

Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: “più probabile che non” e “oltre”, “rilevante probabilità” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*

Fabrizio Fracchia, Massimo Occhiena

SOMMARIO: 1. Premessa, delimitazione del campo di indagine e ipotesi di lavoro. – 2. Narrazioni, enunciati linguistici e mondo reale. – 3. La prova del nesso di causalità nell'illecito civile dell'amministrazione: il criterio del “più probabile che non”. – 4. La perdita di chance alla luce del criterio della “rilevante probabilità”. – 5. “Oltre il più probabile che non”: il danno da ritardo, la condanna ad adempiere e l'art. 21-*octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. – 6. La regola del “più probabile che non” nell'interdittiva antimafia e nell'iscrizione nella *white list*; probabilità e tutela cautelare. – 7. Ragionamenti esplicativi, prognosi postume, narrazioni processuali e asserzioni di carattere particolare, “guardando in avanti”. Una digressione su interpretazione, applicazione delle norme e discrezionalità. – 8. Sul criterio logico puro nell'accertamento del nesso causale. – 9. Sulle ipotesi in cui il criterio logico si intreccia con il sindacato sulla discrezionalità: danno da perdita di chance e danno da ritardo. – 10. Presenza e assenza di ipotesi alternative: “più probabile che non” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. L'escamotage del carattere vincolato dell'azione amministrativa.

1. *Premessa, delimitazione del campo di indagine e ipotesi di lavoro*

La fisionomia del sindacato del giudice amministrativo sull'azione amministrativa, nonché la sua intensità, la sua estensione e la sua profondità, sono spesso analizzate o descritte ricorrendo a coppie concettuali classiche e sedimenta-

* Il presente lavoro è frutto di approfondimenti e riflessioni comuni; tuttavia, i paragrafi da 1 a 4 sono stati scritti da Fabrizio Fracchia, quelli da 5 a 10 da Massimo Occhiena.

te, la principale delle quali è costituita dal binomio discrezionalità/vincolatezza¹. Non si possono però dimenticare i richiami allo schema interesse legittimo-diritto soggettivo², la contrapposizione tra sindacato debole e sindacato forte³, quella tra spettanza e mancata spettanza del bene finale⁴, nonché la dicotomia giudizio sul rapporto/giudizio sull'atto⁵. Sono tutte impostazioni che, tra l'altro, possono

¹ Nell'impossibilità di richiamare tutte le voci, in una prospettiva di sintesi, sia consentito limitarci a A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, 169 ss.; A. Zito, M.R. Spasiano, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2017, 71 ss.; G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, 2013; A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012; M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008; V. Domenichelli, *Il giudizio amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, II, 513 ss.; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001; N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; AA.VV., *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2000; L. Mazzaroli, *Il processo amministrativo come processo di parti e l'oggetto del giudizio*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 463 ss.; C.E. Gallo, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, Torino, 1996, 617 ss.; F. Benvenuti, voce *Processo amministrativo. a) Ragioni e struttura*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1987, 454 ss.; G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981; S. Giacchetti, *L'oggetto del giudizio amministrativo come processo di parti*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, III, 1981, 1483 ss.

² F.G. Scoca, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; G. Greco, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 ss.; A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1 ss.; B. Spampinato, *Tipologia degli interessi legittimi e forme di tutela*, Torino, 2010; B. Tonoletti, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di studi e ricerche parlamentari Silvano Tosi*, Torino, 2010, 121 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001; A. Romano Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. Agg.*, 1998, 966 ss.; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996, spec. 236 ss.

³ S. Sigismondi, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012; G.C. Spattini, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 133 ss.; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2009; E. Codini, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli 2008; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 791 ss.; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Potere tecnico e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005.

⁴ D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; G.D. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

⁵ S. Valaguzza, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 783 ss.; S. Castrovinci Zenna, *Il lungo cammino verso l'effettività della tutela: l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo*, *ivi*, 2017, 146 ss.; P. Verri, *Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: potere del giudice o onere della parte?*, *ivi*, 2014, 964 ss.; F. Luciani, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, *ivi*, 2012, 503 ss.; M. Clarich, *Le azioni*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; B. Tonoletti, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 481 ss.

combinarsi l'una con l'altra e anche non necessariamente a coppie. Non mancano, poi, voci che mirano a prescindere dalle stesse⁶.

In generale, quanto ai suddetti modelli esplicativi delle modalità di scrutinio utilizzate dal giudice amministrativo, occorre prima di tutto evidenziare come la disciplina processuale non offra decisive indicazioni a favore dell'applicazione dell'uno o dell'altro schema. Infatti, a eccezione, ovviamente, della distinzione diritti/interessi legittimi che il codice utilizza ai fini della perimetrazione della giurisdizione (art. 7, c.p.a.), non si percepisce alcuna scelta del legislatore nel senso della variabilità dell'estensione del sindacato, né emergono indicazioni in merito a regole specifiche cui debba conformarsi il controllo giurisdizionale. Al più, in materia si può rilevare la presenza di taluni indizi e spunti disseminati nel codice, tutti rivelatori di alcuni specifici poteri decisori in caso di azione amministrativa vincolata⁷. Tuttavia, quanto, ad esempio, a oneri probatori e mezzi istruttori e a poteri decisori ulteriori rispetto a quello sopra menzionato in ipotesi di silenzio, non si pongono differenze incolmabili giustificabili in ragione della tipologia discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa su cui il giudice è chiamato a pronunciarsi. A ben vedere, l'assenza di indicazioni normative non deve stupire, posto che è piuttosto la prassi costantemente seguita dal giudice nell'applicazione del diritto a consentire di calibrare e di dosare l'intensità del sindacato (si pensi all'imponente prassi relativa al controllo dell'eccesso di potere, alla luce di principi quali la ragionevolezza, la proporzionalità e la congruità)⁸, anche tenendo conto delle diverse esigenze di giustizia correlate alle differenti fattispecie concrete oggetto di causa⁹.

Senonché, accanto ai modelli più tradizionali, dall'analisi della giurisprudenza ne emergono altri, forgiati sulle esigenze sostanziali siccome evidenziate nell'esercizio dell'attività amministrativa. Per questa via, emergono percorsi di sindacato o, più in generale, di ragionamento in sede processuale, non necessariamente coincidenti con quelli messi tradizionalmente a tema dalla dottrina. Su questi modelli pretori non ci si propone, nel presente lavoro, di proporre un percorso meramente ricognitivo, utile dal punto di vista ricostruttivo ma, in quanto tale, teoricamente fine a sé stesso. Almeno a livello d'ipotesi di studio (nella prospettiva – per così dire e per anticipare un motivo su cui ancora si tornerà – del-

⁶ M. Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit.

⁷ Il riferimento è ai poteri decisori in materia di silenzio *ex art.* 31, comma 3, c.p.a., su cui si tornerà diffusamente in seguito.

⁸ Sull'argomento, per tutti, S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.

⁹ Tra i primi a riflettere sulla creazione in sede giurisdizionale di schemi argomentativi ai fini di giustificare le decisioni, sebbene inquadrando il fenomeno nella prospettiva dell'acquisizione del consenso, C. Perelman, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979 (opera però del 1976).

l'“abduzione”, dunque delineando conclusioni probabili e non certe)¹⁰, si vorrebbe invece condurre un'indagine volta a mostrare come differenti modelli di sindacato o di ragionamento siano in grado di affrancarsi da regole di giudizio forgiate nel tempo con riferimento a quelli più tradizionali, richiedendo anche strumenti d'indagine, o comunque categorie concettuali, di tipo nuovo. Essi, cioè, potrebbero essere governati da una logica diversa rispetto a quella illuminata dal tradizionale riferimento a discrezionalità, vincolatezza, rilevanza di diritti o interessi legittimi, oppure ancora dalla presenza di più o meno ampi margini di discrezionalità tecnica. In particolare, si intende verificare la sussistenza di spazi per l'applicazione di specifiche regole di inferenza logica e, cioè, di canoni, appunto logici, relativi a quel processo attraverso il quale, partendo da una premessa, si giunge a un enunciato conclusivo che può essere (anche cumulativamente) una qualificazione giuridica, la prova di un elemento di una fattispecie, la valutazione circa l'integrazione di un presupposto per l'applicazione di una norma, il contenuto decisorio di una statuizione e così via¹¹.

In via di primissima approssimazione, per inferenze logiche¹² si intenderanno d'ora innanzi i procedimenti mediante i quali si giunge a un giudizio di verità/falsità avente a oggetto un enunciato linguistico¹³ relativo a uno stato di fatto, a una qualificazione, a un corredo probatorio o a una condizione rilevante ai fini di una decisione del giudice partendo da una premessa che, a sua volta, consiste in un enunciato relativo a circostanze storico-ambientali o a fattispecie. L'inferenza può essere di tre tipi¹⁴: induttiva (che, sulla base di una serie di elementi fattuali, procede “verso” la definizione di una regola o di una spiegazione causale); deduttiva (che procede “da” una regola, con un ragionamento a priori, tale per cui la conclusione può essere raggiunta prima ancora di verificarne la verità alla luce dei

¹⁰ Sulla differenza tra abduzione e metodi induttivo e deduttivo, si v. O. Di Giovine, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2151 ss. In argomento, tra gli altri, L. Urbani Ulivi, *L'abduzione come momento della scoperta in contesti di realtà*, 2016, 2240 e ss. G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, Torino, 2007, nonché il recente lavoro di T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, 2018, con ampia analisi dell'abduzione nell'accezione retroduttiva propria della teoria di Peirce.

¹¹ M. Taruffo, *Note sparse su probabilità e logica della prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1507 ss. (e le critiche ivi mosse a P. Garbolino, *Probabilità e logica della prova*, Milano, 2014) e, dello stesso Autore, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, nonché *La valutazione delle prove*, in AA.VV., *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 220 ss. In generale, sulle inferenze logiche, per tutti, oltre al fondamentale S. Toulmin, *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, 1975 (cui si ispira la costruzione elaborata nel campo giuridico da Taruffo), si v. la ricostruzione offerta da F. Gusmano, *Significato, uso e inferenza*, in *www.APhEx.it*, 3, gennaio 2011.

¹² R. Blaiotta, *Il sapere scientifico e l'inferenza causale*, in *Cass. pen.*, 2010, 1265 ss.

¹³ Il giudice, in particolare, non entra normalmente in contatto diretto con fatti, ma con enunciati linguistici relativi a fatti: M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 111.

¹⁴ S. Mantere, M. Ketokivi, *Reasoning in Organization Science*, in *The Academy of Management Review*, 38(1), 2013, 70-89; R.J. Ormerod, *Rational Inference: Deductive, Inductive and Probabilistic Thinking*, in *The Journal of the Operational Research Society*, 61, 8, 2010, 1207-1223 ss.

dati dell'esperienza); abduttiva (che fa perno sulla definizione di una ipotesi possibile da sottoporre a successivo vaglio).

Ciò chiarito, occorre ribadire che l'interrogativo attorno cui ruota la presente indagine investe l'esistenza di situazioni in cui il giudice faccia ricorso alla teoria dell'inferenza e, ancor prima e a monte, nei limiti che verranno subito appresso identificati, i casi in cui analogo uso sia fatto dall'amministrazione la cui attività si espone al relativo sindacato. Si noti che il campo di analisi così provvisoriamente dischiuso è più ristretto rispetto a quello delimitato in ragione del generico riferimento allo studio della "bontà" delle argomentazioni (come tale governate anche dalla logica) nel processo amministrativo¹⁵. La delimitazione del terreno d'indagine come sopra illustrata, infatti, espunge dall'orizzonte problematico temi assai rilevanti quali la verità delle premesse, la sufficienza della loro prova, la sussistenza di evidenze inesprese¹⁶ e le tradizionali fallacie formali (si pensi, con riferimento a un argomento deduttivo, all'impossibilità che la premessa sia vera e la conclusione falsa)¹⁷. Nella presente trattazione interessa indugiare specificamente su talune regole in forza delle quali, sul piano logico, il giudice inferisce un enunciato da una premessa, con particolare riferimento a talune ipotesi: l'applicazione del canone del "più probabile che non", il richiamo alla "rilevante probabilità" e l'impiego del criterio "oltre ogni ragionevole dubbio". Pur tenendo conto dell'indicata definizione di campo, l'analisi sviluppata al suo interno sfiora svariati istituti del diritto amministrativo sostanziale e processuale. Anche al fine di contenere entro limiti ragionevoli l'indagine, siffatti istituti saranno richiamati nella misura strettamente necessaria ai fini dell'analisi qui condotta. Per le stesse ragioni di necessaria sintesi discendenti dalla tipologia del genere letterario prescelto, si precisa che i casi su cui si indugerà sono quelli che più vistosamente emergono dalla giurisprudenza recente, anche come conseguenza di specifiche scelte legislative. Essi non esauriscono il panorama composto dai "luoghi" in cui le inferenze logiche vengono impiegate dal giudice (basti pensare al fertile e complesso terreno delle presunzioni¹⁸ e degli

¹⁵ La parte motiva di una sentenza, infatti, è costituita da una o più argomentazioni, per mezzo delle quali il giudice controlla la correttezza di quelle sviluppate (ad esempio, nella motivazione degli atti) dalle amministrazioni i cui provvedimenti siano stati impugnati in sede giurisdizionale.

¹⁶ F. Fracchia, *Argomentare nel (e il) diritto: sulla necessità di un confronto per formare gli operatori delle professioni legali*, in questa Rivista, *Approfondimenti*, 2012, 1 ss.

¹⁷ *Ex multis*, v. A. Iacona, *L'argomentazione*, Torino, 2005.

¹⁸ Sulla cui sterminata letteratura ci si limita a ricordare L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 645 ss.; G. Fabbrini, voce *Presunzioni*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996, 279 ss.; M. Taruffo, voce *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; F. Cordopatri, voce *Presunzione: d) teoria gen. e dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 274 ss.; L. Montesano, *Le "prove atipiche" nelle "presunzioni" e negli "argomenti" del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 236; G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 1971, V, 177 ss.; V. Andrioli, voce *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 766 ss.

argomenti di prova, alla questione della responsabilità per danno ambientale¹⁹ o, ancora, all'inferenze che consentono di passare dalla prova dei fatti secondari alla prova di quelli primari) ma, salvo effettuare al più cenni sommari, questi altri istituti non verranno presi in considerazione.

Ancora, si rileva che nell'ambito prescelto non pare sussistere giocoforza una simmetria tra il metodo logico sostanziale applicato dall'ente pubblico decisore e quello processuale utilizzato dal giudice. Quella simmetria può sussistere, ma non è indispensabile. In buona sostanza, dal momento che il sindacato del giudice amministrativo si svolge su scelte effettuate dall'amministrazione, a tutta prima si sarebbe tentati di affermare che le ipotesi oggetto di analisi riflettano la sussistenza di percorsi inferenziali "sostanziali" peculiari imposti al (o scelti dal) soggetto pubblico. In realtà, come anticipato, così non è necessariamente. Se certamente esistono casi in cui la regola di inferenza è stata già applicata dall'amministrazione (è, questa, in particolare, l'ipotesi dell'interdittiva antimafia: par. 6), sicché il giudice è chiamato a sorvegliarne l'impiego, in molte altre situazioni essa costituisce uno "strumento" utilizzato esclusivamente dal giudice nell'ambito processuale (si v., ad esempio, il tema del nesso di causalità).

