**L’ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo [[1]](#footnote-1)**

**Sommario: 1. Cenni sul danno per perdita di *chance* nel rapporto tra privati. – 2. Il risarcimento dei danni per la perdita di *chance* nella giurisprudenza amministrativa. – 3. Gli elementi caratterizzanti il danno da perdita di *chance*. – 4. Infondatezza della teoria eziologica. – 5. Il danno per perdita di *chance* come risarcimento per equivalente degli interessi procedimentali. – 6. La quantificazione.**

**1. Cenni sul danno per perdita di *chance* nel rapporto tra privati.**

Il danno è un accadimento frequente nella esperienza umana e può intervenire per una serie di eventi, umani e non. È un concetto socio-economico che comprende un’estesa quantità di casi il cui numero non è predeterminabile.

Il danno diviene giuridicamente rilevante se è previsto e qualificato dalla norma e, in relazione all’elasticità di quest’ultima, è possibile sussumerlo in essa, nonostante la sua manifestazione rappresenti un inedito nell’esperienza reale.

Il codice civile consente di inscrivere un “nuovo” danno tra quelli giuridicamente rilevanti.

Infatti, l’area del danno è inquadrata a fini risarcitori tra “la perdita subita dal creditore” e “il mancato guadagno” (art. 1223 c.c.) che riguardano la sfera degli interessi che fanno parte del patrimonio del danneggiato e quella che il danneggiato deve ancora acquisire che, nella concreta fattispecie, possono essere alternativi o cumulativi perché la norma è tesa a stabilire il completo risarcimento del danno sotto tutti e due i profili.

L’ambito del danno risarcibile ha una formulazione che può riuscire a raccogliere le più diverse esperienze che recano pregiudizio ed è lo stesso sia per la responsabilità contrattuale che per quella extracontrattuale per il rinvio dell’art. 2056 c.c. (anche) all’art. 1223 c.c.

Può rientrare, quindi, in questo ombrello la perdita di *chance*, intesa come una possibilità che ha il danneggiato di mantenere o ottenere vantaggio o utilità e di cui viene privato a causa di un fatto dannoso[[2]](#footnote-2).

Da qui e in forza dell’esperienza sviluppatasi in Francia[[3]](#footnote-3), la *chance* è stata riconosciuta come risarcibile dal giudice ordinario, ma si registra il contrasto sul se la possibilità “impedita” sia già presente nel patrimonio del danneggiato[[4]](#footnote-4), apprezzabile autonomamente, di per sé, come vantaggio sperato; ovvero se costituisca danno giuridicamente rilevante solo nel caso che la possibilità si sarebbe potuta concretizzare in un probabile conseguimento del risultato atteso. Secondo la prima configurazione (rilievo autonomo della *chance*), la *chance* ha il contenuto di una mera possibilità che non si è avverata per via dell’atto illecito di un altro soggetto. Nella seconda configurazione (rilievo della *chance* solo se il risultato si sarebbe probabilmente realizzato), si richiede l’ulteriore elemento della probabilità, più o meno consistente, di ottenere l’esito favorevole.

La prima posizione va sotto il nome di teoria ontologica, la seconda di teoria eziologica[[5]](#footnote-5).

Occorre, però, dire che anche coloro che assumono che la *chance* faccia parte, già prima del pregiudizio recato alla “possibilità”, del patrimonio del danneggiato, quando devono quantificare il danno vanno a verificare se la possibilità impedita dal danneggiante avesse probabilità – e in che misura – di concretizzarsi nel vantaggio o nell’utilità attesa.

Si potrebbe pensare che non si sia in presenza di tesi inconciliabili, ma di aspetti che si integrano tra l’accertamento dello “*an*” e la quantificazione del danno; sennonché, se non si dimostra che la possibilità trovi riscontro nella probabilità (o addirittura certezza) che il danneggiato sarebbe riuscito a concretizzare nel vantaggio sperato la sua *chance*, per i sostenitori della tesi eziologica non vi è alcun danno risarcibile. Invece, per la teoria ontologica, la possibilità va risarcita in sé e, se non si prova che avrebbe potuto realizzarsi, la quantificazione avviene equitativamente (art. 1226 c.c.)[[6]](#footnote-6).

**2. Il risarcimento dei danni per la perdita di *chance* nella giurisprudenza amministrativa.**

Va tenuto presente che nei rapporti tra privati le situazioni giuridiche soggettive che si contrappongono sono paritetiche e le soluzioni individuate dal giudice ordinario non possono calarsi nel diverso rapporto tra situazioni giuridiche soggettive del danneggiato e potere autoritativo del danneggiante.

È stato rilevato che per la *chance* “non esiste una definizione positiva […] e che tutto deriva da una giurisprudenza empirica civilistica” e che bisogna “cercare di procedere ad una sistematizzazione di una materia che è tuttora magmatica”[[7]](#footnote-7).

Per costruire è necessario partire dai rapporti pubblicistici.

