



Diritto e Processo Amministrativo" class="voce">

La risarcibilità del danno da perdita di chance (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268).

di Ilaria Genuessi

15 dicembre 2021

La risarcibilità del danno da perdita di chance (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268)

di Ilaria Genuessi

Sommario: 1. Il caso di specie. – 2. La questione di diritto. – 3. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale frutto di una lenta evoluzione interpretativa. – 3.1. Cenni sull'affermazione della risarcibilità della *chance* nell'ambito del diritto privato. – 3.2. Il percorso verso la risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo alla luce della nozione di interesse legittimo e della tutela mediata del bene della vita. – 3.3. Gli approdi giurisprudenziali più recenti. – 4. La ricostruzione interpretativa del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento. – 5. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il caso di specie.

La questione presa in esame dal Consiglio di Stato nella pronuncia che si annota si pone come particolarmente articolata in ragione di una serie di aspetti, tra i quali, certamente, la stessa complessità della tematica oggetto della vicenda, ovvero l'affidamento della gestione del servizio di trasporto pubblico locale.

Tale ambito, infatti, come noto, è stato interessato da profondi mutamenti nel corso del tempo, così come da evidenti e persistenti criticità, come rilevato, peraltro, nella medesima pronuncia in commento [\[i\]](#).

In tal senso, incide in misura rilevante la stratificazione normativa registratasi a proposito dello specifico servizio pubblico locale in questione, generatasi anche in conseguenza della presenza di diversi attori sul piano dell'individuazione della disciplina: nel caso di specie, in particolare, non soltanto il legislatore europeo e nazionale, ma altresì le ulteriori previsioni normative dettate, con riguardo al trasporto pubblico locale, dalla Regione Autonoma Trentino-Alto Adige e, ancora, in relazione alla fattispecie in esame, dalla Provincia autonoma di Bolzano, in ragione della competenza primaria in materia di trasporto di interesse provinciale riservata dallo Statuto Speciale per il Trentino-Alto Adige alla suddetta Provincia autonoma [\[ii\]](#).

Si ritiene, dunque, preliminarmente, di dover prendere in esame e ricostruire con precisione i principali passaggi, in fatto, della vicenda.

Il primo grado di giudizio, in particolare, aveva ad oggetto l'impugnazione, ad opera di un consorzio stabile operante sul territorio della Provincia autonoma di Bolzano nel settore del trasporto pubblico, della deliberazione della Giunta provinciale recante ulteriore proroga, peraltro in prossimità della scadenza di seconda proroga già disposta, del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano, in favore dei due operatori economici già concessionari del servizio dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso.

Mediante il ricorso, in particolare, si chiedeva l'annullamento dei provvedimenti impugnati, oltre che la dichiarazione di inefficacia della predetta proroga, ex art. 121 c.p.a. e, in aggiunta, la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno per perdita di *chance*, questione peraltro trattata ampiamente nella parte in diritto della pronuncia e, di conseguenza, fulcro della presente nota.

Avverso la medesima delibera impugnata, peraltro, proponeva ricorso in ottemperanza, a valere anche quale ricorso di legittimità, uno dei concessionari predetti (ricorso peraltro pendente dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Bolzano).

Ebbene, con sentenza non definitiva n. 43 del 2021, il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Bolzano si pronunciava respingendo le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Amministrazione locale e dai controinteressati e accogliendo la domanda di annullamento della delibera provinciale di proroga tecnica delle concessioni in essere impugnata, inquadrando la medesima quale atto illegittimo nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 121, comma 1, lett.

b), c.p.a.

La stessa sentenza, tuttavia, respingeva la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, nello specifico in ragione della rilevata sussistenza di esigenze imperative connesse alla necessaria garanzia di continuità del servizio pubblico essenziale in questione e, per quel che rileva nella presente sede, respingeva altresì la domanda risarcitoria formulata, fondando il rigetto sull'argomentazione per cui la domanda sarebbe stata proposta sulla base dello "erroneo presupposto" che l'amministrazione avrebbe dovuto esperire gara pubblica, anziché disporre una proroga della concessione ed altresì in considerazione del fatto che il consorzio non sarebbe stato in grado di dimostrare che, laddove l'amministrazione avesse affidato il servizio adottando misure eccezionali, quali l'affidamento diretto, lo stesso sarebbe risultato aggiudicatario con elevato grado di probabilità.

Mediante la successiva sentenza n. 77/2021, inoltre, sempre il giudice di prime cure, nell'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123, comma 1, c.p.a., disponeva – ritenuta la limitata estensione temporale delle concessioni illegittimamente prorogate – la riduzione delle stesse nella misura minima e riteneva di non irrogare la sanzione pecuniaria *ex art. 123, comma 1, lett. a) c.p.a.*

Avverso la pronuncia proponevano appello i due concessionari interessati dalla illegittima proroga e promuoveva altresì appello incidentale lo stesso consorzio (peraltro nei confronti di entrambe le sentenze menzionate n. 43 e n. 77/2021) con riguardo alle statuzioni che lo avevano visto soccombente, tra le quali lo stesso disconoscimento del diritto del consorzio medesimo al risarcimento del danno per perdita di *chance*.

La stessa Provincia coinvolta si costituiva in giudizio sostenendo nondimeno l'insussistenza da parte del consorzio del preteso danno da perdita di *chance*.

2. La questione di diritto.

Uno dei due soggetti già concessionari in relazione al servizio di trasporto pubblico nell'ambito della Provincia Autonoma di Bolzano proponeva appello avanti al Consiglio di Stato contestando il contenuto delle due menzionate pronunce di primo grado con riferimento ad una serie di passaggi riferiti alla illegittimità della disposta proroga delle concessioni in essere e deducendo in particolare che la proroga avrebbe dovuto essere ritenuta legittima, trovando una conferma nella stessa regolamentazione della materia di derivazione europea.

Sotto altro profilo, si censurava, altresì, l'appellata sentenza non definitiva di primo grado nella parte in cui rilevava che la sussistenza dei requisiti di ordine generale propri degli operatori economici affidatari dovesse essere verificata ad opera dell'amministrazione affidante, anche nelle ipotesi di proroga o rinnovo contrattuale.

Nel contempo, uno dei concessionari appellanti chiedeva fosse disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE della questione circa la compatibilità di un sistema interno ostativo alla reiterabilità delle proroghe di durata inferiore al biennio, con l'art. 5, comma 5 del Regolamento UE n. 1370/2007.

Ulteriori argomentazioni in diritto venivano impiegate dall'altro concessionario, proponente autonomo appello avverso le due sentenze del Tribunale di Giustizia Amministrativa di Bolzano, il quale evidenziava, in particolare, come la proroga disposta in favore dei gestori attuali avrebbe dovuto essere giudicata perfettamente coerente con il – pur peculiare – quadro normativo (europeo, ma anche regionale e provinciale) di riferimento.

Particolarmente rilevanti appaiono, dunque, le diverse questioni di diritto trattate dalla pronuncia del Consiglio di Stato oggetto della presente annotazione, la quale presenta una consistente parte in diritto nell'ambito della quale il Supremo Consesso amministrativo espone diverse e articolate ragioni per le quali entrambi gli appelli principali degli attuali concessionari debbano essere respinti.

Così, si destituisce di fondamento la tesi della “ultra-vigenza” dei rapporti concessori originari; si evidenzia la violazione della normativa di emanazione europea sull'argomento, oltre che della norma di diritto interno, di cui all'art. 23 della legge provinciale n. 15/2015 e, da ultimo, non si ritiene neppure applicabile al caso di specie l'art. 92, comma 4-ter, d.l. 18/2020, recante disciplina peculiare in merito alle procedure in corso, in conseguenza della pandemia da Covid-19.

Tutte le suddette pur rilevanti ragioni di censura formulate dagli appellanti e le argomentazioni proprie della pronuncia in esame, tuttavia, non possono porsi quale oggetto di più estesa trattazione, ritenuto che la stessa sentenza del Consiglio di Stato si sofferma altrettanto diffusamente su altro aspetto oggetto del secondo motivo di ricorso incidentale del consorzio e, di conseguenza, fulcro della presente disamina.

