 2000, in *AIDA*, 2001, 789, a tenore della quale “la non autorizzata riproduzione di un'immagine fotografica rientrando nella tutela di cui agli art. 87 seg. lda senza indicazione del nome dell'autore, determina un danno patrimoniale, liquidabile in via equitativa, identificabile nel mancato pagamento del corrispettivo per la pubblicazione della fotografia e nella diminuita possibilità di essere professionalmente conosciuto”.

⁷² Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837, in *Giurisdiz. amm.*, 2011, I, 1749, nonché Cons. Stato, Sez. III, 12 maggio 2011, n. 2850, in *Foro amm. – CDS*, 2011, 1485. Sulla nozione di avviamento, come è noto rilevante da diversi punti di vista, per tutti, A. RIATO, L. FERRI DE LAZARA, L. SCARANI, A. RIGONI e A. BONISSONI, *Avviamento e azienda: le diverse visioni del legislatore civile e fiscale*, in *Dir. e prat. società*, 2010, 19 ss., cui *adde* – a livello manualistico – V. BUONOCORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2016, 109 ss. Per altri riferimenti, V. OCCORSIO, *La clientela professionale come bene giuridico*, 2017, Torino, 89 ss.

5. L'anima "regolatoria" della perdita di *chances* e alcuni approfondimenti della (e sulla) dottrina amministrativistica

L'attenta considerazione delle conseguenze in ipotesi derivanti dall'illegittima condotta della P.A. in materia di appalti vale non solo a stimolare una più ampia riflessione sulle voci di pregiudizio connesse alla sua attività, ma altresì a svelare le ragioni di carattere "regolatorio" che, come anticipato, ispirano detto orientamento e – per quanto qui preme sottolineare – la funzione che la *chance* assume in tale contesto, nel quale si potrebbe persino sospettare che l'aurea regola della integralità del risarcimento abbia, in definitiva, un ruolo poco più che residuale⁷³.

Ecco allora che la *chance* si pone come misura non solo di secondo grado, ma in molti casi volta a contenere il rischio di domande risarcitorie tanto complesse quanto elevate, venendo chiaramente ispirata da ragioni di politica del diritto, per giunta trovandosi un segno ulteriore della possibilità di utilizzarla – in alcuni casi – in funzione deterrente e/o sanzionatoria, con ulteriore supporto alla prospettiva che sarà evocata nel prossimo (e ultimo) paragrafo.

Inoltre, un approfondimento sul formante dottrinale di tale area del diritto rende utile riconsiderare le varie ricostruzioni che esso ha offerto circa la perdita di *chances*, ricordando solo in una battuta che è ormai superata quella che la configura quale lesione del diritto all'integrità del patrimonio⁷⁴; nonché apparendo per converso e di maggiore interesse la tesi già citata e denominata "eziologica"⁷⁵.

Tale tesi, infatti, rinviene nella figura in esame un semplice metodo per valutare la sussistenza del nesso rispetto a un ordinario lucro cessante quando l'onere probatorio della perdita del risultato è di difficile assolvimento, sì da costruire un modello di "causalità attenuata" basata sulla dimostrazione che il beneficio atteso sarebbe stato conseguito con una probabilità almeno del 50%⁷⁶.

⁷³ Premesso che gli esempi di seguito formulati valgono solo a patto di riconoscere natura risarcitoria alla misura applicata nei richiamati casi, come parte della giurisprudenza sembra affermare, le numerose deroghe al principio di cui nel testo sembrano confermare una regola generale di segno opposto, come emerge considerando, ad esempio, gli art. 37 e 42-*bis* del testo unico sulle espropriazioni circa gli incrementi ivi stabiliti per il caso di cessione volontaria e di illecito possessorio.

⁷⁴ Fra le decisioni che avevano fatto menzione della lesione dell'integrità del patrimonio, si veda ad esempio Tar Sicilia-Palermo, Sez. II, 5 giugno 2003, n. 853, in *Foro amm. – Tar*, 2004, 249, con nota di L. FERRARA, *Requisizione e risarcimento danni – Una sorprendente limitazione della giurisdizione amministrativa*. Senza poter qui ripercorrere il già menzionato dibattito in tema di *pur economic loss* intervenuto in sede civile, si vedano indicativamente A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297, C. CASTRONOVO, *C'è metodo in questo metodo?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 191 ss., M. MAGGIOLO, *Il risarcimento da pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, *passim*, nonché S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 372 ss.

⁷⁵ Per tutti, PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, cit., 997, nonché BARTOLINI, *La nuova chance di Palazzo Spada*, cit., 79 ss. e, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 2018, n. 7117, in *banca dati De Jure*.

⁷⁶ Di recente, Cons. Stato, Sez. V, 22 novembre 2019, n. 7977, Cons. Stato, Sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319 e Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1386, tutte in *banca dati De Jure*, cui aggiungere Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 686, da segnalare anche per la profondità dell'analisi che riguarda la *chance* e la ricostruzione dei principali orientamenti giurisprudenziali in materia, fra cui quello che prevede la soglia del 50%. Per una più recente ricostruzione, Tar Lombardia-Milano, Sez. I, 17 marzo 2014, n. 679, in *banca dati Pluris*, di interesse anche perché la decisione affronta il tema del danno da mancata indicazione di una gara, riconoscendo che "appare del

Ebbene, la più recente dottrina amministrativistica non ritiene tale costruzione compatibile con il “principio probabilistico maggioritario” adottato dalla Cassazione, in linea con la critica mossa a tale approccio anche da chi scrive⁷⁷: per tale via un identico standard finirebbe infatti per essere impiegato tanto per la prova del nesso, quanto per la prova di una “semplice” perdita di *chances*, così finendo – per assurdo – per abbassare il livello di tutela offerto al cittadino⁷⁸.

Sul versante ricostruttivo opposto, poi, si colloca la terza tesi pure menzionata e denominata “ontologica”, secondo la quale la *chance* sarebbe un bene giuridico autonomo (si badi) solo in relazione alla possibilità di conservare e/o conseguire l’interesse materiale (già) protetto dall’ordinamento: la quale sposta il giudizio sul piano della causalità giuridica e postula una distinzione fra esistenza e consistenza delle probabilità idonea a permettere il ristoro della perdita di *chances* anche inferiori al 50%, se ragionevoli o sostanziose, che – come si è già detto – ha influenzato non poco le decisioni rese dalla Suprema Corte dal 2018 in avanti⁷⁹.