Infine, non è per nulla scontato che il modello dell'inferenza logica si sostituisca compiutamente alle altre coppie concettuali, potendosi immaginare che esso intercetti soltanto aree specifiche dell'azione amministrativa e del relativo sindacato giurisdizionale all'interno del percorso argomentativo seguito dal giudice nel suo complesso. Cionondimeno, la sua individuazione conduce a ipotizzare l'applicazione di specifiche regole, diverse da quelle, ad esempio, che governano l'uso della discrezionalità, influenzando a cascata le strategie delle parti processuali, chiamate a confrontarsi con i problemi dell'onere della prova, dello standard probatorio e dell'articolazione dei vizi. Quando il modello argomentativo in disamina è utilizzato, infatti, entrano in gioco criteri logici, che governano la costruzione di ragionamenti corretti, che nulla hanno a che fare con la "conoscenza" della realtà o con la corretta ponderazione dell'interesse pubblico. Il che

¹⁹ Un altro settore in cui rileva la questione è quello dell'imputabilità dell'inquinamento a un determinato soggetto. Corte Giustizia UE, 9 marzo 2010, causa C-378/08, *Erg. e a.*, par. 57-58, ha statuito quanto segue: «dato che, conformemente al principio "chi inquina paga", l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento (v., per analogia, sentenza 24 giugno 2008, causa C-188/07, *Commune de Mesquer*, Racc. pag. I-4501, punto 77), per poter presumere secondo tali modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità l'autorità competente deve disporre di indizi plausibili in grado di dar fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività. Quando disponga di indizi di tal genere, l'autorità competente è allora in condizione di dimostrare un nesso di causalità tra le attività degli operatori e l'inquinamento diffuso rilevato». In ambito nazionale si è applicato il canone del "più probabile che non": *ex multis*, si v. Cons. Stato, Sez. II, 27 luglio 2018, n. 1947; Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2017, n. 5668; TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 9 giugno 2017, n. 1381.

costituisce la caratteristica se vogliamo più evidente che scaturisce dall'applicazione di tale schema negli enunciati motivazionali che reggono i correlati dispositivi pretori (*recte*, nei percorsi logici da cui discendono quegli stessi dispositivi).

2. *Narrazioni, enunciati linguistici e mondo reale*

L'analisi qui condotta intende essenzialmente lumeggiare "ciò che accade" nel giudizio. Al riguardo, talora si fa riferimento alla circostanza che, appunto all'interno del processo, prendono vita "narrazioni" e che lo stesso giudizio sia qualificabile alla stregua di un contesto di narrazioni concernenti i fatti della fattispecie da cui scaturisce²⁰, sicché si pone immediatamente il tema del loro rapporto con la realtà fattuale – o quella porzione della realtà fattuale – che non entra nell'agone processuale. Questione di un certo rilievo anche ai nostri fini, perché spesso si indugerà su casi in cui le decisioni giurisdizionali assunte in ordine a dati extraprocessuali si fondano su inferenze che non raggiungono la soglia della certezza, dunque ammettendosi che l'accertamento processuale, rappresentato da un enunciato linguistico, non corrisponda al dato fattuale extralinguistico (e, cioè, alla verità/allo stato delle cose)²¹.

Un acceso dibattito è comunque fiorito in ordine alla relazione con la realtà. Esso è stato alimentato dal riferimento a questioni inerenti la conoscenza del mondo, contrapponendo (per semplificare) il *new realism* all'ermeneutica post-gadameriana, tacciata come antirealismo²². Citando appunto alcune dispute filosofiche (anche interne alla Scuola torinese)²³, a difesa della tesi secondo cui importa accertare la verità in relazione alla realtà "al di fuori del processo", si è invocata la tesi secondo cui essa «è la base per ristabilire la giustizia»²⁴: solo la realtà (la corrispondenza con la realtà), cioè, avrebbe l'autorità necessaria per sancire

²⁰ M. Taruffo, *Tre divagazioni intorno alla verità*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2018, 133 ss., il quale si domanda se il processo sia «orientato ad accertare la verità de re dei fatti su cui verte la decisione finale, ovvero se a fondare tale decisione siano sufficienti le caratteristiche "narrative" di una descrizione dei fatti».

²¹ Sul rapporto tra verità e processo, *ex multis*, G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2016, 67 ss.

²² B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss.; M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone, ibid.*, 995 ss.; N. Vassallo, *Contro la veriphobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in AA.VV., *Conoscenza e verità*, a cura di M.C. Amoretti e M. Marsonet, Milano, 2007. Si v. altresì P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua, F. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, Torino, 2010, 315 ss.; B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, 2005.

²³ Da un lato G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, 2009, dall'altro M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012. Le due posizioni sono richiamate da M. Taruffo, *La verità del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1117 ss.

²⁴ M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, cit., 96.

la verità o la falsità di ciò che si dice intorno a essa, sicché anche nel processo l'accertamento della verità non potrebbe essere sganciata dalla realtà. Contro questa tesi si può obiettare che il giudice è sempre condizionato da una radicale assunzione di storicità. Egli, dunque, sulla base di influenze socio-culturali, interpreta ciò che si offre alla sua indagine e che ha smarrito l'originaria purezza, in quanto è filtrato da fattori "altri". I fatti "non parlano da soli", ma suppongono qualcuno che li enuncia, il quale non sta mai nel punto di vista dell'Assoluto.

Ai nostri limitati fini, agli esiti di questo stimolante dibattito non sembrano doversi assegnare un ruolo decisivo ai fini dell'indagine che verrà sviluppandosi. Intanto, ciò che il giudice decide attiene talora a dati che (salvo forzature linguistiche) non esistono nel mondo reale: si pensi al carattere univoco di alcuni indizi, al decorso causale che nella realtà non si è verificato, o alla spettanza di un bene della vita nel caso di interessi pretensivi.

Il rilievo, invero, non è decisivo, consentendo al più di delimitare il punto di incidenza del dibattito. Gli è che l'ermeneutica del pensiero debole, non essendo spiritualismo immaterialista *à la* Berkeley²⁵ (nel quale comunque tale teoria riguarda una fase giovanile estremamente breve del suo percorso di pensiero e rivolta a giustificare verità religiose), non sembra possa essere così sbrigativamente bollata come negazionista nei confronti della realtà oggettiva. Ciò che interessa a questa tesi non è negarne l'esistenza indipendente rispetto al soggetto pensante: nel famoso enunciato "P" è vero se e solo se "P" (tipico caso "la neve è bianca"), il problema citato da Vattimo²⁶ attiene piuttosto al "chi" si assuma la responsabilità di togliere le virgolette davanti al secondo "P" (che è indipendente dall'osservatore), risultando cioè poco giustificabile che "P" non venga enunciato da nessuno con i condizionamenti imposti dalla nostra costitutiva finitezza. Quella posizione intende esprimere che (e non a caso il discorso si sviluppa soprattutto a partire dall'estetica²⁷), l'essere non è mai un "Essere parmenideo" disponibile allo sguardo a guisa di dato oggettivo conquistato, ma è semmai un essere che si eventualizza *à la* Heidegger. A tacere del profilo religioso (dottrina della *kénosis*²⁸), tra le implicazioni di una tale tesi vi è dunque quella secondo cui la metafisica, come intesa dai corrispondentisti, è violenza, sicché solo rinunciando a ogni metafisica del fondamento si garantisce la libertà dell'uomo.

Traslare meccanicamente la teorica secondo cui "non esistono fatti ma solo interpretazioni e anche questa è un'interpretazione" – e più in generale gli esiti del dibattito (tra l'altro pluricentenario) sopra sintetizzato – al di fuori (ad esem-

²⁵ In generale, M.M. Rossi, *Introduzione a Berkeley*, Roma-Bari, 1970; C. Bradley, *Berkeley's Idealism*, in *The Journal of Speculative Philosophy*, 15(1), 1881, 67 e ss., nonché G. Vattimo, *Della realtà*, Milano, 2012, 96.

²⁶ G. Vattimo, *Della realtà*, cit.

²⁷ G. Vattimo, *Poesia e ontologia*, Milano, 1985.

²⁸ G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma-Bari, 1994, 56 ss. e Id., *Verità o fede debole*, Torino, 2015.

pio, appunto nel processo) del contesto a essa proprio, riducendola a forme di pragmatismo *à la everything goes*, è fuorviante, pericoloso e non rende un buon servizio agli ermeneutici del pensiero debole e, forse, rischia di profilarsi come la costruzione un falso bersaglio da parte dei suoi oppositori. Il processo, in massima parte si occupa d'altro e gli ermeneutici non si occupano del problema contingente della verità nel processo. Il che non esclude che una generale e descrittiva chiave di lettura imperniata sul motivo della narrazione processuale possa essere utilmente impiegata ai nostri fini e, in questo senso, verrà infatti talora evocata.

3. *La prova del nesso di causalità nell'illecito civile dell'amministrazione: il criterio del "più probabile che non"*

Si è in precedenza asserito che una specifica tipologia di sindacato, svolto e governato da regole peculiari (di "inferenza logica"), potrebbe corrispondere a un'area di scelte in capo all'amministrazione rette da analoghe regole. Si è però immediatamente aggiunto che ciò non accade necessariamente. Questo è il caso della prova del nesso di causalità²⁹ nell'illecito dell'amministrazione³⁰, in cui viene in evidenza il tema della prova della derivabilità tra eventi: in senso proprio si tratta di verificare la verità dell'enunciato che descrive il nesso di causalità, tenendo conto che i processi di derivazione³¹, anche alla luce degli esiti cui ha condotto l'"irruzione del dubbio" nello statuto degli enunciati scientifici e la correlata ricerca epistemologica sui caratteri del sapere scientifico, non sono regolati da regole certe.

Il criterio di inferenza che caratterizza l'ambito oggetto di osservazione è il seguente: "la maggior parte delle volte che si verifica un fatto del tipo X", "si veri-

²⁹ Sull'istituto, oltre ai contributi di G.E. Napoli, *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli, 2012; M. Infantino, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Napoli, 2012; G. Licci, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996; F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Milano, 1975; F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967; P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960; S. Ranieri, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936; F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960 (ristampa del volume edito a Padova nel 1934) e alle voci enciclopediche di A. Pagliaro, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III, Milano, 2007, 153 ss.; M. Siniscalco, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 639 ss., si v., da ultimo, F. Piraino, *Il nesso di causalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 399 ss.; M. Pennasilico, *Dalla causalità alle causalità: il problema del nesso eziologico tra diritto civile e diritto penale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 1295 ss.; A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7 ss.; G. Valcavi, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 409 ss.

³⁰ Diversa è invece l'ipotesi – peraltro non trattata in questo lavoro – in cui l'illecito sia accertato in prima battuta dall'amministrazione (la quale deve dunque occuparsi anche di verificare la sussistenza del nesso di causalità secondo modelli di inferenza logica), come ad esempio accade in talune fattispecie sanzionatorie.

³¹ In generale, senza alcuna pretesa di esaustività, C.S. Peirce, *Causalità e forza. Scritti scelti*, a cura di G. Maddalena, Torino, 2008; A. Romano, *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Torino, 2005; F. Enriques, *Causalità e determinismo nella filosofia e nella storia della scienza*, Roma, 1945, rist. 2017.

fica anche un fatto del tipo Y”, e “il fatto del tipo X” è “la causa del fatto del tipo Y”³². Il giudice amministrativo, impegnato a spiegare l’eziologia del pregiudizio alla luce dell’apparato probatorio offerto dalla parte, deve accertare la derivazione dell’evento rispetto alla condotta – c.d. “causalità materiale”, da distinguere da quella c.d. “giuridica”, regolata dall’art. 1223, c.c., che concerne la quantificazione del danno conseguenza – applicando, sulla scorta del diritto civile³³, il criterio del “più probabile che non”, anziché il penalistico “oltre ogni ragionevole dubbio”³⁴.

In particolare, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁵ ha statuito che, «ai fini del riscontro del nesso di causalità nell’ambito della responsabilità civile, si deve muovere dall’applicazione di principi generali dell’illecito, oggetto di particolare elaborazione nel diritto penale e che trovano, in quel codice, positiva espressione negli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che nell’accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell’evidenza o del “più probabile che non”, mentre nel processo penale vige la regola della prova “oltre il ragionevole dubbio” (cfr., rispettivamente, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 e Cass., sez. un., 10 luglio 2002, Franzese)»³⁶.

La questione è presa in considerazione da altre (invero relativamente poche) decisioni. Tra queste, si segnala l’arresto del Consiglio di Stato che ha avvicinato l’indagine sul nesso di causalità al giudizio prognostico relativo alla spettanza del bene in ipotesi di tutela dell’interesse legittimo pretensivo (su cui si v. il successivo paragrafo), meritevole di tutela alla stregua dell’ordinamento, sicché il giudice

³² Così M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1165 ss.

³³ Sulla necessità di tenere distinti l’accertamento del nesso di causalità e l’accertamento della colpa, si v. Cass. civ., Sez. III, 14 novembre 2017, n. 26824.

³⁴ *Ex multis*, F. Caprioli, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 51 ss.; M. Pisani, *Riflessioni sul tema del “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1243 ss.; C. Piergallini, *La regola del “ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, *ibid.*, 593 ss.; D. Chinnici, *L’“oltre ogni ragionevole dubbio”: nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1556; F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3857 ss.; F. Stella, M.C. Galavotti, *L’oltre il ragionevole dubbio come standard probatorio. Le infondate divagazioni dell’epistemologo Laudan*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 882 ss.

³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2, su si v. la nota di commento di A. Travi, in *Foro it.*, 2017, III, 433 ss.

³⁶ Continua l’Adunanza Plenaria osservando che «Il rigore del principio dell’equivalenza delle cause, posto dall’art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova, peraltro, il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall’art. 41, 2° comma, c.p.a., in base al quale l’evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all’autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto».

dovrebbe accertare il rapporto di causalità c.d. “materiale” tra la condotta (provvedimento illegittimo) e l'evento dannoso (lesione del bene della vita costituito dall'aggiudicazione dell'appalto)³⁷.

Tra le altre pronunce, di interesse è la sentenza che sottolinea la specificità della responsabilità dell'amministrazione³⁸. In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, occorre tenere conto delle peculiarità della posizione dell'interesse legittimo e dell'ambito dei poteri di cui è titolare l'amministrazione, sicché, qualora sia proposta una domanda risarcitoria nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e, cumulativamente, del Ministero degli Affari Esteri (basata sulla mancanza di provvedimenti volti ad evitare che le autorità di un altro Stato impediscano con comportamenti ostruzionistici un collegamento marittimo tra tale Paese estero e una località italiana), essa va respinta per mancanza del nesso di causalità tra la condotta e il danno, allorché risulti che – con ogni probabilità e in base al criterio del “più probabile che non” – le eventuali iniziative delle autorità italiane non avrebbero potuto impedire lo svolgimento della medesima attività ostruzionistica.