Il dato significativo è che il danno recato alla *chance* è conseguenza dell’esercizio illegittimo del potere e della impossibilità di ottenere la soddisfazione in via specifica o per equivalente dell’interesse finale o materiale che si fa valere con la tutela: è divenuto irraggiungibile il risultato sperato[[8]](#footnote-8).

La giurisprudenza amministrativa, però, è stata influenzata da quella del giudice ordinario ed è divisa tra teoria ontologica e teoria eziologica, con prevalenza di quest’ultima, in relazione al grado di probabilità per il cittadino di poter attingere al risultato finale[[9]](#footnote-9).

Una recente vicenda, oggetto di contenzioso innanzi al giudice amministrativo e passata al vaglio del primo e del secondo grado, rende evidenti le due posizioni.

Il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa, Sezione Autonoma della Provincia di Bolzano, respinge la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* di un Consorzio di concessionari di linee di trasporto pubblico della Provincia Autonoma di Bolzano il quale lamentava che, in favore dei precedenti concessionari del servizio di alcuni trasporti pubblici locali extraurbani, erano state adottate due proroghe del rapporto, senza gara, che le avevano impedito di concorrere per l’affidamento della concessione.

Il TAR, pur annullando le proroghe, ritiene precluso il risarcimento del danno perché il Consorzio non aveva dimostrato di aver perduto, quale diretta conseguenza dell’illegittime proroghe delle concessioni dei servizi di trasporto ai concessionari uscenti, un’occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio, con un elevato grado di probabilità. Il giudice di primo grado ravvisa una “mera possibilità” che rappresenta un danno ipotetico non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto[[10]](#footnote-10).

È la tesi eziologica, seguita anche di recente dal Consiglio di Stato[[11]](#footnote-11): qualora non si dimostri se non la certezza, quanto meno la concreta possibilità (dovrebbe, secondo alcuni, superare il 50 per cento; per altri, è sufficiente anche una percentuale più bassa) che si sarebbe potuto conseguire la soddisfazione dell’interesse (finale) al bene della vita, il danno per perdita di *chance* non è risarcibile e, anzi, è “solo un ipotetico danno, non meritevole di reintegrazione, perché non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto”[[12]](#footnote-12).

L’approdo finale dell’impostazione eziologica è quello di escludere, nella sostanza, la meritevolezza in sé dell’interesse alla *chance* che non è risarcibile in quanto aspettativa di fatto.

Il sacrificio della “possibilità” negata non è oggetto di tutela giuridica, di per sé.

Di tutt’altro avviso il giudice di appello: il sacrificio della possibilità di conseguire il risultato finale è “un bene giuridico autonomo” consistente nelle “aspettative andate ‘irrimediabilmente’ deluse a seguito dell’illegittimo espletamento (ovvero del mancato espletamento) di un procedimento amministrativo”[[13]](#footnote-13).

Si è in presenza di una “violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricomprendendo nel suo raggio di protezione l’interesse materiale – assicura all’istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale”[[14]](#footnote-14), per cui il richiamo del Tribunale alla “elevata probabilità di realizzazione, quale condizione affinchè la *chance* acquisti rilevanza giuridica, è fuorviante, in quanto così facendo si assimila il trattamento giuridico della figura in esame alla causalità civile ordinaria (ovvero alla causalità del risultato sperato)”[[15]](#footnote-15).

È la tesi ontologica e, infatti, la sentenza rileva che “l’esigenza giurisdizionale è quella di riconoscere all’interessato il controvalore della mera possibilità – già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l’*an* del giudizio di responsabilità deve coerentemente consistere soltanto nell’accertamento causale tra la condotta antigiuridica e l’evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità”[[16]](#footnote-16).

Per il *quantum*, si decide di impiegare la “tecnica probabilistica” “non per accertare l’esistenza della *chance* come bene a sé stante, bensì per misurare in modo equitativo il valore economico della stessa” e non è necessario che la probabilità raggiunga una determinata soglia perché assuma rilevanza giuridica, altrimenti si finisce per non risarcire la mera possibilità perché “la *chance* finisce per essere utilizzata quale frazione probabilistica di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Ma si tratta di un esito del tutto contraddittorio, in quanto, se la verificazione dell’evento finale può essere empiricamente riscontrata, allora non ricorrono neppure i presupposti per l’operatività della *chance*”[[17]](#footnote-17).

Peraltro, quando si lamenti la perdita della *chance* di poter partecipare ad una gara mai bandita, è difficile (se non impossibile) dimostrare le probabilità di vincerla, tanto che la giurisprudenza favorevole a riconoscere risarcibile il danno per la perdita in sé della *chance*, per quantificarlo, ha utilizzato il criterio di ipotizzare, in via di medie e presunzioni, quale sarebbe stato il numero presunto di partecipanti alla gara se gara vi fosse stata, dividendo l’utile di impresa, quantificato in via forfettaria, per il numero di partecipanti, così ottenendo un quoziente che costituisce la misura del danno risarcibile[[18]](#footnote-18).