Anche qui – secondo una linea che si pone (probabilmente in modo inconsapevole) in continuità con alcune critiche rivolte alla giurisprudenza civile –, si è però palesato il timore che la figura si trasformi in un meccanismo di tutela meramente indennitario, con risultati arbitrari, non controllabili ed

tutto impraticabile una ricostruzione razionale (ancorché opinabile) di quale sarebbe potuto essere lo scenario qualora l’amministrazione avesse operato nell’ambito della legalità, attesa la impossibilità di conoscere *a posteriori* le offerte con cui quella del ricorrente avrebbe dovuto confrontarsi”, si da rendere impossibile “da[re] la dimostrazione (eziologica) che la negata possibilità di partecipare si sarebbe tradotta in probabilità di vittoria”, cui aggiungere che nemmeno “può soccorrere il metodo statistico, non solo per la difficoltà di stabilire *a priori* quante imprese avrebbero potuto partecipare (che, nel caso di specie, appare superabile), ma anche perché è lo stesso contenuto della posizione soggettiva lesa che ha come suo epicentro la possibilità di concorrere (tutelata prima di tutto a livello comunitario), la cui compromissione rimane uguale a prescindere dal numero dei potenziali concorrenti”, optandosi dunque per una liquidazione equitativa “sulla base di un percentuale dell’utile che la ricorrente avrebbe potuto conseguire, qualora avesse avuto la possibilità di partecipare alla gara e l’avesse vinta”, in specie pari ad un terzo.

⁷⁷ Per tale critica e alcune proposte volte a superarla, sia consentito il rinvio a B. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali* (nota a Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, Trib. Modena, 25 agosto 2008, Trib. Roma, 27 novembre 2008 e Cass. 19 maggio 2008, n. 23846), in *Danno resp.*, 2009, 525 ss. Quanto ai contributi citati nel testo, ci si riferisce rispettivamente a VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 97, nonché a R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010, 82 ss., il quale dà per giunta come acquisita la tesi per cui gli insegnamenti della Suprema Corte devono essere “esportati” nel settore della responsabilità della P.A., così rafforzando l’esigenza di allargare a esso l’indagine. Si veda anche Cons. Stato, 10 febbraio 2004, n. 493, fra le altre in *Resp. civ. prev.*, 2004, 77, con nota di C. ROSSI, *Niente risarcimento se non è provato il nesso di causalità*.

⁷⁸ Ancora VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 101-102. In giurisprudenza, in aggiunta alle decisioni già citate, Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in *Urb. app.*, 2008, 1285, con nota di E. MANGANARO, *L’elemento soggettivo nell’illecito della pubblica amministrazione tra causalità materiale e causalità giuridica*.

⁷⁹ Per tutti, seppur non adesivamente, TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l’esercizio della funzione amministrativa*, cit., 74 ss., nonché MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*, cit., 1033 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2020, n. 858, in *banca dati De Jure*, nonché – fra le tante altre –, Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14, in *Riv. dir.*, 2010, 568, Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829, fra le altre in *Foro it.*, 2009, III, 497, con nota di A. TRAVI, e Cons. Stato, 28 ottobre 2008, 5373, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2008, 2733.

eccessivamente protettivi⁸⁰: laddove la proposta di riconoscere la perdita di *chances* solo se il ricorrente prova che l'ipotesi di un provvedimento di contenuto diverso da quello adottato avesse più probabilità dell'ipotesi opposta, ricade tuttavia nelle aporie testé evidenziate⁸¹.

Infine, lo stesso vale per la quarta tesi di origine (soprattutto) giurisprudenziale, cioè quella c.d. “massimalista”, la quale fa leva sulla considerazione per cui la perdita di *chances*, considerata come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire o conservare un dato bene della vita, costituirebbe l'effetto *normale* – secondo l'*id quod plerumque accidit* – della lesione dell'interesse legittimo, sempre all'interno di una sequenza causale in cui essa costituisce l'antecedente, in termini probabilistici, del vantaggio finale⁸²: si dà infatti luogo all'applicazione di una tecnica che sfocia in un ristoro sempre parziale e, soprattutto, che diviene quella usuale a fronte della lesione dell'interesse protetto, attivabile di fronte alla perdita di qualcosa di più di un mero auspicio e qualcosa di meno del risultato garantito⁸³.

In ultimo, ritiene di proporre una diversa soluzione la dottrina secondo cui, premesso che la tutela dell'interesse materiale del privato riconosciuto dall'ordinamento e sottostante all'interesse legittimo è articolata su una “struttura a geometria variabile”, occorre fare chiarezza sull'intensità della protezione e, segnatamente, distinguere quella superiore che si articola nella “sicura spettanza” del bene e quella inferiore che ruota attorno alla sua “probabile spettanza”: le quali, in sostanza, dipendono dalla configurazione del potere amministrativo nella singola fattispecie⁸⁴.

Pertanto, la perdita di *chances* – che rileva sul piano dei danni-conseguenza *senza* assurgere al rango di un'autonoma situazione giuridica – è ristorabile solo ove sia “definitiva” (per via dell'impossibilità del ri-esercizio del potere) e “concreta”: secondo un vaglio il quale non richiede che essa superi il più volte citato coefficiente del 50% e che è di segno negativo ove la medesima sia “semplicemente maggiore di zero”. Si ritiene invero necessario verificare che il contenuto sfavorevole del provvedimento *non* sarebbe potuto essere diverso da quello adottato, in linea con le coordinate fissate dal citato art. 21-*octies*, comma 2, della legge 241/1990 per la tutela demolitoria, nonché dalla consimile – ma non da tutti intesa in modo analogo – regola dettata in materia di appalti⁸⁵.

⁸⁰ F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance* (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323), in *Giornale dir. amm.*, 2007, 174 ss., VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., 213 ss., nonché F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 320 ss.

⁸¹ È questa la proposta di VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 112-113.

⁸² Per tutti, GASPARINI, *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale*, cit., ove anche la citazione della giurisprudenza orientata nel senso di cui nel testo.

⁸³ Di nuovo VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 115.

⁸⁴ Sul punto L. IANNOITA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 935 ss.

⁸⁵ È la tesi di VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 135 ss. Sulla non perfetta corrispondenza fra la disposizione di cui nel testo e gli artt. 121 e 122 Codice Appalti, D. DE PRETIS, *Il sistema della protezione preventiva*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010 18, nonché A. BARTOLINI e F. FANTINI,

Quindi, si afferma che il risarcimento è condizionato alla possibilità di “trasformare *l’incertezza* in ordine alla (*sicura*) *spettanza* del c.d. *bene della vita* in *certezza* (da provare in termini di ‘verità processuale’) di sua ‘*probabile spettanza*”, secondo una prova raggiunta ove sia “dimostrato che, in caso di legittimo esercizio del potere *discrezionale*, la p.A. avrebbe potuto emanare un provvedimento distinto e potenzialmente idoneo a consentire [...] di raggiungere il risultato sperato”.

Ma, come è evidente, tale costruzione fa rientrare dalla finestra i problemi connessi all’accertamento del nesso apparentemente usciti dalla porta, con un semplice – anche se interessante – alleggerimento dell’*onus probandi*⁸⁶.

Se, infatti, il ricorrente non dovrà più dimostrare con quale probabilità avrebbe ottenuto un provvedimento favorevole (nonché – si potrebbe o dovrebbe aggiungere – anch’esso *non* sfavorevole per altre ragioni), ma solo che esso *sarebbe potuto* essere diverso da quello in concreto reso, sembra che il punto di riferimento del ragionamento faccia sempre perno sull’utilità finale *non* conseguita e sulla difficoltà di dimostrare in che misura essa sarebbe stata invece ottenuta⁸⁷.