Il consorzio, infatti, mediante ricorso incidentale in appello – come accennato – censurava lo specifico capo della sentenza di primo grado laddove i giudici avevano respinto la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance*, rilevando come la Provincia mediante il suo operato gli avesse di fatto impedito di concorrere per l'affidamento della concessione in oggetto

mediante l'impiego dei moduli propri dell'evidenza pubblica.

Nel dettaglio, il giudice di prime cure, nel caso sottoposto alla sua attenzione, aveva ritenuto preclusa la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* a causa del rilievo, ritenuto assorbente, per cui il consorzio non sarebbe stato in grado di dimostrare di avere perduto, quale diretta conseguenza dell'illegittima proroga dei servizi in favore dei concessionari uscenti, un'occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio.

In altri termini, il solo fatto di operare nel settore del trasporto pubblico di linea a livello locale – secondo il giudice di prime cure – rappresenterebbe un dato privo di rilevanza posto che, se l'amministrazione avesse affidato il servizio impiegando una delle misure eccezionali, quale l'affidamento diretto, avrebbe potuto rivolgersi a tutti gli operatori economici del settore, non necessariamente a quelli presenti a livello locale.

Il consorzio ricorrente non avrebbe cioè dimostrato di poter risultare aggiudicatario, con un elevato grado di probabilità: avrebbe avuto soltanto una “mera possibilità” di aggiudicazione, con la conseguente configurazione di un danno solo ipotetico, in quanto tale non meritevole di reintegrazione in sede di giudizio, poiché – secondo quanto asserito dal giudice di primo grado – “non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto”.

Aspetto di rilevanza e meritevole di attenzione, pertanto, appare quello per cui il Consiglio di Stato, nell'ambito della pronuncia di appello in commento, ha ritenuto erronea la suddetta statuizione del giudice di primo grado, disponendo conseguentemente la liquidazione, in via equitativa, del medesimo danno da perdita di *chance*.

Di particolare interesse poi le argomentazioni sulla base delle quali i giudici del Consiglio di Stato nella pronuncia in questione sono giunti a riconoscere la sussistenza di tale suddetto danno, dettando le coordinate generali al fine della sua risarcibilità.

La questione si ritiene possa essere presa in esame, anzitutto, a partire dagli orientamenti giurisprudenziali che progressivamente si sono affermati in merito al pregiudizio, meritevole di risarcimento, consistente nella perdita di *chance*.

3. La risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale frutto di una lenta evoluzione interpretativa.

È lo stesso Consiglio di Stato, nell'ambito della pronuncia in commento, a porre in evidenza come il riconoscimento della risarcibilità della perdita di *chance* si ponga quale esito di “una lenta evoluzione interpretativa”.

Nel dettaglio, si tratterebbe di una figura elaborata allo scopo di trasferire sul piano delle situazioni giuridiche soggettive e, dunque, del danno ingiusto, una questione problematica concernente la causalità incerta e, in particolare, le fattispecie in cui non risulti possibile accettare, in senso astratto ed in termini oggettivi, se un determinato esito vantaggioso – in favore di chi invoca il medesimo – si sarebbe o meno verificato senza l'ingerenza illecita del danneggiante.

Come rammentato nella pronuncia in esame, cioè, al fine di superare lo stallo della “deficienza cognitiva del processo eziologico”, sarebbe stata operata la predetta “traslazione”, facendo pertanto assurgere a bene giuridico “autonomo” lo stesso “sacrificio della ‘possibilità’ di conseguire il risultato finale”[\[iii\]](#).

3.1. Cenni sull'affermazione della risarcibilità della *chance* nell'ambito del diritto privato.

Orbene, nell'ambito del diritto privato il danno da perdita di *chance* è stato preso in esame dalla giurisprudenza[\[iv\]](#) e dalla stessa dottrina[\[v\]](#) ed in senso generale le ipotesi in cui più frequentemente tale danno è stato nel tempo riconosciuto riguardano la responsabilità medica, rispetto alla mancata attivazione di una cura, ovvero di un intervento sanitario, il cui esito sarebbe stato, tuttavia, incerto.

In tale ambito, pur a fronte delle posizioni che intendevano inizialmente la *chance* quale mero interesse di fatto, si è fatta strada nella giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione l'idea circa la risarcibilità del danno in caso nell'ipotesi di mera perdita di *chance*[\[vi\]](#).

Il *leading case* in tema di perdita di *chance* pare rappresentato dalla nota sentenza del Pretore di Roma del 27 marzo 1977, concernente la mancata sottoposizione di alcuni autisti, avviati dall'ufficio di collocamento ad una società privata di trasporti, in base a richiesta numerica di quest'ultima, alle prove di cultura elementare e di guida dal cui – anche solo probabile – superamento sarebbe derivata l'assunzione al lavoro.

Nell'ambito di tale storica pronuncia la *chance* viene intesa quale utilità economicamente valutabile, situazione fonte di reddito non certo, ma probabile e la responsabilità da perdita di *chance* è riportata all'ambito della responsabilità contrattuale, nel senso che la perdita dell'occasione favorevole deve essere conseguenza immediata e diretta del comportamento del debitore, presentandosi come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento secondo il principio della regolarità causale.

Dagli anni Ottanta del secolo scorso la Suprema Corte, poi, perlopiù nell'ambito lavoristico, ritiene risarcibile tale posta di danno, intendendo la *chance* quale probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni ed esplicitando il principio di diritto per cui, ai fini della dimostrazione del verificarsi di un danno certo, consistente nella perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, sia sufficiente per il soggetto danneggiato provare che la possibilità sia superiore al cinquanta per cento[vii].

Attorno alla natura giuridica della *chance*, peraltro, sono emerse diverse tesi interpretative di fatto riconducibili da un lato a quella c.d. “eziologica”, che riporta l’istituto all’ambito del “lucro cessante” e, dall’altro, la tesi “ontologica”, che intende la *chance* quale “danno emergente”.

Nel primo caso, in particolare, si ritiene che la *chance* non possa essere qualificata quale bene autonomo e nemmeno quale entità a sé stante, ma unicamente quale vantaggio che discende dal bene oggetto di una situazione giuridica soggettiva tutelata, determinante peraltro a carico del danneggiato l’onere probatorio circa il sicuro raggiungimento del risultato favorevole, ovvero del nesso di causalità e della ragionevole probabilità della sua verificazione, in base a circostanze certe e allegate[viii].

Nel secondo, invece, la *chance* è intesa come bene giuridico, presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, determinante una perdita in caso di sua lesione, con la conseguenza per cui il danneggiato dovrebbe provare unicamente la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato [ix].

Di recente, nell’ambito civilistico, una estesa trattazione dell’istituto in questione è stata condotta dalla medesima giurisprudenza della Suprema Corte, rispetto all’ambito della responsabilità sanitaria, nell’ambito della pronuncia della Sezione Terza n. 28993/2019, ove i giudici hanno rilevato, in particolare, un “duplice paralogismo che ha accompagnato l’evoluzione storica della teoria della *chance perduta*”, concretizzatosi, da un lato, nella ricostruzione dei suoi tratti caratterizzanti in termini di danno patrimoniale e, dall’altro, nell’averne sovrapposto uno degli elementi essenziali della fattispecie dell’illecito, il nesso causale, con il suo oggetto (ossia il sacrificio della possibilità di un risultato migliore) “tanto da indurre autorevole dottrina a contestarne in radice la legittimità della sua stessa esistenza e della relativa teorizzazione”[x].

