

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2022 - Anno XLIII

CECI N'EST PAS UNE CHANCE¹

nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268

di Teresa Raimo, dottoranda in "Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali", presso l'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Sintesi: Il contributo approfondisce il tema dell'ariscibilità del danno da perdita di *chance* nel contesto del sistema della responsabilità civile. Facendo proprie le suggestioni proposte dall'opera di Magritte, si indagano la natura, la struttura e la funzione della responsabilità da perdita di *chance*, con l'obiettivo di accrescere il grado di chiarezza del dibattito giuridico. Attraverso l'analisi critica delle tesi tradizionalmente avanzate si smascherano le infide operazioni di cosmesi interpretativa, per rimeditare l'impostazione del problema della *chance*. Le profonde implicazioni esistenti tra *chance*, causalità e danno, ulteriormente complicate dalla prova processuale ed esasperate dall'incertezza cognitiva, conducono, così, ad accogliere una soluzione di compromesso che rifletta la naturale ambiguità semantica del termine *chance*, offrendo una tutela soddisfacente al bisogno di giustizia rivendicato dal danneggiato.

Abstract: This work analyzes the compensation of *chance's* damage in the context of the civil liability. Following Magritte's suggestion, the author examines the nature, the structure and the function of the responsibility deriving from the *chance's* damage, with the purpose to increase the clearness into the legal discussion. Through the critical analysis of the traditional theses, the treacherous operations of interpretative cosmetics are unmasked, to reconsider the problem of *chance*. The deep ties existing between *chance*, causality and damage, further complicated by the trial evidence and exasperated by cognitive uncertainty, thus lead to the acceptance of a compromise that reflects the natural semantic ambiguity of the term *chance*, offering satisfactory protection to the need for justice claimed by the injured party.

* La scelta del titolo rende evidentemente omaggio all'opera famosa di René Magritte che, con una serie di dipinti realizzati tra il 1926 e il 1966 e variamente intitolati, ha reso immortale l'immagine della pipa, accompagnata dalla nota scritta, in corsivo, "Ceci n'est pas une pipe".

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso di specie. - 3. Il risarcimento del danno da perdita di *chance*. - 3.1 *Chance*, causalità e danno: l'incertezza nella morsa della prova processuale. - 3.2 La *chance* eziologica. - 3.3 La *chance* ontologica. - 3.4 Una sintesi tipologica: la *chance* bifida. - 4. La funzione della responsabilità per la perdita di *chance*. - 5. La natura giuridica della responsabilità per la perdita di *chance*. Rinvio. - 6. Le specificità della *chance* nel giudizio amministrativo. - 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Il proposito di esaminare la figura della *chance* è nato spontaneamente dalla lettura della sentenza in commento. La decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268 ha rappresentato, infatti, un'occasione straordinaria per concedersi una riflessione approfondita sulla *perte de chance*.

Il progressivo studio dell'argomento ha innescato, poi, una serie di pensieri concatenati che hanno portato a una complessiva riconsiderazione del problema della *chance* per contestualizzare, infine, l'istituto apolide all'interno del sistema della responsabilità civile.

Ne è sorta, così, l'idea di esporre, in questo scritto, il ragionamento svolto, partendo dalle ambiguità che attraversano la materia.

È risultato spontaneo, allora, rifarsi per il titolo dell'articolo al maestro dell'enigma.

La parafrasi dell'opera di Magritte intende, infatti, porre l'accento su alcuni elementi sottesi alla *chance* che, per simmetria, ricordano la provocazione ricercata dal pittore surrealista attraverso il noto dipinto della pipa.

Il titolo non va inteso, dunque, nel senso di un rimprovero artisticamente confezionato per criticare la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268 e smentire, invero, che il danno risarcito dal giudice amministrativo sia un danno da perdita di *chance*. Non è questa l'intenzione di chi scrive così come non era intenzione di Magritte negare che l'immagine raffigurata fosse una pipa.

La scelta audace del titolo mira, piuttosto, all'obiettivo di svelare le questioni sottintese nell'annosa diatriba sulla *chance*, mettendo a nudo altresì i limiti del diritto e del linguaggio.

Se con la rappresentazione della pipa Magritte sfida il modo comune di guardare l'arte, con questo scritto si abbandona l'impostazione ordinaria del problema della *chance* per ritornare alle domande di fondo che pone, da sempre, la responsabilità civile. In questa prospettiva, interrogarsi sulla *chance* significa interrogarsi sulla causalità, sul danno e sulla prova,

indagando la struttura dell'illecito civile e verificando la funzione della responsabilità.

Del pari può cogliersi, con una certa insopprimibile libertà interpretativa, un parallelismo tra il soggetto del quadro di Magritte e l'oggetto del presente studio. Il rapporto tra la pipa e la sua immagine riflette, invero, il rapporto tra il sentimento di un'ingiustizia subita e la riproduzione giuridica di quest'ingiustizia. Nei casi in cui si evoca il danno da perdita di *chance* si avverte, infatti, un senso di iniquità che reclama un intervento correttivo del giudice, sebbene quest'ingiustizia percepita sia di difficile collocazione nella tassonomia giuridica.

Il contributo è, infine, debitore dell'interesse del pittore per l'esplorazione dei meandri del linguaggio umano, capaci di trasformarsi in veri e propri labirinti quando ci si accosta all'uso del linguaggio giuridico².

Con queste precisazioni si possono ritenere, dunque, compiuti il necessario preambolo e il doveroso chiarimento al tributo dell'artista belga, preliminari per affrontare l'analisi della sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268 e addentrarsi nel merito della trattazione.

2. Il caso di specie.

Alla tematizzazione del problema del risarcimento del danno da perdita di *chance* va anteposta, tuttavia, una breve disamina della vicenda concreta sottoposta al vaglio dei giudici di palazzo Spada.

Questa si dimostra, infatti, strumentale alla comprensione del punto 6 della sentenza in commento, in cui si esamina la questione della risarcibilità della *chance*.

Il contenzioso amministrativo trae origine, invero, dal cumulo delle domande giudiziali presentate dal Consorzio Aldo Adige Autonoleggiatori relativamente alla concessione del servizio di trasporto pubblico locale.

Al riguardo, il consorzio ricorrente ha chiesto, anzitutto, l'annullamento, a norma dell'art. 29 c.p.a., del provvedimento illegittimo di proroga, emesso, oltre i termini di legge, dalla Provincia di Bolzano in favore dei due operatori economici già concessionari del servizio - la società SAD e il consorzio dei concessionari LIBUS - e, per l'effetto, ha presentato istanza di dichiarazione di inefficacia del contratto così prorogato, ex art. 121 c.p.a. In un'altra impugnazione della proroga, il ricorrente ha formulato, altresì, domanda di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., per la perdita di *chance* di competizione, irrimediabilmente pregiudicata dalla scelta illegittima dell'amministrazione di non procedere all'affidamento del

² Per una ludica riflessione sul linguaggio giuridico si vedano LEDDA F., *Alla ricerca della lingua perduta del diritto*, in Dir. pubbl., 1/1999, 1 e SCARPELLI U. (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

servizio di trasporto pubblico locale secondo i moduli dell'evidenza pubblica.

Così incardinato, il processo amministrativo si è svolto dapprima dinanzi al Tar, che ha pronunciato una prima sentenza non definitiva e una seconda sentenza definitiva, e dipoi innanzi al Consiglio di Stato, che ha deciso dopo aver riunito l'appello incidentale agli appelli principali.

Esigenze di funzionalità rispetto all'analisi indicata suggeriscono, tuttavia, di non appesantire la trattazione, esimendo chi scrive dal ripercorre lo sviluppo puntuale delle principali tappe processuali della vicenda concreta. Ciò induce, quindi, a richiamare succintamente la decisione del giudice amministrativo riguardante la domanda principale di annullamento e di inefficacia, per soffermarsi, invece, sulla sorte della pretesa risarcitoria.

Con riferimento al primo aspetto, d'altronde, il giudice dell'appello si è limitato a confermare la sentenza del Tar, respingendo le censure prospettate tanto da SAD e LIBUS, appellanti principali, quanto dal Consorzio Aldo Adige Autonoleggiatori, appellante incidentale. Sul punto il giudizio si è concluso, quindi, con l'annullamento del provvedimento di proroga impugnato; ciò nondimeno, si è sancita, altresì, la persistente efficacia del contratto di concessione in essere, ritenendo sussistenti le esigenze imperative di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a., e si è applicata, infine, la sanzione alternativa della riduzione temporale della concessione illegittimamente prorogata, nella misura minima prevista dall'art. 123, comma 1, lett. b), c.p.a.

Con riferimento al secondo aspetto, giova, invece, precisare che la sentenza di appello, accogliendo parzialmente l'appello incidentale proposto dal consorzio, ha riformato la decisione pronunciata in primo grado sulla domanda risarcitoria. Mentre il Tar aveva respinto, per insussistenza di prova, l'istanza di risarcimento del danno da perdita di *chance*, individuando il bene leso nell'occasione persa di aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico locale, il Consiglio di Stato ha accolto la domanda risarcitoria, valutando equitativamente, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il valore della perdita di occasione di competizione, definitivamente frustrata dal mancato espletamento della procedura pubblica di affidamento.

Orbene, è quest'ultima statuizione, con la motivazione che la sorregge, a destare interesse, giustificando l'approfondimento preannunciato sul risarcimento del danno da perdita di *chance*.

3. Il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

L'attenzione riservata alla perdita di *chance* costituisce, invero, una tendenza moderna comune a molte esperienze giuridiche. A partire

dall'originaria elaborazione francese, la figura della *perte de chance* è andata incontro, infatti, a una rapida ascesa che le è valsa un'ampia diffusione nell'applicazione giurisprudenziale anche in Italia³.

Non sempre, però, l'istituto è stato richiamato in modo pertinente; al contrario, della perdita di *chance* si è fatto un uso piuttosto disinvolto o, meglio, "essenzialmente empirico"⁴ che, designando come *chance* situazioni differenti, ha finito per generare non poca confusione concettuale. In questa babele si sovrappongono, infatti, una serie di distinzioni che, per un verso, fanno leva sulla dicotomia *chance* eziologica - *chance* ontologica, doppiata dalla variante della *chance* in funzione esplicativa - *chance* in funzione delimitativa, e che, per altro verso, si basano sulla bipartizione della *chance* in patrimoniale e non patrimoniale o, ancora, in pretensiva e non pretensiva, annodandosi ora ai problemi specifici della *chance* in ambito sanitario ora alle peculiarità proprie della *chance* in relazione all'attività illegittima dell'amministrazione. Si è, così, velocemente passati dalla *chance*, al singolare, alle *chances*, al plurale⁵.

L'uso promiscuo del termine *chance* diviene, in questo modo, un segno rivelatore dei limiti del linguaggio cui si è fatto riferimento in premessa. La polisemia della *chance* è stata abilmente denudata, invero, da chi l'ha definita, in modo letterario, "una, nessuna e centomila"⁶. Non è un caso, pertanto, se qualche autore ha preferito discorrere di *chance* in concreto⁷ per rifuggire dall'ambivalenza del termine e aumentare il grado di precisione semantica⁸.

Quest'incertezza di significato non esime, tuttavia, dall'onere di definire la *chance* per chiarire il senso che questa assumerà nel proseguo della trattazione. È evidente, però, che l'avvertenza per il lettore è quella di approcciarsi con cautela a tale definizione, in quanto meramente approssimativa.

³ In prospettiva spiccatamente comparativa si pone, in specie, il contributo di GASPARINI A., *La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*, in Contr. e impr. Europa, 2008, 332.

Per un'analisi ad ampio raggio della giurisprudenza nazionale, francese e inglese si rimanda, inoltre, a FEOLA M., *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.

⁴ L'osservazione perspicace è di BARCELLONA M., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in Europa e dir. priv., 2011, 951.

⁵ Per le "numerose ricostruzioni inventariate dal formante dottrinale" si rinvia a TASSONE B., *Le chances nel diritto amministrativo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in Federalismi.it, n. 29/2020, 199.

⁶ La paternità dell'espressione va riconosciuta a TASSONE B., *Causalità e perdita di chance*, Torino, 2020.

⁷ È questa, in definitiva, l'indicazione di TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, Dir. proc. amm., 3/2015, 873.

⁸ In questo senso può cogliersi anche il richiamo di ZENO ZENCOVICH V., *Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*, in Riv. Dir. comm., 1986, II, 213. Secondo l'autore, infatti, il termine *chance* ha finito per assumere un numero di significati assai eterogenei tra loro, "facendo seriamente dubitare del rigore lessicale, prima ancora che giuridico, della categoria".

Con il termine *chance* si indicheranno, infatti, eminentemente due concetti, riferendosi ora alla causalità ora al danno⁹.

La *chance* assume, invero, un duplice significato, giacché, per un verso, denota il grado di probabilità di verificazione di un evento atteso o indesiderato e, per altro verso, esprime la probabilità in sé di verificazione di tale evento. Così, se nella prima accezione la *chance* finisce per evocare il problema della causalità, nella seconda rimanda al tema del danno. In un caso e nell'altro la *chance* si confronta, altresì, con le difficoltà proprie dell'accertamento probatorio, dovendosi provare tanto la causalità quanto il danno.