Una riprova si ricava esaminando, del resto, i canoni che tale proposta indica per la quantificazione del danno, i quali fanno sempre leva sulla dimostrazione del “valore del *risultato* (*rectius*, del c.d. *interesse materiale*) che [il ricorrente] avrebbe potuto conseguire in caso di esito favorevole del procedimento” e sulle “concrete probabilità che egli avrebbe avuto di raggiungere e/o di conservare il predetto *bene della vita*”⁸⁸.

Dunque, *nihil novi sub sole* rispetto a quanto indirettamente si trae dal percorso della giurisprudenza civile (i cui singoli passaggi non possono essere qui riassunti), fatta salva una importante precisazione⁸⁹. Si afferma infatti che, qualunque sia la soluzione preferibile circa la ricostruzione della *chance*, essa non si deve sovrapporre al criterio del “più probabile che no” tramite la nota soglia del 50%, che viene anzi candidata a porre il “livello massimo [...] del valore del *bene della vita* ingiustamente perduto”, da

La nuova direttiva ricorsi, in *Urb. app.*, 2008, 1093 ss., nonché A. BARTOLINI, F. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *id.*, 2010, 638 ss.

⁸⁶ VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 150-151.

⁸⁷ Non appare chiarissimo, in tale prospettiva, se il ricorrente debba provare *anche* che il diverso provvedimento sarebbe potuto essere idoneo a consentire la conservazione e/o il conseguimento del bene della vita (come si potrebbe evincere dall’ultima parte della conclusione sopra riportata nel testo), nel qual caso le differenze pratiche rispetto alla tesi “tradizionale” potrebbero essere assai limitate; o *solo* che sarebbe stato diverso, lasciando alla P.A. la prova del contrario, se del caso *sub specie* di ragionevolezza e/o congruenza della decisione adottata o di quella, diversa, adottabile. Per dare un (maggior) senso alla tesi, si preferisce qui tale seconda lettura.

⁸⁸ *Ibidem*, 169.

⁸⁹ Per tale percorso – e la conclusione a tenore della quale la *chance* non è, in molti casi, che una tecnica per accertare il nesso di causa in condizioni di ineliminabile incertezza non imputabili all’attore –, sia permesso il rinvio a in TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, 2^a ed., cit.

riconoscere solo in caso di “relazioni bilaterali” e giammai in presenza di una “valutazione comparativa concorrenziale”⁹⁰.

Di qui il seminale ingresso nel dibattito – da salutare con favore – della teoria dei giochi e degli interrogativi inerenti al metodo da seguire per costruire le probabilità in ragione del numero dei partecipanti alla gara. La loro posizione viene però e irragionevolmente rapportata solo a tale numero e – come evidenziato – senza considerare le *chances* di successo in concreto sussistenti, stabilendosi una “corrispondenza biunivoca tra numero di decisioni alternative (ma, ciò nonostante, equivalenti in termini di verità processuale) e numero di soggetti coinvolti nella specifica vicenda”⁹¹.

Pertanto, una conclusione critica pare a dire il vero obbligata, almeno ove non si voglia spostare l’ago della bilancia sull’accertamento della perdita di *chances* non tanto tramite la causalità generale (qui inapplicabile, nella sua declinazione “pura”, per via dell’assenza di statistiche) o comunque tramite una causalità più “rarefatta”, ma soprattutto trasformare la *chance* in una misura di fatto indennitaria e/o sanzionatoria: come accade quando essa viene basata sul semplice conteggio delle identiche fette da ritagliare una volta stimato il valore della (metà della) torta⁹².

In proposito, vale la pena di richiamare l’Adunanza Plenaria resa nella prima metà di maggio del 2018 anche perché essa riguardava una controversia di enorme impatto economico (fra Fastweb e Telecom) in cui la consistenza delle *chances* di aggiudicazione mediante la gara mai celebrata era stata stimata nella misura del 20%, giusta l’esistenza di cinque operatori qualificati nel mercato dei servizi di comunicazioni elettroniche per le pubbliche amministrazioni. Ora, non sapremmo dire se la definizione di tale dato come “statistico” fornita dalla decisione sia corretto, ma è chiaro che ci si trova di fronte ad un accertamento della sussistenza delle *chances* stesse abbastanza etereo e, in ogni caso, non compiuto in concreto⁹³.

⁹⁰ VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 169-170.

⁹¹ È del tutto ovvio che il numero di partecipanti è solo un primo indicatore ove il giudizio debba essere “in concreto”, dacché – lo si è già detto – il concorrente che si confronta solo con l’*incumbent* del settore in una gara a due potrebbe avere possibilità molto minori di quello che concorre, ad armi quasi pari, con altri nove *competitor*.

⁹² Il problema della causalità generale può essere, a prezzo di enormi semplificazioni, illustrato dall’esempio che segue, più oltre ripreso nel testo: se si sa che in presenza di un certo intervento chirurgico solo il 30% dei pazienti sopravvive e l’intervento non è stato posto in essere, ove (come spesso avviene) non vi siano dati sufficienti a calare la statistica di riferimento nel caso concreto, non vi è modo di sapere se *proprio* l’attore avrebbe evitato il decesso, cioè se sarebbe passato a miglior vita anche se operato nel modo migliore possibile (perché egli si collocava nella “classe sfortunata”) oppure no (perché si collocava nell’altra). Premesso che si tratta di categoria ormai metabolizzata dalla giurisprudenza civile, anche senza poter menzionare la sterminata letteratura in materia è d’obbligo la citazione degli studi del compianto Prof. Federico STELLA, da ultimo compendiate in *Giustizia e modernità – La protezione dell’innocente e la difesa delle vittime*, Milano, 2003, cui *adde* ID., *Il giudice corpuscolariano – La cultura delle prove*, Milano, 2005, ID., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1159 ss., nonché ID., *Il contesto della spiegazione causale*, in C. DE MAGLIE e S. SEMINARA (a cura di), in *Scienza e causalità*, Padova, 2006, 2 ss.

⁹³ Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 7, in *Foro it.*, 2018, III, 638 ss., nonché in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1617, con nota di P. PATRITO, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, la quale restituisce gli atti alla sezione rimettente senza pronunciarsi sulla questione se, in caso di affidamento diretto di un appalto, il risarcimento danni per equivalente da perdita di *chance* cagionato a una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore

Nel modo indicato vengono raggiunte (alcune) conclusioni e proposte affini a (talune di) quelle che l'esame critico del formante giurisprudenziale civile può condurre. Ma prima di passarle in rassegna si deve aggiungere una sola e finale notazione.

