

Risarcimento danni - Contratti della Pubblica amministrazione – Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118

Responsabilità extracontrattuale - Art. 2043 - Teoria della causalità alternativa ipotetica – Configurabilità – Limiti.– Risarcimento da perdita di *chance* - Affidamento senza gara – Impresa del settore – An risarcimento danni – Contrasto di giurisprudenza – Rimessione all'Adunanza plenaria - [Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118](#)

In materia di responsabilità civile, in particolare in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., nel cui paradigma è inquadrabile la responsabilità della Pubblica amministrazione per illegittimità provvedimento, la c.d. teoria della causalità alternativa ipotetica ha rilievo solo in relazione agli illeciti omissivi, per i quali occorre infatti stabilire se l'evento dannoso non si sarebbe verificato se il preteso responsabile avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli; la stessa teoria è priva del suo presupposto rispetto ad illeciti commissivi, quali appunto quelli derivanti dall'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, in relazione ai quali l'accertamento del giudice deve stabilire se gli atti amministrativi abbiano costituito la causa del danno lamentato, e dunque se costituiscano il fatto illecito che è fonte di responsabilità ai sensi della clausola generale dell'art. 2043 c.c. (1).

*Va rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se spetti, in caso di affidamento diretto, senza gara, di un appalto, il risarcimento danni per equivalente derivante da perdita di *chance* ad una impresa concorrente che avrebbe potuto concorrere quale operatore del settore economico (2).*

(1) Ha chiarito l'Alto consesso che è secondo la teoria della causalità alternativa ipotetica laddove si dimostri che il danno lamentato si sarebbe comunque verificato per effetto di una sequenza causale diversa ed autonoma rispetto a quella concretamente verificatasi, lo stesso non sarebbe risarcibile per effetto di quest'ultima.

Ha ancora ricordato che la giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che la domanda risarcitoria va respinta una volta accertata la legittimità dell'atto impugnato, perché diviene carente il requisito dell'ingiustizia del danno, essenziale per integrare la fattispecie di responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c.. Se ne desume, *a contrario*, che una volta accertata l'illegittimità dell'atto, non resta possibile per l'amministrazione sottrarsi all'addebito di responsabilità civile invocando asserite alternative provvedimentali; tanto meno quando queste possano configurare ulteriori ragioni di illegittimità del medesimo atto. Infatti, in questa ipotesi si opererebbe una scissione nel rapporto di necessaria consequenzialità tra il giudizio di legittimità sul provvedimento amministrativo oggetto della domanda di annullamento e il rimedio del risarcimento del danno «per lesione di interessi legittimi», la cui cognizione è devoluta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (art. 7, comma 4, c.p.a.).

(2) Ha chiarito l'Adunanza plenaria ha chiarito che sul punto si registra un contrasto tra pronunce aderenti alla teoria della *chance* ontologica e quelle che invece optano per la *chance* eziologica

Secondo un primo orientamento ([sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559](#); [V sez., 1 ottobre 2015, n.](#)

Risarcimento danni - Contratti della Pubblica amministrazione – Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118

[4592](#)) il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Altre decisioni ([sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450](#); id. [8 aprile 2014, n. 1672](#), id. [2 novembre 2011, n. 5837](#)) hanno, invece, riconosciuto in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso soggetto è portatore deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica in ordine all'ipotetico esito della gara.

La discriminante tra le due opposte configurazioni si incentra sul rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione e, in particolare, sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In altri termini, nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili ex art. 1223 c.c., la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La teoria eziologica intende, invece, la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

dal sito web www.giustizia-amministrativa.it nuova sezione "approfondimenti - giurisprudenza e pareri"