In una prospettiva di sintesi, si può dunque affermare che si è al cospetto di una regola di inferenza causale, applicata dal giudice e oggetto di prova da parte del ricorrente, tale per cui la conclusione dell'argomentazione (compendiabile nell'affermazione secondo cui sussiste il nesso tra condotta e danno) deve apparire “più probabile che non” rispetto a ipotesi alternative. In realtà, l'approfondimento rimane ancora a un livello non soddisfacente, probabilmente perché nella maggior parte delle fattispecie³⁹ non occorre procedere a un'indagine particolarmente approfondita quando il caso attiene a un illecito relativo a interessi oppositivi. Infatti, per la natura stessa dell'illecito, in ragione del fatto che la lesione deriva dall'atto e per la linearità della vicenda, è immediatamente evidente il carattere causale della determinazione dell'amministrazione, rilevabile formulando la semplice ipotesi controfattuale (eliminazione della condotta). Rimane invece assai

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751 (tra l'altro relativa all'incidenza causale della mancata proposizione di un'istanza cautelare), che ha affermato che «il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita (nel caso di specie, sull'esito della gara in assenza della illegittimità) si presenta come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità materiale: esso tende a stabilire quale sarebbe stato il corso delle cose se il fatto antiggiuridico (nella specie la violazione della norma che è motivo di illegittimità dell'atto) non si fosse prodotto, vale a dire se l'amministrazione avesse agito correttamente». La distinzione tra i due piani (ma non viene specificato se si tratti di danno evento o di danno conseguenza) è invece evocata da altre decisioni: si v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2018, n. 1409.

³⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792. In materia, si v. anche Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823; Cons. Stato, Sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1068; Cons. Stato, Sez. V, 26 maggio 2010, n. 3367.

³⁹ Ciò non accade tuttavia sempre, posto che possono ipotizzarsi eventi esterni in grado di interrompere la catena causale: ad esempio, TAR Lombardia, Sez. II, 26 aprile 2017, n. 949 afferma che il nesso causale non può dirsi presunto in forza di una precedente pronuncia di illegittimità del provvedimento amministrativo.

più oscuro (o al più solo evocato) il rapporto con la spettanza del (o la tensione verso il) bene nell'illecito connesso a interessi pretensivi.

4. *La perdita di chance alla luce del criterio della "rilevante probabilità"*

Tra gli aspetti più controversi della questione in disamina vi è il tema, poco sopra emerso, della prova della lesione dell'interesse meritevole di tutela e, dunque, della configurabilità dell'illecito e/o del danno evento (ai nostri fini non occorre proseguire oltre lungo questa direttrice di indagine per sciogliere la testé indicata alternativa) nel caso di illecito legato a interessi legittimi pretensivi. Più nel dettaglio, il problema attiene alla perdita della chance⁴⁰ di conseguire qualcosa di cui ancora non si dispone.

Nel settore dei contratti delle amministrazioni, invero, si parla talora di chance per indicare un vantaggio diverso e, cioè, ad esempio, la pretesa a partecipare a una gara: in tal caso, tuttavia, quella facoltà certamente già alberga nella sfera giuridica del soggetto. Analogo discorso si potrebbe svolgere con riferimento alla «lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale», di recente riconosciuto dalla giurisprudenza⁴¹. Guardando alla questione nella dal punto di vista più rilevante per le inferenze logiche, ai nostri fini interessa la prima prospettiva sopra indicata, caratterizzata dal fatto che, nella realtà, una certa dinamica giuridica non ha avuto sviluppo: il ricorrente asserisce che, se quello sviluppo si fosse realizzato, il risultato sarebbe stato acquisito, con certezza o con un certo

⁴⁰ Sulla perdita di chance, *ex multis*, P. Patrito, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1620 ss.; M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e resp.*, 2018, n. 3, 336 ss.; L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di chance in caso di selezione competitiva non svolta approda, senza successo, all'Adunanza Plenaria*, in *Urb. app.*, 2018, 351 ss.; E.G. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 52 ss.; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di chance nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, III, 1173 ss.; L. Tarantino, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, 575 ss.; M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, 142 ss.; L. Parona, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1168 ss.; F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss.; A. Travi, *Recensione a L. Ferrara, Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 317 ss.; M.C. D'Arienzo *Il risarcimento del danno ingiusto negli appalti pubblici: proroga dell'affidamento illegittimo e perdita di chance* in *Riv. giur. edilizia*, 2013, 333 ss.; G. Vercillo, *La tutela della "chance". Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, ha riconosciuto il diritto al risarcimento, almeno in presenza della natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato pregiudicato dalla ritardata adozione del provvedimento, «a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento», collegandolo, come ricordato nel testo, alla «lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale», pur in presenza dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità. Questo tipo di responsabilità, a detta dell'Adunanza Plenaria, può convivere con la legittimità dell'atto; l'ipotesi di cui si discute nel testo, invece, postula un'azione illegittima.

grado di probabilità. Si fa questione, cioè, di una possibilità relativa a un evento collocato nel futuro. Così opinando, in definitiva, si finisce con il distinguere tra ciò che non si è potuto fare (partecipare alla gara: qui si ha una *deminutio* di una propria possibilità attuale) e ciò che ancora non si ha (in tal caso viene impedito un possibile incremento)⁴², con il risultato che il quadro problematico relativo alla perdita di chance si semplifica in modo decisivo.

Anche con riferimento a questo più limitato angolo di indagine e guardando, dunque, al *quid* che ancora non è ascrivibile al soggetto, si rileva come la giurisprudenza oscilla⁴³ tra la teoria c.d. "ontologica", secondo cui la risarcibilità sarebbe svincolata dalla idoneità presuntiva della chance a ottenere il risultato finale⁴⁴ e un (forse prevalente) indirizzo c.d. "eziologico", in forza del quale, prospettandosi la lesione di un "bene" non ancora acquisito al patrimonio giuridico del soggetto, la probabilità di conseguire il risultato incide sull'*an* dell'esistenza del danno evento e viene di norma calcolata utilizzando un criterio di rilevante grado di probabilità⁴⁵ (con quantificazione forfettaria in ragione percentuale⁴⁶).

⁴² In tal senso, si v. Cass. civ., Sez. III, ord. 23 marzo 2018, n. 7260 (nonché Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688 e Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5651, tutte annotate da R. Pardolesi, B. Tassone, *La perdita della chance e le forbici della terza Sezione*, in *Foro it.*, I, 1607 ss.), che afferma come l'espansione del «concetto di danno da perdita di chance» è giunta a un punto tale da «privare il concetto di chance della sua ontologica eventualità e confondendolo con la perdita di beni» di cui la vittima è già titolare, mentre «la chance... deve concernere, logicamente, quel che il soggetto ancora non ha, in questo senso dovendosi intendere come possibilità protesa verso il futuro, e non lesione di un'attualità. La perdita di una chance è infatti la perdita di un incremento, di un *quid plus* della sfera giuridica del soggetto». In dottrina, si v. B. Tassone, *La perdita di chance fra diritto civile e amministrativo: frammenti di un colloquio e prospettive di un dialogo*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, III, 2655.

⁴³ Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, aveva deferito all'Adunanza Plenaria la questione dell'opzione tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica". Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2018, n. 7, ha però ritenuto che la questione non potesse venire utilmente esaminata nell'ambito della controversia, perché si sarebbero potute creare inammissibili interferenze con i profili già esaminati dalla Sezione remittente e perché la pronuncia dell'organo nomofilattico avrebbe potuto subire condizionamenti dalle chiavi ricostruttive già utilizzate dalla Sezione medesima.

⁴⁴ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837; Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Cons. Stato, Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, che ammette il risarcimento nel caso di lesione nell'aspettativa giuridica «già presente nel patrimonio dell'impresa danneggiata», correlata al «rispetto degli obblighi di evidenza pubblica e/o concorsuali imposti dalla legislazione in materia di contratti pubblici».

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249 secondo cui questo indirizzo è «legato al criterio della c.d. causalità adeguata o "regolarità causale" o "probabilità prevalente"» e «la lesione della possibilità concreta di ottenere un risultato favorevole», che spetta al ricorrente dimostrare, «presuppone che sussista una probabilità di successo (nella specie di vedersi aggiudicato l'appalto) almeno pari al 50 per cento, poiché, diversamente, diventerebbero risarcibili anche mere possibilità di successo, statisticamente non significative». Si v. anche Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762.

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960. Ma si v. anche TAR Lazio, Roma, Sez. I *Bis*, 23 luglio 2018, n. 8279, che richiede l'«accertamento di indefettibili presupposti di certezza del danno». Nel settore dei contratti pubblici, peraltro, il risarcimento del danno ha anche la finalità di dissuadere gli operatori dalla violazione delle regole della concorrenza, senza però implicare il ristoro di danni non effettivamente subiti: potrebbe essere questa la ragione per cui, a livello di giurisprudenza europea (dove peraltro sussiste una certa confusione tra prova dell'e-

Secondo questa impostazione, «la concretezza della probabilità deve essere statisticamente valutabile con un giudizio sintetico che ammetta, con giudizio *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%»⁴⁷.

Si potrebbe pragmaticamente obiettare che, in concreto, per ottenere il risarcimento occorre comunque provare in entrambi i casi la possibilità/probabilità di ottenere il bene (in un caso la prova condiziona la configurabilità del danno evento, nell'altro la sussistenza del danno conseguenza)⁴⁸ e che la sussistenza dell'illecito si confonde o si intreccia con la prova del nesso causale.

Tuttavia, pare preferibile fare inizialmente chiarezza concettuale in ordine ai caratteri e alla fisionomia della possibilità di un vantaggio futuro. In senso contrario rispetto alla teoria ontologica⁴⁹, è sufficiente osservare che nel diritto amministrativo la soluzione favorevole a riconoscerne la dignità di utilità tutelabile non è particolarmente eversiva, perché l'ordinamento giuridico accorda tradizionalmente tutela, *sub specie* di interesse legittimo, a beni cui i soggetti aspirano ma del cui conseguimento non hanno certezza, essendo subordinato alle scelte dell'amministrazione. Ciò che è attuale è la pretesa che l'ente pubblico si comporti in un certo modo, non già il vantaggio futuro a ottenere *ex novo* un, o a consolidare la relazione con un, bene della vita. E si tratta esattamente di quella possibilità qualificata alla stregua di interesse legittimo pretensivo meritevole di tutela (e meritevole di tutela perché vi è una certa probabilità di successo), nel senso chiarito dalla Suprema Corte nella sentenza 22 luglio 1999, n. 500.

Il vantaggio costituisce il sostrato di un interesse legittimo pretensivo, che è l'aspirazione al bene finale e può ricevere una tutela diversa: l'annullamento. Tuttavia, mentre al fine di verificare la lesione dell'interesse legittimo è sufficiente guardare al rispetto della disciplina sulla modalità di esercizio del potere dell'amministrazione, considerando la perdita di chance occorre svolgere un ragionamento diverso, il che spiega perché non sempre la lesione dell'interesse legittimo implica la lesione dell'interesse meritevole di tutela. Evidentemente, se si fa questione della possibilità di qualcosa che ancora non esiste e che dipende da un comportamento dell'amministrazione (diverso è dunque il discorso che va condotto per la chance intesa come facoltà già acquisita di fare), per definirla occorre riferirsi all'ipotetico e corretto esercizio del potere amministrativo alla luce del risultato finale.

vento e prova del nesso di causalità), si richieda un grado di probabilità di successo maggiormente elevato: così Trib. UE, 20 settembre 2011, causa T-461/08, *Evropaïki Dynamiki/BEI*.

⁴⁷ Così Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960, cit.

⁴⁸ Aderendo alla tesi ontologica, il danno va qualificato come emergente (poiché si perde qualcosa già nella propria disponibilità); in ossequio all'indirizzo eziologico, invece, esso si profila come lucro cessante (mancato guadagno).

⁴⁹ Ulteriori rilievi in M. Rossetti, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. circolaz. e trasp.*, 2000, 662 ss.

Non si tratta, dunque, di ripercorre un decorso causale che si è inverteo, incidendo su di una possibilità già ascrivibile al soggetto, ma di ricostruire uno sviluppo che non si è verificato. Il fatto che l'operazione necessaria per accertare lo spessore e la dignità di quella possibilità sia una tipica mossa controfattuale ipotetica, pone il problema della sufficienza dell'accertamento di un nesso di causalità tra comportamento, inerte o illegittimo, dell'amministrazione ed evento⁵⁰, ricorrendo dunque a un atteggiamento che parrebbe coerente con la tesi eziologica.

Su questo problema converrà tornare, non prima però di avere analizzato altre ipotesi di utilizzo di inferenze causali.

⁵⁰ Sul punto, Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641. I due profili non appaiono sempre nitidamente distinti nella giurisprudenza del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, ad esempio, ha affermato che «al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una chance, è... necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva (nella specie: revoca dell'aggiudicazione) e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto (nella specie: aggiudicazione di altri appalti) e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita (della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta)». Tenzionalmente lungo la stessa linea si collocano Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115. In ossequio, parrebbe, al meccanismo tipico dell'illecito commissivo, altre sentenze parlano di nesso di causalità in ordine alla violazione accertata, anche se a ben vedere esso è provato secondo la tecnica propria del danno da omissione: così Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559, secondo cui nelle «controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, la perdita di chance può... essere risarcita solo quando vengono giudicate illegittime l'esclusione di un'impresa da una gara o l'aggiudicazione della stessa a un'altra impresa e quella invalidamente pretermessa dall'affidamento dell'appalto riesce a dimostrare che, se la procedura fosse stata amministrata correttamente, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, risultando provato, in questo caso, il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale (nella forma del lucro cessante) patita dalla concorrente alla quale è stata invalidamente sottratta l'occasione di conseguire l'aggiudicazione». Si v. altresì TAR Lombardia, Sez. I, 30 luglio 2014, n. 2152: «Il danno da perdita di chance ha un ambito di applicazione del tutto distinto rispetto al nocimento cagionato all'aspettativa di risultato favorevole. Si tratta, invero, di figura elaborata al fine di "traslare" sul versante delle situazioni soggettive (quindi, del danno ingiusto) un problema di causalità incerta: quello cioè delle fattispecie in cui non sia affatto possibile accertare, già in astratto ed in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso (per chi lo invoca) si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante (nella giurisprudenza amministrativa, per lo più, il tema concerne la possibilità astratta di acquisire un vantaggio che si assume essere andata delusa in ragione dell'illegittimo espletamento di un procedimento amministrativo). Per superare l'*impasse* (l'insuperabile deficienza cognitiva del processo eziologico), ecco come il sacrificio della possibilità di conseguire il risultato finale viene fatto assurgere a bene autonomo. Quando, invece, non sussiste alcuna incertezza empirica perché la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, non ricorrono i presupposti (e finanche la necessità) per l'operatività della chance. Ragionando diversamente (e, non di rado, tale equivoco ricorre in giurisprudenza), la chance finirebbe per essere invocata in termini di mera semplificazione probatoria, ovvero come frazione probabilistica (che nella vera chance potrebbe rappresentare soltanto un criterio estimativo) di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Questione correlata, ma qui ultronea, è se la privazione della possibilità di conseguire il risultato, debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di conseguire rilevanza giuridica».