Sembra infatti che la ridetta presa di posizione – non a caso espressa sulla casistica in materia di appalti e volta, apertamente, a omologare le posizioni dei concorrenti –, derivi non solo dalla scoperta delle aporie già indicate quando la perdita di *chances* si confronta con il nesso, ma anche dall'esigenza di affidare alla prima la valenza “calmieratrice” di cui si è detto, con conseguente “unicità”, da tale punto di vista, dell'esperienza amministrativistica. Ciò anche perché soltanto attraverso la tesi in parola si trova, forse, un più definito punto di contatto fra l'intenso dibattito in corso sulla configurazione della *chance* offerto dalla dottrina e la reale funzione ad essa affidata dalla giurisprudenza, perlomeno nel settore degli appalti. Di poi, la valenza appena indicata raggiunge il proprio acme laddove la ridetta soluzione viene coniugata con l'orientamento (pure citato) che ammette il ristoro della perdita di *chances* anche ove l'appalto sia stato illegittimamente aggiudicato tramite affidamento diretto invece che tramite gara: mercé la preliminare ricostruzione del quoziente costitutivo del danno risarcibile “ipotizzando in via di medie e presunzioni il numero presumibile di partecipanti alla gara” oppure – in alternativa – supponendo che la situazione veda solo due contendenti e (dunque) tre decisioni possibili (aggiudicare all'uno, aggiudicare all'altro o non aggiudicare)⁹⁴.

Invero, qui la natura del rimedio lambisce davvero i margini dell'erogazione propria della sicurezza sociale o della sanzione di un illecito di cui è certa la sola condotta (antigiuridica), perché le fette sono uguali per presunzione e – vuoi sempre per presunzione, vuoi affidandosi all'avvio della vicenda giudiziaria – viene pure individuato il numero dei commensali, con tutti gli incentivi a condotte opportunistiche che in entrambi i casi sorgono.

economico spetti secondo la teoria c.d. eziologica oppure ontologica, entrambe ripudiate dalla decisione in commento. Ne discende che il risarcimento è condizionato oppure no dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto dell'illegittima aggiudicazione. In proposito, è allora chiaro che una discriminante tra le due opposte configurazioni (per vero e come si vedrà, non le uniche elaborate nell'area della responsabilità della P.A.) risiede nel rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita di cui si tratta, considerato ora quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile e ora sull'*an* stesso del risarcimento. Premesso che la rimessione era stata disposta con sentenza non definitiva della Sezione V resa in data 11 gennaio 2018, n. 118, che si legge in www.giustizia-amministrativa.it, con una ampia nota dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione, secondo il Consiglio di Stato una delle ricadute della scelta fra la teoria eziologica e ontologica è che – per la seconda – l'impossibilità di formulare una prognosi sull'esito di una valutazione comparativa mai svolta non può ridondare in danno del soggetto leso, per cui la *chance* deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara. Per ulteriori considerazioni sul tema sia permesso richiamare TASSONE, *La razionalizzazione della chance*, cit.

⁹⁴ Per la prima soluzione, Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829, cit., mentre la seconda è ipotizzata sempre da VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 169-170.

Non può infatti sfuggire che in tutti e due gli scenari il ricorrente è risarcito per il solo fatto della proposizione dell'azione: salvo a non costruire sempre per presunzione – nel primo scenario – anche il contenuto del bando alla base di una gara mai svolta, per verificare se il medesimo ricorrente avrebbe potuto prendervi parte; laddove – nel secondo scenario – è la semplice lagnanza avanzata di fronte al giudice che gli fa acquisire il 33% di *chances* di conseguimento dell'utile finale, con tutti i problemi processuali che derivano dalla caduta della pregiudiziale amministrativa e dalla possibilità di giudizi svolti in tempi (e su impulso di attori) diversi⁹⁵.

D'altronde, il modello in cui la misura risarcitoria allenta assai l'originario legame con la funzione compensativa può trovare conforto, sul piano generale, nella considerazione dell'obiettivo principe perseguito dalle disposizioni sostanziali e processuali dettate in materia di evidenza pubblica: usualmente rinvenuto nell'esigenza di tutelare la concorrenza e il mercato, nonché – sempre e prevalentemente in tale specifica chiave – gli interessi dei privati imprenditori a partecipare in posizione di *par condicio* e a conseguire l'agognata aggiudicazione⁹⁶.

Infine, un distinto settore della responsabilità della P.A. che merita menzione è quello dà luogo alla perdita di una *chance* c.d. esterna, il quale ruota attorno alla lesione dell'affidamento del privato a fronte di un'attività illegittima che non sfocia in (o non ha come presupposto un) provvedimento viziato e, dunque, invalido⁹⁷.

Ebbene, anche qui si invoca l'applicazione del criterio dell'utile conseguibile in caso di aggiudicazione della gara diviso per i partecipanti e poi scontato per un'ulteriore percentuale “data la situazione di estrema *incertezza* derivante dalla mancata instaurazione del procedimento amministrativo alternativo”⁹⁸.

Pertanto, la misura risarcitoria rischia di nuovo di tramutarsi – con l'inclusione di un'altra incognita difficilmente ponderabile nel composito sistema volto alla pesa delle *chances* andate perdute – in una misura tutto fuorché compensativa.

⁹⁵ È infatti chiaro che, di là dal rilievo concreto che la mancata impugnazione del provvedimento ha sotto il profilo del *quantum*, la astratta proponibilità – in modo indipendente e nell'ordinario termine prescrizione – dell'azione risarcitoria, rende non sempre agevole l'eventuale riunione di giudizi avviati da potenziali partecipanti in tempi diversi: senza contare che ove un ricorrente assai solerte abbia ottenuto una sentenza (magari passata in giudicato) e un secondo ricorrente decisamente attendista agisca vittoriosamente in giudizio, si porrebbe il problema di come (e del se) si possano ri-quantificare le *chances* perdute dal primo ipotetico partecipante alla gara.

⁹⁶ BARTOLINI, FANTINI e FIGORILLI, *Il decreto di recepimento della direttiva ricorsi*, cit., 643; R. CAVALLO PERIN e G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; F. CINTIOLI, *Le innovazioni al processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 33 ss.

⁹⁷ In argomento, S. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. prov. amm.*, 2011, 896 ss., nonché A. TRAVI, *Osservazioni a Cass. civ., ordd. 23 marzo 2011, n. 6594/6595/6596*, in *Foro it.*, 2011, I, 2387 ss.

⁹⁸ VERCILLO, *La tutela della «chance»*, cit., 244.

E non è forse un caso, allora, che in tale ambito la responsabilità della P.A. è stata ricondotta talune volte a quella *in contrabando*, altre volte a quella contrattuale tramite il noto paradigma dell'obbligazione senza prestazione, nonché altre volte ancora – per quanto qui interessa – a quello della responsabilità da mera violazione del dovere di correttezza⁹⁹.

Per il resto, uno sguardo d'insieme al formante dottrinale e alle costruzioni appena riassunte evidenzia come la *chance* sia in ogni caso costretta a dialogare criticamente con il nesso causale, perché la misura desta ora (anche se da una diversa prospettiva) significative preoccupazioni circa l'accoglimento di domande di dubbia fondatezza, ora si sovrappone con l'accertamento dell'elemento eziologico e/o non offre una risposta convincente ai problemi che la citata soglia del 50% poneva fino a qualche tempo fa (non comprendendosi perché fosse da accogliere una domanda basata su un nesso provato al 50,01% e non una in cui la dimostrazione attingesse il 49,99%). Dunque, la riflessione teorica si aggrappa in alcune occasioni alla irrazionale sicurezza che la stessa soglia offre nel solco della “ragion di stato”, mentre in altre si vede costretta ad abbatterla, senza però riuscire a costruire un modello alternativo facilmente governabile.