In un caso in cui era affidato un servizio pubblico ad un’impresa a trattativa diretta, il precedente gestore, ottenuto l’annullamento dell’assegnazione, si vedeva riconosciuto il risarcimento dei danni per perdita di *chance* nell’importo del 2% della somma erogata al danneggiato dall’amministrazione nel triennio precedente al subentro della nuova impresa, calcolato in via equitativa[[19]](#footnote-19).

Anche la sentenza che si è indicata come “tipo” della teoria ontologica procede ad una valutazione equitativa, diversa dal danno di mancata aggiudicazione, “stante l’impossibilità di formulare una prognosi sull’esito di una procedura comparativa mai svolta” e quantifica il danno nella misura del “10 per cento circa dell’utile astrattamente ritraibile dall’affidamento in parola”[[20]](#footnote-20).

**3. Gli elementi caratterizzanti il danno da perdita di *chance*.**

Il contrasto giurisprudenziale che si è esposto è rilevante.

Non si può pensare, però, di risolverlo a favore dell’una o dell’altra tesi, senza cercare di individuare un criterio sistematico fondante e, innanzitutto, occorre precisare quando si verifichi, nell’ambito amministrativo, la perdita di *chance*, giuridicamente rilevante.

A) I primi due elementi, tra loro correlati, che caratterizzano la perdita di *chance*, sono: la violazione, da parte dell’amministrazione, di una norma giuridica, formale, procedimentale o sostanziale, che disciplini l’azione amministrativa, violazione che preclude la possibilità per il soggetto, che è in rapporto con l’autorità amministrativa, di mantenere o acquisire un vantaggio.

La casistica più ricorrente è quella della possibilità tesa ad acquisire un vantaggio che fa capo agli interessi legittimi pretensivi[[21]](#footnote-21).

Così le procedure di gara per l’aggiudicazione di contratti pubblici e l’esclusione di un concorrente che viene annullata dopo che il contratto è stato totalmente eseguito[[22]](#footnote-22) ovvero ai concorsi pubblici per l’assunzione a tempo determinato e il provvedimento di eliminazione di un candidato che viene annullato dopo che si è esaurito il rapporto di lavoro ovvero all’attribuzione di incentivi in materia di impianti di energia rinnovabile a cui non si può partecipare per mancato tempestivo rilascio dell’autorizzazione unica ad eseguire l’impianto.

È necessario, però, tenere presente che una perdita di *chance* può determinarsi anche per gli interessi tesi a mantenere un vantaggio e cioè gli interessi legittimi oppositivi.

Si pensi a un provvedimento di autorizzazione per la realizzazione di una centrale nucleare di produzione di energia elettrica di ultima generazione impugnato da associazioni ambientaliste e da cittadini residenti nelle immediate vicinanze che fanno valere l’interesse legittimo oppositivo a questo intervento modificativo (e forse inquinante) dell’ambiente; l’annullamento del giudice interviene quando l’opera è realizzata e si preclude la possibilità di impedire l’esecuzione dell’intervento[[23]](#footnote-23).

Quindi, innanzitutto la violazione di una regola di condotta formale, procedimentale o sostanziale che causalmente precluda la possibilità di ottenere la soddisfazione dell’interesse a mantenere o acquisire un vantaggio.

Se non vi è violazione di una norma o, detto altrimenti, se il provvedimento non è illegittimo (quale che sia il vizio) o il comportamento (in caso di omissione o di ritardo nell’assumere un atto amministrativo[[24]](#footnote-24)), non è in violazione di una norma giuridica, la *chance* non ha alcuna protezione e tutela poiché è interesse di mero fatto.

Se, d’altro canto, non vi è interesse a mantenere o ottenere un vantaggio, non esiste alcun interesse e non può evidentemente parlarsi di impedimento alla realizzazione di una possibilità di soddisfazione di un interesse che non c’è.

B) Di poi, l’interesse che radica la legittimazione a far valere il risarcimento per perdita di *chance* non deve trovare soddisfazione con l’azione giudiziaria o in altro modo (provvedimento amministrativo), nel senso che non deve aver ottenuto (o non può ottenere) il risarcimento in via specifica[[25]](#footnote-25).

Negli esempi esposti in precedenza se, nel riesercizio del potere conseguente all’annullamento, l’amministrazione: stipula un altro contratto con il concorrente escluso; istituisce un altro posto di impiego a tempo determinato con nuova decorrenza; rifinanzia gli incentivi; elimina la centrale nucleare per la produzione di energia elettrica.

In queste ipotesi la *chance* si è realizzata e il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio (danno) per un impedimento ad una possibilità che si è concretizzata, con soddisfazione in via specifica dell’interesse.

C) Inoltre, quando non sia possibile la soddisfazione in forma specifica, la condanna del danneggiante al pagamento dell’equivalente pecuniario dell’interesse al bene della vita illegittimamente (o illecitamente) leso, non lascia spazio alla *chance* poiché la possibilità ha avuto soddisfazione con il ristoro dei danni conseguenti alla lesione dell’interesse al bene della vita[[26]](#footnote-26).