Nell’ambito di tale lucida analisi i giudici hanno altresì esplicitato come la *chance* “patrimoniale” presenti, in apparenza, “le stimmate dell’interesse pretensivo (mutuando tale figura dalla dottrina amministrativa, sia pur soltanto in parte qua, attese le evidenti differenze morfologiche

tra l'interesse legittimo e la *chance*: mentre il primo incarna l'aspirazione - e la pretesa - alla legittimità dell'azione amministrativa e preesiste, dunque, all'azione amministrativa stessa, la *chance* viene in rilievo quando essa è stata perduta e cioè quando l'attività amministrativa, ormai esauritasi, è irrimediabilmente viziata e il vizio ha cagionato un danno risarcibile), e cioè postula la preesistenza di una situazione "positiva", i.e. di un *quid su cui* andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa”[\[xi\]](#).

La summenzionata pronuncia appare degna di nota in quanto avrebbe evidenziato, quantomeno nell'ambito civile, un ulteriore – a detta dei giudici – ragionamento fallace in cui incorre la giurisprudenza di legittimità e di merito, oltre che parte della dottrina, fondato sulla contrazione degli elementi “destinati ad integrare diaconicamente la fattispecie dell'illecito” [\[xii\]](#).

La *chance*, come delineata in tale pronuncia dei giudici di legittimità, si sostanzierebbe pertanto “nell'incertezza del risultato, la cui "perdita", ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato. Tale evento di danno sarà risarcibile a seguito della lesione di una situazione soggettiva rilevante, che pur sempre attiene al "bene salute", sempre che esso sia stato allegato e (...) provato in giudizio nella sua già ricordata dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza, e non già soltanto in base alla pura e semplice relazione causale tra condotta ed evento, in guisa di danno *in re ipsa*”.

3.2. Il percorso verso la risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo alla luce della nozione di interesse legittimo e della tutela mediata del bene della vita.

Nell'ambito del diritto privato, come evidenziato, la perdita di *chance* – istituto a matrice essenzialmente giurisprudenziale, alla luce del silenzio normativo sull'istituto – ha avuto e pare abbia quale modello teorico di riferimento il danno patrimoniale, pur nel dibattito circa la sua forma di danno emergente, ovvero di lucro cessante.

Certamente peculiare appare invece il percorso evolutivo circa la risarcibilità del danno di cui trattasi nel settore del diritto amministrativo, ove la lesione della *chance* è stata impiegata allo scopo di riconoscere una qualche tutela – seppur per equivalente – a fronte delle aspettative deluse in conseguenza dell'illegittimo espletamento, od anche mancato espletamento, di un procedimento amministrativo[\[xiii\]](#).

Appare chiaro come nelle ipotesi di attività amministrativa caratterizzata da ampia discrezionalità, infatti, l'esito di un giudizio prognostico risulti necessariamente incerto, ragione per cui la stessa giurisprudenza amministrativa ha cominciato ad utilizzare la tecnica risarcitoria della c.d. *chance*[\[xiv\]](#).

Proprio nel diritto amministrativo, ad ogni modo, la figura della *chance* ed il suo risarcimento, impiegati perlopiù con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, hanno da subito mostrato diversi aspetti problematici, certamente connessi alle specificità proprie del diritto amministrativo stesso[\[xv\]](#).

In dettaglio, si può affermare che l'esordio del dibattito sulla risarcibilità del danno da perdita di *chance* possa essere ricondotto alla storica pronuncia delle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione n. 500 del 1999 mediante la quale, agli effetti della risarcibilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si è esplicitato dovesse ritenersi "ingiusto" il danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione, lesivo di interessi giuridicamente tutelati, in quanto tali comunque presi in considerazione da una norma di protezione anche a fini diversi da quelli risarcitori, quale che sia la qualificazione formale di detti interessi e al di là della strutturazione quali diritti soggettivi perfetti[\[xvi\]](#).

Mediante tale statuizione, in altri termini, si è ritenuto ammissibile il risarcimento della stessa posizione giuridica soggettiva corrispondente all'interesse legittimo, sebbene con la precisazione per cui non si possa approdare ad una indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale, bensì si possa pervenire al risarcimento soltanto ove l'attività illegittima della P.A. abbia determinato "la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo"[\[xvii\]](#).

Uno dei principali profili problematici ed oggetto di ampio dibattito nell'ambito del diritto amministrativo, dunque, a far data dalla suddetta storica pronuncia delle sezioni unite, è stato quello concernente l'ammissibilità del risarcimento del danno da *chance* perduta in relazione alla posizione giuridica di interesse legittimo[\[xviii\]](#).

Così, sempre nel settore del diritto amministrativo, pronuncia di estrema rilevanza sul tema appare Consiglio di Stato n. 686/2002, sentenza nella quale i giudici hanno rilevato che laddove si dovesse adottare la ricostruzione di cui alla citata pronuncia del Pretore di Roma 27 marzo 1977, ove la perdita di *chance* veniva riportata alla responsabilità contrattuale, il relativo danno non sarebbe invocabile in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, dovendosi ritenere “*ius positum* che la risarcibilità dell’interesse legittimo è da riportare alla clausola generale di cui all’art. 2043 cod. civ. (Cass. Sez. Un. n. 500/1999) pur essendo stati ipotizzati in dottrina anche percorsi ricostruttivi differenti della responsabilità da interesse legittimo (come responsabilità da “contatto sociale” e quindi “contrattuale”)”[\[xix\]](#).

La rilevante statuizione sul tema cui è approdato il Collegio è, dunque, quella per cui “in realtà non può dirsi che la responsabilità da perdita di *chance* venga in rilievo solo nell’ambito della responsabilità contrattuale”, non essendo la qualificazione della responsabilità come contrattuale a determinare la risarcibilità della *chance*, quanto “il verificarsi di presupposti significativi per il raggiungimento del risultato sperato”[\[xx\]](#).

Richiamando l’antecedente pronuncia della Corte di Cassazione n. 6506/1985, inoltre, il Consiglio di Stato ha precisato in tale sede come la possibilità di conseguire il risultato utile, per avere la concretezza rammentata, presupponga la sussistenza di una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento, posto che, in caso contrario, diverrebbero risarcibili anche mere possibilità statisticamente non significative.

In particolare, la concretezza della probabilità, secondo quanto affermato dai giudici del Supremo Consesso amministrativo, dovrebbe essere statisticamente valutabile mediante un giudizio sintetico che ammetta – con giudizio prognostico *ex ante*, secondo l’*id quod plerumque accidit*, sulla base degli elementi di fatto forniti dal danneggiato – che il pericolo di non verificazione dell’evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al cinquanta per cento.

Del resto, in senso generale, non soltanto appare difficoltoso ricondurre la *chance* nell’ambito di una precisa categoria di danni risarcibili, trattandosi in definitiva di una possibilità, in quanto tale connotata da un evidente margine di aleatorietà, ma l’elemento foriero di incertezze, in aggiunta, pare quello della precisa perimetrazione degli stessi presupposti fondanti la *chance*.

A conferma della problematicità della questione, di seguito, si sono registrate nel tempo diverse opinioni nell’ambito della giurisprudenza amministrativa, così come della dottrina[\[xxi\]](#), peraltro sviluppatesi attorno a due principali correnti interpretative: l’una favorevole al risarcimento

della *chance* perduta, a prescindere dalla verifica circa le probabilità di successo, ritenendo dunque elemento sufficiente ai fini del risarcimento quello della perdita dell'astratta possibilità di conseguire un bene della vita, negato in conseguenza di atti illegittimi dell'amministrazione e l'altra volta a richiedere, ai fini risarcitorii, una prova della sussistenza di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita, nel caso concreto [\[xxii\]](#).

Alla luce del rammentato contrasto presente nell'ambito della giurisprudenza amministrativa sul punto, la specifica questione circa l'opzione tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica", con riferimento al problema dell'astratta risarcibilità della *chance* è anche recentemente risultata oggetto di rimessione alla stessa Adunanza plenaria ad opera della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con specifico riguardo alla materia dei contratti pubblici [\[xxiii\]](#).