5. *“Oltre il più probabile che non”: il danno da ritardo, la condanna ad adempiere e l’art. 21-octies, l. 7 agosto 1990, n. 241*

In alcuni casi lo standard di inferenza logica applicato dalla giurisprudenza pare ispessirsi, probabilmente non risultando sufficienti i criteri della rilevante probabilità o del “più probabile che non”. Si tratta di ipotesi eterogenee, quali il danno da ritardo, in cui si è in presenza di un illecito; la condanna ad adempiere e l’art. 21-octies, comma 2, l. 241/1990, in cui si è al cospetto di fattispecie delineate dal legislatore, rispettivamente, per fondare l’esercizio di peculiari poteri del giudice e per qualificare o mandare esente l’atto dall’annullamento. Almeno in via di prima approssimazione – perché, come si dirà, il quadro è più complesso – parrebbe potersi affermare che, nelle situazioni che verranno analizzate, occorre pur sempre introdurre un ragionamento di tipo controfattuale onde ricostruire un decorso inferenziale ipotetico che non si è verificato nella realtà e accertare quali conseguenze sarebbero discese dall’azione che l’amministrazione era tenuta a porre in essere.

Nella fattispecie del danno da ritardo e a seguire la tesi secondo cui esso è risarcibile unicamente nei casi in cui il ricorrente abbia titolo al rilascio del provvedimento favorevole, il ragionamento è molto simile a quello già svolto nel corso del paragrafo precedente, con l’essenziale precisazione che il ricorrente medesimo deve appunto provare non già la rilevante probabilità, bensì il “titolo a conseguire” il risultato favorevole. Sebbene la giurisprudenza non affronti espressamente il tema nei termini sopra delineati, parrebbe fare qui capolino il criterio logico dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”. Il panorama giurisprudenziale, comunque, è assai mosso: all’orientamento più restrittivo che pretende la dimostrazione del pregiudizio derivante dalla mancata tempestiva concessione dell’*utilitas* che costituisce il sostrato effettivo dell’interesse pretensivo⁵¹, si contrappone quello secondo cui, nella prospettiva dell’illecito precontrattuale, i meri inerzia o ritardo sono risarcibili in quanto tali⁵², ancorché il riferimento all’ingiustizia possa evocare la

⁵¹ Enunciato da Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7. Tra le tante, si v. Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624; Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240; Cons. Stato, Sez. IV, 23 giugno 2017, n. 3068; Cons. Stato, Sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4028; Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2016, n. 3920; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059; Cons. giust. amm. Reg. sic., 16 maggio 2016, n. 139; Cons. Stato, Sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1371.

⁵² Così la già citata Cons. Stato, Ad., Plen., 4 maggio 2018, n. 5, nonché Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2018, n. 3025; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2017, n. 5146. La recente Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834, ha osservato che per quanto la responsabilità precontrattuale possa coesistere con un provvedimento legittimo, ciò non toglie «che sia onere della parte provare, anche in via presuntiva, ma sulla base di allegazioni di fatto certe e precise, il pregiudizio subito, nei limiti dell’interesse negativo, e cioè il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale) ed il danno conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), nonché i relativi rapporti di causalità tra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all’Amministrazione».

necessità di selezionare i casi di inerzia/ritardo tenendo anche conto della posizione della parte e della fondatezza della sua pretesa⁵³.

Differente ipotesi, che prescinde dal carattere illecito del comportamento dell'amministrazione, è quella dell'azione di adempimento⁵⁴, attivabile dopo che l'amministrazione ha illegittimamente deciso o è rimasta inerte e in cui il ricorrente parrebbe in concreto dovere impostare il proprio ricorso dimostrando il "ruolo salvifico" dell'azione dell'amministrazione virtuosa. Infatti, ai sensi dell'art. 34, c.p.a., l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti stabiliti dall'art. 31, comma 3, c.p.a., e che si indicheranno *infra*, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o al ricorso avverso il silenzio. Secondo quanto dispone l'art. 31, comma 3, cit., su istanza di parte, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, purché si tratti di attività vincolata o allorché risulti che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. La presenza di discrezionalità e l'impossibilità di sostituirsi all'istruttoria procedimentale, dunque, sono gli ostacoli individuati dal codice all'utilizzo di questo modello, che integra appunto una forma di azione di adempimento⁵⁵.

Merita, infine, accennare alle due fattispecie di cui all'art. 21-*octies*, secondo alinea, l. 241/1990, cit. La prima attiene alla non annullabilità del provvedimento vincolato in presenza della violazione di norme procedurali o sulla forma degli atti «qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». La seconda ipotesi riguarda la situazione nella quale, pur in assenza di comunicazione d'avvio del procedimento, il provvedimento – discrezionale o

⁵³ Nel senso che la disciplina *ex art. 2-bis*, l. 241/1990, siccome introdotta dall'art. 7, comma 1, lett. c), l. 18 giugno 2009, n. 69, non avrebbe «elevato a distinto bene della vita suscettibile di un'autonoma protezione mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa, scisso dal riferimento alla spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato», si v. Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2016, n. 3920, con ampi riferimenti di giurisprudenza; recentemente, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2018, n. 5834; Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 12; Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3392.

⁵⁴ Su cui, per tutti, P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1 ss.; A. Carbone, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012; I. Pagni, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 328 ss.; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 436 ss.; A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI convegno di Varenna*, Milano, 90 ss.; M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁵⁵ Al riguardo, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, ha parlato di «azione di condanna pubblicistica (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento». In dottrina, per tutti, si v. l'analisi di M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.

vincolato⁵⁶ – non è annullabile ove l'amministrazione⁵⁷ «dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Rilevanti sono le differenze strutturali tra le due situazioni⁵⁸: con riferimento alla seconda, almeno stando al suo tenore letterale, ai fini della “salvezza” del provvedimento l'art. 21-*octies*, fa perno sulla dimostrazione di un decorso causale ipotetico, ossia che nella realtà non si è realizzato⁵⁹. Sennonché, messa al riparo l'amministrazione dalla *probatio diabolica* di dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo non avrebbe mutato l'esito del procedimento in quanto, sul punto, vengono in rilievo elementi conoscitivi nella disponibilità del solo privato cui spetta quindi l'introduzione nel percorso logico-argomentativo processuale, la giurisprudenza non pare accontentarsi della regola della rilevante probabilità o del più probabile che non, richiedendo una dimostrazione più stringente. Difatti, una volta assolto da parte del ricorrente l'onere di allegazione dei documenti e argomenti che non sono stati presi in considerazione a causa della mancata partecipazione, l'amministrazione «sarà gravata del ben più consisten-

⁵⁶ Come costantemente affermato in giurisprudenza: in ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4918.

⁵⁷ Anticipando quanto sarà approfondito subito in appresso e nell'ultimo paragrafo, è noto come la giurisprudenza abbia affermato l'onere dell'interessato che lamenta la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di allegare e dimostrare che, in sede partecipativa, egli avrebbe potuto sottoporre all'amministrazione elementi che avrebbero determinato un provvedimento dal contenuto dispositivo diverso da quello assunto; per tutte, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 26 aprile 2018, n. 2526.

⁵⁸ *Ex multis*, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017; P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015; D.U. Galetta, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.; F. Saitta, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio? (Discutendo con Leonardo Ferrara dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2008; L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.; E.M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 961 ss.; D. Corletto, *Vizi "formali" e potere del giudice amministrativo*, *ivi*, 2006, 33 ss.; F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2295 ss.; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 28 ss.; M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.; G. Bergonzini, *Art. 21-*octies* della l. n. 241/1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.; S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. n. 241 del 1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005; A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano 2003.

⁵⁹ Parla di «criterio dell'influenza causale» G. Mannucci, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss.

te onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato»⁶⁰. Il riparto probatorio testé illustrato si risolve, per l'ente pubblico resistente, nel dovere dimostrare al giudice, sul piano controfattuale⁶¹, le ragioni che determinano la sopravvivenza dell'atto nonostante i contributi partecipativi sopravvenuti, in buona sostanza fornendo nel processo una sorta di motivazione dell'atto confermativo della decisione impugnata⁶². Ne consegue che, enunciata la menzionata regola ermeneutica che inverte l'onere dimostrativo siccome stabilito dalla norma, il giudice sembra spingere la costruzione argomentativa in una sorta di terra di mezzo tra il "più probabile che non" e l'"oltre ogni ragionevole dubbio" che, in assenza di meglio, pare di potere definire ricorrendo alla locuzione "oltre il più probabile che non". Criterio di scrutinio che emerge in modo chiaro e certamente autonomo nella fattispecie in disamina, laddove nelle ipotesi di danno da ritardo e di condanna ad adempiere risulta celato e quasi assorbito dal riferimento al carattere vincolato dell'azione amministrativa.

6. *La regola del "più probabile che non" nell'interdittiva antimafia e nell'iscrizione nella white list; probabilità e tutela cautelare.*

Le regole di inferenza causale si arrestano a una soglia inferiore nelle decisioni giurisprudenziali in materia di informazione antimafia interdittiva (nonché di diniego di iscrizione nella c.d. "white list") e di tutela cautelare.

Unitamente alla comunicazione antimafia, la fattispecie della c.d. "interdittiva antimafia" forma il sistema della documentazione antimafia, regolato dal capo II del libro II del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 (c.d. "codice antimafia"), che riguarda i soggetti che l'art. 85 del medesimo decreto prevede che siano sottoposti alla «verifica antimafia»⁶³. Per quanto maggiormente interessa ai fini del

⁶⁰ Così, per tutte, Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2017, n. 1667; Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2015, n. 1060; Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786.

⁶¹ Parla di «giudizio controfattuale del giudicante» L. D'Angelo, *L'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990: onere probatorio della P.A. ed eccesso di potere controfattuale*, in *www.lexitalia.it*, 2005.

⁶² D. Corletto, *Vizi "formali" e poteri del giudice*, cit., 43 ss.

⁶³ In dottrina, si v. G. Leone, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l'interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell'interpretazione*, in *Foro amm. CDS*, 2018, 1103 ss.; M. Nocelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, *ivi*, 2017, 2524 ss.; F. Menditto, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 792 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *www.giustamm.it*, 2016; R. Papania, *Notazioni in tema di efficacia interdittiva delle informative antimafia*, in *Foro amm. CDS*, 2011, 321 ss.; G. D'Angelo, *Per un diritto amministrativo dell'antimafia: considerazioni sul d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159*, in *www.giustamm.it*, 2012; A. Mezzotero, *Le informative prefettizie antimafia: natura, tipologie ed effetti interdittivi*, in *Giur. merito*, 2009, 1073 ss.; P. Pirruccio, *L'informativa antimafia prescinde dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti*, *ivi*, 2009, 503 ss.

presente lavoro, ai sensi dell'art. 84, comma 2, del citato codice, la comunicazione antimafia ha sempre natura vincolata, perché consiste «nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67» conseguenti alle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria⁶⁴. Secondo il disposto dell'art. 84, comma 3, del codice, oltre a esibire la medesima natura vincolata della predetta comunicazione (attendendo, all'esito dell'applicazione di misure di prevenzione personali da parte del Tribunale, la «sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67»), l'informazione antimafia è atto che può essere connotato da un'accentuata discrezionalità⁶⁵, potendo altresì consistere «nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate». Tali tentativi sono desunti dal prefetto a seguito di accertamenti svolti nei confronti dei soggetti che sono soci o esercitano funzioni direzionali/di indirizzo in associazioni, imprese, società, consorzi e raggruppamenti temporanei di imprese, oppure che svolgono attività di impresa e intrattengono rapporti economici con pubbliche amministrazioni (art. 85). Quando emerge la sussistenza di cause ex art. 67 o un tentativo di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta l'informazione interdittiva, «misura volta – ad un tempo – alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione»⁶⁶, che ha natura cautelare e preventiva «in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost.» e che comporta l'impossibilità per un imprenditore, persona fisica o giuridica, di essere titolare di rapporti contrattuali con le amministrazioni, ovvero destinatario di titoli abilitativi o di vantaggi economici (tra cui anche «somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all'attività di impresa») da queste rilasciati o eroga-

In materia, in generale, N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati*, Napoli, 2017.

⁶⁴ Ai sensi dell'art. 87, d.lgs. 159/2011, cit., prima di contrarre e rilasciare provvedimenti ampliativi o attributivi di vantaggi economici, i soggetti pubblici ed equiparati previsti dall'art. 83 devono acquisire la comunicazione antimafia mediante consultazione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia ex art. 97, codice cit. Ai sensi dell'art. 88 del codice, quando dalla consultazione della banca dati non emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, codice cit., si forma la «comunicazione antimafia liberatoria»; quando invece dalla consultazione emerge la sussistenza di misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria, effettuate le necessarie verifiche e accertata la corrispondenza o meno dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti, a seconda dei casi il prefetto rilascia «la comunicazione antimafia interdittiva» oppure la «comunicazione antimafia liberatoria».

⁶⁵ Analizza le peculiarità della discrezionalità del provvedimento in disamina G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 716 ss.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

ti⁶⁷. Nella ricostruzione giurisprudenziale, l'interdittiva costituisce (e si giustifica qualora osservata dal punto di vista della gravità delle limitazioni che ne derivano per i soggetti colpiti) la «frontiera più avanzata della prevenzione da contaminazioni mafiose nella economia legale e dunque in ossequio ai valori di libertà, sicurezza e dignità umana che costituiscono limiti costituzionali all'esercizio della iniziativa economica»⁶⁸.

Come anticipato, il giudice amministrativo utilizza il metodo di argomentazione logica applicato in materia di interdittiva antimafia a fronte di tentativi di infiltrazione anche nel contenzioso in merito al diniego di iscrizione nella nell'«elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti nei settori esposti maggiormente a rischio» (c.d. «white list») di cui all'art. 1, comma 52, l. 6 novembre 2012, n. 190. Ciò in considerazione del fatto che, secondo la giurisprudenza, l'iscrizione nella suddetta *white list* – che l'art. 1, commi 52 e 52 *bis*, legge cit., e gli artt. 3 *bis* e 7, d.p.c.m. 18 aprile 2013 (modificato dal d.p.c.m. 24 novembre 2016) riconoscono equipollente e sostitutiva alle testé ricordate comunicazione e informazione antimafia liberatoria – «è ricollegata ad attività istruttorie della medesima tipologia e contenuto di quelle previste ai fini della redazione delle informative antimafia»⁶⁹. Si tratta cioè di due fattispecie caratterizzate dal fatto che non solo il giudice in sede di sindacato deve fare applicazione di canoni logici ma, prima e a monte, anche l'amministrazione sul piano sostanziale.