Pertanto, si può parlare di danno da perdita di *chance* quando ricorrano gli elementi innanzi detti in positivo e in negativo. In positivo: - atti amministrativi illegittimi per violazione di norme formali, procedimentali e sostanziali o comportamenti *contra jus*; - per effetto di dette illegittimità si è impedito una o più possibilità (*chance*). In negativo: l’interesse che costituisce il contenuto presupposto della *chance* - non deve aver ottenuto (o potuto ottenere) soddisfazione in forma specifica; - non deve aver ottenuto (o potuto ottenere) soddisfazione per equivalente pecuniario.

Si è così determinato l’ambito del risarcimento dei danni per perdita di *chance* che è una situazione residuale riguardante esclusivamente l’illegittimo impedimento a poter far valere e concretizzare una possibilità, nella ricorrenza di tutti gli elementi caratterizzanti che si sono esposti.

**4. Infondatezza della teoria eziologica.**

La delimitazione dell’area del risarcimento per perdita di *chance* alla mera possibilità di poter conseguire un risultato utile, nella ricorrenza di tutti gli altri elementi, dimostra che la tesi eziologica che collega il risarcimento alla probabilità di mantenere o ottenere il vantaggio sperato sposta il fulcro della *chance* e riferisce il danno all’interesse materiale al bene della vita, considerando se dovesse o potesse essere mantenuto o conseguito con un certo margine di probabilità.

Questo, però, non è il risarcimento della *chance*, ma dell’interesse materiale alla base delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e diritto soggettivo.

La *chance* precede il momento che la teoria eziologica prende in esame, essa è alle porte della soddisfazione dell’interesse materiale. Se si sposta l’attenzione alla probabile realizzazione dell’interesse al bene della vita, non si risarcisce la *chance*, ma l’illegittimo mancato raggiungimento del risultato sperato che è cosa diversa.

La mera *chance* di poter ottenere un risultato utile è altra cosa dal più o meno probabile realizzo di quanto sperato.

La tesi eziologica, dunque, sposta il baricentro della *chance* e non risarcisce la mera possibilità, ma la probabilità di ottenere soddisfazione dell’interesse al bene della vita.

La tesi ontologica, dal suo canto, assume che la possibilità fa parte della sfera soggettiva, ma non spiega perché la sua perdita sia giuridicamente rilevante e comporti il risarcimento dei danni; infatti, potrebbe essere non altro che un interesse di mero fatto.

In altri termini, la *chance*, rilevante per il soggetto che intende coltivarla e che fa parte delle sue aspettative, per essere risarcita, deve essere giuridicamente protetta e tutelata.

Va esaminato questo ulteriore ed essenziale passaggio.

**5. Il danno per perdita di *chance* come risarcimento per equivalente degli interessi procedimentali.**

Nel definire il raggio di azione del risarcimento per perdita di *chance*, si è escluso la rilevanza dell’interesse materiale al bene della vita, base sociologica delle situazioni giuridiche soggettive dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo.

Infatti, l’interesse al bene della vita serve esclusivamente per legittimare la *chance*, in quanto quest’ultima rappresenta la possibilità di voler mantenere o acquisire un vantaggio e, in mancanza di questo interesse verso il bene, non può esservi alcuna *chance*.

L’interesse al bene della vita, però, se ottiene soddisfazione in via specifica o per equivalente, supera la *chance* che si è attuata. Invece, la *chance* rimane e l’impossibilità di realizzarla per l’impedimento conseguente all’azione amministrativa illegittima può radicare l’azione risarcitoria che ha a presupposto l’irrealizzabilità materiale e/o giuridica dell’interesse al bene della vita.

Il danno riguarda la impossibilità di poter far valere una *chance* per poter eventualmente realizzare il bene della vita, ormai irraggiungibile, a causa dell’illegittima azione amministrativa concretizzatasi in un atto o un comportamento illegittimo.

Il danno per perdita di *chance* perde l’aggancio al bene della vita perché non può ottenerlo, né si può procedere virtualmente a verificare se poteva conseguirlo.

Infatti, se si verificasse, anche solo virtualmente, che il risultato finale poteva essere realizzato, in mancanza di risarcimento in via specifica, si liquida il danno per equivalente pecuniario e non si risarcisce una possibilità svanita, ma la lesione della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo (o di diritto soggettivo).

La *chance* non va confusa con l’interesse legittimo o il diritto soggettivo[[27]](#footnote-27).

Pertanto, per parlarsi di perdita di possibilità, il bene finale non deve essere possibile ottenerlo materialmente, giuridicamente e nemmeno ripetendo virtualmente l’azione amministrativa.

Il danno, quindi, nella sua materialità, riguarda la privazione della *chance* ed è conseguente alla violazione, come esattamente rilevato dalla giurisprudenza, “di una norma di diritto pubblico” che non ricomprende, di per sé, nel suo raggio di protezione l’interesse materiale[[28]](#footnote-28).

La perdita della possibilità è la conseguenza della violazione delle norme giuridiche dettate per l’esercizio dell’azione amministrativa ed è lesa direttamente da detta violazione.