Quest'ultima, tuttavia, ha ritenuto la questione non potesse essere utilmente esaminata nell'ambito della controversia, ravvisandosi l'opportunità di restituire gli atti alla Sezione, osservando in particolare come le affermazioni contenute nella sentenza non definitiva della Sezione in ordine alla sussistenza del nesso di causalità ed alla consistenza della *chance* di aggiudicazione – nel caso di specie calcolata secondo una percentuale correlata al numero dei potenziali concorrenti di una gara virtuale – avrebbe implicato l'utilizzazione di un metodo di accertamento dell'illecito e di liquidazione del danno, la cui correttezza avrebbe potuto apparire strettamente correlata ai quesiti prospettati sulla ricostruzione dell'illecito e sulle conseguenze sull'esistenza e sulla liquidazione del danno da perdita di *chance*; quesiti, peraltro, giudicati nella pronuncia “risolvibili in astratto anche attraverso l'individuazione di percorsi ricostruttivi alternativi ovvero intermedi e comunque eclettici rispetto alla dicotomia tra "teoria ontologica" e "teoria eziologica"” [\[xxiv\]](#).

Così, di seguito, un filone giurisprudenziale ha definito la perdita di *chance* quale danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile, differenziandosi dal "danno futuro", ma con il venir meno della possibilità di conseguire il risultato stesso; possibilità che, per configurare una fattispecie di pregiudizio giudizialmente risarcibile, dovrebbe risultare statisticamente rilevante, ovverosia manifestarsi quale rilevante probabilità di raggiungimento del risultato sperato, con la conseguente necessità di distinguere fra la effettiva "probabilità di riuscita" (che dà vita a una fattispecie di *chance* risarcibile) e la mera "possibilità di conseguire l'utile cui si ambisce" (contrariamente, costituente ipotesi non risarcibile in via giudiziale) [\[xxv\]](#).

D'altra parte, tuttavia, rispetto a tale orientamento sono sorte numerose critiche volte a sconfessare tale tesi, perlopiù nell'ambito del formante dottrinale, le quali hanno ritenuto tale

configurazione del danno da perdita di *chance*, quale danno attuale, incompatibile con gli stessi principi governanti l'azione amministrativa, ritenuto che l'attualità non potrebbe ritenersi insita nella *chance*, poiché dipenderebbe dall'esercizio del potere amministrativo [xxvi].

In senso generale, cioè, sono state prospettate difficoltà rispetto alla stessa configurazione della *chance* quale interesse meritevole di tutela, posto che la meritevolezza del predicato interesse dovrebbe ad ogni modo interfacciarsi con la legittimità dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione pubblica [xxvii].

Tali critiche sono state avanzate, in particolar modo, con riferimento all'ambito dei contratti pubblici e, ad ogni modo, rispetto alle fattispecie caratterizzate dall'esercizio di un potere amministrativo con ampia discrezionalità, laddove si porrebbero rilevanti problematiche in termini di qualificazione della *chance* quale ipotesi di danno risarcibile poiché facente parte del patrimonio del concorrente: in tal caso, infatti, le valutazioni dell'amministrazione e così delle stazioni appaltanti dovrebbero ritenersi insindacabili, anche in punto di spettanza del bene, cosicchè in caso di giudizio prognostico, richiesto dal meccanismo risarcitorio della *chance*, il giudice amministrativo andrebbe di fatto a sostituirsi all'autorità, superando la riserva del potere amministrativo [xxviii].

La stessa giurisprudenza in ambito europeo, nel campo del diritto amministrativo e in particolare rispetto alle procedure ad evidenza pubblica al fine della tutela della concorrenza, ha riconosciuto la risarcibilità del danno da perdita di *chance* quale mancata opportunità di conseguire il bene della vita, in presenza, tuttavia, di precisi presupposti configuranti il danno in questione, tra i quali il nesso di causalità evidente tra condotta illecita del soggetto agente e conseguente evento di danno [xxix].

3.3. Gli approdi giurisprudenziali più recenti.

In termini generali la giurisprudenza amministrativa è approdata, in tempi recenti, perlopiù nell'ambito della contrattualistica pubblica, al riconoscimento del risarcimento del danno da perdita di *chance* quale schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica, come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, in quanto partecipante e per ciò solo, si può ritenere portatore di un'astratta e potenziale *chance* di aggiudicarsi il contratto [xxx].

Nel dettaglio, in tale ambito operativo, si è riconosciuta la risarcibilità del danno da perdita di *chance* in relazione alla fattispecie concreta del mancato espletamento di una procedura

competitiva, anche in conseguenza dell'accertato illegittimo affidamento diretto di un contratto d'appalto^[xxxii], ovvero nell'ipotesi in cui l'unico esito possibile dell'annullamento degli atti di gara sia l'aggiudicazione in favore dell'operatore economico vittorioso in giudizio, con la conseguenza per cui, ove non sia praticabile il risarcimento in forma specifica, si ritiene dovuto il danno c.d. "da aggiudicazione illegittima"^[xxxiii].

In tempi più recenti, in particolare, l'orientamento prevalente nell'ambito della giurisprudenza amministrativa è giunto ad affermare la risarcibilità della *chance* condizionando la stessa ad un preciso presupposto, ossia la sussistenza di una rilevante probabilità del risultato utile, che sia stata vanificata dall'agire illegittimo dell'amministrazione; tale orientamento ha introdotto una sorta di necessaria "misurazione" della probabilità, la quale – si è affermato – non possa identificarsi nella semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, ma debba consistere nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura nella prova certa di una probabilità di successo, almeno pari al cinquanta per cento^[xxxiv].

In termini generali, dunque, il danno da perdita di *chance* è oggi ritenuto risarcibile ad opera della giurisprudenza amministrativa, pronunciatasi di recente non soltanto con riferimento all'ambito della contrattualistica pubblica, bensì anche in relazione ad altri campi quale quello del pubblico impiego privatizzato, peraltro sulla base dei suddetti presupposti.

In proposito, in particolare, si è recentemente evidenziato come in materia di pubblico impiego privatizzato, il danno risarcibile di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, non derivi dalla mancata conversione del rapporto, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte dell'amministrazione, configurabile come perdita di *chance* di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c.^[xxxiv].

Ultimamente sulla specifica questione, a lungo oggetto di ampio dibattito in giurisprudenza, così come in dottrina – come evidenziato – si è espressa nuovamente la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato precisando come nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento ponga problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura decisamente maggiore rispetto al danno emergente; infatti, "a differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il

guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui”.

Proprio in questo ambito, pertanto, sarebbe sorta la tematica in esame concernente la risarcibilità della *chance*, tuttavia, ritenuta ormai sia dalla giurisprudenza civile sia da quella amministrativa – come posto in evidenza proprio nella pronuncia della plenaria in questione – “una posizione giuridica autonomamente tutelabile – morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole (e in ciò distinta dall’elemento causale dell’illecito, da accertarsi preliminarmente e indipendentemente da essa) – purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata e nella quale può quindi essere ricondotta la pretesa risarcitoria connessa al regime tariffario incentivante di cui la società ricorrente chiede il ristoro per equivalente”[\[xxxv\]](#).

In termini di tecnica risarcitoria, inoltre, ai fini della risarcibilità del danno da perdita di *chance*, il prevalente orientamento nell’ambito della giurisprudenza amministrativa pare ritenga oggi configurabile l’accesso al risarcimento per equivalente solo laddove la *chance* abbia effettivamente raggiunto un’apprezzabile consistenza, condensata nel concetto di “probabilità seria e concreta”, ovvero di “elevata probabilità” di conseguire il bene della vita sperato.

Così, trattando dell’onere probatorio, ai fini dell’accoglimento della domanda di risarcimento, si esigerebbe sia fornita la prova, anche soltanto presuntiva, circa l’esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, sebbene non di mera potenzialità, l’esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile[\[xxxvi\]](#).