La *chance* individua, dunque, in modo oscillante sia il grado di probabilità che la probabilità in sé.

Entrambi i significati derivano, peraltro, dalle radici latine del sostantivo che, affondando nell'etimologia di *cadentia*, rimandano al cadere dei dadi e, quindi, alla sorte (buona o cattiva). Il termine *chance* costituisce, dunque, null'altro che l'equivalente del termine possibilità o probabilità.

In una visione patrimonialistica del diritto, questa probabilità può essere intesa, d'altronde, sia in senso pretensivo, come speranza di ottenere un guadagno, sia in senso oppositivo, come desiderio di evitare una perdita.

È a questa figura che si rivolge precisamente la presente analisi, lasciando ad altri il compito delicatissimo di indagare gli aspetti non patrimoniali della *chance*, coinvolti prevalentemente in materia di responsabilità medica¹⁰.

Dopo aver rilevato l'ambiguità semantica del termine *chance*, su cui si tornerà più diffusamente tra poco, si deve ora introdurre un altro concetto fondamentale, ossia la perdita di *chance* e la sua discussa risarcibilità.

È evidente, d'altronde, che la stessa insinuazione del dubbio circa il risarcimento del danno da perdita di *chance* implica già uno spostamento dell'asse concettuale su indicato verso il polo del danno.

⁹ L'impostazione è prossima, ma non identica, a quella di LO MORO M. F., *Perdita di «chance» nella giurisprudenza amministrativa*, in *Danno e resp.*, 5/2011, 485 secondo cui «la perdita di chance è sintagma ellittico che designa, da un lato, il tasso di incertezza connesso ai riscontrati bassi margini di probabilità di successo dell'accertamento del nesso di causalità tra comportamento illecito ed evento lesivo e, dall'altro lato, un'autonoma e specifica voce di danno. L'uno è riferito alla causalità e l'altro al pregiudizio».

Non vi è identità, in particolare, perché ciò che l'autore definisce pregiudizio, nel presente contributo è più genericamente indicato come danno. Né possono sottacersi le implicazioni di sistema che questa variante assume, giacché per danno può intendersi sia il danno-evento che il danno-conseguenza, mentre il termine pregiudizio e il riferimento esplicito alle voci di danno presuppone già risolta l'ambiguità semantica a favore del danno-conseguenza. Nel proseguo si tenterà, infatti, di dimostrare che la *chance* in sé considerata coincide, invero, non già con il pregiudizio subito, bensì con il bene danneggiato o con la situazione soggettiva lesa, venendo in rilievo, quindi, come ipotesi di danno-evento.

¹⁰ Sul punto si rinvia alla ricca produzione dottrinale che si è occupata della *chance de survie* e della *chance de guérison*. A titolo meramente esemplificativo possono indicarsi i contributi di LA BATTAGLIA L., *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 3/2019, 349 e di PALMIERI A., *Perdita di chance: una chance perduta*, in *Foro it.*, 2014, I, 2137.

Quando si adotta la prospettiva della protezione giuridica della perdita di *chance*, ci si muove, invero, in una dimensione essenzialmente rimediale¹¹ che dal danno risale verso l'individuazione della situazione giuridica lesa, come si vedrà più nel dettaglio a breve.

La *chance* in sé e per sé considerata è diventata, infatti, un problema giuridico quando ci si è confrontati o con l'aspettativa di guadagno frustrata o con la concretizzazione della perdita indesiderata, portando in luce l'elisione della possibilità per mano altrui. È proprio tale elisione a configurare *ex se* un danno, aprendo la strada alla risarcibilità del danno da perdita di *chance*. In questo senso, ci si è interrogati, anzitutto, sull'esistenza di una tutela quanto meno minima della *chance* attraverso lo strumento del risarcimento del danno per equivalente monetario.

Queste brevi considerazioni consentono, altresì, di mettere a fuoco due ulteriori aspetti essenziali per inquadrare correttamente la *chance*.

In primo luogo, va osservato che la figura in esame ha assunto rilevanza giuridica sotto il profilo dinamico, prima ancora che statico. Coglie nel segno, al riguardo, quella rappresentazione della *chance* che la definisce per sua natura "in inevitabile evoluzione"¹², come una situazione destinata a trasformarsi irrimediabilmente o nel conseguimento del vantaggio o nella perdita definitiva del risultato finale atteso. Seguendo questa ricostruzione si immagina, in definitiva, la *chance* come una tensione, ovvero come una situazione teleologicamente orientata al raggiungimento di un preciso obiettivo, consistente tanto nell'acquisizione di un risultato finale vantaggioso quanto nella conservazione inalterata di uno stato già raggiunto.

In secondo luogo, non va trascurato che la *chance* autenticamente tale è e resta un'incognita¹³, indipendentemente dal punto di vista che si presceglie. Rimane, infatti, pur sempre un rebus¹⁴ sia guardata *ex ante* sia considerata *ex post*. A tale bizzarra conclusione conduce, invero, l'esito del giudizio congetturale che si è soliti formulare quando ci si occupa di

¹¹ Da questo punto di vista il tema della *chance* costituisce, invero, un caso emblematico in cui alla tradizionale prospettiva continentale, fondata sull'idea "*ubi ius, ibi remedium*", si è sostituita la tipica prospettiva anglosassone, basata, viceversa, sul principio "*ubi remedium, ibi ius*".

¹² Il riferimento è precisamente a CRICENTI G., *La chance come bene autonomo. Critica*, in Resp. civ. e prev., 4/2021, 1247, che, facendo leva sul lessico evolutivo, afferma, con decisione, che «nessuna *chance* è destinata a rimanere tale, tutte evolvono verso un risultato negativo o positivo. Ed è in quel risultato che la *chance* si trasforma».

In linea con tale ricostruzione si pone, altresì, MARENA G., *La perdita di chance in diritto amministrativo*, in Danno e resp., 11/2009, 1033, quando ricorre alla categoria della fattispecie a formazione progressiva per spiegare il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

¹³ In tal senso si esprime BOCCHIOLA M., *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1976, 55. Riprendendo le parole dell'autore, la *chance* «implica, cioè, necessariamente un'incognita; corrisponde ad un evento che avrebbe potuto prodursi, ma il cui sopraggiungere è indimostrabile. L'incognita, quindi, è destinata a non poter esser mai sciolta. [...] Un determinato fatto ha interrotto il corso normale degli eventi, che potevano dare origine ad una fonte di guadagno, in modo tale che non si è più in grado di scoprire se la *chance* si sarebbe realizzata o meno».

Analoga è la considerazione che si ritrova in FACCI G., voce *Chance (danno da perdita di)*, Enc. giur., VI, Roma, 1988.

¹⁴ È ancora forte, sul punto, l'eco del pittore belga, da cui si è preso in prestito il titolo.

responsabilità civile: l'eliminazione mentale, in ipotesi¹⁵, della condotta illecita altrui, non restituisce affatto, nel caso della *chance*, una soluzione binaria, del tipo positiva/negativa, ma lascia spazio all'incertezza. Non si è più in grado di scoprire, infatti, se la potenza espressa dalla *chance* si sarebbe trasformata o meno in atto sia perché l'interferenza altrui ha comunque modificato il corso della storia sia perché, anche senza di essa, altri fattori¹⁶ avrebbero potuto ostacolare il corso degli eventi.

Con questa seconda precisazione si assiste, peraltro, a un ulteriore slittamento semantico della *chance* per avvicinarsi adesso al polo della causalità.

Si ritorna, dunque, all'oscillazione tra i due estremi concettuali evocati poc'anzi in sede di definizione della *chance*, fluttuandosi ora verso la causalità ora verso il danno.

3.1 *Chance*, causalità e danno: l'incertezza nella morsa della prova processuale.

L'incertezza di significato che permea la *chance* ha, invero, tanto degli antecedenti logici quanto delle conseguenze pratiche.

Se alla ricerca dei primi sarà dedicato questo paragrafo, dovranno attendersi pazientemente le conclusioni per comprendere le relative implicazioni.

Orbene, si è già detto che il termine *chance* è in grado di abbracciare un ventaglio concettuale che dal grado di probabilità arriva alla probabilità in sé. Ma proviamo adesso a scoprire da dove proviene questa ambiguità semantica della *chance*.

Ci si è convinti di un'idea, a tal proposito, e cioè che i contorni nebulosi della *chance* derivino dalla polivalenza di uno dei vocaboli fondamentali in materia di responsabilità civile, ossia del danno.

Nel sistema dell'illecito civile, il danno indica, infatti, tanto il danno-evento quanto il danno-conseguenza, identificando indifferentemente ora il bene danneggiato ora il tipo di danno subito.

Questa ambivalenza del danno porta con sé, altresì, un'ulteriore duplicità concettuale, trascinandolo nel discorso anche la causalità.

Con riferimento al nesso eziologico, infatti, il danno-evento impone di verificare la causalità materiale, mentre il danno-conseguenza chiede di accertare la causalità giuridica. Diviene necessario, a questo punto, precisare tra quali fattori intercorra il rapporto causale sì da fare chiarezza tra danno-evento e danno-conseguenza.

¹⁵ Tale giudizio congetturale viene assimilato al problema della causalità incerta dell'omissione da BARCELLONA M., *op. cit.*, nonostante la consapevolezza che si tratti di "tipi normativi di problema" distinti.

¹⁶ Il merito di aver posto l'accento sulla multifattorialità va riconosciuto a SEVERI C., *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in Resp. civ. e prev., 2/2003, 296 che, al riguardo, introduce il discorso della causalità alternativa ipotetica.

Orbene, il primo segmento causale, quello definito come causalità materiale, lega il fatto illecito o, più frequentemente, la condotta illecita alla lesione del bene giuridicamente rilevante. Si tratta, invero, di un elemento comune all'illecito civile e all'illecito penale che vale a individuare il bene leso seguendo un percorso di giuridizzazione convenzionale o legale, se non di vera e propria tipizzazione. A seconda dei casi, il bene danneggiato sarà, quindi, l'interesse alla cui tutela era diretto l'obbligo di prestazione o di protezione, in ambito contrattuale, oppure sarà l'interesse giuridicamente rilevante o, di più, l'interesse costituzionalmente qualificato consustanziale all'ingiustizia del danno, in ambito extracontrattuale¹⁷, o, ancora, sarà il bene protetto dalla norma incriminatrice, in ambito penale¹⁸. In questa prospettiva si impiega, dunque, il lemma 'danno' per riferirsi al bene danneggiato dall'altrui condotta illecita, chiedendosi all'interprete lo sforzo di individuare la situazione giuridica protetta dall'ordinamento mediante il meccanismo della responsabilità.

Se la mera verifica del danno-evento fa immediatamente scattare la risposta penale, lo stesso non può dirsi, tuttavia, per la risposta civile. La produzione del danno-evento costituisce, infatti, una condizione necessaria ma non sufficiente affinché sorga l'obbligo risarcitorio, dovendosi, altresì, accertare che il fatto dannoso abbia provocato un danno-conseguenza. Si deve, quindi, verificare che l'evento dannoso abbia avuto anche delle ripercussioni negative nella sfera giuridica, patrimoniale e/o personale, del danneggiato. Viene in rilievo, in tal modo, il secondo segmento causale che lega la lesione del bene giuridicamente rilevante, determinata dall'altrui condotta illecita, alle conseguenze pregiudizievoli subite. In questo contesto di esclusivo appannaggio del diritto civile, il termine 'danno' si rivolge, per l'appunto, a tali conseguenze pregiudizievoli, indicando i tipi di danno o le voci di danno al cui ristoro è destinato il risarcimento richiesto.

Questa sintetica digressione sui legami complessi che uniscono il danno alla causalità conferma, invero, che l'ambiguità concettuale della *chance* riflette, in definitiva, l'ambivalenza del danno e la duplicità della causalità. È all'interno di questa fitta trama che si rinvengono, infatti, i presupposti logici e strutturali per affrontare la questione della risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

¹⁷ In materia di responsabilità aquiliana la duplicazione delle situazioni meritevoli di protezione giuridica è doverosa giacché, per il risarcimento del danno patrimoniale, è sufficiente la lesione di un bene giuridicamente rilevante, a norma dell'art. 2043 c.c., mentre, per il risarcimento del danno non patrimoniale, è necessaria la lesione di un bene dalla caratura costituzionale, ai sensi dell'art. 2059 c.c.

¹⁸ Occorre, al riguardo, rifarsi al principio di offensività. Per un primissimo inquadramento del principio sia consentito rimandare al lavoro fondamentale di BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in Noviss. Digesto it., XIX, 1973.

Il quadro tratteggiato diviene, d'altronde, ulteriormente complesso se si considera che tutti i fatti costitutivi della pretesa risarcitoria invocata in giudizio devono essere provati nel processo in base al riparto dell'onere probatorio delineato, in via generale, dall'art. 2697 c.c. e modellato, di volta in volta, sulla base delle singole fattispecie astratte¹⁹.

Si consideri, inoltre, che l'art. 2697 c.c. si rivolge non soltanto alle parti, dettando loro una regola sulla distribuzione della prova, ma si rivolge anche al giudice, prescrivendogli una precisa regola di giudizio: sancendo il principio secondo cui "*onus probandi incumbit ei qui dicit*", la disposizione si fa carico, invero, del rischio di insussistenza o insufficienza di prova, addossandolo alla parte che avrebbe dovuto dimostrare il relativo fatto in giudizio ma non vi è riuscita. In questo modo, l'esito del giudizio risulta già preannunciato dal legislatore: il giudice dovrà rigettare, infatti, la domanda o l'eccezione proposta da chi avrebbe dovuto provarne il fondamento senza essere in grado, tuttavia, di fornire un adeguato supporto probatorio.