Una volta accertata la violazione, da parte dell’amministrazione, delle norme giuridiche, nella ricorrenza di tutti gli altri elementi indicati innanzi[[29]](#footnote-29), non può dubitarsi che sia stata lesa la *chance* negata direttamente per effetto della violazione delle norme di diritto pubblico.

Qui, non si ha il meccanismo di tutela proprio dell’interesse legittimo che fa valere strumentalmente la violazione delle norme giuridiche che disciplinano l’azione amministrativa per ottenere soddisfazione del bene della vita, perché è sufficiente, di per sé, la illegittima azione dell’amministrazione che lede direttamente la *chance*. Quest’ultima è protetta dalle norme giuridiche che l’amministrazione deve osservare e la cui violazione ha impedito la possibilità ambita dal soggetto di realizzarla.

La protezione e la tutela della *chance* è nella violazione dei c.d. interessi procedimentali che la pubblica amministrazione deve necessariamente rispettare nell’esercizio della funzione pubblica.

Le disposizioni dettate per il procedimento amministrativo, per la forma e per il contenuto dell’azione amministrativa hanno assunto nel nostro sistema un baluardo a tutela non solo dell’interesse al bene della vita di cui sono portatori i soggetti dell’ordinamento, titolari dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo, ma anche della sola legittimità il cui rispetto il cittadino può pretendere.

Gli interessi procedimentali che autorevole dottrina ha definito come non attinenti direttamente ad interessi della vita, ma a procedimenti “nei quali si valuta e si giudica intorno a pretese concernenti interessi della vita”[[30]](#footnote-30), sono da ritenere posizioni soggettive che hanno ad oggetto situazioni e vicende del procedimento, fatti procedimentali, intesi come comprensivi di tutte le regole formali, procedimentali e sostanziali che disciplinano l’azione amministrativa.

Gli interessi procedimentali sono strumentali, in caso di loro lesione, alla soddisfazione dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo (quando si confronti con il potere autoritativo), ma sono concettualmente autonomi e nel nostro ordinamento sono anche giuridicamente tutelati in via autonoma, come ho rilevato in altre occasioni, richiamando: a) l’art. 17, comma 1, lett. f) della L. 15 marzo 1997 n. 59 che ha delegato ai regolamenti la previsione di “forma di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento” (a prescindere dall’interesse al bene della vita) in caso di violazione di ogni interesse procedimentale; b) l’art. 28 D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito in L. 9 agosto 2013 n. 98 che ha introdotto, anche se per tempo limitato, il pagamento di trenta euro per ogni giorno di ritardo nell’adozione del provvedimento, per la violazione delle norme sui termini di durata del procedimento; c) la legge regionale della Toscana del 23 luglio 2009 n. 40 il cui articolo 16 stabilisce, in caso di inosservanza dei termini per la conclusione dei procedimenti, la corresponsione di euro 100,00 per ogni dieci giorni di ritardo, fino ad un massimo di euro 1.000,00.

A mio avviso, si è in presenza di una situazione giuridica soggettiva autonoma rispetto all’interesse legittimo e al diritto soggettivo, denominata interessi meramente procedimentali, come ho sostenuto in diversi scritti[[31]](#footnote-31), ma anche se non si condivida tale tesi, è innegabile che l’interesse alla legittimità dell’azione amministrativa riceva tutela autonoma tramite il pagamento, a favore del cittadino che risenta di tale violazione, di una somma di danaro, spesso impropriamente definita come indennizzo[[32]](#footnote-32).

Ebbene, la *chance* negata è protetta dalle norme giuridiche sull’esercizio dell’azione amministrativa la cui violazione, se non porta alla lesione dell’interesse legittimo (o del diritto soggettivo che fronteggia il potere autoritativo) per non essere consentita la soddisfazione dell’interesse al bene della vita, né in forma specifica, nè per equivalente pecuniario, apre all’azione risarcitoria per perdita di *chance*.

Il pregiudizio della *chance* diventa giuridicamente rilevante perché l’amministrazione ha violato le norme sull’esercizio dell’azione amministrativa, impedendo la possibilità che l’ordinamento tutela direttamente in caso di azione illegittima.

Insomma, la violazione degli interessi procedimentali è strumentale alla soddisfazione dell’interesse al bene della vita, ma se il titolare dell’interesse (o del diritto soggettivo che fronteggia il potere autoritativo) non raggiunga tale risultato, tale violazione non resta senza conseguenze giuridiche.

L’amministrazione ha il dovere di rispettare le regole che presiedono all’esercizio della sua azione e il venir meno a tale dovere non può rimanere senza conseguenze giuridiche se non può portare alla soddisfazione dell’interesse al bene della vita, alla base dell’interesse legittimo e del diritto soggettivo. In questi casi, opera l’area risarcitoria della perdita di *chance* che riceve diretta protezione, a prescindere dal raggiungimento o dalle probabilità di raggiungimento del risultato sperato.