4. La ricostruzione interpretativa del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

La pronuncia in commento, alla luce di quanto sopra esposto, si colloca certamente nell’ambito dell’analizzato percorso interpretativo della stessa giurisprudenza amministrativa a proposito della risarcibilità del danno da perdita di *chance* – come evidenziato – faticosamente affermatosi proprio nell’ambito del diritto amministrativo e, di seguito, riconosciuto soprattutto in relazione all’ambito delle procedure ad evidenza pubblica, oltre che, di recente, in ulteriori ambiti quali il pubblico impiego privatizzato, ovvero la mancata nomina ad incarichi direttivi[\[xxxvii\]](#).

Meritoria appare pertanto la pronuncia in commento, in primo luogo, laddove afferma chiari principi a proposito della configurabilità di un danno da perdita di *chance*, peraltro scardinando, con riguardo alla specifica controversia, la tesi sostenuta sul punto dai giudici di primo grado e riconoscendo, inoltre, la stessa risarcibilità della *chance* perduta nel caso concreto sottoposto

all'attenzione del giudice d'appello.

In secondo luogo, la pronuncia appare rilevante posto che, inserendosi nell'evidenziato dibattito circa i presupposti di configurabilità e risarcibilità del danno da perdita di *chance* nell'ambito amministrativo, assume una precisa posizione anche all'interno di tale disputa sul piano giurisprudenziale.

Il Collegio rileva, in particolare, l'erroneità delle statuzioni del giudice di primo grado, il quale ha sostenuto come la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* dovesse ritenersi nella fattispecie preclusa per l'assorbente rilievo per cui il consorzio assolutamente danneggiato non sarebbe stato in grado di dimostrare l'occasione concreta di aggiudicarsi direttamente il servizio, ovvero che sarebbe risultato aggiudicatario, con un elevato grado di probabilità. Tale circostanza, peraltro, non avrebbe potuto essere ricavata in base a elementi certi e obiettivi, potendo l'Amministrazione rivolgersi a tutti gli operatori economici del settore, non necessariamente solo a quelli presenti a livello locale.

I giudici del Tribunale Regionale sarebbero di seguito approdati, secondo il Consiglio di Stato, all'erronea statuzione per la quale al di sotto del livello della elevata probabilità, non sussisterebbe che la "mera possibilità", configurante un danno meramente ipotetico, non meritevole di reintegrazione, in quanto non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto.

Nel dettaglio, sul piano della stessa esistenza e configurabilità della *chance* nel diritto amministrativo, la pronuncia in commento afferma, a chiare lettere, come il vizio accertato dal giudice amministrativo consista nella violazione di una norma di diritto pubblico che – non ricoprendendo nel suo raggio di protezione l'interesse materiale – assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale. L'"ingiustizia" del danno assumerebbe in tal senso ad oggetto soltanto il 'quid' giuridico, minore, ma comunque autonomo, consistente nella spettanza attuale di una mera possibilità.

A sostegno di tale ricostruzione, peraltro, il Consiglio di Stato fa riferimento al contesto stesso della moderna economia di mercato, nell'ambito del quale anche la diminuzione di una probabilità di eventi patrimoniali favorevoli rileva quale perdita patrimoniale, al pari del documento fisico, riferito ad una perdita tangibile.

Rilevante poi il passaggio della sentenza in esame laddove i giudici sconfessano la ricostruzione del giudice di primo grado fondata sulla "elevata probabilità di realizzazione", quale condizione affinché la *chance* acquisti una rilevanza giuridica, posto che in tal modo – ritengono – si va ad

assimilare, in maniera fuorviante, il trattamento giuridico della figura nell'ambito amministrativo alla causalità civile ordinaria.

Si tratterebbe, al contrario, di una fattispecie di danno solo “ipotetico”, rispetto al quale “non si può oggettivamente sapere se un risultato vantaggioso si sarebbe o meno verificato”, come a dire che sarebbe certa la contrarietà al diritto della condotta di chi ha cagionato la perdita della possibilità, ma non sarebbe conoscibile l'apporto causale rispetto al mancato conseguimento del risultato utile finale.

Di conseguenza, posto che nell'ambito giurisdizionale compito del giudice sarebbe quello di riconoscere all'interessato il controvalore della mera possibilità – peraltro già presente nel suo patrimonio – di vedersi aggiudicato un determinato vantaggio, l'*an* del giudizio di responsabilità consisterebbe di fatto soltanto nell'accertamento del nesso causale tra la condotta antigiuridica e l'evento lesivo consistente nella perdita della predetta possibilità.

In sostanza, il Consiglio di Stato giunge nella pronuncia in commento ad una chiara tesi interpretativa, anche in merito alla determinazione del *quantum* risarcibile, contrapponendosi di fatto all'orientamento affermatosi nell'ambito della più recente giurisprudenza amministrativa sul tema, volto a richiedere ai fini della risarcibilità della perdita di *chance* la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento.

Così, la tecnica probabilistica andrebbe impiegata, non per accettare l'esistenza della *chance* quale bene a sé stante, ma al fine di misurare in modo equitativo il 'valore' economico della stessa, in sede di liquidazione del *quantum* risarcibile: il risarcimento rappresenterebbe pur sempre “una compensazione (non del risultato sperato, ma) della privazione della possibilità di conseguirlo”[\[xxxviii\]](#).

Mediante tale affermazione, evidentemente, i giudici nella pronuncia in esame operano una evidente riperimetrazione del concetto stesso di *chance*, aderendo alla tesi della *chance* “ontologica” e mirando verosimilmente ad un ampliamento della tutela in favore del presunto soggetto danneggiato[\[xxxix\]](#).

In proposito, al fine di non estendere in maniera eccessiva l'area del danno risarcibile, incorrendo in una “forma inammissibile di responsabilità senza danno”, si aggiunge alla ricostruzione un elemento ritenuto necessario al fine di raggiungere la soglia dell’“ingiustizia”, ovverosia che “la *chance* perduta sia “seria”, presupposto che – si ritiene in sentenza – possa ritenersi sussistente verificando con estremo rigore che la perdita della possibilità di risultato utile sia effettivamente imputabile alla condotta altrui contraria al diritto e appurando che la

possibilità di realizzazione del risultato utile rientri nel contenuto protettivo delle norme violate; si esclude altresì dall'area del danno risarcibile il caso in cui le probabilità perdute si attestino ad un livello “del tutto infimo”.

Da ultimo, si rileva come la *chance* presupponga “una situazione di fatto immodificabile, che abbia definitivamente precluso all'interessato la possibilità di conseguire il risultato favorevole cui aspirava”: il giudizio di ingiustizia può assumere ad oggetto la perdita della possibilità di un vantaggio, cioè, solo laddove il procedimento amministrativo dichiarato illegittimo non sia più in alcun modo 'ripetibile'.

Delineate le coordinate definitorie e di risarcibilità della *chance* nel diritto amministrativo, in senso generale, il Supremo Consesso amministrativo esplicita poi come, nel caso di specie, la scelta dell'Amministrazione di prorogare per la terza volta le concessioni in essere abbia senza dubbio conciato le *chance* acquisitive dell'operatore economico ricorrente, ritenute dotate, nella fattispecie concreta oggetto del giudizio, del carattere della 'serietà'.

In termini del *quantum* risarcitorio del danno da perdita di *chance* – non corrispondente al danno da mancata aggiudicazione che si identifica con l'interesse positivo ed il danno curricolare – il collegio ritiene necessario procedere mediante valutazione equitativa, *ex art. 1226 c.c.*, stante l'impossibilità di formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa mai svolta, peraltro rifacendosi concretamente ai costi, ricavi e proventi esplicitati nell'ambito della impugnata delibera.

5. Alcune riflessioni conclusive.

La pronuncia in commento, come posto in evidenza, concerne un istituto – quello della *chance* – non considerato sul piano normativo, ampiamente preso in esame da giurisprudenza e dottrina e certamente di difficile inquadramento.