In definitiva, trova conferma l'assunto per cui la *chance* costituisce in molti casi una finzione e/o una tecnica con cui si tenta di accertare il nesso in condizioni di ineliminabile incertezza, il che ci conduce alle riflessioni conclusive.

6. Riflessioni conclusive verso un quadro di insieme

Come si è in parte anticipato, nell'anno 2018 la Suprema Corte affida a due importanti decisioni una prima opera di razionalizzazione della *chance*, volta – fra le altre cose – a ridimensionare la sua ipertrofia e a rivedere il modello “patrimonialistico” suggerito dalla assai nota Cass. 4400/2004 (che ha per la prima volta riconosciuto il ristoro delle le *chances* di salvezza o guarigione nella responsabilità sanitaria in risposta a quanto stabilito dalle Sezioni Unite penali nel caso *Franzese*), anche sulla scorta di alcune acute osservazioni della dottrina¹⁰⁰.

Per le ragioni fra un attimo esplicitate – che ruotano alla attorno alla cennata idea per cui ogni schema diverso da quello causale risponde ad una finzione e per cui, in tale chiave, non ha particolari ricadute la

⁹⁹ Afferma che la violazione del canone di comportarsi secondo correttezza e buona fede darebbe di per sé luogo ad una pretesa risarcitoria, a prescindere dalla lesione di una situazione giuridica di vantaggio del privato, S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss., nonché – più di recente – ID., *Le tutele del privato nel procedimento e nel processo tra logica di spettanza e logica di correttezza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 843 ss.

¹⁰⁰ Si veda P. ZIVIZ *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1490 ss. Il riferimento di cui nel testo è ovviamente a Cass. 31 marzo 2004, n. 4400, cit., nonché a Cass., Sez. Un. Pen., 10 luglio 2002, n. 30328, fra le tante in *Foro it.*, 2002, II, 601.

distinzione fra *chance* patrimoniale e no –, non è necessario in questa sede soffermarsi sulla serrata revisione che Cass. 6688/2018 e altre decisioni propongono rispetto alla ricostruzione adottata dalla pronuncia del 2004¹⁰¹.

Qui vale solo la pena di osservare come varie proposizioni che la citata sentenza del 2018 formula sul punto – seppur aderendo alla ricostruzione che vede nella perdita di *chances* un oggetto di tutela in sé considerato –, mettano in luce il legame che essa mantiene con l'elemento oggettivo dell'illecito¹⁰².

Soprattutto, dopo aver distinto la *chance* patrimoniale e no a seconda del bene presidiato dal diritto la cui “titolarità” o il cui “esercizio” è divenuto impossibile, pure Cass. 6688/2018 mette in guardia l'interprete dalla dimensione ipertrofica che la *chance* ha assunto: concludendo – con affermazione fulminante – nel senso che “[u]n eccesso di analisi rischia di polverizzare la fattispecie”¹⁰³.

Viene così in esponente, implicitamente, il fondamentale tema dell'incertezza, che la coeva Cass. 5641/2018 sviluppa ulteriormente, peraltro dispiegando un apparato motivazionale che ha particolare rilievo anche perché posto alla base, con alcuni affinamenti, di una delle dieci sentenze “pilota” rese in data 11 novembre 2019 nel contesto del “progetto sanità” di cui si è detto in apertura¹⁰⁴.

Come pure anticipato, la decisione contiene un espresso richiamo all'esperienza amministrativistica: dopo aver ribadito che la perdita della possibilità di conseguire un beneficio o di evitare un pregiudizio costituisce una lesione attuale altresì riprendendo la categorizzazione proposta qualche anno fa da un consigliere della (medesima) Terza Sezione, la Suprema Corte cerca al contempo di collocarla in due diversi quadranti, facendo leva sulle coppie *chance* “pretensiva” e “oppositiva”, nonché patrimoniale e no¹⁰⁵.

¹⁰¹ In sintesi, Cass. 19 marzo 2018, n. 6688, cit., critica l'arresto del 2004 per aver qualificato come “entità patrimoniale” risarcibile in sé la perdita della possibilità di vedere migliorato o non veder peggiorato lo stato di salute del paziente, la quale si colloca evidentemente nella sfera non patrimoniale del soggetto. La questione è rilevante soprattutto sul piano ricostruttivo all'interno del dibattito inerente al rapporto fra la *chance* e l'ingiustizia del danno, il quale però assume una minore pregnanza nella prospettiva di cui nel testo che vede nella *chance* una tecnica per accertare il nesso in condizioni di ineludibile incertezza.

¹⁰² Nel rinviare per un più ravvicinato esame a R. PARDOLESI e B. TASSONE, *La perdita della chance e le forbici della Terza Sezione*, in *Foro it.*, 2018, I, 1607 ss., la pronuncia precisa che “il risarcimento non può discendere da un accertamento incompiuto del relativo diritto” e il fatto che “poi l'evento dannoso costituisca un elemento certo o un elemento possibile a sua volta in una misura di possibilità che lo renda giuridicamente rilevante, non incide sulla metodologia di accertamento dei due componenti ‘anteriori’ della progressiva fattispecie risarcitoria, ovvero della condotta e del nesso” e che “desta perplessità [...] negare che la perdita di *chance* sia un danno ‘correlato al raggiungimento del risultato utile’ dato che al tempo stesso si ammette che [esso] incide sul bene giuridico rappresentato dalla possibilità del risultato”.

¹⁰³ La Suprema Corte rileva al riguardo che la giurisprudenza si è evoluta “nel senso di espandere il concetto di danno da perdita di *chance*, così peraltro, a ben guardare, giungendo a privare il concetto di *chance* della sua ontologica eventualità e confondendolo con la perdita di beni del cui relativo diritto il paziente è già titolare”, non essendo “discutibile che la perdita di *chance* sia correlata al raggiungimento di un risultato, poiché la *chance* riguarda proprio tale raggiungimento”, sicché “la totale estromissione dell'elemento di eventualità nel danno viene a contraddirlo ontologicamente”.

¹⁰⁴ Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

¹⁰⁵ Il riferimento è a CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, cit.

Muovendo dal presupposto per cui il modello di riferimento della *chance* è quello del danno patrimoniale, i giudici di legittimità confermano che si tratta di un dato da rivedere, assieme a quello concernente l'uso della *chance* per “sostituire uno degli elementi essenziali della fattispecie, cioè il nesso causale, con il suo oggetto – vale a dire il bene tutelato che è stato leso –, tanto da indurre autorevole dottrina a definirne la relativa teorizzazione in termini di ‘stampella della zoppia causale’”¹⁰⁶.

Se l'affermazione merita plauso, suscita invece riserve l'idea per cui debbano essere trattate in modo diverso la situazione tipica della gara in cui la condotta impedisce che il preesistente “*quid*” di cui l'attore è già portatore si evolva in modo migliorativo e quella tipica dell'intervento medico, in cui è la stessa condotta a crearlo e impedire “solo” lo sviluppo di una condizione, di suo, sfavorevole.