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

La perdita di *chance* è lesa sempre quando l’azione è illegittima, per qualunque vizio, e direttamente[[33]](#footnote-33) poiché vi è un ineludibile nesso di causalità, dal momento che la violazione accertata delle regole che presiedono all’esercizio della funzione amministrativa conculcano la possibilità di attingere al risultato sperato.

Si tratta di un danno certo, non futuro ed eventuale, perché l’interessato ha perso la *chance* e questa perdita, tutelata dall’ordinamento che impone alla pubblica amministrazione di osservare le norme che disciplinano l’esercizio del potere, va risarcita.

**6. La quantificazione.**

Inquadrato l’ambito del risarcimento dei danni per perdita di *chance* e la protezione e tutela giuridica assicurata dall’ordinamento, è necessario considerare come si quantifichi il danno.

Occorre prendere in considerazione i due aspetti da cui deriva la perdita della *chance*: il bene agognato di cui l’interessato ha perso la possibilità di ottenere e la violazione degli interessi procedimentali.

Il punto di partenza è il valore del bene sperato che, però, non può costituire, per l’intero suo importo, il danno, perché va risarcita la *chance*, non la perdita del vantaggio atteso.

L’importo va equitativamente stabilito in una percentuale del valore, considerando l’altro aspetto che fonda tale danno, il mancato rispetto delle norme sull’esercizio del potere, e quindi vanno valutati: il tipo di violazione, formale, procedimentale o sostanziale in cui è incorsa l’azione amministrativa; il numero delle norme giuridiche non rispettate; la gravità in sé delle violazioni; la durata del comportamento non conforme alle regole; la buona fede; la rilevanza della negligenza e così via in una visione a 360 gradi dell’azione amministrativa.