Il comune e cruciale punto di contatto tra i due istituti è costituito dalla valutazione, assai critica e ardua, della c.d. «permeabilità» di un soggetto rispetto al rischio di infiltrazione mafiosa (come richiesto dal *supra* richiamato art. 84, comma 3, codice antimafia). In particolare, gli artt. 84, comma 4 e 91, comma 6, del codice stabiliscono tutta una serie di elementi rilevanti da cui l'autorità prefettizia è chiamata a desumere la sussistenza di situazioni relative a tentativi di infiltrazioni mafiose. Analizzando le menzionate disposizioni, alcune situazioni sono tipizzate e precisate dalla legge (art. 84, comma 4, lett. a, b, c, f)⁷⁰, mentre altre

⁶⁷ Sul punto, anche per le ultime due citazioni riportate nel testo, si v. Cons. Stato, Ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, che afferma che il provvedimento che dispone l'interdittiva antimafia «determina una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione» (così anche Cons. Stato, Sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247, citata dall'Adunanza plenaria). Sui riflessi costituzionali della disciplina in questione, si v. M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

⁶⁸ Così la recente Cons. Stato, Sez. III, ord. 13 dicembre 2018, n. 6025.

⁶⁹ TAR Lazio, Sez. I *Ter*, 24 ottobre 2018, n. 10301; TAR Lazio, I *ter*, 5 settembre 2016, n. 9548.

⁷⁰ A tenore della norma in illustrazione, «Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva... sono desunte:

a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter

attengono a presupposti discrezionalmente valutabili dal prefetto in relazione a cui il legislatore o fa un generico riferimento ad «accertamenti» disposti e condotti dal prefetto (art. 84, comma 4, lett. d ed e)⁷¹, oppure attribuisce a tale organo il potere di «desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata» (art. 91, comma 6).

Sulle interdittive antimafia in ipotesi di tentativo di infiltrazione mafiosa si è formato un consistente orientamento giurisprudenziale che, quanto allo standard probatorio, in ragione dell'esigenza di anticipazione della soglia di tutela nella prospettiva della prevenzione (e non solo della repressione) e valorizzando la sussistenza di un ambito di discrezionalità tecnica in capo al Prefetto, ritiene generalmente sufficiente la dimostrazione, secondo il criterio del "più probabile che non" che, alla luce di una serie di indizi fattuali oggettivamente riscontrati, un soggetto sia esposto al pericolo di infiltrazione mafiosa. Occorre cioè individuare situazioni e condizioni che, secondo un giudizio prognostico, determinino le condizioni per la commissione di reati o il pericolo che un'attività delittuosa possa iniziare⁷².

La traduzione concreta di questi canoni ermeneutici non è per nulla semplice.

del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 3562;

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;

c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste...

f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

⁷¹ Si tratta degli accertamenti «d)... disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto;

e)... da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d)».

⁷² Per tutte, si v. Cons. Stato, Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657, che afferma l'estraneità rispetto al sistema delle informazioni antimafia del criterio del "oltre ogni ragionevole dubbio", in quanto non si tratta di provvedimenti sanzionatori, bensì cautelari, volti alla prevenzione del grave pericolo rappresentato dalle azioni criminali delle organizzazioni mafiose.

L'inferenza causale (tra fatti e conclusione, costituita, come detto, dalla sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa che tendono a condizionare le scelte e gli indirizzi dei soggetti – persone fisiche e giuridiche – interessati) che il prefetto deve provare corre, appunto, tra una premessa fattuale e una valutazione finale. Tramite inferenze causali, l'Amministrazione dell'Interno giunge cioè a prospettare per abduzione un'ipotesi di rischio di infiltrazione mafiosa e per corroborazione cerca riscontri e infine la confronta con le alternative ipotesi esplicative. Una sequenza argomentativa che non è governata dal criterio (tipico del diritto penale) del "oltre ogni ragionevole dubbio", bensì da quello del "più probabile che non". In altri termini, non è necessario che si dimostri l'insussistenza di qualsivoglia ipotesi alternativa plausibile e, dunque, che si scartino – falsificandole progressivamente e neutralizzandole – tutte le ricostruzioni alternative⁷³, o che, addirittura, il prefetto provi che esse si configurerebbero come ipotesi solo teoriche, sfornite di appigli nella realtà (esterne al "mondo possibile").

Lo standard probatorio richiesto dal giudice è comunque rigoroso e ciò nonostante il fatto che il rischio di infiltrazione mafiosa si collochi nell'area del ragionevole dubbio, quindi senza che sussista la necessità di dimostrare che alla tesi della responsabilità si potrebbero opporre unicamente ipotesi appartenenti a congetture teoriche o ricostruzioni che, pur configurabili nel "mondo possibile", non sono sorrette da alcun riscontro. In presenza di più ipotesi, l'interprete deve trovare un criterio per giungere a ritenere integrata o meno la fattispecie (rischio di infiltrazione); questo criterio deve costituire al contempo regola di scelta per la pubblica amministrazione; garanzia per il cittadino; guida per l'esercizio del controllo da parte del giudice⁷⁴. Al riguardo, come detto, le sentenze fanno ricorso al canone "più probabile che non": in sostanza, tenendo scrupolosamente conto dell'intensità del vincolo tra i soggetti e del contesto concreto, l'ipotesi deve risultare più probabile di "tutte le altre messe insieme" (c.d. "probabilità cruciale")⁷⁵, «alla luce di una regola di giudizio... che ben può essere integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali, quale è, anzitutto, anche quello mafioso»⁷⁶. In buona sostanza, il quadro indiziaro dell'infiltrazione mafiosa posto a base dell'informativa «deve evidenziare fat-

⁷³ Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483.

⁷⁴ Si v., TAR Lazio, Sez. I *Ter*, 24 novembre 2016, n. 11648.

⁷⁵ Giurisprudenza assolutamente costante: si v. Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6727; Cons. Stato, Sez. III, 6 luglio 2017, n. 3333; Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3173.

⁷⁶ Così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 27 novembre 2018, n. 6707; Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio 2018, n. 4278. Sui fatti indiziari, che devono essere considerati complessivamente al fine di potere ritenere attendibile l'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata (Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2018, n. 2231; Cons. Stato, Sez. III, 30 marzo 2018, n. 2031; Cons. Stato, Sez. III, 7 febbraio 2018, n. 820; Cons. Stato, Sez. III, 20 dicembre 2017, n. 5978) si v. l'ampia casistica esemplificativa offerta da Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

ti aventi le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, dai quali... il Prefetto, prima, ed il Giudice amministrativo, dopo, chiamato a verificare l'effettivo pericolo di infiltrazione mafiosa, possa pervenire in via presuntiva alla conclusione ragionevole e più probabile... che sussista il mero "rischio" di permeabilità dell'impresa, e non l'avvenuta infiltrazione, da parte di associazioni mafiose, valutate e contestualizzate tutte le circostanze di tempo, di luogo e di persona»⁷⁷.

Passando all'utilizzazione del metodo della probabilità relativa nel giudizio cautelare, va subito osservato che, in materia, il criterio del "più probabile che non" è utilizzato in via esclusiva dal giudice, specialmente nell'indagine sulla sussistenza del presupposto del *fumus boni iuris*. Ciò in linea con il dettato di legge: l'art. 55, comma 9, c.p.a., fa riferimento alla «ragionevole previsione sull'esito del ricorso», dunque a uno scrutinio probabilistico sulla decisione finale che il giudice assumerà al termine dell'*iter* processuale. Non manca, però, anche un riferimento di diritto positivo che ancora la probabilità al *periculum in mora*: è il caso dell'art. 125, comma 2, c.p.a., che, in relazione alle controversie relative a infrastrutture strategiche, stabilisce che nella «pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi».

Analizzando più analiticamente il giudizio prognostico sulla probabilità circa l'accoglimento (e dunque la fondatezza) del ricorso, sul piano teorico è stato rilevato come l'art. 55, comma 9, cit. (che ha riprodotto quanto già previsto dall'art. 3, l. 21 luglio 2000, n. 205, di modifica dell'art. 21, comma 7, l. 6 dicembre 1971, n. 1034), abbia risolto la questione relativa alla natura e all'intensità della valutazione sommaria che il giudice deve effettuare sul merito della pretesa fatta valere in giudizio a favore dell'interpretazione secondo cui la concessione della tutela interinale dipende dalla probabilità di accoglimento del ricorso e non già dalla sua "non manifesta infondatezza"⁷⁸. Si profila allora una valutazione di tipo prognostico sulla plausibilità di accoglimento della domanda prin-

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563; TAR Calabria, Reggio Calabria, 2 luglio 2018, n. 400; Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2017, n. 4295; Cons. Stato, Sez. III, 28 giugno 2017, n. 3171.

⁷⁸ A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 285. L'Autore osserva inoltre come se si accogliesse l'interpretazione della "non manifesta infondatezza" del ricorso ne conseguirebbe che la misura cautelare non potrebbe «essere concessa in presenza di un ricorso manifestamente infondato o inammissibile, perché altrimenti sarebbe contraddetta la regola generale secondo cui il ricorso non ha effetto 'sospensivo'... e si realizzerebbero risultati incompatibili con il principio della 'strumentalità' (si attribuirebbero posizioni di vantaggio, in relazione alla pendenza del giudizio, non giustificate dall'esigenza di assicurare l'esito della decisione finale)». Sul superamento operato dal legislatore del tradizionale indirizzo ermeneutico giurisprudenziale concernente la non manifesta infondatezza, si v. anche E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2018, 963; già nell'edizione 2000 dell'Opera, l'Autore rilevava che la modifica introdotta dall'art. 3 l. 205/2000, all'art. 21, l. 1034/1971, «potrebbe anche aprire la via ad un mutamento dei caratteri del *fumus*, nel senso che, ai fini dell'accoglimento dell'istanza, piuttosto che un giudizio di non manifesta infondatezza, al giudice si chiede una valutazione sulla probabilità di accoglimento del ricorso».

cipale, anticipatoria rispetto all'apprezzamento che il giudice opererà nella sentenza, senza poterne in nessun modo pregiudicare l'esito in ossequio al principio della strumentalità.

L'analisi giurisprudenziale in materia è particolarmente complessa, sia per l'ampiezza del numero di pronunce da analizzare, sia per la difficoltà di reperire precedenti, in ragione della fisiologica sinteticità della motivazione delle pronunce cautelari conseguente alla cognizione sommaria tipica di tale fase processuale⁷⁹. A ogni buon conto, limitandoci a offrire alcuni esempi che appaiono funzionali al discorso in svolgimento, la casistica offre interessanti esempi di applicazione del criterio probabilistico in disamina. Alcuni precedenti collegano l'assenza di *fumus boni iuris* alla valutazione prognostica di non accoglibilità nel merito del ricorso in ragione della ritenuta legittimità dell'azione amministrativa siccome emergente dalla correttezza della motivazione del provvedimento impugnato e/o dell'adeguatezza/congruità dell'istruttoria procedimentale condotta dall'amministrazione⁸⁰, in taluni casi coniugata alla natura vincolata dell'atto gravato in giudizio⁸¹. In altri casi, la presumibile non accoglibilità del ricorso è fatta dipendere dalla circostanza che le censure mosse nel ricorso investono insindacabili valutazioni di merito⁸², oppure alla riscontrata sostanziale legittimità dell'azione amministrativa⁸³. Non mancano esempi in cui il giudizio probabilistico è condotto mediante un esame particolarmente approfondito della fattispecie⁸⁴. In alcune ipotesi, poi, il criterio della probabilità è invece applicato nell'analisi della sussistenza del pre-

⁷⁹ Invero, non poche ordinanze cautelari si limitano a riportare formule di rito che non illustrano l'iter logico-argomentativo seguito dal giudice quanto alla probabilità dell'accoglimento del ricorso: si v., ad esempio, TAR Lazio, Sez. I *Ter*, ord. 3 agosto 2018, n. 4876 («dagli elementi di valutazione acquisiti in corso di causa, non emergono profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso», senza tuttavia rendere ragione di quali elementi valutativi si tratti») e TAR Lombardia, Sez. III, ord. 12 maggio 2016, n. 561 («Rilevato che non sussiste la probabilità di un esito favorevole della causa con riferimento alle censure dedotte», senza null'altro aggiungere).

⁸⁰ Tra le più recenti, TAR Lazio, Sez. II, ord. 24 ottobre 2018, n. 6353; TAR Lombardia, Sez. III, ord. 20 giugno 2018, n. 882; TAR Lazio, Sez. II, ord. 12 ottobre 2017, n. 5287; Cons. Stato, Sez. III, ord. 21 settembre 2017, n. 3983; TAR Lazio, Sez. I *Ter*, ord. 13 luglio 2017, n. 3572.

⁸¹ Così TAR Veneto, Sez. II, ord. 27 aprile 2017, n. 218 che in una fattispecie di abuso edilizio, dato atto dell'ampiezza e correttezza dell'istruttoria posta, afferma che «il ricorso non presenta apprezzabili probabilità di accoglimento, avuto riguardo al carattere vincolato del provvedimento di demolizione».

⁸² Cons. Stato, Sez. IV, ord. 17 febbraio 2017, n. 692.

⁸³ Sul punto, si v. ad esempio le ampie motivazioni sul *fumus* addotte da TAR Campania, Sez. V, ord. 6 giugno 2018, n. 821 (revoca di porto d'armi e relativo divieto di detenzione); TAR Veneto, Sez. II, ord. 2 marzo 2017, n. 93 (autorizzazione di discarica per lo smaltimento rifiuti); TAR Sardegna, Sez. II, ord. 30 gennaio 2013, n. 39 (concorso per dirigenti).

⁸⁴ TAR Sardegna, Sez. II, ord. 12 luglio 2018, n. 218, in materia di installazione di insegne pubblicitarie ai margini del sedime stradale; TAR Lazio, Sez. I *Quater*, ord. 8 marzo 2013, n. 1085, su una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura di trasferimento di sede di un magistrato; TAR Veneto, Sez. II, ord. 13 settembre 2012, n. 546, su una fattispecie di variante al piano regolatore comunale per correzione di errori cartografici.

supposto del *periculum in mora*, al fine cioè di riscontrare la prevedibilità/plausibilità che nelle more del giudizio il ricorrente subisca irrimediabili pregiudizi⁸⁵.

In una prospettiva di sintesi, nell'ambito della tutela cautelare il giudice amministrativo ricorre al canone del "più probabile che non" nel contesto di una valutazione, per lo più involgente il presupposto del *fumus boni iuris*, che non può che esprimere un giudizio prognostico⁸⁶ in ordine alla probabilità che il ricorrente prevalga nel contenzioso, sebbene non manchino precedenti in cui la giurisprudenza ritiene "più probabile che non" il verificarsi (o il non verificarsi) di danni gravi e irreparabili alla luce del caso concreto, in cui cioè l'indagine del *periculum* comporta l'applicazione del modello argomentativo dell'inferenza causale.