Del resto, un'attenta dottrina ha evidenziato come la prospettiva potrebbe essere ribaltata, sì da affermare che nel primo caso non pre-esista a ben vedere alcun *quid*, a differenza di quanto accade nel secondo, in cui esso è rappresentato dalla salute del paziente messa in pericolo o pregiudicata dalla patologia¹⁰⁷.

Passando ad altro aspetto, sempre secondo i giudici di legittimità nel caso della *chance* patrimoniale (il primo) si può far riferimento a “valori “oggettivi” e “proporzionali al risultato perduto”, mentre nel caso di quella non patrimoniale (il secondo) il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma andrà “commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo”¹⁰⁸: purché la *chance* abbia i connotati della “apprezzabilità, serietà e consistenza”¹⁰⁹.

Anche qui l'idea che la distinzione fra *chance* patrimoniale e no debba portare a due distinti metodi di liquidazione – l'uno tendenzialmente “proporzionale” e l'altro in base al criterio “equitativo puro” – non convince. Ciò, intanto, perché le formule usate per definire la *chance* non patrimoniale richiamano

¹⁰⁶ La “citazione” della decisione si riferisce a R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, nonché in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323 ss.

¹⁰⁷ Si veda LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico*, cit., 116, nt. 64, il quale rileva che focalizzando l'attenzione sull'obiettivo avuto di mira dal danneggiato, si potrebbe ritenere che, mentre nella perdita di *chance* patrimoniale la vittoria del concorso o dell'appalto (cui il concorrente aspira) non preesiste all'illecito, nella perdita di *chance* non patrimoniale la salute del paziente preesiste invece all'intervento del medico, anche se nella maggior parte dei casi si sono già manifestati gli effetti pregiudizievoli della patologia che la prestazione sanitaria è volta a contrastare. Del resto, non a caso già L. NOCCO, *Il «sincretismo causale», e la politica del diritto*, Torino, 2010, 159, definiva la *chance* di guarigione come “pretensiva”, in contrapposizione alla *chance* di vittoria di un concorso, che sarebbe invece “oppositiva”.

¹⁰⁸ Si mostra scettico sull'uso del metodo equitativo notando che le difficoltà inerenti alla stessa configurabilità del danno non potrebbero essere così surrogate, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, 2011, 413, nonché ora LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico*, cit., 128 ss.

¹⁰⁹ Sulla giurisprudenza che ha tentato – con esiti molto diversi – di fare applicazione della formula della “concretezza”, ritenuti in definitiva vaghi, FRENDA, *Errore o ritardo nella diagnosi*, cit., 269 ss., mentre afferma che non è chiaro cosa debba intendersi per probabilità “serie e apprezzabili”, mostrandosi contrario a ogni tipologia di soglia definita con questa e altre formule, M. CAPECCHI, *Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale (osservazioni a margine di Cass., n. 28993/2019)*, in *La resp. medica*, 2020, 50 ss. Nel senso che la *chance* vada risarcita a prescindere dalle probabilità di realizzazione del risultato, salvo ovviamente recuperare tale aspetto nel momento di quantificare il danno, già F. GALGANO, *I fatti illeciti*, 2018, Padova, 181 ss.

orientamenti invalsi soprattutto in ambiente amministrativistico¹¹⁰. Qui, come visto, la *chance* è perlopiù patrimoniale, per cui la stessa assimilazione fra la *chance* “pretensiva” nonché (entro certi limiti) l’interesse legittimo lascia perplessi, sebbene essa sia stata più smussata in considerazione di uno specifico rilievo all’uopo formulato a margine della decisione del 2018¹¹¹.

D’altronde, si è visto che è proprio il supremo consesso amministrativo a confermare quanto l’elaborazione in tema di *chance* non sia giunta ad approdi definitivi con la citata pronuncia dell’Adunanza Plenaria del maggio 2018¹¹².

Sia come sia, gli aspetti di maggior interesse ruotano attorno agli esiti cui conduce il decalogo, chiariti quali sono i casi in cui non è lecito discorre di perdita di *chances*¹¹³: essa si ritaglia infatti uno spazio laddove la condotta colpevole del sanitario ha avuto come conseguenza un evento di danno incerto perché “le conclusioni della c.t.u. risultano espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all’eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo”¹¹⁴.

¹¹⁰ Sul punto anche TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, 2^a ed., cit., 456 e 577 ss. Condivide invece la differenziazione dei due metodi di liquidazione, E. BUFANO, *Statuti risarcitori dell’incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come «forma dell’acqua» nella tutela anticipata dei diritti inviolabili*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 181 ss.; 191 ss., rilevando però e giustamente che la stessa fa riemergere sotto altro profilo la “*ratio eziologica*” della *chance* patrimoniale pretensiva.

¹¹¹ Premesso che il rilievo di cui nel testo era stato formulato in PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit., 1607 ss., è da notare che rispetto alla più netta affermazione contenuta in Cass. 9 marzo 2018, n. 5641, cit., Cass. 11 novembre 2019, n. 28993 precisa – in modo appunto più smussato – che “[l]a *chance* patrimoniale presenta, *in apparenza*, le stimmate dell’interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa, *sia pur soltanto in parte qua*, attese 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 perduta e cioè quando l’attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile), e cioè postula la preesistenza di una situazione ‘positiva’, i.e. di un *quid* su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa” (corsivi aggiunti).

¹¹² Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, cit. Inoltre, si è visto che quando l’elaborazione amministrativistica (da cui anche la decisione in commento, così come quella del 2018, trae i parametri della “apprezzabilità serietà e consistenza”, per mettere da parte, giustamente, la faticosa soglia del 50%) si occupa della dimensione patrimoniale tramite l’applicazione analogica del criterio di cui all’art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F) richiamato dalla Cassazione, ciò avviene soprattutto per la necessità di approntare una “griglia di contenimento” delle domande proponibili avverso l’attore pubblico.

¹¹³ Invero, se la *chance* è la “possibilità perduta di un risultato migliore ed eventuale”, non si possono ricondurre a essa le ipotesi in cui la condotta del medico (i) ha cagionato la morte del paziente e/o ne ha impedito la guarigione, (ii) ha ridotto significativamente la durata della sua vita e/o ne ha peggiorato la qualità, (iii) ha avuto conseguenze solo sull’organizzazione del tempo residuo del paziente anche in considerazione del mancato ricorso a cure palliative (venendo così leso il diritto all’autodeterminazione), senza avere alcuna incidenza sullo sviluppo, sulla durata e sull’esito della patologia, cui aggiungere la lapalissiana ipotesi sub (iv) in cui la condotta del medico *non* ha avuto alcuna delle conseguenze indicate, sicché nessun ristoro è riconosciuto.

¹¹⁴ Ancora, dopo tale presa di posizione i giudici di piazza Cavour aggiungono che “[t]ale possibilità -i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di *chance* perduta) - sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta – se provato il nesso causale, secondo gli ordinari criteri civilistici tra la condotta e l’evento incerto (la possibilità perduta) - ove risultino comprovate conseguenze pregiudizievoli (ripercussioni sulla sfera non patrimoniale del paziente) che presentino la necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza”.