**Enrico Follieri**

Professore ordinario

Pubblicato 8 aprile 2022

1. Questioni controverse di diritto amministrativo - Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza - Roma - Palazzo Spada – Aula Pompeo - 1 aprile 2022 [↑](#footnote-ref-1)
2. TAR Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 12 marzo 2015 n. 4063 in *Urb. e App*. 2015, 706 la definisce incisivamente come “astratta possibilità di un esito favorevole”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Cfr. L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all’Adunanza Plenaria* in *Urb. e App.* 2018, 363 il quale evidenzia che il danno da perdita di *chance* “affonda le proprie radici nella giurisprudenza francese di fine 800”; L. Viola, *Il danno da perdita di chances a vent’anni da Cass. n. 500/1999*, *ivi*, 2020, 186 che, alla nota 24, rileva che la nozione nasce in Francia “precisamente nel 1877 (L. Medina Alcoz, *Dal dogma dell’infallibilità dello Stato alla teoria della perdita di “chance”: l’evoluzione della responsabilità civile da provvedimento nell’ordinamento italiano (1865-1999)*)” in *Dir. Regione* 2005, 439. [↑](#footnote-ref-3)
4. Come ha ritenuto la Corte di Cassazione nella sentenza che ha dato inizio alla risarcibilità della *chance*: Cass., Lav., 19 novembre 1983 n. 6906. Questo è l’orientamento che appare oggi prevalente nel giudice ordinario: cfr. P. Lotti, *Il risarcimento del danno da perdita di chance* in *Il libro della giustizia amministrativa 2021* a cura *dell’Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato*, Torino 2021, 416; Cass., Sez. III civile, 27 marzo 2014 n. 7195, in *Foro Ital.* 2014, III, 2137, con nota di A. Palmieri, *Perdita di chance: una chance perduta?* e R. Pardolesi, *Perdita di chance: quando il dottore gioca con la vita del paziente.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Caso emblematico della teoria eziologica che ancora ricorre nei giudici della nomofilachia è l’ordinanza della Corte di Cassazione, Sez. VI, del 17 febbraio 2022 n. 5231. La ricorrente, dopo il rigetto da parte dei giudici di merito di primo e di secondo grado, sostiene che doveva accogliersi la domanda di risarcimento dei danni per perdita di *chance*, dal momento che non aveva potuto partecipare alle prove del concorso di ammissione ad un Dottorato di ricerca perché la raccomandata in cui l’Università le comunicava la data delle prove era stata recapitata dalle Poste italiane spa dopo che le prove si erano già tenute e non aveva potuto partecipare. L’Università le aveva riconosciuto il possesso dei requisiti richiesti dal bando e l’aveva convocata per le prove alle quali non aveva potuto partecipare per il ritardo nella consegna della raccomandata: l’impossibilità di partecipare era di per sé ragione idonea a determinare la perdita di *chance*, con conseguente diritto al risarcimento del danno. La Corte rigetta il ricorso poiché la perdita di *chance* è risarcibile quando si “provi il nesso di causalità tra l’inadempimento… ed il suddetto danno in termini prossimi alla certezza, essendo insufficiente il mero criterio di probabilità quantitativa dell’esito favorevole”. La ricorrente non aveva dimostrato la fondatezza della domanda che doveva basarsi su “il numero di partecipanti, il risultato delle prove e la presenza di elementi dai quali desumere che la sua partecipazione agli esami avrebbe avuto ragionevoli probabilità di condurre al successo”. [↑](#footnote-ref-5)
6. Nella giurisprudenza civile è stata individuata anche una tesi intermedia da V. Antonelli, *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato* in B. Marchetti-M. Renna, *La giuridificazione* Firenze 2016, 74. [↑](#footnote-ref-6)
7. P. Lotti, *op. cit.*, 421. [↑](#footnote-ref-7)
8. F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo* in *Dir. Proc. Amm.* 2015, 873: “di perdita di *chance* è possibile parlare solo quando la perdita è definitiva”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sulla distinzione tra le due posizioni, cfr. I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici* in *Giur. Ital.* 2018, 1173. L. Viola, *Il danno da perdita etc.*, *op. cit.*, 189 propone la “ricostruzione… fondata sulla compresenza e non sull’alternatività delle due tecniche di risarcimento” in uno “strumentario di tutela articolato che, a seconda della fattispecie, tende a utilizzare una o l’altra delle ricostruzioni”. [↑](#footnote-ref-9)
10. T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano sentenza non definitiva n. 43 del 12 febbraio 2021 e 77 del 12 marzo 2021. Nella sentenza non definitiva si esamina la domanda risarcitoria che viene così riassunta: “5. Il ricorrente C.A.A., ritenuta la condotta dell’amministrazione gravemente lesiva dei principi di concorrenza, *par condicio*, economicità dei requisiti di ordine generale in capo all’esecutore di un contratto pubblico, ha chiesto il risarcimento del danno da perdita di *chance*, avendo l’operato della Provincia ‘impedito al C.A.A. di concorrere per l’affidamento della concessione sulla base dei moduli dell’evidenza pubblica’”. Il Tribunale afferma che la “perdita di *chance* deve ritenersi nella fattispecie preclusa dall’assorbente rilievo che il consorzio asseritamente danneggiato non è in grado di dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore del trasporto pubblico di linea, di avere perduto – quale diretta conseguenza dell’illegittima proroga dei servizi ai concessionari uscenti – un’occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio o, in altri termini che, se l’amministrazione avesse affidato il servizio adottando una delle misure eccezionali sopra richiamate (in particolare mediante un affidamento diretto), il consorzio ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario, con un elevato grado di probabilità, come richiesto dalla giurisprudenza; né tale circostanza può desumersi in base a elementi certi e obiettivi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 1 settembre 2020 n. 5330), potendo l’amministrazione rivolgersi a tutti gli operatori del settore, non necessariamente solo a quelli presenti a livello locale”. Da qui la conclusione che: “al di sotto del livello dell’elevata probabilità, non sussiste che la ‘mera possibilità’, che è solo un ipotetico danno, non meritevole di reintegrazione, perché non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 novembre 2019, n. 7845). Ad avviso del Collegio, nel caso specifico, sussiste non più che una mera possibilità che il ricorrente C.A.A. possa risultare aggiudicatario mediante un affidamento diretto, ai sensi delle sopra citate norme” (pag. 5 motivazione). [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2019 n. 7845; Cons. Stato, Sez. III, 1 settembre 2020 n. 5330: sono le sentenze richiamate nella citata decisione del T.R.G.A., Sezione Autonoma di Bolzano n. 43/2021. [↑](#footnote-ref-11)
12. T.R.G.A., Bolzano, *cit.*, par. 5. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021 n. 6268, motiv., par. 6.1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, *cit*., motiv. par. 6.1 che prosegue: “L’‘ingiustizia’ del nocumento assume ad oggetto soltanto il ‘*quid*’ giuridico, minore ma autonomo, consistente nella spettanza attuale di una mera possibilità”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021 *cit.*, motiv. par. 6.1, che ribadisce: “La *chance* prospetta, invece, come si è detto, un’ipotesi – assai ricorrente nel diritto amministrativo – di danno solo ‘ipotetico’, in cui non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato. Pur essendo certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha casato la perdita della possibilità, non ne è conoscibile l’apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale”. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, *cit.* Cfr., con accenti critici a TAR Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 12 marzo 2015 n. 4063, O.M. Caputo, *La perdita di chance ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa* in *Urb. e App.* 2015, 706. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentenza *ult. loc. cit.* la quale avverte che la *chance* perduta deve essere seria, verificando “con estremo rigore” che la perdita della possibilità sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto e, “al fine di non riconoscere valore giuridico a *chance* del tutto accidentali”, la possibilità “di realizzazione del risultato utile” deve rientrare “nel contenuto protettivo delle norme violate”, escludendo, comunque, il risarcimento “nel caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello del tutto infimo” (par. 6.2). Inoltre, si precisa che “il sistema di giustizia amministrativa apporta in via principale la tutela specifica” che ha “priorità” per cui l’interessato non può tralasciare di impugnare il provvedimento che reca danno perché “la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all’interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava” (par. 6.3). La decisione, pur rappresentando una punta “avanzata” della tutela risarcitoria della perdita di *chance* ritenuta una possibilità già presente nel patrimonio dell’interessato, ontologicamente, si preoccupa di indicare i limiti all’accoglimento di una siffatta domanda risarcitoria, fissando “paletti” e profilando possibili eccezioni. [↑](#footnote-ref-17)
18. Così: TAR Campania, Napoli, Sez. I, 20 maggio 2003 n. 5868; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 4 luglio 2006 n. 859. [↑](#footnote-ref-18)
19. TAR Campania, Napoli, Sez. I, n. 2906/2014, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 29 luglio 2019 n. 5307, su appello del precedente gestore che chiedeva: a) di calcolare l’importo sul fatturato del nuovo gestore per il servizio espletato; b) una somma equitativamente determinata per danno all’immagine (anche come danno curriculare); c) le spese del giudizio precedente che aveva annullato l’affidamento diretto.