7. *Ragionamenti esplicativi, prognosi postume, narrazioni processuali e asserzioni di carattere particolare, "guardando in avanti". Una digressione su interpretazione, applicazione delle norme e discrezionalità*

A conclusione di questa rassegna di situazioni in cui ricorrono inferenze, emergono alcune peculiarità nell'argomentazione logica che il giudice amministrativo pone a fondamento delle proprie decisioni. Talora i ragionamenti esplicativi sono impostati guardando al passato (si pensi al danno derivato da un'azione dell'amministrazione); talaltra si tratta di ragionamenti svolti dal giudice per ricostruire un tratto di azione amministrativa che sul piano sostanziale non ha avuto luogo (perdita di chance), sicché si giustifica l'uso della locuzione "prognosi postuma". Invero, anche guardando al passato, il giudice effettua una valutazione predittiva nella misura in cui deve vagliare l'evitabilità di un evento. Con mag-

⁸⁵ Particolarmente significativo è il decreto presidenziale monocratico Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2018, n. 5971, con cui, in palese violazione dell'art. 56, comma 2, c.p.a., e senza neppure sollevare la questione di legittimità costituzionale, è stato ritenuto appellabile il decreto cautelare monocratico adottato ai sensi della norma in ultimo citata al fine di tutelare le ritenute «eccezionali ragioni d'urgenza, tali da rendere irreversibile – per il caso di mancata emanazione di una misura monocratica in sede d'appello – la situazione di fatto, a causa del tempo che intercorre tra la data di emanazione del decreto appellato e la data nella quale è fissata la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare, da parte del TAR in sede collegiale». Sull'applicazione del presupposto del *periculum* nell'argomentazione giurisprudenziale, si v. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 19 dicembre 2016, n. 5652 (che riscontra la «elevata probabilità di un ingente esborso di denaro da parte del ricorrente durante il tempo occorrente per la definizione nel merito del presente giudizio»); TAR Toscana, Sez. II, ord. 3 novembre 2016, n. 557 (non sussisterebbe *periculum* in ragione dell'imminente cessazione dell'attività in ragione della scadenza dei relativi titoli abilitativi all'esercizio); TAR Lazio, Sez. II *Bis*, ord. 5 luglio 2013, n. 2671 (secondo cui il verificarsi di danni imminenti in esito alla richiesta sospensione dell'efficacia del permesso di costruire risulta maggiormente probabile rispetto alla possibilità che si verifichino i danni lamentati dal ricorrente); TAR Lombardia, Brescia, ord. 29 ottobre 2010, n. 774 (che afferma l'insussistenza del *periculum in mora* «anche in ragione della plausibile scarsa probabilità di gravi pregiudizi che l'apertura al pubblico può provocare alle proprietà dei ricorrenti»).

⁸⁶ In generale, v. M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, spec. 329 e ss.

giore precisione, si tratta pur sempre di un'inferenza, partendo da una serie di elementi noti e/o da uno o più dati che costituiscono l'abbrivio del ragionamento. In tutti i casi, l'approdo dell'argomentazione non è davvero ignoto. Esso, infatti, è ignoto soltanto nel senso che non è (ancora) provato, confermato o accertato. Detto altrimenti, è ignoto se il relativo enunciato sia vero o falso⁸⁷.

Ciò chiarito e proseguendo nel ragionamento, si tratta però di ipotesi (accettabili a quelle abduttive) definite dalla parte processuale o dalla legge (esistenza del nesso di causalità, spettanza del bene, rischio di infiltrazione mafiosa e così via). L'induzione, da quest'ultimo punto di vista, procede in avanti e non già a ritroso per scoprire un ignoto assoluto partendo da zero⁸⁸. In altre parole, si ha qui una combinazione tra abduzione (ricorrendo un'ipotesi predefinita dalla legge o prospettata dalla parte), induzione e corroborazione dell'ipotesi di partenza.

Questo accertamento implica l'uso di canoni logici e (profilo che valorizza la centralità dell'istruttoria) un giudizio circa la rispondenza dell'ipotesi ai fatti provati. In questo contesto, almeno in via di prima approssimazione, rilevano anche la corretta comparazione tra ipotesi diverse e il profilo della *corroboration*, aspetti cognitivi e decisorii estranei al tema dello standard di sindacato sull'uso della discrezionalità. Ciò è particolarmente rilevante ponendo mente ai casi (si pensi all'interdittiva antimafia) in cui l'uso di quelle inferenze spetta in prima battuta all'amministrazione e soltanto in sede di controllo al giudice⁸⁹. Esso, dunque, ripercorrendo le scelte dell'amministrazione, non si sostituisce alla stessa né interferisce con una sfera a essa riservata, bensì verifica se sia integrata la fattispecie prevista dalla previsione giuridica e, dunque, se il parametro normativo sia stato rispettato.

Tornando, in generale, al complesso dei casi analizzati, è agevole evidenziare come alcuni concernano ipotesi di poteri già esercitati (illecito dell'amministrazione che abbia leso interessi oppositivi, interdittiva antimafia), altri riguardino poteri non (ancora) effettivamente esercitati (azione di adempimento). In quest'ultima ipotesi, sia detto incidentalmente, pare comunque rispettato il divieto per il giudice di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.)⁹⁰: infatti, l'amministrazione ha comunque avuto (e sprecato) la propria opportunità di agire. Ancora, è di interesse osservare che, quando l'inferenza è utilizzata per accertare la piena spettanza di un'utilità ipotizzando uno sviluppo che non si è verificato (si pensi al danno da

⁸⁷ Per alcuni spunti, M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, cit., 335.

⁸⁸ Si v. M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit., 1165 ss.

⁸⁹ Le tematiche affrontate nel testo hanno infatti trovato distesa esposizione nel filone giurisprudenziale sulle informazioni interdittive antimafia: emblematicamente, si v. Cons. Stato, Sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483.

⁹⁰ Su cui, M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 67 ss.; M. Trimarchi, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm. CDS*, 2013, 1097 ss.

ritardo o alla seconda delle due fattispecie disciplinate dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. 241/2001, ma anche all'azione di adempimento), è richiesto il rispetto di un criterio di inferenza logica prossimo – sebbene dissimile – alla certezza deduttiva (oltre ogni ragionevole dubbio). Invece, guardando al passato (poteri già esercitati), ci si arresta a una soglia di inferenza logica inferiore (rilevante probabilità, più probabile che non).

Quando lo scrutinio giurisdizionale attiene alle ipotesi in cui l'amministrazione ha esercitato i suoi poteri e dunque ha agito, sotto il profilo del controllo delle inferenze causali il suo operato parrebbe meno "protetto" (e, dunque, più censurabile) di quanto non accada nelle altre situazioni che guardano a decorsi causali mai avvenuti⁹¹. Invero, a guisa di salutare correttivo⁹², in queste ultime fattispecie soccorre la risarcibilità del danno subito per perdita di chance, istituito che, pur concernendo un caso di sviluppo "irreale", ha quale obiettivo la tutela della perdita della mera possibilità, ancora una volta in ossequio a un criterio di inferenza induttivo. Questa, più in generale, è la regola applicabile allorché vengano in rilievo vantaggi ipotetici di cui non occorre verificare la piena spettanza. Ciò accade, a ben vedere, anche nella delibazione sulla sussistenza del *fumus boni iuris* nel giudizio cautelare.

Deve ancora essere osservato che talune inferenze sono tutte interne alla "narrazione" processuale (si v. *supra*, paragrafo 2), come accade appunto in tema di *fumus* e di decorsi causali ipotetici, mentre in altre fattispecie il giudice deve inferire un enunciato linguistico relativo a un "fatto esterno" accaduto. Ancora sul presupposto del *fumus boni iuris*, è opportuno sottolineare che si fa qui questione della prevedibilità di un ragionamento futuro che sarà sviluppato dallo stesso giudice che decide la misura cautelare, sicché risulta vieppiù accentuato il carattere di "inerenza alla narrazione processuale" cui si è appena accennato, laddove nella valutazione del pericolo il giudice deve guardare a dati extra processuali.

L'approdo dell'inferenza, in ogni caso, non è costituito da asserzioni dotate di carattere generale, essendo ontologicamente strettamente legato al caso concreto⁹³: partendo da una fattispecie (*recte*: dall'enunciato relativo a una fattispe-

⁹¹ Nell'interdittiva antimafia ciò gioca a favore dell'amministrazione, che nella ricostruzione degli eventi e comportamenti che caratterizzano il passato dei soggetti sottoposti a indagine non è tenuta a provare con certezza il tentativo di infiltrazione mafiosa.

⁹² A tacere, poi, dell'esistenza di ulteriori incisivi meccanismi, quali il giudizio di ottemperanza.

⁹³ Non è qui possibile, per ragioni di economia complessiva del lavoro, trattare del tema della nomofilachia: si v., da ultimo, AA.VV., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2018; M. Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 110 ss.; G. Demuro, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1088 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale - "Giudici e legislatori"*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss.; F. Patroni Griffi, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, in *www.federalismi.it*, 2017; M.A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *www.federalismi.it*, 2017.

cie) si giunge a un'altra conclusione particolare (*recte*: all'enunciato attinente a siffatta conclusione). Solo in poche ipotesi si fa questione di antecedenze causali in ordine a eventi empirici (illecito civile commissivo), mentre nelle altre situazioni esaminate, pur sempre applicando regole di inferenza, si discute di accertamento della sussistenza del nesso tra premesse e conclusioni nella valutazione di un presupposto o nell'interpretazione di una norma, al di fuori dunque di un problema di prova del nesso di causalità in senso proprio.

Quanto all'inferenza e al corredo probatorio, invero, non esistono differenze insormontabili tra i vari passaggi utilizzati per "giustificare" il risultato (ora l'accertamento relativo al nesso causale, ora l'applicazione della norma al fatto): in tutti i casi, occorre connettere una serie di elementi alla luce di una massima di esperienza⁹⁴.

Giova insistere su tale aspetto e, più in generale, sulla concatenazione delle inferenze necessarie per giungere alla decisione finale, anche al fine di identificare le aree in cui viceversa rilevano regole diverse da quelle della logica.

L'indagine sulla verifica della verità dell'enunciato descrittivo del nesso eziologico viene di norma ricondotto nell'orbita della c.d. "*quaestio facti*"⁹⁵. Pure ascrivibili a questo ambito sono la ricostruzione del dato di fatto mediante acquisizione di materiale istruttorio e la sua valutazione, onde verificare processualmente se un fatto sia occorso. Differente è la c.d. "*quaestio iuris*", che implica l'individuazione della norma applicabile alla fattispecie concreta cui segue l'interpretazione della medesima, che si risolve nella soluzione di quale contenuto pre-cettivo possa essere assegnato alla fattispecie astratta. Più in particolare e pensando ad altre fattispecie (si ponga mente all'annoso tema del sindacato sulle scelte di discrezionalità tecnica)⁹⁶, si rileva che circa la *quaestio iuris* il giudice amministrativo non può incontrare alcun limite nel proprio sindacato: non fa eccezione alla regola enunciata la circostanza che nel giudizio sia coinvolta una pubblica amministrazione.

L'applicazione del diritto ai fini della soluzione della controversia mette poi conclusivamente in contatto diritto e fatto, producendo l'effetto⁹⁷. La stessa scansione si ritrova sul piano dell'attività amministrativa in relazione all'applicazione della norma al caso concreto, fase che segue la sua interpretazione e che è all'origine della produzione di effetti giuridici: a ben vedere ciò accade in tutte le ipotesi in cui la decisione finale è il risultato dell'applicazione di regole giuridiche. Di conseguenza, ad esempio, anche nel contesto dell'esercizio dell'attività amministrativa si potrebbe ritenere che la distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* abbia valore

⁹⁴ In generale, si v. M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

⁹⁵ Sul punto, per tutti, S. Lucattini, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.

⁹⁶ Su cui, da ultimo, G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, cit., 705 ss.

⁹⁷ Su tali profili, si v. M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007.

solo tendenziale⁹⁸, risultando probabilmente più utile immaginare un *continuum* tra i due momenti, secondo l'immagine del circolo ermeneutico. D'altro canto, riprendendo quanto già accennato (si v. *supra* paragrafo 2), ogni qualificazione del fatto è anche una qualificazione giuridica operata dal giudice, perché al momento di procedere all'analisi del fatto occorre necessariamente considerare gli elementi che sono rilevanti ai fini dell'applicazione della norma giuridica.

I canoni di inferenza logica soccorrono per ciò che attiene alla valutazione delle prove e alla ricostruzione del nesso causale. Nel corso dell'inferenza si utilizzano⁹⁹ non tanto leggi universali (che non tollerano eccezioni), quanto altre forme di generalizzazione (massime di esperienza) extra-giuridiche a guisa di regola/criterio da cui inferire la conseguenza/l'approdo¹⁰⁰. In questo senso non manca un momento di eterointegrazione della premessa, secondo un modello che si potrebbe dire "quasi deduttivo", ove il "quasi" evoca la circostanza che non si raggiunge una certezza in senso proprio¹⁰¹.

⁹⁸ Da ultimo, quanto al giudizio amministrativo, F. Patroni Griffi, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 106 ss. Con riferimento, invece, ad altri contesti, si v. M.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Milano, 2012, 299 ss.; R. Rordorf, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in AA.VV., *La Cassazione civile*, a cura di M. Acierno, P. Curzio e A. Giusti, Bari, 2011, 1 ss.; G. Carlissi, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1184 ss.; D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001; M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1992, 112 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it.*, 2014, I, 1413, con note di G. Costantino e di G. Scarselli. Tra i criteri individuati per distinguere *quaestio facti* e *quaestio iuris*, merita segnalare quello teleologico (su cui si v. i richiami operati da M. De Cristofaro, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro it.*, 1999, I, 1912 ss.), in forza del quale il confine tra fatto e diritto va posto facendo rientrare nel novero delle questioni soggette al controllo della Cassazione (come "diritto") tutte le valutazioni suscettibili di riprodursi in casi simili, sì da permettere ai giudici di legittimità di enunciare regole di portata generale idonee a essere utilizzate come precedente. Secondo M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 75 s., «la ricostruzione del fatto dà luogo a questione di diritto solo per quegli atti in cui il fatto stesso assurge a fondamento di una norma giuridica, in cui cioè la qualificazione giuridica assume carattere immediato, costitutivo dell'ordinamento».

⁹⁹ Un discorso specifico richiedono i casi, già ricordati e su cui si tornerà nell'ultimo paragrafo, della condanna ad adempiere e dell'art. 21-*octies*, l. 241/1990.

¹⁰⁰ *Ex multis*, M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit.; L.J. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977.

¹⁰¹ Più precisamente, la categoria della "certezza" si attaglia unicamente ai ragionamenti di logica dimostrativa e non già alla logica impiegata dal giudice, che è di tipo argomentativo. Per quanto specificamente riguarda le massime di esperienza, almeno a voler ammettere che esse siano ricostruite per induzione, esse non potrebbero mai essere veramente generali o "valide" per tutti i casi possibili, posto che, richiamando lo scetticismo humeano, dalla osservazione empirica di una serie di fatti non si potrebbe mai ricavare una legge generale (come conferma la battuta di Bertrand Russell sul tacchino induttivista). Tornando al nesso di causalità, E. Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 393 s. sostiene che è «solo per una sorta di estensione del linguaggio che noi parliamo (dal punto di vista frequentista) di probabilità dell'evento singolo; è un modo di dire che sottintende questo: se effettuassimo un numero adeguato di prove, l'evento dovrebbe presentarsi con una frequenza Q. Il fatto è, però, che quando siamo di fronte all'evento E che si è prodotto, ossia quando non possiamo immergerlo in una serie di prove perché è appunto singolo, non sia».