Ora, lasciando da parte altre critiche (e riflessioni) che il complesso impianto motivazionale merita, continua a destare perplessità l'idea che il nesso debba sussistere fra la condotta e la perdita di *chances*, quale fattispecie “a consistenza variabile” sul piano cronologico, che consente una “anticipazione di tutela” del bene giuridico protetto, di nuovo proposta dalla decisione del 2019¹¹⁵: se la *chance* ruota di necessità attorno alla “possibilità di un risultato migliore”, la sua elisione avviene sempre in misura prossima al 100%, laddove i rilievi formulati dalla pronuncia del 2018 per testarne la validità – il sopravvenire di altra patologia da sola determinante l'*exitus* oppure altri eventi ascrivibili alla condotta di terzi o dello stesso danneggiato – elude il problema dell'incertezza.

La *pars destruens* è dunque compiuta ed essa ha fatto apprezzare l'opera tesa allo sfrondamento di molti rami sechi, ma anche rilevare che i germogli di una costruzione armonica sono ancora di là da venire, secondo una valutazione tutto sommato da ribadire anche a seguito dell'arresto del 2019¹¹⁶.

In tale direzione, del resto, vanno sia l'ultimo riferimento che la decisione del 2018 fa alla “dimensione di insuperabile incertezza [della] possibilità perduta”, l'unica che consente “di temperare equitativamente il criterio risarcitorio del c.d. *all or nothing*, senza per questo essere destinata a incidere sui criteri di causalità, né a integrarne il necessario livello probatorio”, avallando appunto l'idea per cui è la strutturale incertezza processuale o sostanziale su come sarebbero andate le cose a dare corpo alla *chance*¹¹⁷; sia il confronto fra

¹¹⁵ In proposito, non è ad esempio molto felice l'esemplificazione offerta dalla pronuncia del 2018 tramite il richiamo alla “lealtà processuale” della gestante che lamenti una *wrongful birth*, dichiarandosi incerta su quanto avrebbe fatto se debitamente informata. La decisione precisa comunque – e giustamente – che l'ipotesi è diversa da quella in cui la gestante prova che, ove debitamente informata, avrebbe interrotto la gravidanza (perché in tal caso il medico risponderà di tutti i danni conseguenti all'omissione), così come da quella in cui risulti che anche in presenza di una corretta informazione la stessa avrebbe comunque scelto di portarla a termine. A ogni modo e soprattutto, non è chiaro – in concreto – quale sia il rapporto fra la *chance*, seppur ristretta in nuovi confini, e il criterio del “più probabile che no”, richiamato prima tramite la difficile distinzione fra probabilità e possibilità del risultato e poi, più ampiamente, nella parte finale della motivazione: non a caso, secondo la lettura che alla sentenza dà CAPECCHI, *Dalla perdita di chances alla responsabilità proporzionale*, cit., 52, il nuovo impianto verrebbe a relegare la *chance* nell'area del “meno probabile che no”. A margine di tale intervento si osservava inoltre in PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit., 1607 ss., che nella nuova configurazione della *chance* rimanevano comunque varie zone d'ombra, ponendo la domanda su come vadano trattati i casi in cui i fattori alternativi che possono interrompere la produzione dell'evento e gli stessi effetti della condotta siano inquadrabili solo tramite la legge dei grandi numeri, nonché osservando che, se davvero non vi fosse causalità “ordinaria” in presenza della multi-fattorialità dell'evento, molti casi di colpa medica transiterebbero *ex se* nel reame della *chance*. Al riguardo, LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico*, cit., 120, rileva allora che occorre individuare un criterio per distinguere la multifattorialità certa da quella incerta e, in tale secondo caso, per distinguere l'incertezza idonea a fungere da substrato della *chance* da quella che prelude all'esclusione *tout court* del nesso. Anche qui la decisione sembra darci atto di aver individuato un profilo problematico, perché proprio con riferimento a quanto sopra detto Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, cit., afferma che “[s]arà [...] esclusa ogni rilevanza causale della condotta, sul piano probabilistico, in tutti i casi di incertezza - ad esempio, nell'ipotesi di cd. multifattorialità dell'evento - sul rapporto di derivazione eziologica tra la condotta stessa e l'evento [stesso], pur nella sua astratta configurabilità in termini di possibilità perduta, qualora la multifattorialità [...] sia rappresentata [...] da un concorso di cause la cui disamina si risolva, nelle conclusioni del c.t.u., in termini di insanabile incertezza causale”: ma rimane tutto da indagare il secondo grande fattore toccato di scorcio, cioè il citato tema della causalità generale, sul quale si tornerà fra breve nel testo.

¹¹⁶ Nel senso cui nel testo, PARDOLESI e TASSONE, *La perdita della chance*, cit., 1616.

¹¹⁷ L'idea era stata già proposta con TASSONE, *Responsabilità contrattuale*, cit., 14 ss.

la premessa della pronuncia del 2019 e la sua conclusione: l'una basata su una celebre frase contenuta in un libro di John Maynard Keynes – che ha fra l'altro influenzato, non poco, l'elaborazione di *Common Law* nel suo complesso – a tenore della quale la probabilità “is the measure of our ignorance”¹¹⁸; l'altra volta ad arrendersi, anche se in modo non così disarmato né rinunciatorio, alle ragioni della politica del diritto¹¹⁹.

Proprio qui, allora, si può innestare – sperando che altri studiosi raccolgano il testimone sul versante del diritto amministrativo – un'ulteriore ragione per cui il confronto con tale area del diritto è assai proficua: il quale sembra confermare che la *chance* non è che una tecnica per applicare un nesso in condizioni di ineliminabile incertezza sostanziale o processuale, della qual cosa occorre prendere coscienza per meglio governarla¹²⁰.

Peraltro, il contributo che detto confronto può dare non si esaurisce in una dimensione decostruttiva: dopo aver preso atto delle criticità connesse alle varie teorie volte a ricostruire la *chance* in termini di danno emergente, lucro cessante o doppio elemento sia del nesso sia del danno (e altre ancora, fra cui il citato modello giurisprudenziale dominante che ora la inquadra come bene leso “più probabilmente che no” dalla condotta del convenuto), esso induce a definirla piuttosto in termini funzionali e a procedere ad una maggiore delimitazione dei suoi confini (e delle sue sotto-funzioni), sempre indicando le ragioni di *policy* eventualmente idonee a giustificare la deviazione dall'ordinario modo di applicare il nesso causale.

Più in particolare, la considerazione della “struttura” della fattispecie nel caso delle gare può portare a individuare una delle aree tipiche della *chance*, perché l'attore non è in grado di provare la sussistenza del nesso senza che gli si possa muovere un qualche rimprovero sul piano degli oneri di allegazione e probatori: riprendendo un'espressione di sintesi altrove formulata, è solo con la macchina del tempo che si sarebbe potuto sapere come le cose sarebbero realmente andate, in presenza della condotta doverosa corretta.

E qui si profila peraltro la possibilità di ricostruire la *chance* come danno punitivo (paradossalmente) sotto-compensativo, perché concede all'attore meno di quanto egli avrebbe ottenuto secondo i canoni ordinari,

¹¹⁸ La icastica espressione per cui la *chance* “is the measure of our ignorance” si deve a J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, London, 1921 – di recente ristampato (Mineola [New York], 2013) – 315.