Per determinare il *quantum*, la giurisprudenza ha utilizzato altresì: a) il criterio del 10% del prezzo a base d’asta ex art. 345 L. n. 2248/1865, all. F), riguardante la risoluzione contrattuale ad iniziativa dell’amministrazione; b) il 3% dell’importo dell’appalto in cui viene normalmente indicato l’utile retraibile dall’imprenditore. Sui criteri e sulla prova per la quantificazione del danno: I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance etc.*, *op. cit.*, 1176 e ss. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6268/2021, par. 6.5, quantificato in Euro 60.000,00. Nei casi in cui si è svolta la gara, il giudice valuta le possibilità, qualora l’aggiudicazione debba avvenire, come è normalmente, a favore dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in base al numero dei concorrenti (con divisione dell’utile di impresa per il numero dei partecipanti), sempre che non sia possibile ripetere la comparazione considerando il concorrente illegittimamente escluso.

La verifica delle probabilità di successo ha fatto ipotizzare una terza tesi che, pur seguendo la teoria ontologica, esclude il risarcimento in caso di diverse percentuali di probabilità: cfr.: L. Viola, *Il danno da perdita di chance etc.*, *op. cit.*, 189 e ivi richiami di dottrina. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cfr. L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno etc.*, *op. cit.*, 367. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr. P. Patrito, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici* in *Resp. civ. prev.* 2018, 1620. [↑](#footnote-ref-22)
23. Ovviamente, sono casi in cui non è stata chiesta o il giudice non ha accolto la misura cautelare. [↑](#footnote-ref-23)
24. Cfr. G. Passarelli di Napoli, *Il risarcimento del danno da ritardo* in *Il libro della giustizia amministrativa* *2021*, *op. cit.*, 422. [↑](#footnote-ref-24)
25. V. Neri, *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta* in *Urb. App.* 2018, 296. [↑](#footnote-ref-25)
26. G. Cricenti, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino 2019, cap. 2, par. 5, rileva: “la teoria della perdita di *chance* può trovare applicazione soltanto se è impossibile stabilire una linea di causalità tra la condotta ed il danno finale, ossia solo se il danno finale è incerto”; nello stesso senso: Cass., Sez. III, 9 marzo 2018 n. 5461 in *Foro Ital.* 2018, I, 1579, con note di R. Pardolesi e Tessone. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. L. Di Giovanni, *Brevi riflessioni sulla dubbia esistenza della chance nel settore dei contratti pubblici* in *Urb. e App.* 2017, 783; V. Neri, *La chance nel diritto amministrativo etc.*, *op. cit.*, 301. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021 n. 6268, *cit.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Cfr. *supra* paragrafo 3. [↑](#footnote-ref-29)
30. M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in *Riv. dir. proc*. 1964, 34. [↑](#footnote-ref-30)
31. E. Follieri, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive* in *Riv. giur. urb.* 2000, 527 e ss.; Id., *Responsabilità nella pubblica amministrazione e interesse procedimentale* in Giuseppe Vettori (a cura di), *Il danno risarcibile*, Padova 2004, vol. II, 1265 e ss.; Id. *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione conseguente alla pregiudizialità dell’azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato* in Enrico Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione* Milano 2004, 235 e ss.; Id. *La penalità di mora nell’azione amministrativa* in *Resp. civ. prev.* 2013, 1775 e ss. [↑](#footnote-ref-31)
32. E. Follieri, *La penalità di mora etc.*, *op. cit.*, 1785 e ss.; Id. *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, *op. cit.*, 545 e ss. [↑](#footnote-ref-32)
33. Quanto esposto nel testo si discosta dalle considerazioni di V. Antonelli, *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, *op. cit.*, 84 e da C.G.A. Reg. Sic. 12 dicembre 2013 n. 929 che prospettano un’aspettativa al provvedimento finale positivo e al rispetto delle regole procedimentali e un’impossibilità a partecipare utilmente al procedimento amministrativo derivante dalla violazione di norme di garanzia. Ritengo che gli interessi procedimentali comprendano ogni regola, anche sostanziale, riguardante l’esercizio del potere amministrativo. [↑](#footnote-ref-33)