È evidente, allora, che il momento processuale costituisce, letteralmente, il banco di prova per la verifica della sussistenza e della consistenza del diritto al risarcimento del danno da perdita di *chance*, involgendo al contempo l'accertamento della causalità e del danno.

Chance, causalità e danno devono passare, dunque, attraverso la strettoia della prova processuale.

Si deve aggiungere, ora, l'ultimo tassello di questo mosaico già complesso, ossia l'incertezza.

Vanno considerati incerti, infatti, tutti gli elementi fin qui esaminati sì da confrontarsi con il tema della causalità incerta, con la chimera del danno incerto e con lo spettro della prova incerta²⁰. A questa indeterminatezza si cumulano, d'altronde, l'incertezza di significato della *chance*, la duplicità della causalità e l'ambiguità del danno, già evidenziate.

Orbene, è questo il terreno sdrucchiolevole su cui poggia l'indagine della *per te de chance*.

Si è consapevoli, peraltro, che con questa prima enunciazione per accumulazione dei problemi si è corso il rischio di stressare il lettore, ma si è scelta, con decisione, questa strategia espositiva. Si è convinti, infatti, che, da un lato, fosse bene mostrare, in modo immediato, la complessità del tema della risarcibilità del danno da perdita di *chance* e che, dall'altro lato, fosse necessario, in via preliminare, un inquadramento del problema alla luce delle questioni presupposte dalla *chance*.

¹⁹ Sarà dirimente, a tal proposito, l'indagine sulla natura giuridica della responsabilità civile giacché, com'è noto, il riparto dell'onere probatorio previsto in materia di responsabilità c.d. contrattuale, ex art. 1218 c.c., differisce notevolmente da quello indicato in campo aquiliano, ai sensi degli artt. 2043 e ss c.c.

²⁰ Di triplice incertezza, del danno, del nesso causale e della prova, parla in particolare CRICENTI G., *La perdita di chance come diminutivo astratto*, in Resp. civ. e prev., 6/2016, 2073.

Nel proseguo dell'analisi si prediligerà, viceversa, un'impostazione di stampo ordinatorio che, recuperando il *fil rouge* sotteso alla responsabilità per la perdita di *chance*, dia conto della teoria eziologica e di quella ontologica per giungere, infine, a condividere l'approccio proposto di una sintesi tra le due tesi che possa essere efficace dal punto di vista della tutela giuridica offerta.

3.2 La *chance* eziologica.

Di *chance* si è sempre parlato, invero, pur senza nominarla.

È questa un'acquisizione pacifica che rintraccia la *chance* nella prova del danno subito, legandola al risarcimento del lucro cessante.

In questo contesto, la *chance* costituisce, infatti, il grado di probabilità con cui il danneggiato avrebbe ottenuto il vantaggio finale sperato qualora non si fosse verificata l'altrui interferenza illecita. Attraverso la domanda risarcitoria si chiede, dunque, di reintegrare il danno subito dalla perdita del risultato finale che ragionevolmente sarebbe stato raggiunto dal danneggiato se non si fosse imbattuto nell'ingerenza altrui.

La *chance* rileva, pertanto, in questa prospettiva, come criterio probabilistico di accertamento processuale della causalità giuridica al fine di individuare e quantificare il danno risarcibile. In applicazione della ben nota *Differenztheorie*²¹, si procede, così, alla selezione dei danni meritevoli di ristoro, in quanto conseguenza diretta e immediata dell'illecito.

Il termine *chance* viene impiegato, in questo modo, per indicare la causalità giuridica e individuare, quindi, il tipo di danno risarcibile; più precisamente, qui la *chance* designa la prova (probabilistica) della causalità giuridica e, dunque, la prova (probabilistica) del danno risarcibile. La *chance* diviene, in tal modo, sinonimo di prova della responsabilità civile, identificandosi con il principio probabilistico del "*more probable than not*".

Al filone eziologico della *chance* aderisce, invero, il giudice amministrativo che in primo grado si è occupato della pretesa risarcitoria avanzata dal Consorzio Aldo Adige Autonoleggiatori.

Nella specie, il Tar ha rigettato la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* perché il ricorrente non era stato in grado di fornire la prova certa, nel senso della certezza probabilistica, del diritto preteso. Intendendo la *chance* in termini probabilistici, il tribunale esige, infatti, che il ricorrente dimostri, con un elevato grado di probabilità, che, qualora l'amministrazione non avesse illegittimamente prorogato la durata della concessione già in essere, bensì avesse indetto correttamente una

²¹ Com'è noto, l'elaborazione della *Differenztheorie* si deve alla dottrina tedesca e, in particolare, a MOMMSEN F., *Zur Lehre von dem Interesse*, Schwetschke Braunschweig, 1855.

procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio in questione, egli stesso avrebbe ottenuto l'aggiudicazione del contratto. Si tratta, quindi, di verificare la consistenza della *chance* di aggiudicazione.

L'uso del termine *chance* non deve, però, trarre in inganno dal momento che, in questo caso, non si risarcisce la *chance* danneggiata bensì la mancata aggiudicazione che ragionevolmente, ovverossia probabilmente, si sarebbe ottenuta se l'illecito non vi fosse stato. Individuando il bene della vita anelato nell'aggiudicazione del contratto, il Tar qualifica, quindi, l'istanza risarcitoria come un'ordinaria domanda di risarcimento del danno derivante dalla lesione dell'interesse legittimo pretensivo di cui è titolare il consorzio. Conseguentemente, non essendo stata fornita la prova che il ricorrente si sarebbe aggiudicato il contratto di trasporto pubblico con una probabilità positiva superiore a quella negativa, i giudici negano il richiesto risarcimento del danno.

È chiaro, tuttavia, che, intesa in questo senso, la *chance* risulta insoddisfacente ogni qual volta il danneggiato non riesca a provare, appunto, che, con più probabilità che non, avrebbe raggiunto il risultato desiderato se non vi fosse stata l'altrui interferenza illecita. Se si seguisse la rigorosa applicazione del criterio probabilistico per l'accertamento processuale del danno subito, si giungerebbe, infatti, a una prova mancata, foriera di un danno incerto. Questo epilogo imporrebbe, quindi, al giudice, in uno alla regola di giudizio insita nell'art. 2697 c.c., di rigettare la domanda risarcitoria sebbene avverta la soluzione concreta come iniqua.

È, dunque, il problema dell'insussistenza o insufficienza di prova a generare insofferenza per una *chance* appiattita meramente sul grado di probabilità.

L'esemplificazione consente di mettere in luce, d'altronde, un altro aspetto della teoria eziologica, portando ad approfondire ulteriormente i rapporti intercorrenti tra la *chance* e la causalità.

La vicenda concreta sottoposta al vaglio del giudice amministrativo si conclude, invero, non solo con una prova incerta di un danno incerto ma anche, e ancor prima, con una prova incerta di una responsabilità incerta. L'epilogo cui si perviene riguarda, dunque, "a valle" il danno risarcibile ma concerne "a monte" la stessa sussistenza della responsabilità della p.a. Il ricorrente non è riuscito a provare, infatti, che la condotta illecita tenuta dall'amministrazione, attraverso la proroga illegittima della concessione e la mancata indizione di una procedura di gara, abbia procurato un danno a una posizione giuridica di cui è titolare²². Non è riuscito a dimostrare, in

²² Il rilievo svolto viene evidenziato, altresì, da FOLLIERI E., *L'ubi consistam della perdita di chance nel diritto amministrativo*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/follieri-l-ubi-consistam-della-perdita-di-chance-nel-diritto-amministrativo>.

breve, la lesione dell'interesse legittimo pretensivo. Ciò vuol dire che a cadere è, anzitutto, il danno-evento e, poi, il danno-conseguenza.

L'ovvietà di tale conclusione non va, tuttavia, sottovalutata perché illumina un elemento rimasto finora nelle retrovie, ossia la causalità materiale.

La domanda risarcitoria viene respinta dal Tar, infatti, in considerazione primariamente dell'assenza di prova del danno-evento e della causalità materiale: manca, in sintesi, la dimostrazione del primo segmento causale che lega la condotta illecita della p.a. alla lesione del bene giuridicamente protetto, qual è, in ipotesi, l'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione del contratto.

Occorre, a tal proposito, recuperare la definizione di *chance* in termini di incognita per estendere quelle osservazioni anche all'interesse legittimo pretensivo²³. Pur immaginando che l'amministrazione avesse indetto la gara, non si può affermare, infatti, secondo lo *standard* della certezza probabilistica, che il ricorrente si sarebbe aggiudicato il contratto. È semplice rilevare, in tal senso, che non si è in grado di valutare, nemmeno virtualmente, quanti operatori economici si sarebbero presentati, quali sarebbero state le offerte proposte né quale sarebbe stata la scelta dell'amministrazione. Questa incapacità di giudizio è un problema, d'altronde, che non riguarda direttamente i limiti del sindacato giurisdizionale sul potere discrezionale ma che riguarda principalmente la morfologia del corso degli eventi, interrotto bruscamente dalla scelta illegittima dell'amministrazione di prorogare la concessione già in essere.

Ci si confronta, pertanto, con un limite di predittività che disvela una zona oscura sottratta alla conoscenza umana²⁴. Si tratta di uno di quei casi in cui è oggettivamente impossibile sapere come sarebbero andate le cose se non si fosse verificata l'interferenza illecita altrui.

Si torna, per tale via, al problema della causalità incerta, riferita più gravemente, questa volta, al segmento della causalità materiale.

Lo sbarramento cognitivo interrompe, infatti, bruscamente l'accertamento del nesso causale che lega la condotta illecita alla lesione del bene giuridicamente rilevante e trascina, altresì, nel buco nero della conoscenza gli altri fattori causali che avrebbero comunque potuto porre il

²³ Si badi che, in questa sede, non si sta affermando che *chance* e interesse legittimo siano la stessa cosa, ancorché nominata diversamente. Piuttosto, si sta ravvisando una caratteristica in comune, giustificando l'estensione all'interesse legittimo delle considerazioni già svolte rispetto alla *chance*.

Non può sottacersi, d'altronde, che i rapporti intercorrenti tra la *chance* e l'interesse legittimo siano tutt'oggi assai dubbi.

Per un'indagine al riguardo si veda, più avanti, la nota n. 35.

²⁴ Valga, al riguardo, il richiamo al volume prezioso di PUCELLA R., *La causalità «incerta»*, Torino, 2007. È d'effetto, invero, l'esordio in cui, citando William Kneale che definiva la probabilità come il «sostituto con cui cerchiamo di compensare le carenze della nostra conoscenza», «la cui estensione è minore di quanto vorremmo», l'autore affronta di petto il problema dei limiti della conoscenza umana. L'intero volume si caratterizza, d'altronde, per un approccio maturo al tema della causalità incerta, che involge, altresì, profonde riflessioni filosofiche ed esistenziali sullo stato di incertezza.

danneggiato nella medesima situazione in cui alla fine si è trovato per effetto dell'illecito.

In questo modo, la causalità materiale, tradizionalmente intesa come causalità integrale, finisce per sfuggire alla logica binaria della regola "*all or nothing*" per aprirsi al problema della responsabilità incerta, risolto talora con la responsabilità proporzionale²⁵ talaltra con la responsabilità attenuata. Parimenti si cede il passo all'introduzione di un temperamento alla rigidità della causalità integrale per mezzo o della causalità apporzionata²⁶ o della causalità attenuata.

In questo contesto si colloca, in particolare, la *chance*, capace forse di dar luogo a una responsabilità attenuata per il tramite di una causalità attenuata.

A tal proposito si è soliti discorrere, invero, di una "scala discendente della causalità"²⁷ o, meglio, di una graduazione della prova della causalità che prende le mosse dall'elevato grado probatorio richiesto dall'art. 533 c.p.p. in sede di dichiarazione della responsabilità penale, attraverso la formula "al di là ogni ragionevole dubbio", degrada, poi, nello *standard* probatorio fondato sul criterio del "più probabile che non" in materia di responsabilità civile e arriva, infine, alla più tenue regola del "meno probabile che non"²⁸ nell'accertamento della perdita della *chance*. Si elabora, dunque, una forma cadetta di prova della causalità della *chance*²⁹.

Simmetrica al *climax* discendente della causalità sembra, infine, la proposta di enucleare un *tertium genus* di responsabilità che, accanto alla responsabilità penale e alla responsabilità civile, collochi la responsabilità per perdita di *chance*.

La *chance* appare, in definitiva, come una comoda via di fuga per uscire dal vicolo cieco dell'*aut..aut...* che pone la prova della causalità nel giudizio della responsabilità civile.

L'alternativa secca genera, infatti, una forma di insofferenza rispetto all'opzione del rigetto integrale della richiesta di risarcimento del danno, visto che l'altrui interferenza illecita costituisce una verità processuale e,

²⁵ È questa, in particolare, la proposta di CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012. Secondo l'autore, la responsabilità proporzionale diviene, infatti, lo strumento di "gestione dell'incertezza del rapporto causale", sancendo il tramonto progressivo della causalità tradizionale.