Certamente non può sfuggire nel contesto di un'analisi giuridicamente apprezzabile che, nel nostro ordinamento, l'interpretazione non è operazione giuridicamente irrilevante, non potendo sfuggire al vincolo di cui all'art. 12 delle c.d. "preleggi": la logica rimane esclusivamente sullo sfondo. Ne consegue che anche il sindacato sull'interpretazione avviene, in prima battuta, sulla scorta della disciplina positiva posta dal menzionato articolo.

Guardando all'amministrazione, infine, almeno nel contesto teorico in cui ci si riconosce¹⁰², il quadro si complica ulteriormente perché la norma può anche attribuire uno spazio di discrezionalità, che deve essere "gestito" secondo regole diverse da quelle della logica e dell'ermeneutica, in quanto governate dal canone della proporzionalità e della congruità, ossia, in ultima analisi, dalla scelta concreta inerente l'interesse pubblico¹⁰³. Esattamente in questo ambito può apprezzarsi una deviazione rispetto ai criteri logici ordinari da applicarsi al caso concreto e si apre lo spazio per un ambito sottratto al sindacato del giudice, che non può dunque attingere alle comuni regole logiche di inferenza.

8. *Sul criterio logico puro nell'accertamento del nesso causale*

Ciò chiarito in generale, è di interesse tornare a indugiare sui luoghi di emersione del canone probabilistico per svolgere, con una maggiore consapevolezza, alcune osservazioni critiche e per affrontare i rilevanti problemi, anche teorici, in precedenza evocati e non ancora sciolti.

Con riferimento al nesso di causalità, la sua analisi si svolge lungo un'articolazione caratterizzata da due "momenti".

Uno attiene alla riconduzione della sequenza tra condotta lesiva ed evento dannoso sotto una legge generale scientifica di copertura¹⁰⁴ che consente, in termini di probabilità, di istituire tra fatto antecedente e fatto successivo un rapporto di condizionamento necessario in termini necessariamente generali. Questo è il piano, per così dire, nomologico, quello della legge generale di copertura che

mo in grado di attribuirgli come causa quella che la legge statistica prevederebbe, se non con un grado di fiducia proporzionale alla probabilità insita nella legge di copertura».

¹⁰² È noto il dibattito che anima la materia; in senso contrario alla teorica qui seguita, si v., per tutti, C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008.

¹⁰³ Questa è la tesi di E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in questa Rivista, 1998, 503 ss. Sulla distinzione tra applicazione della norma e interpretazione, per tutti, G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 42 ss. In tema, si v. anche G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

¹⁰⁴ Questa legge "copre" la conclusione scaturente dal giudizio controfattuale con il crisma del sapere scientifico.

esprime un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi e consente di risalire all'antecedente causale o di giustificare un fatto come antecedente causale: viene cioè individuata un'ipotesi di catena causale sulla base di un criterio quantitativo.

L'altro momento è volto a verificare, sulla base delle inferenze tratte dagli elementi di prova disponibili, se la legge trova conferma nel caso concreto¹⁰⁵ e, soprattutto, in presenza di molteplici e concorrenti ipotesi di derivazione causale (posto che, appunto, normalmente sussistono più fattori causali: si pensi anche al comportamento del danneggiato), ad appurare quella preferibile nel caso concreto.

Su questo terreno, che attiene essenzialmente alla valutazione della probabilità logica siccome apprezzabile alla luce dei riscontri probatori, la soluzione è governata dal criterio del "più probabile che non", in chiave qualitativa e non quantitativa. L'ipotesi, cioè, deve ricevere una conferma sul piano della causalità individuale tale da apparire, in primo luogo, come più probabile rispetto alla sua negazione; in secondo luogo, come prevalente a fronte di congetture diverse. Seppure i vari piani di indagine convivono nell'esperienza del giudice, essi sono tra loro distinti: la probabilità quantitativa che caratterizza la causalità generale¹⁰⁶ non coincide, infatti, con la probabilità logica propria della causalità individuale, retta dal canone del "più probabile che non". Va però notato che i suddetti piani non sempre emergono nitidamente dalla lettura delle sentenze.

Trova comunque conferma che, in questo ambito (si pensi all'accertamento del nesso di causalità in relazione a un'azione lesiva di un interesse oppositivo), i criteri logici non sono condizionati o sostituiti da elementi ultronei, quali la valutazione della ragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, o dallo standard tipico del sindacato sull'eccesso di potere.

Infine, pare opportuno evidenziare una specificità dell'illecito dell'amministrazione, in cui il primo momento (nomologico) è tendenzialmente retto da massime di esperienza (quelle che governano i decorsi causali nelle attività consuete degli enti pubblici e che si intrecciano con le norme di azione, essendo dalle stesse condizionate) che il giudice amministrativo conosce perfettamente, sicché, di norma, non si pongono questioni particolarmente rilevanti in ordine alla loro identificazione.

¹⁰⁵ Nel secondo momento rileva il tema della validazione o meno oppure anche della correzione dei risultati ottenuti tramite l'applicazione della legge scientifica di copertura: M. Piraino, *Il nesso di causalità*, cit.

¹⁰⁶ Sul punto è stato osservato che «il ricorso a generalizzazioni empiricamente verificabili del senso comune o a leggi scientificamente attendibili consente... di fondare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da margini di discrezionalità e indeterminazione, a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria rispetto all'evento singolo»: G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 1971 ss.

9. *Sulle ipotesi in cui il criterio logico si intreccia con il sindacato sulla discrezionalità: danno da perdita di chance e danno da ritardo*

La questione diventa più complicata analizzando il tema della lesione per perdita di chance.

Al fine di definire la possibilità di un vantaggio futuro che deve essere individuato in relazione a una fattispecie già realizzata, occorre ipotizzare una "condotta salvifica dell'amministrazione" *ceteris paribus*, introducendo un ragionamento controfattuale (periodo ipotetico dell'irrealtà)¹⁰⁷ il cui baricentro è costituito dall'azione ricostruita siccome legittima perché depurata dai vizi dedotti in giudizio. Ciò vale sia nel caso di assoluta inerzia, sia nell'ipotesi di diniego illegittimo del vantaggio, sia nel caso di scelta procedurale illegittima, secondo un modello per certi versi analogo a quello dell'illecito omissivo nel diritto civile o penale. Per meglio chiarire il ragionamento, eliminare mentalmente l'azione illegittima allorché essa sia stata posta in essere, non porta a nulla sul piano della individuazione dello "spessore" della possibilità: più produttiva, e anzi necessaria, è invece l'operazione mentale che la sostituisce con l'azione depurata dai vizi, ossia congetturare come se i vizi del provvedimento impugnato, emarginati nel ricorso e ritenuti effettivamente sussistenti dal giudice, non fossero stati posti in essere. In altri termini, e indulgiando sul caso paradigmatico della gara, posto che essa costituisce il presupposto stesso della chance, ossia della possibilità di vincerla, si deve dedurre che la chance non esista al di fuori di quella "narrazione". Eliminando, con una mossa controfattuale, l'intera gara si dovrebbe inevitabilmente ammettere che la chance neppure esisterebbe. Partendo dalla specifica fattispecie concorsuale, occorre invece ipotizzarne uno sviluppo legittimo, perché solo in questo modo ci si può collocare all'interno del presupposto stesso della possibilità che si intende vagliare¹⁰⁸.

L'aspetto problematico della questione attiene al fatto che questa valutazione è assai prossima a quella necessaria per verificare la sussistenza del nesso di causalità; infatti, spesso il giudice sembra esaurire la propria indagine in un'unica soluzione.

Si è obiettato che gli elementi dell'illecito, però, vanno tutti provati¹⁰⁹ e che non è ipotizzabile un illecito in cui l'indagine sull'interesse meritevole di tute-

¹⁰⁷ Sul punto, si v. in generale C. Pizzi, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalistica*, Milano, 1997.

¹⁰⁸ Né convince l'idea secondo cui occorrerebbe eliminare mentalmente la gara caratterizzata dal vizio sarebbe un mero *escamotage* verbale: infatti, ciò equivale a ipotizzare la gara legittima.

¹⁰⁹ Emblematicamente, Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688, afferma che non è «sostenibile che siano configurabili accertamenti di fattispecie risarcitoria che si arrestano al livello del nesso causale, poiché il danno risarcibile sussiste sempre se (giuridicamente) deriva da uno specifico presupposto fattuale, a sua volta normativamente rilevante come fonte, ovvero se a tale specifico presupposto è collegato dal c.d. nesso causale. Il risarcimento non può discendere da un accertamento incompiuto del relativo diritto. Che poi l'evento dannoso

la venga elisa perché riassorbita nell'analisi della catena causale (o viceversa). Per altro verso, la chance è la possibilità di conseguire il risultato, mentre l'evento (in ordine al quale occorre verificare il nesso) è la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo. Se cioè la pretesa al rispetto della chance, intesa come *utilitas* meritevole di tutela, è l'oggetto del nesso causale (o, comunque, uno dei poli che esso abbraccia), essa non può essere logicamente confusa con il nesso medesimo. L'ampiezza e la profondità dei due binari di inferenza, inoltre, non coincidono. Sul piano della causalità sembra necessario un ragionamento logico ancorato al criterio del "più probabile che non"; sul piano della spettanza della chance (evento nell'illecito) potrebbe fare capolino il sindacato sull'uso dei poteri anche discrezionali dell'amministrazione per verificare in concreto quale possibilità di conseguire un vantaggio avesse il soggetto in quella data situazione (che potrebbe essere appunto caratterizzata dalla sussistenza di spazi di discrezionalità pura, mista o tecnica)¹¹⁰.

Separatamente rispetto all'identificazione della chance¹¹¹, dunque, il giudice dovrebbe occuparsi del nesso, secondo i consueti canoni e a seconda che si tratti di comportamento attivo o inerte¹¹². Resta però il fatto che la catena causale che deve essere ricostruita per definire il nesso di causalità e, dunque, per ascrivere il fatto dannoso all'amministrazione, pare essere la stessa che occorre risalire per individuare la sussistenza di un interesse meritevole di tutela, qualificando l'e-

costituisca un elemento certo o un elemento possibile a sua volta in una misura di possibilità che lo renda giuridicamente rilevante, non incide sulla metodologia di accertamento dei due componenti "anteriori" della progressiva fattispecie risarcitoria, ovvero della condotta e del nesso causale».

¹¹⁰ Il problema è stato affrontato in modo particolarmente rigoroso da Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323 che rileva come, in diritto amministrativo, per la configurabilità di una chance risarcibile occorre valutare la consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione e, in particolare, se il conseguimento della posizione di vantaggio sia correlato ad un'attività vincolata e tecnico-discrezionale – in cui il giudice può verificare il grado di possibilità (la chance) di ottenimento del bene della vita in concreto perso «senza che la natura dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione possano in alcun modo alterare l'esito prognostico» – oppure a un'attività discrezionale pura, al cospetto della quale «tanto maggiori saranno i margini di valutazione rimessi alla pubblica amministrazione, tanto maggiore sarà l'alterazione del giudizio probabilistico, il quale in presenza di parametri valutativi elastici ed insindacabili, se non nei termini ristretti ed estrinseci della logica e ragionevolezza, dovrà inevitabilmente rinunciare a riconoscere la sussistenza di un'apprezzabile probabilità di esito positivo e, dunque, di una chance risarcibile, onde evitare un'inammissibile e problematica surrogazione dell'autorità giudiziaria nei poteri dell'amministrazione. In altri termini la discrezionalità amministrativa elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di compiere il giudizio prognostico in parola in termini di preciso calcolo percentuale, ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente».

¹¹¹ Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, cit.

¹¹² Anche se utilizza sostanzialmente la mossa del ragionamento controfattuale (ipotesi del comportamento salvifico dell'amministrazione) per individuare lo spessore della chance, Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, cit., nega la validità di quello schema argomentativo in forza della riconduzione della fattispecie all'illecito commissivo (si trattava peraltro di un caso peculiare, in cui l'amministrazione resistente, per paralizzare la pretesa risarcitoria dell'attore, aveva prospettato in via postuma un'ulteriore ipotesi di azione amministrativa, a suo tempo non percorsa).

vento alla stregua di illecito. Muta solo il segno: in un caso si identifica la chance; nell'altro la causa della sua perdita.

Dopo avere stimato come rilevante probabilità la possibilità di conseguire il vantaggio nella situazione concreta, operazione che avviene sul piano del riscontro probatorio concreto (e anche valutando – e rispettando – la variabile eventuale della sussistenza di discrezionalità e di spazi di azione di cui dispone l'amministrazione)¹¹³, è difficile ipotizzare il mancato superamento della soglia del "più probabile che non" in ordine all'evento rappresentato dalla sua perdita, anche se la prima verifica è di tipo quantitativo, mentre la seconda è di indole qualitativa. In assenza del carattere multifattoriale dell'eziologia dell'evento che, giova ripetere, consiste nella sopravvenuta impossibilità di conseguire il vantaggio sperato, e in forza dell'evidenza della massima d'esperienza che governa la derivazione causale dello stesso dal comportamento dell'amministrazione (che ha tenuto un comportamento inerte o, per restare al caso della gara, ha seguito una procedura illegittima), questa valutazione parrebbe dovere essere assorbita nella precedente, come il più contiene il meno. Sotto diverso aspetto, poiché la chance è tutta interna alla narrazione rappresentata dall'azione amministrativa (esiste, si consolida o muore con essa) e poiché in quel contesto la posizione del privato dipende dall'esercizio del potere, è evidente che, una volta sfumata la chance, antecedente causale della perdita non possa che essere l'esercizio del potere, sicché il nesso sarebbe agevolmente provato in via autonoma. Per restare all'esempio sopra utilizzato: se solo la gara crea, la medesima gara casualmente distrugge.

Quanto osservato si può applicare agevolmente anche all'ipotesi di danno da ritardo, in cui il criterio di inferenza tra comportamento salvifico-ipotetico dell'amministrazione virtuosa e conseguimento del bene della vita è ancora più stringente (si v. subito *infra*) e potrebbe appunto spiegare la ragione per cui la giurisprudenza non opera una netta distinzione tra i due piani. Non è tuttavia impossibile immaginare che i due binari possano divergere: ancora pensando al danno da ritardo, si ponga mente al caso in cui intervenga un fattore che interrompe il nesso causale e che sia esterno rispetto al decorso causale ipotizzato per definire la chance, come nel caso dell'incidenza causale della mancata tempestiva impugnazione o attivazione di altri rimedi giustiziali (c.d. "rapporto di presupposizione")¹¹⁴.

¹¹³ Si pensi all'esercizio dei poteri amministrativi in sede di autotutela: a questo proposito, considera, ad esempio, il potere generale di revoca, Cons. Stato, Sez. III, 21 marzo 2018, n. 1828.

¹¹⁴ Parte della giurisprudenza richiede che la parte abbia preventivamente reagito all'inerzia impugnando il silenzio-rifiuto, in qualche modo confermando la sussistenza di un onere di preventiva attivazione in capo al soggetto che domanda il risarcimento: si v. TAR Puglia, Sez. I, 22 aprile 2016, n. 542; Cass. civ., Sez. I, 18 marzo 2016, n. 5443; TAR Lombardia, Sez. I, 12 marzo 2011, n. 35; *contra*, Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968; Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2011, n. 4639; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271. Rimane il problema se questa omissione possa incidere sull'entità del danno ai sensi dell'art. 30, c.p.a., con riferimento al c.d. "concorso colposo" della vittima *ex art.* 1227, comma 2, c.c., applicabile in forza del disposto *ex*

Il danno da ritardo, peraltro, esibisce un ulteriore carattere distintivo: qui, la prova della spettanza del bene deve superare la soglia della probabilità cruciale per avvicinarsi a quella dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”.