L'istituto, già di difficolta perimetrazione a proposito della sua esistenza, configurabilità e risarcibilità nell'ambito del diritto privato, laddove – come messo in luce – si sono affermate le contrapposte tesi “eziologica” ed “ontologica”, pare a maggior ragione connotato da evidente complessità e problematicità nell'ambito del diritto amministrativo.

In quest'ultimo campo, infatti, l'esercizio del potere amministrativo, la corrispettiva posizione di interesse legittimo e l'ampia discrezionalità che connota l'azione amministrativa specialmente in talune ipotesi, rendono effettivamente complessa la definizione del concetto di *chance* risarcibile e, dunque, la realizzabilità di un giudizio prognostico.

Peraltro, la stessa giurisprudenza amministrativa non ha mostrato un indirizzo interpretativo univoco, ma nel tempo ha presentato diversificate soluzioni, oscillando tra tesi ontologica ed eziologica e adottando molteplici ricostruzioni sotto il profilo della prova richiesta, oltre che della liquidazione del danno; recentemente, in diverse occasioni, i giudici amministrativi hanno ammesso il risarcimento da perdita di *chance* laddove sia fornita prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento [xl].

In tal senso, significativo appare il ragionamento del Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, laddove, trattando dell'istituto della *chance*, denuncia la confusione presente sul tema nell'ambito della stessa giurisprudenza amministrativa, generatasi peraltro dalla indebita sovrapposizione dei profili ricostruttivi eziologici ed ontologici e, di fatto, aderisce all'impostazione interpretativa della *chance* c.d. ontologica.

Chiaro lo stesso ragionamento seguito dai giudici nella sentenza, determinante l'approdo ad una netta posizione circa la configurabilità e risarcibilità della *chance* nell'ambito amministrativo; secondo taluna dottrina, tuttavia, a fronte di un coerente ragionamento il collegio sarebbe giunto, da ultimo, alla conclusione errata per cui il concetto di causalità non potrebbe costituire elemento definitorio del concetto di *chance*, sostituendo alla causalità probabilistica il parametro di giudizio della “serietà” allo scopo di definire la nozione di *chance* in questione, peraltro recuperando da ultimo fattori eziologici, quali “accidentalità”, “possibilità di realizzazione del risultato” e “livello infino delle probabilità perdute” [xli].

In definitiva, in assenza di coordinate normative a proposito dell'istituto, si ritiene che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato – così come avvenuto nel 2018, con esito tuttavia non determinante non essendosi in tale occasione i giudici pronunciati nel merito della questione [xlii] – possa essere nuovamente chiamata a breve ad esprimersi sull'argomento, al fine di dettare un puntuale inquadramento dell'istituto della *chance*, oltre che dei presupposti richiesti al fine della sua risarcibilità.

Tenendo conto degli approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema, anche e soprattutto con riferimento all'ambito dei contratti pubblici, del resto, occorrerebbe delineare una soluzione interpretativa in grado di garantire una adeguata riparazione dei danni subiti, anche nell'ottica della tutela della concorrenza, scongiurando, nondimeno, il rischio di uno sproporzionato ampliamento dell'area dei pregiudizi risarcibili, anche considerando il carattere eccezionale del risarcimento per equivalente in rapporto alla tutela in forma specifica.

[i] Nella presente sede non appare possibile operare una compiuta disamina a proposito dei susseguiti e numerosi interventi normativi che si sono succeduti nella materia del trasporto pubblico locale. Basti dunque rammentare come sino alla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso non si sia registrata la presenza di un vero e proprio mercato dei servizi pubblici locali di trasporto, considerato che tale servizio veniva erogato perlopiù dall'amministrazione pubblica, direttamente, ovvero per mezzo di aziende municipalizzate. Tale assetto è mutato di seguito in prima battuta con il d.lgs. n. 422/1997, per ragioni finanziarie e per esigenze di sviluppo infrastrutturale. Nel quadro delle previsioni europee, inoltre, ed in particolare alla luce degli stessi principi generali di cui all'art. 14 del TFUE ed il protocollo n. 26 in materia di servizi di interesse generale, si è optato per un modello concorrenziale “regolato” di trasporto pubblico locale, con la possibile attribuzione di diritti esclusivi e la conseguente ammissibilità di compensazioni finanziarie, al fine di garantire sicurezza, qualità e ampia accessibilità del servizio. Di fatto, in ottica organizzativa, si è passati da un sistema essenzialmente fondato su gestioni pubbliche ad uno fondato sull'affidamento in esito a procedure competitive. Così come rilevato nella stessa pronuncia in commento, cioè, si tratta di un modello prescelto e delineato dal legislatore europeo che contempera l'efficienza economico-gestionale, da un lato e l'universalità del medesimo servizio, dall'altro. In ambito europeo, sul piano della disciplina, i servizi nel settore di cui trattasi rimangono disciplinati dal Reg. UE n. 1370/2007, come da ultimo modificato ad opera del Reg. n. 2338/2016. In linea generale, ai sensi del predetto regolamento, le autorità sono chiamate ad assegnare contratti di servizio pubblico sulla base di procedure di aggiudicazione degli appalti in grado di garantire in senso effettivo la concorrenza tra operatori; sono altresì previste talune tassative ipotesi in relazione alle quali può omettersi il ricorso alla gara pubblica, così come nel caso dell'assunzione di provvedimenti di emergenza o nel caso di contratti volti a scongiurare il rischio di interruzione del servizio. Il legislatore nazionale ha recepito le previsioni predette, mediante l'art. 61 della legge n. 99/2009.

[ii] Nel dettaglio, la legge della Provincia di Bolzano n. 15/2015 ha recepito la disciplina di cui al Reg. europeo n. 1370/2007, adottando di fatto un sistema “misto”, il quale prevede per una minima parte, corrispondente ad un lotto, l'affidamento diretto in favore di una società direttamente controllata dalla Provincia, mentre per 10 lotti omogenei l'affidamento mediante gara pubblica. Nella predetta legge della provincia autonoma si trova scritto espressamente come i servizi di trasporto pubblico di linea siano affidati “secondo le procedure previste dall'Unione europea”.

[iii] Così si esprime il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento.

[iv] Si v., in particolare, tra le sentenze più recenti sul punto, Cass. civ., sez. lavoro, ord., 14 gennaio 2021, n. 559 e Cass. civ., sez. III, 7 ottobre 2021, n. 27287, entrambe in *dejure.it*.

[v] Cfr., *ex multis*, F.D. Busnelli, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50; C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 761 ss.; R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007; M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, 623 ss.

[vi] Cfr. in tal senso Cass. civ., 27 gennaio 1964, n. 186, in *Foro it.*, 1964, I, 1200.

[vii] V., tra le altre, Cass. civ., sez. lav., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.* 1986, I, 383, concernente il caso di un ente pubblico che aveva impedito al lavoratore, che aveva superato la prova scritta di un concorso, di presentarsi a quella orale, privandolo così della possibilità di ottenere un posto più remunerativo. Cfr., altresì, sulla risarcibilità della perdita di *chance*, intesa quale fattispecie produttiva di un danno attuale e risarcibile sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, Cass. civ., sez. lavoro, 24 gennaio 1992, n. 781, così come le antecedenti Cass. civ., 1° aprile 1987, n. 3139, in *Foro it.* 1987, I, 2073 e Cass. civ. 17 aprile 1990, n. 3183, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 255.

[viii] Cfr. in merito alla suddetta tesi, tra le altre, Cass. civ., sez. I, 13 aprile 2017, n. 9571 e Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2017, n. 6488, entrambe in *Diritto & Giustizia*, 2017; in dottrina F. Mastropaoletti, voce *Danno*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 12 ss.

[ix] Su cui si v., tra le altre numerose pronunce, Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, 2115, con nota di Giacobbe, in tema di responsabilità medica; più di recente, Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195, in *Foro it.* 2014, 7-8, I, 2137, con nota di Palmieri e Pardolesi; Cass. civ., sez. III, ord. 15 febbraio 2018, n. 3691 in *dejure.it*; Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, in *Foro it.* 2018, 5, I, 1579 con nota di Pardolesi e Tassone.