²⁶ La causalità apporzionata viene frequentemente invocata, invero, per risolvere il problema delle concause e della causalità multifattoriale. Sul punto, si rinvia alla lucida analisi di PIRAINO F., *Il nesso di causalità*, Europa e dir. priv., 2/2018, 399.

²⁷ Si veda, per tutte, la sentenza della Corte di Cassazione, civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

In tema di graduazione della causalità si rinvia, altresì, alla disamina svolta da LOCATELLI L., *Le differenti vesti della chance perduta e i suoi criteri di risarcibilità*, in Resp. civ. e prev., 2008, 2360.

²⁸ L'espressione è coniata da CAPECCHI M., *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in Contratto e impresa, 1/2021, 23.

²⁹ Sulla distinzione tra la "causalità dell'evento lesivo" e la "causalità della *chance*" si rinvia a BARCELLONA M., *op. cit.*, il cui contributo costituisce un vero e proprio caposaldo per chi intenda approfondire il tema della risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

ciò nondimeno, non può essere considerata come l'antecedente causale certo né dell'evento dannoso né delle conseguenze pregiudizievoli.

Questo senso di irrequietezza diviene, così, la premessa per una riscoperta della *chance* valorizzata come probabilità in sé e per sé considerata. Si tenta, allora, di dar voce a quel senso di iniquità, già delineato nell'introduzione di questo scritto, recuperando il significato pieno della *chance*.

È tale sentimento di (in)giustizia sostanziale che giustifica, storicamente, la riformulazione del problema della *chance*, aprendo la strada alla risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

Si ridimensiona, così, la portata probabilistica della *chance*, senza rinnegarne, tuttavia, la dimensione processuale, e si enfatizza la probabilità in sé e per sé considerata.

3.3 La *chance* ontologica.

Che la probabilità abbia un valore in sé è, invece, il manifesto della teoria ontologica.

Il riconoscimento di un'autonoma dignità economica e giuridica costituisce, invero, il presupposto ineludibile per intavolare la discussione sulla risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

La domanda risarcitoria proposta può essere vagliata, infatti, solo se si individua un danno (certo) meritevole di ristoro. Non è un caso, invero, se la corrente ontologica muove dalla definizione di *chance*, intesa tralatziamente dalla giurisprudenza civile e amministrativa, "come concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene, non una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione". È per questa via che si giunge, dunque, a quella conclusione che è stata variamente definita³⁰ come "ipostatizzazione", "reificazione" o "entificazione" della *chance*.

Si è spostata, in tal modo, la *chance* dal tipo di danno risarcibile al bene danneggiato o alla situazione soggettiva lesa. Del pari, si è spostato il fuoco dell'attenzione dalla causalità giuridica alla causalità materiale. E si è semplificata, altresì, la prova.

Il problema di individuare il bene o la situazione lesa, consustanziale all'ingiustizia del danno in ambito aquiliano, si risolve, invero, piuttosto agevolmente richiamandosi, appunto, la *chance* in sé e per sé considerata. In questo modo, si evita di ricadere nel tranello della risarcibilità degli interessi di mero fatto e si individua, piuttosto, un interesse di diritto

³⁰ Impiegano le diverse etichette BARCELLONA M., *op. cit.*, CAPECCHI M., *Il nesso di causalità. cit.* e PIRAINO F., *op. cit.*

degnò di tutela in forma risarcitoria, sussumendo la *chance* sotto la logica dell'appartenenza. Non stupisce, allora, se qualcuno ha parlato di una sorta di proprietà anteriore³¹, assimilando la *chance* a un bene suscettibile di apprensione. Di quale bene si tratti è, tuttavia, arduo da dirsi. Se alcuni hanno invocato, al riguardo, la figura del bene immateriale o virtuale³², altri hanno, invece, osservato che non residuerebbe null'altro che il mero valore astratto del calcolo matematico³³ delle probabilità.

Un affine percorso esegetico giunge, altresì, ad affermare la risarcibilità del danno da perdita di *chance*, esplorando il profilo della situazione lesa. Per tale via, o si costruisce la stessa possibilità come una posizione giuridica autonoma o si riconduce la *chance* all'aspettativa di diritto³⁴, valorizzando il comune elemento dell'affidamento ragionevole³⁵, oppure si inquadra l'istituto all'interno del diritto all'integrità patrimoniale. Il panorama si arricchisce ulteriormente, inoltre, se si volge lo sguardo alla dottrina amministrativa, giacché in questo caso la *chance* viene variamente assorbita dalla figura dell'interesse legittimo o viene esaltata per dar spazio agli interessi procedimentali³⁶.

Una volta individuato il bene danneggiato o la situazione lesa, si mette in risalto, altresì, il segmento della causalità materiale, obliterandosi quello della causalità giuridica.

³¹ Il riferimento è a PARTISANI R., *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, in Resp. civ. e prev., 3/2000, 566.

³² Per sfuggire al principio del *numerus clausus* dei diritti reali è sempre più frequente, negli ultimi anni, il richiamo alla figura del bene immateriale o virtuale, integrante un nuovo oggetto del diritto di proprietà e non già un innovativo modo di essere della proprietà o un atipico diritto reale. Si pensi, in tal senso, anche alla *querelle* sviluppatasi intorno alla cessione di cubatura, da ultimo risolta dalla Corte di Cassazione civ., sez. un., 23 marzo 2021, n. 16080.

³³ A ciò si riduce la probabilità, secondo PUCELLA R., *op. cit.*

³⁴ In questo senso si vedano BUSNELLI F. D., *La responsabilità civile dello Stato*, in Danno e resp., 1/1999, 10, MAZZAMUTO S., *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in Europa e dir. priv., 2010, 49 e SEVERI C., *op. cit.*

Va osservato, in particolare, che, accentuando l'elemento fiduciario, MAZZAMUTO, seguito da SCOGNAMIGLIO C., *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in Resp. civ. e prev., 6/2020, 1742, ambienta il danno da perdita di *chance* esclusivamente in ambito contrattuale. In tal senso, si afferma, infatti, che «la *chance* è una ragionevole aspettativa patrimoniale che alternativamente postula un programma di azione – qual è per eccellenza l'obbligazione [...] – ovvero una relazione presieduta da un obbligo di correttezza o di protezione, anche in sede precontrattuale o del c.d. contatto sociale, sempre che tutto si mantenga all'interno dell'area di salvaguardia predisposta dall'obbligo. Dall'altro canto, l'aspettativa affonda le sue radici nell'affidamento, il quale presuppone una relazione governata per lo meno dall'imperativo di buona fede».

³⁵ Al riguardo, non può sottacersi che, in tema di tutela dell'affidamento, la giurisprudenza della Cassazione stia seguendo la stessa strada già imboccata con riferimento al danno da perdita di *chance*, per giungere ad affermare la risarcibilità del danno da lesione in sé dell'affidamento ragionevole. Analogamente si ipostatizza, infatti, anche l'affidamento, qualificandolo come una situazione soggettiva autonoma e se ne ammette, conseguentemente, la risarcibilità. Si veda, sul punto, la sentenza della Cass. civ., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236.

³⁶ I rapporti intercorrenti tra la *chance* e l'interesse legittimo sono tutt'oggi assai dubbi. Se, per taluno, la *chance* individua l'oggetto dell'interesse legittimo, per talaltro, coincide con lo stesso interesse legittimo oppure, ancora, con l'interesse sostanziale sotteso all'interesse legittimo, raffigurando, in definitiva, la possibilità di conservare o di acquisire il bene. Per un approfondimento dei rapporti tra *chance* e interesse legittimo si rinvia a PARTISANI R., *op. cit.* e a TRIMARCHI BANFI F., *op. cit.*

In questo coacervo di questioni non può dirsi isolata, allora, la posizione di CAPUTO O. M., *La perdita di «chance» ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, in Urb. e app., 6/2015, 708. Secondo l'autore, infatti, «il danno da perdita di *chance*, di scaturigine civile, si candida "per sua natura" a governare il risarcimento per lesione dell'interesse legittimo».

Al riguardo è necessario, tuttavia, un chiarimento.

All'interno della stessa teoria ontologica³⁷ della *chance* si assiste, invero, a una scissione tra quanti ritengono sufficiente la dimostrazione del danno da perdita di *chance*, per accedere alla tutela risarcitoria, e quanti reputano altresì necessaria la prova delle conseguenze pregiudizievoli che la lesione della *chance* avrebbe causato.

Per i primi, la *chance* costituirebbe, invero, un danno emergente³⁸ meritevole di risarcimento; per i secondi, invece, deve ancora verificarsi che la lesione della *chance* abbia provocato, a cascata, delle ripercussioni negative nella sfera del ricorrente.

Ci si è convinti, però, di un'idea, ossia che il rinvio, sul punto, al danno emergente sia pericolosamente fuorviante.

Il primo indirizzo si arresta, invero, sulla soglia del danno-evento, senza verificare affatto l'esistenza e la consistenza del danno-conseguenza. In questo contesto, l'assimilazione della *chance* al danno emergente – che, com'è noto, costituisce una categoria del danno-conseguenza, alla stregua del disposto dell'art. 1223 c.c. – svia significativamente l'interprete e nasconde la più perniciosa operazione che si sta realmente compiendo. Si sta, infatti, risarcendo la perdita in sé della *chance*: è, dunque, la stessa perdita a integrare il danno, rendendo irrilevante un accertamento delle conseguenze pregiudizievoli subite per effetto della lesione della *chance*. Si tratta, in definitiva, di un danno *in re ipsa*³⁹. Il richiamo alla valutazione equitativa da parte del giudice, ai sensi dell'art. 1226 c.c., serve, infatti, solo per dare consistenza al danno da perdita di *chance*, non anche per provarne l'esistenza.

È questo un esito dirompente, se si presta attenzione.

Con il risarcimento del danno da perdita di *chance* si sta accorciando⁴⁰, infatti, il nesso causale, limitandolo alla sola causalità materiale, si sta

³⁷ A questa teoria aderiscono, ad esempio, DE CUPIS A., *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in Giur. it, 1/1986, 1181, NAPOLI G. E., *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in Resp. civ. e prev., 1/2018, 52 e NERI V., *La chance nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in Urb. e app., 3/2018, 293.

³⁸ In tal modo, si identifica con certezza un danno presente già verificatosi nella sfera del ricorrente, capace di rivendicare protezione giuridica attraverso la tecnica del risarcimento.

In ogni caso, va notato che la distinzione tra danno emergente e lucro cessante non può indebitamente sovrapporsi alla differenziazione del danno presente dal danno futuro. Quest'ultima riguarda, infatti, il momento giudiziale della liquidazione del danno, e non già quello storico della sua verifica. Sul punto si rimanda all'analisi di BOCCHIOLA M., *op. cit.*

³⁹ Sul danno *in re ipsa* e sulle implicite presunzioni probatorie sollecita l'attenzione PUCCELLA R., *op. cit.*

Al riguardo, l'autore osserva che l'espressione "danno da perdita di *chance*" alimenta una convinzione istintiva, ma ingannevole, di dimostrata correlazione tra la possibilità di configurare *ex ante* la realizzabilità del risultato sperato e la constatazione successiva rispetto alla condotta negligente dell'oramai certa irrealizzabilità del risultato stesso. Ciò spinge a ravvisare un'implicita relazione causale, indimostrata però, tra condotta colposa e perdita di *chance*. Ne consegue che l'ascrizione di responsabilità poggia su di una doppia presunzione dell'esistenza di un nesso causale: nel senso, anzitutto, che la condotta colposa abbia concretamente aumentato il rischio del danno; e nel senso, poi, che tale incremento di rischio si ponga in relazione di causa-effetto con l'evento successivamente verificatosi, per aver trasformato l'alea originaria, forse destinata a rimanere tale, in un evento inevitabile.

⁴⁰ Che l'operazione di riduzione del nesso causale sia ancora più complessa, e sottile, è evidenziato da PIRAINO F., *op. cit.*, secondo cui, in tema di danno da perdita di *chance*, non soltanto si sostituisce la causalità giuridica

abdicando al danno-conseguenza e si sta rinunciando al *proprium* della responsabilità civile. Si sta mutando, in definitiva, la struttura dell'illecito civile e si sta torcendo la funzione della responsabilità civile.

Questo esito è piuttosto evidente, a giudizio di chi scrive, se si volge lo sguardo al carico probatorio richiesto in sede processuale. Una volta reificata la possibilità in sé, è sufficiente, infatti, dimostrare, anche per il tramite di indici presuntivi, che la stessa possibilità è venuta meno in conseguenza del comportamento illecito altrui per ottenere il risarcimento del danno, sia pure in una misura modesta ed equitativamente commisurata dal giudice. È evidente, allora, l'alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul danneggiato. In sintesi, attraverso il risarcimento, si offre tutela alla perdita della possibilità in sé. Si compensa, in tal modo, la privazione della "risorsa"⁴¹ che il danneggiato avrebbe potuto spendere per giocare le sue carte, è il caso di dire⁴².

Giova formulare, inoltre, un'ulteriore precisazione.