10. *Presenza e assenza di ipotesi alternative: “più probabile che non” e “oltre ogni ragionevole dubbio”. L'escamotage del carattere vincolato dell'azione amministrativa*

Giunti a questo punto dell'indagine, bisogna appunto approfondire il tema finora lasciato in penombra: la sussistenza di spazi per l'applicazione di una logica deduttiva e/o improntata al canone del “oltre ogni ragionevole dubbio”.

Il problema investe essenzialmente l'azione di adempimento, il danno da ritardo e l'art. 21-*octies*, l. 241/1990, nella seconda ipotesi della fattispecie (che dispensa dall'annullamento il provvedimento adottato in difetto comunicazione di avvio del procedimento se l'ente pubblico dimostra nel processo che la partecipazione non avrebbe potuto modificare la decisione assunta). La lettura più rigorosa dello standard evocato dalla disciplina imporrebbe di provare l'assenza di qualsivoglia ipotesi esplicativa alternativa.

Per meglio comprendere il punto è utile riprendere gli esiti cui ha condotto l'analisi dell'istituto dell'interdittiva antimafia. A rileggere in controluce la giurisprudenza che si è occupata dell'istituto, infatti, si possono cogliere quattro diversi scenari astratti, che si prestano a essere analizzati a gruppi di due.

Ai due estremi opposti si pongono l'ipotesi dell'infiltrazione mafiosa provata con certezza (“oltre ogni ragionevole dubbio”) e quella della mera eventualità che ciò sia accaduto (mondo della mera possibilità). Questi due scenari vanno scartati. Il secondo, perché penalizzerebbe troppo il privato. Il primo perché, da un lato, se inteso in modo assoluto, imporrebbe una prova quasi diabolica, dovendosi falsificare ogni ipotesi contraria¹¹⁵; dall'altro, se inteso in senso relativo (al di là di ogni ragionevole dubbio nel caso concreto, secondo il modello dell'ab-

art. 30, comma 3, c.p.a. (così, tra le tante, TAR Lazio, Sez. I *Bis*, 30 novembre 2018, n. 11646; TAR Trentino-Alto Adige, Trento, Sez. I, 29 giugno 2018, n. 153; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 22 aprile 2016, n. 542; TAR Marche, Sez. I, 19 marzo 2016, n. 167; TAR Liguria, Sez. II, 8 gennaio 2016, n. 4; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 26 maggio 2015, n. 1243; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2014, n. 4968; TAR Lazio, Sez. II, 20 maggio 2014, n. 5285; Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63), secondo l'orientamento interpretativo elaborato da Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3. Sui profili problematici dell'art. 30, comma 3, cit., si v. per tutti A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 213.

¹¹⁵ Risuona cioè il problema epistemologico che ha animato lo sforzo profuso da Popper al momento in cui ha impostato la critica alla teoria dell'induzione: non si può mai dimostrare in assoluto una proposizione; le ipotesi possono al più essere falsificate, ma non è immaginabile un accertamento nel suo complesso della verità, falsificando tutte le ipotesi contrarie.

duzione, che implica l'assunzione di un'ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori), richiederebbe probabilmente all'amministrazione uno sforzo istruttorio considerevole e certamente assai dispendioso.

Rimangono i modelli della rilevante probabilità (superiore a una certa percentuale) e del "più probabile che non", alla luce di ipotesi alternative. Come anticipato, il giudice amministrativo si è orientato nel senso di ritenere sufficiente il rammentato canone del "più probabile che non". Non venendo qui in evidenza alcun problema di sindacato su scelte discrezionali, la giurisprudenza dovrebbe incaricarsi di verificare dall'interno e compiutamente la coerenza delle inferenze seguite dall'Amministrazione dell'Interno, senza indugi alimentati dal (nel caso non pertinente) richiamo alla sussistenza di poteri amministrativi.

Riprendendo l'asse principale del ragionamento, rimane comunque confermato che il canone del "oltre ogni ragionevole dubbio" non può significare certezza deduttiva derivante dalla falsificazione di ogni ulteriore e ipotetica alternativa, operazione non solo defatigante in un processo (come pure, sul piano sostanziale, nel procedimento amministrativo, in cui l'azione dell'ente procedente risulterebbe oltremodo aggravata e dunque in contrasto con il disposto *ex art. 1, comma 2, l. 241/1990*), ma addirittura pressoché impossibile da portare a termine, imponendo una sorta di regressione all'infinito. Ed è forse per ovviare a queste difficoltà che l'ordinamento utilizza uno stratagemma proprio là dove sembra evocare la certezza deduttiva: con una sorta di "sostituzione" o di "presunzione assoluta", cioè, esso evoca il carattere compiutamente vincolato dell'azione, così limitando lo scrutinio giurisdizionale. Ciò sembra accadere nell'azione di adempimento e nella prima ipotesi disciplinata dall'*art. 21-octies, l. 241/1990*¹¹⁶, in tal modo proteggendo un'importante area di azione amministrativa dal pieno dispiegarsi dei canoni della logica e dal controllo sul loro rispetto. In un tale contesto pare riemergere con forza la tradizionale coppia concettuale "attività vincolata - attività discrezionale", in relazione alla quale il giudice si muove forse con maggiore sicurezza.

V'è da chiedersi se ciò rappresenti un guadagno per il cittadino e per la tutela che costituzionalmente gli è garantita. Sorge, infatti, il dubbio che si tratti piuttosto di una semplificazione decisoria a favore del giudice e, simmetricamente, una protezione dell'amministrazione, la cui decisione finisce con l'essere una sorta di allungamento d'ombra della fattispecie astratta prevista dal legislatore di cui, così opinando, ne diventa la pedissequa concretizzazione, con il risultato di met-

¹¹⁶ Invero, in tale ipotesi, non occorre fornire alcuna prova dell'identità dell'approdo («contenuto dispositivo dell'atto») alla luce di un decorso causale ipotetico caratterizzato da interferenze esterne, risultando sufficiente fornire la corretta interpretazione del quadro giuridico: ciononostante, il richiamo del carattere vincolato dell'azione costituisce uno "schermo" tranquillizzante ai fini della salvezza del provvedimento pur non rispettoso di alcune norme.

terla al riparo dal rigoroso e pregnante sindacato funzionale dell'attività amministrativa, precluso al giudice.

Una forma diversa di deviazione rispetto alle inferenze logiche, pur richiamate, si riscontra con riferimento al tema delle argomentazioni svolte dal giudice in sede cautelare. Formalmente, alla luce delle chiare indicazioni testuali ricavabili dal codice del rito amministrativo, tale fase processuale dovrebbe essere dominata da un ragionamento svolto lungo i soli binari della logica; in concreto, tuttavia, onde valutare la sussistenza dei presupposti dell'invocata misura interinale, il giudice effettua sovente una ponderazione degli interessi introdotti nel processo (tanto che pare profilarsi una valutazione per alcuni versi accostabile all'esercizio di discrezionalità¹¹⁷, quasi si trattasse di un caso di giurisdizione di merito). La conseguenza è che, ancora una volta, pare confermarsi la difficoltà di applicare in modo puro gli schemi argomentativi delle inferenze causali, che subiscono una sorta di torsione allorché entrano in contatto con il processo amministrativo.

Rimangono due ipotesi in cui, almeno a livello declamatorio, occorre dare la prova della certezza del risultato, senza potere invocare un parametro diverso: il danno da ritardo e la seconda fattispecie disciplinata dall'art. 21-*octies*, comma 2, cit.

Quanto alla prima, la scarsità di sentenze che condannano l'amministrazione per il ritardo nell'accordare un provvedimento favorevole conferma la difficoltà per il ricorrente di fornire la prova "piena, diretta e certa" della spettanza del bene. E non sembra essere un caso il fatto che la giurisprudenza si muova lungo un crinale diverso, meno assolutista e più attento alle esigenze del caso concreto¹¹⁸.

In relazione all'ipotesi di cui al secondo inciso del comma 2 dell'art. 21-*octies*, cit., la giurisprudenza giunge in soccorso dell'amministrazione a cui, secondo il chiaro disposto di legge, spetta la prova della verità dell'enunciato finale che sottrae l'atto all'annullamento: il contenuto decisorio non avrebbe potuto essere differente. Difatti, come visto, il privato non può limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio (pena l'inammissibilità del motivo), ma deve anche indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione, con l'ulteriore aggravio consistente nella necessità di prospettare elementi «che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento sostanziale e non anche nel processo davanti al giudice»¹¹⁹. Sol tanto a quel punto l'amministrazione dovrà dimostrare l'indifferenza dell'assenza di quegli elementi nella formazione del provvedimento. Ebbene, mediante l'introduzione di un onere a carico del privato, si viene a restringere il campo di inda-

¹¹⁷ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 963 ss.

¹¹⁸ Si v. il percorso logico-argomentativo proposto da Cons. Stato, Ad, plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

¹¹⁹ Cons. Stato, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310.

gine, permettendo il passaggio dallo scenario della “falsificabilità” di ogni ipotesi astratta alternativa a quello che richiede la prova in concreto della ragionevolezza, appunto “oltre il più probabile che non” (come si è proposto), dell'irrelevanza dell'apporto partecipativo della parte. Un esito di non poco conto sul piano della prassi operativa della norma, che per quanto consegue al comprensibile intento di non affliggere l'amministrazione della già menzionata *probatio diabolica* (si v. *supra*, paragrafo 5), finisce in buona sostanza con il rinnegare il senso stesso della disposizione, comportando «sicuramente una notevole perdita di tutela per il titolare di interessi legittimi oppositivi»¹²⁰.

Un ultimo interrogativo va affrontato. Ci si chiede se esista eventualmente una ragione diversa, costituita dalla “posta in gioco”, che giustifichi la differente intensità dei canoni di inferenza logica nelle varie situazioni e qualche ritrosia del giudice nell'applicarli e/o controllarne l'impiego¹²¹. Si pensi all'interdittiva prefettizia e all'esigenza di combattere la criminalità organizzata che potrebbe spiegare la sufficienza del canone del “più probabile che non”; oppure, nel caso di danno da ritardo, alla necessità di non gravare eccessivamente sulle casse pubbliche. Si tratta di un discorso difficile da sviluppare, anche perché esibisce la tipica ambiguità dei ragionamenti a doppio taglio, nel senso che, per limitarsi all'interdittiva, affermare che il modello di inferenza seguito è plasmato sulle finalità perseguite dalla disciplina della materia e con il contesto che ne ha determinato l'adozione, appare argomentazione del tutto aliena dal necessario rispetto dei fondamentali principi costituzionali, vista la notevolissima incidenza di questo istituto sulle libertà fondamentali dell'individuo¹²². A ben vedere, in senso diametralmente opposto, emergono allora ragioni di diritto positivo che suggerirebbero addirittura di invocare un uso più sorvegliato dell'istituto e, dunque, un sindacato assai stringente sulla “logica” applicata dall'amministrazione, così da salvaguardare le garanzie di protezione dei diritti dei privati.

In ogni caso, e conclusivamente, a proposito di garanzie a presidio del corretto uso della logica, soprattutto quando essa venga applicata per la prima volta nel corso del processo, è irrinunciabile che il giudice adempia scrupolosamente

¹²⁰ F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult., e 21-octies, comma 2, l. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2300, il quale in modo assai penetrante conclude le sue riflessioni osservando che «Sarà il tempo a dire se le più recenti scelte legislative – intese a subordinare, in vario modo, le garanzie partecipative riconosciute al cittadino dall'originaria l. n. 241 del 1990 a considerazioni di tipo finalistico – siano state, in certo senso, rese necessarie dall'esigenza di rendere davvero efficiente ed economico l'agire amministrativo ovvero mirino, piuttosto, a mantenere in capo alla pubblica amministrazione quella posizione di supremazia che la legge stessa cercava di superare».

¹²¹ Sul punto, in generale, G. Tuzet, *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*, cit.

¹²² Sulla problematiche relative all'aderenza dell'istituto ai principi costituzionali, si v. F. Saitta, *Informativa antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. appalti*, 2014, 425 ss. Sul problema dell'applicazione del diritto inteso alla stregua di rapporto tra norma e caso colto nell'alveo della ricerca del miglior diritto possibile, si v. le riflessioni di T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, cit., spec. 194 ss.

al dovere di motivare gli atti processuali, secondo il principio posto dall'art. 111, Cost., recepito, in generale, dall'art. 3, comma 1, c.p.a., e, nel dettaglio, dagli artt. 55, commi 9 e 10; 56, comma 2; 74; 88, comma 2, lett. d); 99, comma 3; 120, comma 8 *ter*; 129, comma 6 del medesimo codice¹²³.

¹²³ Angusto, invece, pare lo spazio a favore dell'applicazione della disposizione di cui all'art. 73, c.p.a., posto che essa concerne (non già singole inferenze, bensì) "fatti" sostanziali o processuali (modificativi, impeditivi o estintivi) idonei *ex se* a decidere la lite: sul punto, si v. Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2015, n. 3065. Con specifico riferimento alle inferenze logiche attinenti alla ricostruzione del quadro probatorio, si v. M. Taruffo, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit. Sulla motivazione delle decisioni del giudice amministrativo, da ultimo, F. Francario, *Principio di sinteticità e processo amministrativo. Il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 129 ss.; M. Luciani, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, *ibidem*, 36 ss.; C. Rasia, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 204 ss. Sulla motivazione della sentenza in forma semplificata, si v. le riflessioni di A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 277 s., il quale osserva che «La previsione di una motivazione sintetica incide sull'ampiezza delle argomentazioni del giudice, ma non toglie nulla all'esigenza della loro adeguatezza rispetto alla domanda e alla decisione» (278).

Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico

Il lavoro analizza il ricorso all'inferenza logica, che viene studiata nelle sue diverse tipologie e nelle implicazioni sul grado di protezione delle situazioni soggettive. Muovendo da istituti di diritto sostanziale e processuale di diritto positivo, vengono trattate le diverse regole di inferenza ("più probabile che non", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio"), unitamente alle loro implicazioni in termini di tutela, tenendo conto delle più tradizionali categorie concettuali del diritto amministrativo (discrezionalità/vincolatezza – interesse legittimo/diritto soggettivo ecc.).

The administrative judge and logical inference: "more likely than not" and "beyond", "relevant probability" and "beyond all reasonable doubt". Argumentative paradigms and relevance of public interest

The work analyses the use of logical inference, which is studied here in its various typologies and in the implications on the degree of protection offered to subjective situations. Starting out from institutes of substantial and trial law of positive law, the various rules of inference are examined ("more likely than not", "relevant probability" and "beyond all reasonable doubt"), coupled with their implications in terms of protection, bearing in mind the more traditional conceptual categories of administrative law (discretionality/boundness – legitimate interest/subjective law etc.).