[x] Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 187.

[xi] La *chance* patrimoniale divergerebbe, dunque, da quella non patrimoniale anche sul piano degli effetti (i.e., sull'aspetto risarcitorio), posto che il giudice di merito, in sede di accertamento del valore di una *chance* patrimoniale potrebbe far riferimento a valori oggettivi, così come il giudice amministrativo – come rilevato dai giudici nella sentenza – in alcune sue passate decisioni, ha adottato il parametro del 10% del valore dell'appalto all'atto del riconoscimento di una perdita di *chance* di vittoria da parte dell'impresa illegittimamente esclusa. Mentre diverso sarà il criterio di liquidazione da adottare per la perdita di una *chance* a carattere non patrimoniale, ove il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma

commisurato, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo. Così, Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, cit.

[xii] Andrebbe così a scomparire, secondo quanto sostenuto dalla Cassazione nella sentenza in questione, la stessa distinzione spesso foriera di confusione, sul piano concettuale e applicativo, tra chance cd. "ontologica" e chance "eziologica", posto che quest'ultima sovrapporrebbe inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno, mentre la prima evocherebbe una impredicabile fattispecie di danno *in re ipsa* che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno-conseguenza risarcibile.

[xiii] La dottrina sul tema è sterminata; si v., tra gli altri: F. Cortese, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giornale dir. amm.*, 2007, 2, 174; M. Tescaro, *Il danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 6, 528; M. Franzoni, *La chance nella casistica recente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 446. M. Feola, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004; A. Mondini, *Considerazioni sulla chance di aggiudicazione di un contratto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2004, 12, 1429; G. Mari, *Responsabilità per perdita di chance e domanda di risarcimento in forma specifica implicita nella domanda di annullamento dell'affidamento a trattativa privata di un servizio*, in *Giust. civ.*, 2002, 5, 141.

Tra le prime pronunce in ambito amministrativo sul tema si v. Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2000 n. 6960.

[xiv] Cfr., in tal senso, tra le pronunce più recenti, Cons. St., sez. V., 15 novembre 2019, n. 7845, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale pronuncia, peraltro, si è posto in evidenza come la tecnica risarcitoria della perdita della *chance* richieda un preciso passaggio, ovverosia il risarcimento per equivalente possa essere garantito solo laddove la stessa abbia effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato. Nell'ipotesi di mera 'possibilità' si registrerebbe soltanto un ipotetico danno, in quanto tale non meritevole di reintegrazione, poiché in concreto non distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto. Così, si v., anche in tema di pubblici concorsi, Cons. St., sez. III, 27 novembre 2017, n. 5559, in www.giustizia-amministrativa.it e Cass. civ., sez. lav., 25 agosto 2017, n. 20408, in *Diritto & Giustizia*, 2017; mentre in tema di contratti pubblici, Cons. St, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2740; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115; Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2015, n. 1099 e Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7593, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

[xv] In tal senso L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Dir. economia*, 2019, 1, 372.

[xvi] Si fa riferimento alla nota pronuncia Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, tra le altre in *Giust. civ.* 1999, I, 2261 con nota di Morelli; in *Resp. civ. e prev.* 1999, 981; in *Corriere giur.*, 1999, 1367, con nota di Di Majo e Mariconda; in *Danno e resp.*, 1999, 965; in *Giorn. dir. amm.* 1999, 832 con nota di Torchia e in *Urb. e app.* 1999, 1067, con nota di Protto.

[xvii] Nella pronuncia delle sezioni unite del 1999, in particolare, i giudici ripercorrono i passaggi salienti dell’evoluzione giurisprudenziale della stessa Suprema Corte di Cassazione nel senso della “progressiva erosione dell’assolutezza del principio che vuole risarcibile, ai sensi dell’art. 2043 c.c, soltanto la lesione del diritto soggettivo, per mezzo di un costante ampliamento dell’area della risarcibilità del danno aquiliano, quantomeno nei rapporti tra privati”: in tal senso, si evidenzia come un primo significativo passo in tale direzione sia rappresentato dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, ma anche dei diritti relativi, cui è seguito “il riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all’integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni ed in relazione al quale è stata affermata, tra l’altro, la risarcibilità del danno da perdita di chance, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accettare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506-85; n. 6657-91; n. 781-92; n. 4725-93)”.

[xviii] Sull’istituto v., *ex multis*, C. Bozzi, *Interesse e diritto*, in *Noviss. dig. it.*, a cura di A. Azara, E. Eula, VIII, Torino, 1962; E. Cannada Bartoli, voce *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972; A. Romano Tassone, voce *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, II, Milano, 1998, 966 ss.; F.G. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, n. 1, 21 ss.

Peraltro, sullo specifico istituto della *chance* nel diritto amministrativo e in rapporto all’interesse legittimo, si è osservato come “il pregiudizio sofferto, in caso di illecito della P.A., non è affatto parametrato al bene della vita ex sé inattinibile, bensì alla possibilità di conseguirlo qualora l’azione amministrativa autoritativa fosse stata legittimamente esercitata. In altri termini: il danno da perdita di chance, di scaturigine civile, si candida “per sua natura” a governare il risarcimento per lesione dell’interesse legittimo”, così O. M. Caputo, *La perdita di “chance” ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, Nota a TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 12

marzo 2015, n. 4063, in *Urb. e app.*, 2015, 6, 708 ss. Sul punto v., altresì, R. Garofoli, *La tutela risarcitoria*, in Sandulli - De Nictolis - Garofoli (dir.), *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Il contenzioso, Milano, 2008, 4090.

[xix] Cfr. Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, in *Foro amm. CDS*, 2002, 453. Sul tema si v., altresì, Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, in *Foro amm. CDS*, 2006, 9, 2585

[xx] Il Consiglio di Stato in tale pronuncia pone in evidenza come “la perdita di *chance* costituisce un danno derivante ora da responsabilità contrattuale ora da responsabilità extracontrattuale, si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile non con la perdita di quel risultato, ma richiede che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato”.

[xxi] V. tra i numerosi e più recenti contributi sulla tematica: O. M. Caputo, *La perdita di "chance" ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*, cit., 708-711; S. Ingegnatti, *Risarcibilità del danno da perdita di "chance" nel diritto amministrativo*, in *Giur.it.*, 2015, 11, 2508-2514; M. Cortese, *Profili della causalità civile e criteri di definizione e liquidazione del danno*, in *Danno e resp.*, 2017, 2, 142 ss.; M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Id.*, 2018, 3, 336 ss.; L. Tarantino, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Urb. app.*, 2018, 4, 575 ss.; V. Neri, *La "chance" nel diritto amministrativo: una timida proposta*, in *Urb. app.*, 2018, 3, 293 ss.; I. Pagani, *Il risarcimento della perdita di "chance" nelle gare per affidamenti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 5, 1173 ss.; C. Paolini, *Mancata indicazione degli obiettivi dirigenziali, valutazione negativa illegittima e danno da perdita di "chance"*, Nota a Cass. civ. sez. lav. 12 aprile 2017 n. 9392; in *Il lavoro nelle p.a.*, 2018, 1, 143-151; P. Patrito, *La perdita di "chance" nel diritto dei contratti pubblici*, Nota a ord. Cons. Stato ad. plen. 11 maggio 2018, n. 7; Cons. Stato sez. V 11 gennaio 2018, n. 118, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1620-1635; E.G. Napoli, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Id.*, 2018, 1, 52 ss.; L. La Battaglia, *Il danno da perdita di "chance"*, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 349-366; S. Gatti, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, 2113-2134; C. Scognamiglio, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della "chance"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 6, 1742-1759; L. Viola, *Il danno da perdita di 'chances' a vent'anni da Cass. n. 500/1999*, in *Urb. e app.*, 2020, 2, 182-200; B. Tassone, *La chances nel diritto amministrativistivo (e non solo): riflessioni sistemiche in prospettiva multidisciplinare*, in *federalismi.it*, n. 29/2020, 199-234.