Come insegna la teoria generale del reato, il danno-evento potrebbe rivelare, invero, tanto un illecito di evento quanto un illecito di pura condotta. Orbene, se si applicano tali categorie alla fattispecie in esame, può osservarsi che il danno da perdita di *chance* non solo arretra dal danno-conseguenza al danno-evento ma, di più, retrocede ad un illecito di pura condotta⁴³. Non sorprende, a questo punto, che il danno da perdita di *chance* intersechi sovente il tema della violazione delle regole di mera condotta, avvicinandosi, per il tramite del danno da lesione dell'affidamento, all'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede⁴⁴.

con la causalità materiale ma, di più, si soppianta l'accertamento della causalità generale con il giudizio relativo esclusivamente alla causalità individuale.

Sviluppando questo spunto di riflessione TASSONE B., *Causalità e perdita di chance*, cit. introduce, altresì, la distinzione tra *chance* collettiva e *chance* individuale, doppiando in tal modo la dicotomia tra la causalità generale e quella individuale, ormai acquisita al diritto dalla celebre sentenza Franzese, pronunciata dalla Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328. Occupandosi, in particolare, della causalità incerta e dei limiti della conoscenza umana, l'autore osserva che, se non è possibile conoscere le *chances* individuali, è possibile conoscere, tuttavia, le *chances* collettive. Pertanto, ciò che non si può conoscere circa il caso specifico vale, invece, in chiave aggregata. Se non si può dire, infatti, in quale classe di casi si colloca la fattispecie concreta (o, detto altrimenti, quale sia la percentuale della *chance* individuale), si possono conoscere, diversamente, le classi di casi, espresse in termini percentuali, astrattamente possibili. In questo senso, la *chance* individuale diviene, allora, il frammento di una più ampia *chance* collettiva.

⁴¹ L'espressione efficace è di SEVERI C., *op. cit.*

⁴² In termini analoghi TASSONE B., *Causalità e perdita di chance*, cit., p. 330: «Tutti hanno diritto a tirare in aria la propria moneta» (o se si vuole il proprio "dado", visto che secondo alcuni la chance mutua la propria terminologia dalla *cadentia* del noto strumento di gioco)».

⁴³ L'intuizione si deve, ancora una volta, a TASSONE B.

Deve osservarsi, tuttavia, che la qualificazione del danno da perdita di *chance* in termini di illecito di pura condotta si avvicina più all'illecito senza evento, che all'illecito senza danno evocato dall'autore.

⁴⁴ L'intersezione è ancora più evidente, invero, se ci si sofferma sulla responsabilità civile della pubblica amministrazione. Il tema esonda, tuttavia, dal campo d'indagine odierno. Sul punto sia consentito rinviare, tra gli altri, a BITETTO A., *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle "regole". Ma quanto vale un'occasione?*, in *Danno e resp.*, 4/2002, 393 e BONOMI M., *La perdita di chance quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 307.

La suggestione espressa intende, d'altronde, semplicemente svelare ciò che si agita alle spalle della polemica sulla risarcibilità del danno da perdita di *chance*, senza negarne, in questa sede, l'utilità concretamente assunta.

Diversamente, il secondo filone secessionista della corrente ontologica esige la prova non soltanto del danno da perdita di *chance* ma anche delle conseguenze pregiudizievoli che questo ha causato nella sfera del ricorrente. Pur aderendo maggiormente alla struttura tradizionale dell'illecito civile, questa impostazione finisce, tuttavia, per moltiplicare i problemi della *chance*, doppiandoli altresì sul versante del danno-conseguenza. Si chiede, infatti, al ricorrente di provare, secondo l'ordinario criterio probatorio del "più probabile che non", quale probabilità di conservazione o, addirittura, di successo avrebbe avuto la sua *chance* se non si fosse verificata l'interferenza illecita altrui⁴⁵. Applicandosi il grado di probabilità alla probabilità in sé si genera, infine, una figura abnorme⁴⁶, qual è la *chance* (eziologica) della *chance* (ontologica).

È in questo contesto che si colloca l'accesa discussione sulla c.d. soglia di risarcibilità della *chance*.

In alcune sentenze si legge, infatti, che il danno da perdita di *chance* per essere risarcibile deve possedere un grado di probabilità pari almeno al 50% + 1; in altre, invece, si ripudia il riferimento a una percentuale fissa, superiore o inferiore al 50%, preferendosi una valutazione *case by case*.

In tal modo si finisce, tuttavia, per smentire la stessa premessa della risarcibilità della perdita della *chance* ontologica, per reimpostare il problema nei termini della *chance* eziologica. È palese, dunque, la confusione concettuale e il disordine applicativo che scaturiscono dalla figura della *chance*.

In questo caos la giurisprudenza prevalente quantifica il danno da perdita di *chance* tenendo conto, da un lato, della clausola bagattellare e, dall'altro lato, del coefficiente di riduzione.

Con riferimento al primo aspetto, si invoca il principio della tolleranza insito nel canone solidaristico, posto dall'art. 2 Cost., e si predica la risarcibilità esclusivamente di una *chance* seria ed economicamente significativa. Per tale via si introduce, dunque, la distinzione tra *chance* risarcibile e *chance* irrisarcibile. In questa prospettiva, la rilevanza della soglia della *chance* passa dal momento della verifica della consistenza del danno a quello dell'accertamento dell'esistenza del danno stesso⁴⁷. La

⁴⁵ Per la duplicazione della *chance* si veda CHINDEMI D., *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007.

⁴⁶ Di vero e proprio "*monstrum* giuridico" parla PACCES A. M., *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 6/2000, 658.

⁴⁷ Sulla distinzione tra esistenza e consistenza della *chance* e, quindi, sulla rilevanza della soglia di risarcibilità della *chance* si rinvia, in particolare, a TRIMARCHI BANFI F., *La chance giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*, in *Foro it.*, 9/2015, 442 e *idem*, *op. cit.*

collocazione sistematica dell'importanza della soglia della *chance* fluttua, allora, ancora una volta, tra l'accertamento dell'*an* e la valutazione del *quantum*.

Con riferimento al secondo aspetto, si richiama, poi, in sede di liquidazione del danno, un determinato coefficiente di riduzione che, assumendo come parametro di riferimento⁴⁸ il bene finale anelato, calcola il grado di probabilità di conseguimento in relazione alle specificità del caso concreto. In questo senso si pone, ad esempio, la riduzione del 10% applicata frequentemente nelle controversie risarcitorie devolute, in materia di appalti, al giudice amministrativo. Il coefficiente di riduzione individuato gode, invero, di una copertura legislativa, rintracciata grazie al meccanismo dell'interpretazione analogica: il valore di un decimo è stato indicato, infatti, dal legislatore sia nel caso in cui l'amministrazione receda dal contratto sia con riferimento al *project financing*⁴⁹.

A questa ricostruzione aderisce, precisamente, la sentenza in commento del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, riformando, per l'effetto, la statuizione del Tar relativa alla pretesa risarcitoria avanzata dal consorzio ricorrente.

Il giudice dell'appello vaglia, invero, la domanda di risarcimento del danno proposta in termini non già di *chance* eziologica, bensì di *chance* ontologica. In questa prospettiva, dunque, il bene danneggiato non è la *chance* di aggiudicazione (*id est* il bene della vita inerente all'interesse legittimo pretensivo) ma la *chance* di competizione. Con l'illegittima proroga della concessione in corso e con il mancato espletamento della procedura ad evidenza pubblica, l'amministrazione ha pregiudicato, infatti, la "possibilità di concorrere" o, se si vuole, la "possibilità di giocare"⁵⁰ che il consorzio avrebbe avuto se fosse stata indetta la gara. È la privazione di tale possibilità che viene, quindi, compensata attraverso la tutela risarcitoria.

Va particolarmente apprezzato, d'altronde, l'apparato motivazionale predisposto al fine di riconoscere il diritto al risarcimento del danno. La decisione ripercorre, infatti, i problemi della causalità incerta, del danno incerto e della prova incerta per individuare nella *chance* uno "sbocco di tutela" capace di dar voce a una precisa esigenza giurisdizionale. È in

⁴⁸ Il metro del risultato finale anelato è fortemente criticato da CRICENTI G., *La chance come bene autonomo. cit.*, rivelando un cortocircuito della teorica della *chance*, giacché, in sede di liquidazione del danno da perdita di *chance*, perdura uno stretto legame con il risultato finale da cui si è tentato, invece, di emancipare l'istituto. Secondo l'autore, quindi, o la *chance* si sgancia dal risultato finale sperato, per acquisire una propria indipendenza concettuale, oppure non ha alcun senso discorrere di *chance* come di bene a sé stante, suscettibile di un'autonoma valutazione dal punto di vista giuridico.

⁴⁹ Si vedano, al riguardo, l'originaria formulazione dell'art. 345, della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, riprodotta poi nell'art. 122, del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 e attualmente riproposta dall'art. 109, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; si veda, infine, in tema di *project financing*, l'art. 37septies, comma 1, lett. c), della l. 11 febbraio 1994, n. 109.

⁵⁰ Non è un caso, peraltro, se in sede di liquidazione del danno da perdita di *chance*, nella materia degli appalti pubblici, si richiama frequentemente anche la teoria dei giochi.

questo contesto che si afferma il risarcimento del danno da perdita di *chance* quale "ipotesi di danno solo ipotetico", giacché "non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato". "Per superare l'*impasse* dell'insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico", si trasforma, così, il sacrificio della possibilità di conseguire il risultato finale in un bene giuridico autonomo e si individua l'ingiustizia del danno nel nocimento di un *quid* giuridico, minore ma appunto autonomo, qual è la spettanza attuale di una mera possibilità. Si accoglie, quindi, la domanda risarcitoria proposta ritenendo, anzitutto, dimostrata l'esistenza del danno, sulla base di una prova semplificata⁵¹, e valutando, poi, equitativamente, ai sensi dell'art. 1226 c.c., l'ammontare concreto del danno, nel limite del 10% su indicato.

La rapida analisi del caso sottoposto al sindacato del Consiglio di Stato consente, peraltro, di evidenziare un ultimo elemento fondamentale nella ricostruzione ontologica della *chance*. In questo contesto, il danno da perdita di *chance* viene qualificato, infatti, come danno non già incerto bensì ipotetico⁵², per divincolarsi dal principio della certezza del danno, senza rinnegarlo, però, apertamente.

In queste pagine si è tentato, tuttavia, di dimostrare che il problema dell'incertezza del danno viene del tutto aggirato dalla teoria della *chance* ontologica, giacché la preminenza del danno-evento (e della sola causalità materiale) oscura completamente l'importanza del danno-conseguenza (e della causalità giuridica), con tutto ciò che ne deriva in punto di struttura dell'illecito civile e di funzione della responsabilità civile.

3.4 Una sintesi tipologica: la *chance* bifida.

Nell'analisi fin qui svolta si son, dunque, ripercorse criticamente tanto la teoria eziologica quanto quella ontologica⁵³, utilizzando le categorie proprie della responsabilità civile anche per affrontare la questione della risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

⁵¹ A tal fine si reputa sufficiente, infatti, la dimostrazione di due soli elementi, da cui dedurre presuntivamente, se non automaticamente, la prova del danno da perdita di *chance*. In primo luogo, è senz'altro necessaria la prova della condotta illecita dell'amministrazione, prova che merge chiaramente dallo svolgimento dell'intero processo amministrativo. In secondo luogo, è richiesta la prova, desumibile anche per il tramite di agevoli deduzioni difensive, della titolarità della *chance* di competizione in capo al consorzio ricorrente. In questa prospettiva, è considerato sufficiente che il consorzio abbia dedotto di essere un operatore del settore, nella disponibilità di autorizzazioni, mezzi e risorse necessari per l'esecuzione del contratto di servizio e che abbia manifestato in più occasioni il proprio interesse a svolgere personalmente il servizio di trasporto pubblico locale. La prova di questi due elementi conduce, infine, a ritenere *ex se* provato il danno da perdita di *chance*.

Si ha, dunque, l'impressione che l'esame della vicenda concreta confermi la convinzione maturata in relazione alla risarcibilità del danno da perdita di *chance* alla stregua di un danno-evento di pura condotta.

⁵² È questa l'impostazione proposta, in particolare, da BARCELLONA M., *op. cit.*, per il quale la *chance* indica un «danno ipotetico, ossia una situazione ove non si sa e non si può oggettivamente sapere, se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato», coinvolgendo esclusivamente quelle situazioni di "incertezza ontologica (= ove non si danno già in astratto conoscenze sufficienti ad affermare che senza l'inadempimento o l'interferenza illecita il risultato favorevole si sarebbe con certezza verificato)». Il corsivo, si badi, è dell'autore.

⁵³ Per un *excursus* rapido ma denso si rimanda, altresì, a CARINGELLA F., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Roma, 2016, X edizione, 248-252.

In questo paragrafo si proverà, ancora, ad offrire al lettore una soluzione personale che, forte dei consensi raccolti negli ultimi tempi, non lasci scoraggiati dinanzi al problema della *chance*.

Sarà necessario, allora, recuperare le osservazioni già formulate nell'introdurre il tema d'indagine per comprendere pienamente l'impostazione proposta.

Innanzitutto, deve condividersi quel senso dilagante di incertezza che si è più volte richiamato. Ci si è persuasi, infatti, che questo sia il punto di partenza irrinunciabile per affrontare con la dovuta serenità d'animo il tema della *chance*, in quanto sublimazione dell'incertezza stessa.