¹¹⁹ Ci si riferisce alla finale affermazione per cui “provato il nesso causale secondo le ordinarie regole civilistiche, rispetto ad un evento di danno accertato nella sua esistenza e nelle sue conseguenze, il risarcimento di quel danno sarà dovuto integralmente. Sul medesimo piano d'indagine, che si estende dal nesso al danno, ove quest'ultimo venisse morfologicamente identificato, in una dimensione di insuperabile incertezza, con una possibilità perduta, tale possibilità integra gli estremi della *chance*, la cui risarcibilità 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 c.d. *all or nothing*, senza per questo essere destinata ad incidere sui criteri di causalità, né ad integrarne il necessario livello probatorio”.

¹²⁰ Queste le conclusioni espone in TASSONE, *Causalità e perdita di chances*, 2^a ed., cit.

ma al contempo pone sul convenuto un qualche onere invece di mandarlo esente da responsabilità, finendo – dunque – per sanzionarne il comportamento.

In effetti, considerando il tipico caso che viene in considerazione in tema di colpa medica e che richiama la categoria della causalità generale anticipato in nota – quello del paziente che aveva *chances* di sopravvivenza del 30% se il medico fosse correttamente intervenuto, senza potersi sapere se il primo sarebbe rientrato nella “classe fortunata” anche in presenza una prestazione resa dal luminare del settore –, è chiaro che egli sarebbe restato in vita oppure no, ma non che avrebbe conservato il 30% della sua esistenza.

E lo stesso vale, a pensarci bene, per l’impresa pretermessa da una gara e per il dipendente illegittimamente escluso dalla prova tesa ad un avanzamento di carriera, dacché l’appalto sarebbe stato o no aggiudicato alla prima e l’inquadramento superiore o no conseguito dal secondo: sicché, in assenza della condotta del convenuto, il destino dell’attore non si sarebbe in definitiva sottratto all’alternativa fra un esito favorevole o infausto.

Dunque, è il frutto di un’illusione ottica l’affermazione che, in tal caso, va verificato se la probabilità di evitare un pregiudizio o conseguire un beneficio sia stata elisa secondo il “più probabile che no”: le *chances* di per sé non esistono e le stesse sopperiscono alla strutturale impossibilità o alla insormontabile difficoltà di sapere come gli eventi si sarebbero svolti, a dimostrazione del fatto che la reificazione delle possibilità perdute in un’autonoma posta patrimoniale o in un autonomo bene è solo un modo per evitare che la domanda sia respinta.

Proprio l’impossibilità di conoscenza che ne deriva offre dunque una delle più convincenti spiegazioni dell’elaborazione giurisprudenziale in materia: la quale, però, dovrebbe sempre segnare il confine fra i casi in cui *non* è dato di sapere *come sarebbero andate* le cose e quelli in cui il quesito è rimesso all’efficacia probatoria del materiale acquisito o che si sarebbe potuto acquisire, dacché esso permette o avrebbe in astratto permesso di stabilire *come sono realmente andate* le cose.

Nella prima ipotesi la *chance* finisce per dare rilievo ad un “illecito di pura condotta” ed è dunque venuto il tempo di riconoscere che essa assume contorni sanzionatori, in linea con quanto si è sostenuto essere ben possibile anche per la responsabilità civile nel suo complesso¹²¹.

Se si ritiene proficuo procedere su tale strada – rispettando i limiti che caratterizzano l’applicazione dei danni punitivi veri e propri, ma prendendo atto delle plurime funzioni che si possono riconoscere alla responsabilità civile –, è bene non nascondersi dietro a formule inconsistenti e dettare chiari criteri al

¹²¹ All’interno di una letteratura sterminata, E. DEL PRATO, *Conclusioni. Spigolature sul risarcimento punitivo*, in U. PERFETTI (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Napoli, 2018, 297 ss.

riguardo¹²²: secondo una prospettiva che consente appunto di valorizzare alcuni orientamenti amministrativistici formatisi in tema di gare (e non solo), nei quali non a caso si è riconosciuto, prima che in quello civile, il ristoro delle *chances* sotto-soglia.

Inoltre, la parallela riflessione svolta nel settore giuslavoristico consente di far notare che l'attività del datore è assoggettata all'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede – e ad altri canoni di condotta –, il che offre il destro per ricollegare il ristoro della *chance* a un più ampio discorso sul rilievo di tale clausola generale e di quelle a essa prossime, come l'abuso del diritto e/o del processo¹²³.

E l'ipotesi – come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono – trova conforto considerando pure l'esperienza amministrativistica.

Un passo più in là trova poi posto la considerazione per cui, qui, l'esercizio del potere pubblico e il sindacato giudiziale su esso rispondono a modelli in parte diversi, anche solo perché è fatto divieto al giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle della P.A., sicché un ulteriore approfondimento sul modo in cui la *chance* opera nelle contesti delle gare nelle due aree appena citate è certamente possibile, se non auspicabile: anzi – sia detto per inciso – il quesito potrebbe essere esteso all'intero contesto in cui il rimedio risarcitorio si applica, essendo assai diverso, come anticipato nelle pagine che precedono, il suo ruolo effettivo una volta che si considerino le ben diverse misure rimediali di cui l'attore si può avvalere per far valere le sue ragioni.

Ma – rimanendo nel perimetro tracciato nel presente lavoro –, proprio il connubio istituito fra *chance* e discrezionalità tecnica o pura, il rilievo della buona fede e del *venire contra factum proprium* nella tutela della *chance* c.d. “esterna”, la possibile configurazione degli obblighi di protezione e la fattispecie del danno da mero ritardo (nell'adozione, come detto, di un provvedimento legittimo ma sfavorevole), offrono ulteriore supporto all'idea che la *chance* serva a sanzionare un illecito di mera condotta.

E pure il citato riconoscimento del carattere polifunzionale della *chance* e la sua applicazione nell'ambito assai dilatato in cui si fa uso del criterio di cui all'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), circa il limite del 10% a base d'asta, grazie al quale l'anima regolatoria della stessa *chance* raggiunge – come ricordato – le sue vette più elevate, contribuiscono a rifuggire da un inquadramento forzatamente unitario.

¹²² Distingue la “funzione sanzionatrice” dallo specifico ambito dei danni punitivi in senso tecnico, P. TIMARCHI *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2ª ed., 2019, *passim*.

¹²³ L'ipotesi trova conforto considerando pure l'esperienza amministrativistica, sebbene qui la misura risarcitoria e dunque la *chance* – come più volte detto – non siano affatto il rimedio principe, cui aggiungere che l'esercizio del potere pubblico e il sindacato giudiziale su esso rispondono a modelli in parte diversi, anche solo perché è fatto divieto al giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle della P.A., come si è osservato in TASSONE, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo*, cit., 2655 ss., che sia permesso di richiamare un'ultima volta.



In tal modo – come auspicato nel confronto con il diritto del lavoro – ci si augura di aver gettato almeno le basi per un dialogo potenzialmente proficuo su tutti e due i versanti della scienza giuridica, di necessità, coinvolti.