In secondo luogo, devono redimersi le originarie ambiguità semantiche della *chance*, capaci di indicare sia il grado di probabilità sia la probabilità in sé. Questa duplice carica di significato induce, invero, a tentare una sintesi tipologica della *chance* eziologica e di quella ontologica per dimostrare, in definitiva, che la *chance* è sia la causalità sia il danno⁵⁴.

Per questo motivo si suggerisce l'immagine di una *chance* bifida, naturalmente divisa, per l'appunto, nella *chance*-causalità e nella *chance*-danno.

Non può rinnegarsi, da un lato, l'importanza nevralgica che il grado di probabilità assume nell'accertamento probatorio del diritto conteso. La prova del processo civile si regge, infatti, come si è visto, sul criterio probabilistico del "*more probable than not*". Questa osservazione vale, d'altronde, non solo per la prova del nesso di causalità imposta dal giudizio di responsabilità civile ma, più in generale, vale per la dimostrazione di qualsiasi fatto giuridicamente rilevante in sede civile. In questo senso può dirsi, quindi, che dalla *chance*-causalità si approda alla *chance*-prova.

Neppure può nascondersi, dall'altro lato, il ruolo di supplenza che l'ipostatizzazione della probabilità in sé ha acquisito nella valutazione della fondatezza della domanda di risarcimento del danno. Il riconoscimento di un'autonoma rilevanza giuridica ed economica della *chance* in sé considerata consente, infatti, di eludere l'alternativa secca del "tutto o niente" per risarcire "almeno qualcosa"⁵⁵.

In tal modo, il rilievo ontologico della *chance* permette al giudice di sciogliere il dilemma circa l'accoglimento o il rigetto della domanda di

⁵⁴ Si ripudiano, quindi, quelle proposte che tendono a schiacciare la *chance* o sul versante della causalità o su quello del danno.

Nel primo senso si veda, a titolo esemplificativo, PRINCIGALLI A. M., *Quand'è più sì che no: perdita di una «chance» come danno risarcibile*, in Foro it., 1986, I, 384 e *id.*, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in Riv. crit. dir. priv., 1985, 315; nel secondo, invece, BOCCHIOLA M., *op. cit.*

⁵⁵ L'espressione è di VIOLA L., *Il nodo (allo stato, irrisolto) del danno da perdita di chance*, Relazione svolta al Convegno organizzato dall'Ufficio studi e massimario della Giustizia amministrativa "A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno", tenutosi a Roma, 16 dicembre 2019, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/viola-il-nodo-allo-stato-irrisolto-del-danno-da-perdita-di-chance> e inserito in Foro amm. (II), 3/2020, 574.

risarcimento del danno integrale per vagliare l'esistenza e la consistenza di un danno attenuato, qual è, appunto, il danno da perdita di *chance*. Seguendo questa ricostruzione si deve dire, allora, che si sta compensando la *chance*-danno, ammettendo con onestà l'operazione ermeneutica che si sta compiendo. A tal proposito si è espressa schiettamente l'idea di cui ci si è persuasi e, cioè, che con il risarcimento del danno da perdita di *chance* si stia accordando la tutela risarcitoria, in realtà, al solo danno-evento, vieppiù nella forma dell'illecito di pura condotta, incidendo sulla struttura dell'illecito civile e piegando la funzione della responsabilità civile.

In entrambi i casi l'impiego del termine *chance* è giustificato, d'altronde, dall'ambiguità semantica che conforma la *chance*, per sua natura, in una *chance* bifida.

In questa prospettiva si può suggerire, allora, di intendere la *chance*-causalità (*alias chance*-prova) come *chance* in senso improprio e la *chance*-danno come *chance* in senso proprio. A corredo di tale proposta si pone, peraltro, una raccomandazione: la distinzione introdotta non vuole riprodurre, infatti, le difficoltà già manifestate dalla proliferazione di una serie di *chances* variamente qualificate dalla dottrina e dalla giurisprudenza bensì vuole agevolare il discorso sulla *chance*, mettendone in luce immediatamente la polisemia interna alla stessa *chance*. A tal fine si consiglia, dunque, di ricorrere alla *chance* in senso improprio e alla *chance* in senso proprio solo se lo si ritiene utile.

La conciliazione tentata sembra, altresì, avvalorata dall'ordinanza del Cons. St., Ad. Pl., 11 maggio 2018, n. 7⁵⁶ in cui, nel restituire gli atti alla sezione rimettente, si afferma che si tratta di «quesiti, peraltro, risolvibili in astratto anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica"».

A questo punto, v'è solo da chiedersi quando ricorrere alla *chance* in senso proprio, riconoscendo, quindi, rilevanza ontologica alla possibilità in sé e per sé considerata.

La risposta va rintracciata, si crede, nell'effettività della tutela, conclamata dall'art. 24 Cost.

Si tratta, pertanto, di individuare la tecnica di tutela più soddisfacente per la vicenda concreta, esortati a confidare che non esiste una tesi "più giusta" ma una tecnica di tutela "più giusta" rispetto al caso concreto⁵⁷.

⁵⁶ Per un primo commento, al riguardo, si veda TARANTINO L., *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in Urb. e app., 4/2018, 575.

⁵⁷ Si sta parafrasando, nello specifico, il pensiero di VIOLA L., *op. cit.*, condividendo pienamente l'approdo cui giunge.

Si riporta, per correttezza, la posizione espressa con le parole dello stesso autore: «la questione non è, infatti, optare per una delle due tesi, ma individuare quale delle due tecniche (forse inevitabilmente, destinate a

In questa prospettiva si può convenire, allora, con quanti rilevano che «la teoria della perdita di *chance* può trovare applicazione soltanto se è impossibile stabilire una linea di causalità tra la condotta e il danno finale, ossia solo se il danno finale è incerto. Se invece il danno finale è accertato come riferibile alla condotta del convenuto, allora il giudice deve risarcire integralmente il danno e non fare questione di *chance*»⁵⁸.

Ci si può avvalere, quindi, della *chance* ontologica solo nelle fattispecie in cui sia presente una qualche forma di incertezza ontologica del risultato, non potendosi sapere né *ex ante* né *ex post* come sarebbero andate le cose se non vi fosse stata l'altrui interferenza illecita. Si tratta, in definitiva, di quei casi caratterizzati da una "irrisolubile incertezza empirica"⁵⁹.

Ciò nondimeno, questo muro di incertezza pratica e, prima ancora, cognitiva non può costituire uno sbarramento per il giudice, giacché gli è fatto divieto di *non liquet*⁶⁰. Nei giudizi di responsabilità costui deve, infatti, sempre pervenire alternativamente o ad affermare o a negare la responsabilità dell'imputato, del convenuto o del resistente. È per questo motivo che si è convinti che la responsabilità non può mai essere incerta, perché il modo per sciogliere il dubbio sulla responsabilità è previsto espressamente e chiaramente dallo stesso legislatore.

L'ordinamento giuridico risolve, infatti, il dilemma dinanzi al quale si trova il giudice indicando la regola probatoria e lo *standard* di prova richiesto per dichiarare la responsabilità penale dell'imputato o per predicare la responsabilità civile del convenuto/resistente. Così, se in materia penale, vale il brocardo "*in dubio, pro reo*", in ambito civile, vale il principio "*in*

convivere ancora per molto tempo) applicare ad una vicenda concreta; non esiste pertanto una tesi "più giusta" dell'altra in astratto, ma solo una tecnica che è "più giusta" dell'altra con riferimento ad una certa fattispecie concreta.

L'approdo finale [...] è pertanto un sistema che rimane inevitabilmente dualistico».

⁵⁸ Si sta citando ancora VIOLA L., *op. cit.*

⁵⁹ Come è stato lucidamente dimostrato da BARCELLONA M., *op. cit.*, contrapponendo la "risolubile incertezza giuridica" alla "irrisolubile incertezza empirica".

A tale epilogo l'autore giunge, invero, dopo aver distinto, da un lato, le situazioni in cui la decisione, con la quale il procedimento è destinato a concludersi e dalla quale dipende l'eventuale vantaggio del danneggiato, è affidata a parametri rigidi o a criteri giuridici o a c.d. discrezionalità tecniche e, dall'altro lato, le fattispecie in cui la decisione è rimessa a parametri di c.d. discrezionalità politica o a criteri di c.d. puro merito o a prove d'esame.

A seconda dell'ipotesi considerata si atteggerà, infatti, diversamente il giudizio di accertamento richiesto al giudice. Nel primo caso, «la spettanza del risultato vantaggioso, che la mancata partecipazione o lo scorretto espletamento del procedimento ha impedito di accertare, può magari apparire *ex ante* fenomenologicamente incerta ma è comunque *ex post* giuridicamente accertabile»; viceversa, nel secondo caso, «il risultato vantaggioso non solo si dà all'inizio come incerto ma tale è destinato a rimanere necessariamente anche dopo per la oggettiva impossibilità di verificare l'esito ipotetico della partecipazione impedita o di un procedimento corretto, ed è perciò giuridicamente inaccertabile anche *ex post*". Nella prima ipotesi si ha, quindi, una "risolubile incertezza giuridica", mentre nella seconda una "irrisolubile incertezza empirica". Il corsivo, si badi, è dell'autore.

⁶⁰ Per un approfondimento di quest'aspetto si rimanda a PUCELLA R., *L'insanabile incertezza e le chances perdute*, in Nuova giur. civ., 11/2018, 1865. L'autore pone in luce, in particolare, che la statistica ci offre solamente, in via predittiva, la proporzione, restando, così, estranea all'alternanza secca che, invece, interessa il piano giuridico della responsabilità.

dubio, pro victima". Si assiste, quindi, a un trattamento giuridico del dubbio del giudice specularmente inverso nei due rami del diritto.

Questo statuto diametralmente opposto rinviene, d'altronde, una propria giustificazione razionale nella diversa funzione della responsabilità penale da quella civile: se la prima ambisce, infatti, a svolgere una funzione spiccatamente repressiva, deterrente e dissuasiva, oltre che rieducativa⁶¹, la seconda aspira, invece, eminentemente alla reintegrazione del danno, muovendosi in una dimensione prevalentemente compensativa⁶².

La funzione assegnata all'una e all'altra non costituisce, tuttavia, un dato immutabile ma rappresenta una scelta storica, destinata a riflettere il contesto sociale, economico e giuridico in cui si muove il legislatore. Può comprendersi, così, perché il tema della funzione della responsabilità è un tema sempre attuale.

È in questo contesto che si colloca, dunque, non solo la recente riapertura del dibattito sulla funzione della responsabilità civile, dovuta alla decisione della Cassazione sui *punitive damages*⁶³, ma anche la complessa indagine sulla funzione del risarcimento del danno da perdita di *chance*.

4. La funzione della responsabilità per la perdita di *chance*.

È giunto il momento, a questo punto, di affrontare apertamente la questione della funzione del risarcimento del danno da perdita di *chance*.

A tal fine si reputa necessario, anzitutto, riportare alla memoria due osservazioni già formulate nel corso del presente studio.

Alla prima si è fatto cenno, invero, fin dalla premessa per dare risalto a quell'intuitivo bisogno di non lasciare un danneggiato incolpevole senza ristoro, palesando quel sentimento comune di ingiustizia sotteso alla risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

Alla seconda si è ricorsi, invece, quando si è svelato l'inganno perpetrato dalla teoria ontologica che, assimilando la *chance* al danno emergente, prescinde in realtà radicalmente dal danno-conseguenza per accontentarsi del solo danno-evento.

È bene, dunque, tenere a mente ambedue le considerazioni prima di procedere oltre nell'analisi.

Si è visto, infatti, che se si invoca l'integrale risarcimento del danno da perdita del risultato finale, il giudice si imbatte in un'irrisolvibile incertezza empirica che dovrebbe condurlo a negare la tutela per equivalente, pur ritenendo iniqua tale soluzione. Emerge, allora, quell'insofferenza che si è provato a delineare fin dalle prime pagine, capace di essere delegata

⁶¹ In questa sede si ritiene sufficiente richiamare, sul punto, l'agevole *pamphlet* di FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017.

⁶² Sia consentito rinviare, tra gli altri, a CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶³ Il riferimento è evidentemente alla sentenza della Cass., sez. un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601.

soltanto dall'ipostatizzazione della *chance*. L'avvertito rischio di un'*undercompensation* viene fronteggiato, infatti, con il riconoscimento della rilevanza ontologica della possibilità in sé, autorizzando, per l'effetto, la risarcibilità attenuata del danno da perdita della *chance*.

Il sacrificio del danneggiato viene, dunque, compensato, in sintonia con il principio del diritto civile per cui "*in dubio, pro victima*". Tra la mancata reintegrazione della lesione subita e il pericolo di un arricchimento ingiustificato l'ordinamento esprime, infatti, una precisa preferenza: si predilige correre il rischio incerto di avvantaggiare ingiustamente il danneggiato piuttosto che affrontare il rischio certo di un'assenza di protezione di un soggetto incolpevolmente perturbato dall'altrui interferenza illecita⁶⁴. Nel soppesare la posizione di chi incolpevolmente ha subito il danno e quella di chi colposamente lo ha causato, il piatto della bilancia propende, quindi, per il danneggiato⁶⁵.

Il risarcimento del danno da perdita di *chance* svolge, così, più funzioni contestualmente: per un verso, compensa il danneggiato per la perdita subita e, per altro verso, penalizza il danneggiante per il comportamento scorretto tenuto.

Che il risarcimento del danno da perdita di *chance* punisca il danneggiante per la condotta illecita tenuta risulta evidente, peraltro, anche dalla motivazione della sentenza in commento.

All'uopo il Consiglio di Stato afferma, infatti, che «il risarcimento ha qui la funzione di segnalare all'Amministrazione il 'costo' dei comportamenti lesivi della concorrenza dinamica. Le procedure concorsuali, soprattutto nella configurazione delle norme europee, operano infatti come dispositivi di emulazione delle dinamiche concorrenziali che consentono alla committenza pubblica di sfruttare l'antagonismo tra gli aspiranti, a beneficio di una maggiore efficienza dei negoziati in termini di costi e qualità delle prestazioni». In effetti, si sta penalizzando l'amministrazione resistente per l'illegittima proroga del contratto di concessione e per la mancata indizione della gara al fine dell'affidamento del servizio pubblico, "segnalando" un comportamento lesivo della concorrenza⁶⁶.

⁶⁴ Nella stessa direzione si muove SEVERI C., *op. cit.*, secondo cui «la preoccupazione di evitare un arricchimento ingiustificato non deve peraltro essere spinta fino al punto di sacrificare l'interesse del danneggiato quando il suo arricchimento sia solo probabile. Nel dubbio, gli interessi del danneggiato dovranno prevalere su quelli del danneggiante, con diritto al risarcimento del danno, ancorché in misura modesta».

⁶⁵ Questo epilogo è espresso chiaramente, d'altronde, dalle sentenze gemelle della Cass., sez. un. civ., 13 febbraio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567 che si sono occupate della questione spinosa dell'operatività del principio della *compensatio lucri cum damno*.

Secondo la Corte, «non corrisponde infatti al principio di razionalità-equità [...] che la sottrazione del vantaggio sia consentita tutte le volte in cui l'elisione del danno con il beneficio pubblico o privato corrisposto al danneggiato a seguito del fatto illecito finisca per avvantaggiare esclusivamente il danneggiante, apparendo preferibile in tali evenienze favorire chi senza colpa ha subito l'illecito rispetto a chi colpevolmente lo ha causato».

⁶⁶ Per un approfondimento sulla funzione di "segnalare un costo" si veda, in particolare, PACCES A. M., *op. cit.* Adottando il punto di vista dell'analisi economica, l'autore osserva, in particolare, che «la funzione dell'istituto della responsabilità civile consiste nel garantire la salvaguardia di un corretto sistema di incentivi, altrimenti

La componente sanzionatoria della responsabilità civile viene alla ribalta, allora, proprio nel risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Questa conclusione trova giustificazione, invero, non solo nell'ineliminabile profilo sanzionatorio che presenta la responsabilità civile in livello pari o inferiore a quello risarcitorio⁶⁷, ma rinviene un solido fondamento, altresì, nella qualificazione del danno da perdita di *chance* come danno-evento, integrante, per di più, un illecito di pura condotta. È chiaro, infatti, che obliterandosi il danno-conseguenza e valorizzandosi il danno-evento si è resa la struttura dell'illecito civile affine a quella dell'illecito penale. Si è rinunciato, così, a quel *proprium* che innerva la responsabilità civile della funzione risarcitoria, modellandone una funzione residua in un'accezione prevalentemente punitiva. In tal modo, si risarcisce direttamente il danneggiato per la perdita di *chance* e, al contempo, si sanziona indirettamente il danneggiante per aver provocato, in uno alla perdita della possibilità, anche un aumento del rischio⁶⁸ di perdita del risultato finale.

D'altro canto, l'esito cui si è giunti induce un'ulteriore convinzione, ovverosia che la responsabilità da perdita di *chance* non configuri un *tertium genus* di responsabilità, diverso dalla responsabilità penale e dalla responsabilità civile, ma individui un'ipotesi rara, ancorché non inedita, di responsabilità formalmente civile ma sostanzialmente penale⁶⁹.

Nel riconoscere tutela risarcitoria alla *chance* si sta, infatti, compensando la lesione del bene protetto, qual è appunto la perdita della *chance*. Sebbene si continui a dichiarare di reintegrare il danno conseguente alla lesione dell'interesse giuridicamente rilevante, si sta affermando, in realtà, la risarcibilità della *chance ex se*.

inevitabilmente viziato dal problema delle c.d. esternalità; nel garantire, cioè, che ciascun soggetto, potenziale autore di un danno, sopporti le conseguenze economiche sulla collettività delle proprie azioni od omissioni. Ne discende il principio della c.d. internalizzazione dei costi attesi, connessi all'eventuale verificarsi di un danno in dipendenza del comportamento di uno o più soggetti economici. [...] È dunque opportuno che l'agente internalizzi il rischio di perdita delle *chances* del danneggiato in dipendenza della propria attività, acciocché lo stesso agente sia incentivato ad un comportamento efficiente».

Nella stessa direzione di una *chance*-segnale per l'amministrazione si pone, inoltre, TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, cit. L'autrice osserva, in particolare, che lo strumento del risarcimento del danno viene impiegato come sanzione per l'atteggiamento anticoncorrenziale dell'amministrazione, dando un impulso, in definitiva, alla correzione delle illegittimità commesse dalla p.a. Si utilizza, quindi, il risarcimento del danno da perdita di *chance* come «strumento di una sorta di giustizia sommaria, nella quale l'intento repressivo dell'illegittimità sembra talvolta prevalere sulla finalità di riparazione del danno effettivo».

Non stupisce, allora, se proprio in relazione al settore degli appalti pubblici TASSONE B., *La chance nel diritto amministrativo (e non solo)*, cit. invochi un'anima regolatoria della *chance*.

⁶⁷ Non è mancato chi, al riguardo, ha parlato di "coabitazione della funzione sanzionatoria con l'obbligo risarcitorio". Sia consentito all'uopo rinviare, tra gli altri, a TASSONE B., *Causalità e perdita di chance*, cit.

⁶⁸ Inquadrano il danno da perdita di *chance* all'interno della teoria dell'aumento del rischio tanto CAPECCHI M., *Il nesso di causalità*, cit. quanto PUCCELLA R., *La causalità «incerta»*, cit.

⁶⁹ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle sanzioni pecuniarie civili introdotte con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 in luogo della depenalizzazione di talune fattispecie di reato.

Nella prospettiva della responsabilità formalmente civile ma sostanzialmente penale si colloca, d'altronde, il *trend* più moderno di dare la caccia alle forme di penalità latente. Nel senso indicato depone, altresì, l'emersione in sede sovranazionale di un vero e proprio diritto punitivo, indifferente alle qualificazioni interne in termini penali, amministrativi o civili. Il riferimento è evidentemente all'elaborazione dei c.d. criteri Engels da parte della Corte EDU, ampiamente impiegate per smascherare le truffe delle etichette nazionali.

In questa sede preme, invero, smascherare l'operazione compiuta dall'avvento della teoria ontologica della *chance* per spingere ad una riflessione, al contempo, giuridica e linguistica. Non interessa, infatti, muovere critiche serrate per censurare l'uso autonomo della *chance*, ma interessa, piuttosto, implementare il grado di chiarezza e onestà della discussione intorno alla *chance*.

Occorre ammettere, allora, con franchezza, che il tema della risarcibilità del danno da perdita di *chance* è un tema di *policy* del diritto, in grado di veicolare esigenze di giustizia correttiva e di deterrenza ottimale⁷⁰.

5. La natura giuridica della responsabilità per la perdita di *chance*. Rinvio.

I rilievi appena compiuti consentono, d'altronde, di approcciarsi al tema della natura giuridica della responsabilità per la perdita di *chance* con estrema cautela.

Per un verso, deve evidenziarsi, al riguardo, che l'inquadramento dogmatico della questione risente dall'approccio casistico.

È vero, infatti, che il risarcimento del danno da perdita di *chance* viene pacificamente ricondotto nell'alveo naturale della responsabilità civile, ma è pur vero, poi, che si litiga su quale modello impiegare, richiamandosi ora la fattispecie dell'illecito aquiliano ora quella dell'illecito contrattuale o, ancora, lo stampo della responsabilità precontrattuale⁷¹.

Non può nascondersi, tuttavia, che non esista una soluzione univoca ma questa vada ricercata e forgiata in relazione alle singole fattispecie⁷² in cui si faccia questione di *chance*. Dovranno, quindi, differenziarsi i casi di responsabilità medica dalle ipotesi di responsabilità forense⁷³ e da quelli di responsabilità datoriale, ad esempio, distanziandole dalle situazioni in cui oggetto della controversia sia la responsabilità dell'amministrazione⁷⁴.

⁷⁰ Si condividono, sul punto, le conclusioni di TASSONE B., *Causalità e perdita di chance*, cit., p. 314. L'autore dedica, invero, un'importanza centrale alla verifica della funzione della responsabilità civile per giungere, infine, alla seguente conclusione: «È allora chiaro che sia in chiave di giustizia correttiva sia in un'ottica di deterrenza ottimale, il sistema non può trascurare i danni prodotti da una condotta strutturalmente tenuta al di sotto dello standard di diligenza desiderato. Ed è pure chiaro che – rispetto ad essa – emerge l'esigenza di dare rilevanza giuridica a illeciti che, sul piano individuale, sono sostanzialmente di mera condotta (come avviene per molti di quelli cui si applica la teoria della *chance*)».

⁷¹ In favore della responsabilità precontrattuale si esprimono GAETANI C., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione da attività provvedimento legittima e danno da perdita di chance nelle procedure ad evidenza pubblica*. Considerazioni a margine di Consiglio di Stato, sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in GiustAmm.it, 2015, IX, 9, INGEGNATTI S., *Risarcibilità del danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in Giur. it., 11/2015, 2508 e LO MORO M. F., *op. cit.*

⁷² Per una carrellata della casistica giurisprudenziale si veda, tra gli altri, PONTECORVO A., *La responsabilità per perdita di chance*, in Giust. civ., 1997, II, 447.

⁷³ Sul punto si rinvia, per tutti, all'analisi svolta da FEOLA M., *op. cit.*

⁷⁴ Il tema esorbita palesemente dai confini del presente contributo. Sia consentito rinviare, allora, tra gli altri, a CANNADA-BARTOLI E. (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976, CASSETTA E., voce *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in Enc. giur., XXX, Roma, 1993 e SATTA F., voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, 1369-1381. In particolare, per la ricostruzione del problema dell'inquadramento dogmatico della responsabilità dell'amministrazione si vedano LIBERATI A., *Danno da perdita di chance*, in P. GAROFOLI e A. LIBERATI, *La responsabilità dalla pubblica*

Quest'ultima presenta, infatti, problemi specifici che dalla storica decisione n. 500/99⁷⁵ restano tutt'oggi ancora insoluti⁷⁶.

Per tale via, il tema della natura giuridica della responsabilità per la perdita di *chance* finisce, quindi, per riflettere le difficoltà di fondo di inquadrare nella tassonomia codicistica le singole ipotesi di responsabilità civile.

Per altro verso, deve confessarsi, poi, che il problema della natura giuridica risulta in realtà mal posto se si condivide l'analisi fin qui svolta. Come si è visto, si giunge, infatti, a concludere che la responsabilità in parola sia una responsabilità formalmente civile ma sostanzialmente penale, quantomeno nella struttura e nella funzione; ne deriva, conseguentemente, l'inadeguatezza dell'impostazione tradizionale del problema della natura giuridica della responsabilità per la perdita di *chance*. Questa sembra configurare, invero, un'ipotesi *sui generis* di responsabilità civile, indipendentemente dall'ambito contrattuale o extracontrattuale in cui venga in rilievo la *chance*.

L'approfondimento relativo alla natura giuridica ha imposto, d'altronde, di riferirsi in modo specifico alla responsabilità dell'amministrazione per la perdita di *chance*. È su quest'ultima che occorre, quindi, soffermare l'attenzione.

6. Le specificità della *chance* nel giudizio amministrativo.

Il danno da perdita di *chance* nel contesto della responsabilità civile dell'amministrazione non spicca, invero, per particolari differenze dal danno da perdita di *chance* che non coinvolga l'amministrazione.

La ricostruzione fin qui svolta resta valida, infatti, se si isola il profilo della *chance* dal più ampio e complesso tema della responsabilità della pubblica amministrazione⁷⁷. Ciò nondimeno, vi è un aspetto, valorizzato anche

amministrazione e il risarcimento del danno, volume II, Padova, 595 e PELLINGRA CONTINO M., *Perdita di chance e condotta illegittima della p.a.*, in Foro amm. TAR, 1/2008, 34.

⁷⁵ Il riferimento è chiaramente alla sentenza della Cass., sez. un. civ., 22 luglio 1999, n. 500.

⁷⁶ Per un'analisi delle questioni ancora sul tappeto sia consentito rinviare all'intervento recente di PATRONI GRIFFI F., *A 20 anni dalla sentenza n. 500-1999: attività amministrativa e risarcimento del danno*, relazione della presentazione generale del congresso svolto a Palazzo Spada il 16 dicembre 2019, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/a-20-anni-dalla-sentenza-n-500-1999-attivita-amministrativa-e-risarcimento-del-danno->.

⁷⁷ Per una contestualizzazione della *chance* nell'alveo della responsabilità dell'amministrazione si rimanda, invece, a VERCILLO G., *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

L'autore introduce, invero, un'ulteriore classificazione della *chance* nel diritto amministrativo, distinguendo tra *chance* interna e *chance* esterna.

Con la prima ci si riferisce, in particolare, a quella situazione giuridica soggettiva statica, di vantaggio strumentale, a risultato non garantito, non dissimile in realtà dall'interesse legittimo. Con la seconda si intende sottolineare, invece, "la componente pretensiva dell'interesse (negativo) del cittadino a non essere coinvolto in procedimenti amministrativi inutili".

Seguendo quest'impostazione, il risarcimento del danno da perdita di *chance* interna si lega all'attività provvedimento illegittima, intesa come fonte di un danno ingiusto, meritevole di risarcimento, a partire dalla ricostruzione offertane dalle S. U. 500/99. In tal modo, si va incontro, con riferimento agli interessi legittimi pretensivi, al problema dei limiti del giudizio prognostico circa la spettanza del bene vita. È in questa prospettiva, allora, che si ambienta il tema della risarcibilità della *chance*, distinguendo la *chance* eziologica,

dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, che merita una breve riflessione.

Si tratta, in particolare, dell'individuazione di un ordine gerarchico tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente monetario della *chance*.

A tal riguardo, il giudice dell'appello ha premura di precisare che «a fronte del nocimento delle 'possibilità attuative' rimaste inesprese a causa del comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, il sistema di giustizia amministrativa appronta in via principale tutela specifica. La priorità del tratto conformativo del giudicato di annullamento rispetto alla tutela risarcitoria (con la conseguenza che l'interessato non può tralasciare di impugnare l'esito negativo del procedimento), consegue al fatto che la tecnica risarcitoria della *chance* presuppone una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava».

Si costruisce, quindi, una scala di tutela della *chance* interna al giudizio amministrativo, capace di modellare la difesa giuridica offerta in base alle specificità proprie che contraddistinguono il giudizio amministrativo rispetto a quello civile.

In tal senso si stabilisce, quindi, una priorità della tutela in forma specifica e una subalternità della tutela del risarcimento del danno da perdita di *chance* per equivalente monetario⁷⁸. Se la seconda configura, come si è detto, una forma minima di protezione giuridica, la prima dimostra, invece, un grado massimo di garanzia.

La sussidiarietà della tutela risarcitoria si spiega, peraltro, non soltanto con il rilievo che la pregiudizialità eziologica ha ormai assunto nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 30, comma 3, ultimo periodo, c.p.a., ma si giustifica, altresì, se si ritorna all'etimo della *chance*. Nel rapporto amministrativo è ben possibile, infatti, che il privato sia ancora in grado di tirare il proprio dado e di giocarsi le possibilità di vittoria, chiedendo, ad esempio, la ripetizione della gara illegittimamente espletata o stimolando finanche l'instaurazione del procedimento ad evidenza pubblica illecitamente evitato. La preferenza accordata alla tutela in forma specifica è volta, quindi, a ristabilire la possibilità in sé del privato per recuperare quella che è ancora una risorsa spendibile, prima che venga irrimediabilmente travolta dal consolidarsi dell'azione illegittima dell'amministrazione.

invocata in relazione alla perdita del bene finale, dalla *chance* ontologica, impiegata per la tutela della perdita della possibilità in sé.

Viceversa, il risarcimento del danno da perdita di *chance* esterna si lega, per il tramite dell'interesse negativo, alla responsabilità precontrattuale della p. a., valorizzando altresì l'importanza che la buona fede (oggettiva) e la tutela del legittimo affidamento assumono nel rapporto amministrativo.

⁷⁸ In questo senso si esprimono CHINDEMI D., *op. cit.*, TARANTINO L., *op. cit.*, TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo, cit.* e VERCILLO G., *op. cit.*

Né può escludersi che la percorribilità della tutela in forma specifica della *chance* sia assicurata anche nel processo civile. Ne è riprova, invero, la rilevanza che la *chance* ha tradizionalmente assunto in ambito lavoristico. Anche in questo caso, infatti, il comando giudiziale rivolto al datore di lavoro affinché rivaluti la posizione del lavoratore-ricorrente è in grado di salvaguardare, in via prioritaria, la *chance* prima ancora che venga fatalmente danneggiata⁷⁹.

Ambedue i processi preservano, dunque, la *chance* ontologica in sé considerata, ricostituendo "a monte" la possibilità stessa. Si tratta, invero, di un'occasione ulteriore di tutela della *chance* che offrono tanto il diritto amministrativo quanto il diritto del lavoro. In questi ambiti, diversamente dal diritto sanitario, la lesione della posizione vantata dal privato avviene, infatti, il più delle volte gradualmente, per progressione, permettendo, allora, di individuare, attraverso il riesercizio del potere discrezionale⁸⁰, un luogo in cui recuperare la possibilità in sé.

Dopo aver apprezzato le potenzialità della tutela in forma specifica riservata alla *chance* soprattutto nel giudizio amministrativo, ci si può ora dirigere verso le riflessioni finali.

7. Conclusioni.

L'indagine compiuta sulla figura della *perte de chance* permette, invero, di rassegnare al lettore quelle conclusioni che ha pazientemente atteso per riconsegnargli il *fil rouge* sotteso alla responsabilità per la perdita di *chance*.

A tal fine il capo iniziale non può che essere rintracciato, lo si ribadisce ancora un'ultima volta, nella polisemia del termine *chance*, capace di identificare tanto il grado di probabilità quanto la probabilità in sé. È lo spettro delle opzioni di significato che determina, infatti, l'oscillazione tra il polo eziologico e il polo ontologico della *chance*, avvicinandola ora alla causalità ora al danno.

Si è seguita, quindi, la strada dell'ambiguità semantica della *chance* per esaminare, dapprima, la teoria eziologica e, dipoi, quella ontologica.

La prima ricalca, invero, l'impostazione tradizionale del tema della casualità civile osservata dal punto di vista probatorio, finendo per riprodurre, in definitiva, il problema dello *standard* richiesto in relazione alla prova civile. Viceversa, la seconda introduce una novità significativa nel dibattito sulla responsabilità civile giacché emancipa la probabilità dal

⁷⁹ Si veda, al riguardo la recente pronuncia della Cass., sez. lav., 15 gennaio 2020, n. 712.

Non è un caso, d'altronde, che in relazione al conferimento dell'incarico dirigenziale preceduto dall'interpello indetto dal datore di lavoro, la Cassazione evochi la figura dell'interesse legittimo di diritto privato.

⁸⁰ Per tale via, il tema della risarcibilità del danno da perdita di *chance* è inevitabilmente destinato a confrontarsi con il tipo di potere riconosciuto all'amministrazione, dovendosi necessariamente distinguere, a questo punto, la discrezionalità amministrativa dalla discrezionalità tecnica e dal potere vincolato. Si veda, per tutti, MARENA G., *op. cit.*

grado di verifica dell'evento finale per intenderla come un bene in sé, suscettibile di un'autonoma valutazione economica e giuridica. In tal modo si costruisce l'indipendenza della *chance*, creando le premesse per la risarcibilità del danno da perdita di *chance*.

Sviluppando un'analisi critica dei due orientamenti, si sono messe in luce, peraltro, alcune incongruenze. Per chi scrive, queste incongruenze sono rese palesi, in particolare, da una semplice e, se si vuole, banale operazione di ricostruzione della *chance* secondo le categorie proprie del giudizio di responsabilità. Avvalendosi di queste ultime, ci si è focalizzati, allora, sulla causalità, sul danno e sulla prova, verificando, in special modo, l'impatto che l'incertezza provoca su queste e, per l'effetto, sul giudizio di responsabilità.

Si è visto, dunque, che, per un verso, la teoria eziologica della *chance* sconta le difficoltà proprie del nesso causale e che, per altro verso, la teoria ontologica della *chance* riflette l'indeterminatezza manifesta del danno, genericamente inteso.

Il nesso causale può indicare, infatti, tanto la causalità giuridica, appannaggio esclusivo della responsabilità civile, quanto la causalità materiale, elemento comune, invece, anche alla responsabilità penale. La centralità del nesso eziologico impone, d'altronde, un accertamento della causalità che diverge radicalmente in relazione allo *standard* di prova richiesto.

In questo senso si colloca, dunque, quella scala discendente della causalità indicata dalla giurisprudenza, più precisamente intesa come un *climax* decrescente della prova della causalità. A fianco alla prova penale della causalità si è sdoppiata, così, la prova civile della causalità nella dimostrazione del danno da perdita del bene finale e nell'accertamento del danno da perdita di *chance*. A vacillare è, quindi, la stessa causalità integrale per lasciare il posto alla causalità attenuata o, se si preferisce, alla prova attenuata della causalità della *chance*.

Analogamente, il danno disaggettivato può riferirsi ora al danno-conseguenza ora al danno-evento: l'uno rimanda, invero, ai tipi di danno o alle voci di danno risarcibili, classificati dalla tradizionale tassonomia giuridica in danno non patrimoniale e patrimoniale, distinto a sua volta in danno emergente e lucro cessante; l'altro esprime, invece, la lesione arrecata, identificando l'interesse, il bene o la situazione soggettiva che ha subito il *vulnus*.

La pluralità di sensi del danno ha consentito, in tal modo, di smascherare l'inganno della teoria ontologica. Si è cercato di dimostrare, infatti, che il risarcimento del danno da perdita di *chance*, solitamente inteso come danno emergente, va ascritto, invero, al danno-evento, nella forma

viepiù di un illecito di pura condotta. Questa constatazione ha permesso, altresì, di rendere manifesti gli effetti dirompenti che la *chance* ha sulla struttura dell'illecito civile e sulla funzione della responsabilità civile. In questo senso si è detto, allora, che il risarcimento del danno da perdita di *chance* delinea una responsabilità formalmente civile ma sostanzialmente penale, in cui il risarcimento dichiarato veicola, invero, una sanzione (mal) celata.

D'altro canto, la rivelazione dell'operazione sottaciuta non ha avuto l'obiettivo di biasimare quanti accordano il risarcimento del danno da perdita di *chance*, bensì si è prefissata il compito di implementare la chiarezza nel dibattito intorno alla *chance*, dichiarando apertamente che si tratta di una questione di *policy* del diritto.

Nel senso di una maggiore trasparenza si pone, peraltro, l'attuale esigenza di superare la logica della bieca polemica per aprirsi al confronto sulle implicazioni pratiche che l'ammissione della risarcibilità della *chance* determina.

Tra l'altro si chiede di precisare, ad esempio, il rapporto processuale⁸¹ intercorrente tra la domanda di risarcimento del danno da perdita del bene finale e la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, per incentrare correttamente anzitutto la strategia difensiva. Si avverte, quindi, il bisogno di comprendere se il ricorrente debba formulare, fin dall'inizio, due distinte autonome domande risarcitorie oppure se possa limitarsi a richiedere il ristoro di tutti i danni patiti o, ancora, se possa modificare, precisare e puntualizzare la domanda risarcitoria in corso di causa. Per simmetria si coglie, altresì, la necessità dei giudici di capire se inquadrare il rapporto processuale in un'ipotesi di concessa *emendatio libelli* o di inammissibile *mutatio libelli*, di individuare con esattezza il chiesto per fargli eco con la corrispondenza del pronunciato e di evitare, quindi, il rischio di cadere in un'infrapetizione o ultrapetizione.

Il riconoscimento di un autonomo valore della probabilità in sé considerata ha consentito, del resto, di apprezzare non solo la tutela minima dell'equivalente monetario ma anche la tutela ulteriore in forma specifica. Se la prima è volta a porre rimedio alla *chance* irrimediabilmente frustrata, la seconda è in grado di offrire una protezione avanzata alla *chance*, ristabilendo la stessa possibilità di tirare il dado. In tal senso può cogliersi, allora, la dimensione strumentale e funzionale che il tratto conformativo del giudicato assume, specialmente nel giudizio amministrativo.

⁸¹ In questo senso si pongono le richieste di chiarimenti provenienti da CAPECCHI M., *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, cit. e VIOLA L., *op. cit.*

Seguendo il *fil rouge* indicato, si giunge, così, al capo finale, rappresentato da una *chance* essenzialmente bifida.

Con tale espressione si è inteso sottolineare, in particolare, il carattere naturalmente ambivalente della *chance* suggerendo, anche da un punto di vista iconografico, la dualità che la contraddistingue. La *chance* è, infatti, etimologicamente doppia, potendosi riferire ora al grado di probabilità ora alla probabilità in sé. Per valorizzare tale caratteristica si è proposto, infine, di indicare la prima come *chance* in senso improprio e la seconda come *chance* in senso proprio: l'una riguarda, quindi, la *chance*-causalità e, più in generale, la *chance*-prova, l'altra la *chance*-danno.

Giunti alla conclusione, ci si affida, un'ultima volta, alle parole prese in prestito da Magritte per dire che questa non è una questione di *chance* ma è una questione di causalità, di danno e di prova; è, cioè, una questione di responsabilità civile.