[xxii] Cfr. sul punto L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., 372.

[xxiii] Cons. St., ad. plen., 11 maggio 2018, n. 7, in *Foro it.*, 2018, 12, III, 638 e in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1617, con nota di Patrito.

[xxiv] Rilevata la situazione di incertezza, l'Adunanza plenaria ha evidenziato nella pronuncia come entrando nel merito della questione, da una parte, avrebbe potuto inammissibilmente interferire con profili già esaminati dalla sezione rimettente con la sentenza non definitiva; dall'altra, sarebbe stata in qualche modo condizionata dalle chiavi ricostruttive utilizzate dalla Sezione e dalle scelte già operate con la sentenza, con la conseguenza per cui si è esclusa la possibilità di un esame approfondito dei quesiti prospettati non condizionato da tali scelte, così come la possibilità dell'affermazione di un principio di diritto conseguente ad un esame pieno delle fattispecie.

[xxv] Così Cons. St., sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3575, la quale richiama le antecedenti Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131 e 23 giugno 2015, n. 3147, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla necessità di fornire una prova circa la concreta probabilità si v. altresì Cons. St., sez. V, 25 febbraio 21016, n. 762, in *Foro it.* 2016, 9, III, 468, con nota di Condorelli; sez. V, 22 settembre 2015, n. 4431, in *dejure.it*; sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4674, in *Foro it.* 2015, 2, III, 106, con nota di Galli; sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 674, in *Guida al diritto*, 2014, 19, 110 (s.m.). Di recente, a conferma di tale orientamento che intende la *chance* quale “perdita attuale di un esito favorevole”, Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907, in *Diritto & Giustizia*, 2018.

[xxvi] Così L. Di Giovanni, *La problematica del risarcimento da perdita di chance nel diritto amministrativo e nella disciplina dei contratti pubblici*, cit., 396.

[xxvii] Ibidem, 383. Sui presupposti per la risarcibilità della perdita di *chance* in concreto si v. altresì F. Trimarchi Banfi, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 3, 873 ss. e G. Vercillo, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

[xxviii] Ibidem, 386.

[xxix] Cfr., sul tema, Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, C 998/2017.

[xxx] In questo senso, tra le altre, Cons. St., sez. V, 11 luglio 2018, n. 4225, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1646, la quale conferma l'orientamento per cui il riconoscimento del danno da perdita di *chance* presuppone “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il

risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al 50% o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava. Così ha previsto che “se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e — se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato — è a lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta”. V. anche sul tema Cons. St., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527, in *Foro amm.*, 2018, 4, 638.

[xxxii] Su cui si v. Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, in *Resp. civ e prev.*, 2018, 5, 1614, cui è seguita, sempre in relazione alla stessa vicenda, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2018, n. 7117, in www.giustizia-amministrativa.it.

[xxxiii] Sull'argomento si v. M. C. D'Arienzo, *Il risarcimento del danno ingiusto negli appalti pubblici: proroga dell'affidamento illegittimo e perdita di chance*, in *Riv. giur. edilizia*, 6, 2013, 333. Cfr. altresì F. Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 1, 2002, per un riferimento ai primi casi in cui la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la risarcibilità della perdita di *chance* nelle ipotesi di annullamento degli atti della procedura d'evidenza pubblica.

[xxxiv] Rispetto a tale orientamento della giurisprudenza amministrativa si v., tra le più recenti, Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907, cit.; sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546, tutte in www.giustizia-amministrativa.it, ove si è posto in evidenza come in mancanza della prova circa la probabilità di successo, almeno pari al 50% di quella che il ricorrente avrebbe avuto se non fosse stato emesso il provvedimento lesivo, non si possa fare ricorso alla valutazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*

Hanno adottato tale posizione interpretativa anche taluni Tribunali amministrativi regionali: così T.A.R. Milano, Lombardia, sez. II, 13 novembre 2020, n. 2171, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Latina, Lazio, sez. I, 30 aprile 2021, n. 264, in *Foro amm.*, 2021, 4, 684; T.A.R. Napoli, Campania, sez. II, 3 maggio 2021, n. 2902 in www.giustizia-amministrativa.it, laddove si è rilevato come la perdita di *chance* rappresenti un danno attuale, non corrispondente alla perdita di un risultato utile, ma della possibilità di conseguirlo, la quale ai fini della risarcibilità del pregiudizio, deve essere statisticamente rilevante, ossia almeno pari, e non inferiore, al cinquanta per cento.

[xxxiv] V. in tal senso Cass. civ., sez. VI, ord. 23 ottobre 2019, n. 27011, in *Foro it.* 2020, 1, I, 261; Cass. civ. ord., 14 gennaio 2021, n. 559, in *dejure.it*; Cons. St., sez. III, 10 marzo 2021, n. 2021, in *dejure.it*; Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3429, in *Guida al diritto*, 2021, 20.

[xxxv] Così Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7, in *Foro it.*, 2021, 7-08, III, 394 e in *Resp. civ e prev.* 2021, 4, 1246. Nel caso di specie la questione riguardava il danno derivante dall'impossibilità di fruire degli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, attribuibile al mancato rispetto dei termini del relativo procedimento autorizzativo; tale danno si è ritenuto nella pronuncia liquidabile secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di *chance*, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, non potendo corrispondere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione pubblica.

Tale pronuncia si colloca, peraltro, nel solco dell'orientamento giurisprudenziale favorevole al risarcimento del danno da perdita di *chance* in presenza degli evidenziati presupposti (così, *ex multis*, Cons. St., sez. II, 20 maggio 2019, n. 3217; Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2017, n. 3520, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[xxxvi] V., in tal senso, tra le altre, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 15 ottobre 2020, n. 914, in *Diritto & Giustizia*, 2020.

[xxxvii] Cfr., in merito, la recente pronuncia Cons. St., sez. II, 12 marzo 2020, n. 1780, in *Foro amm.*, 2020, 3, 402.

[xxxviii] Secondo i giudici, infatti, “richiedere (come ha fatto il giudice di primo grado) che la possibilità di conseguire il risultato debba raggiungere una determinata soglia di probabilità prima di assumere rilevanza giuridica, significa ricondurre nuovamente il problema delle aspettative irrimediabilmente deluse (con un percorso inverso a quello che ha portato a configurare la 'chance' come bene autonomo, in ragione dell'impossibilità di dimostrare l'efficienza causale della condotta antigiuridica nella produzione del risultato finale) dal 'danno' alla 'causalità'. In questo modo la 'chance' finisce per essere utilizzata quale frazione probabilistica di un risultato finale di cui (poteva essere fornita, ma) è mancata la prova. Ma si tratta di un esito del tutto contraddittorio, in quanto, se la verifica dell'evento finale può essere empiricamente riscontrata, allora non ricorrono neppure i presupposti per l'operatività della 'chance'”.

[xxxix] Cfr., tra i precedenti in tal senso nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 14 aprile 2010, n. 165, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 109; Cons. St., sez. VI, 11 marzo

2010, n. 1443, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, 2080, con nota di Bosetto; Id., V, 2 novembre 2011, n. 5837, in *Diritto e Giustizia*, 2011; Id., Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1672; Id., Sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[xl] V. Cons. St., sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2907; sez. IV, 23 settembre 2019, n. 6319; sez. II, 24 settembre 2020, n. 5604; sez. III, 27 ottobre 2020, n. 6546, tutte in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr., in dottrina, L. La Battaglia, *Il danno da perdita di "chance*, cit.

[xli] V., in particolare, A. Vacca, commento a Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2021, n. 6268, in www.lexitalia.it

[xlii] Su cui si v., L. Giagnoni, *Il risarcimento del danno da perdita di 'chance' in caso di selezione competitiva non svolta approda senza successo, all'Adunanza Plenaria*, nota a Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 118, in *Urb. e app.*, 2018, 3, 360-372; P. Patrito, *La perdita di chance nel diritto dei contratti pubblici*, commento a Cons. St., 11 gennaio 2018, n. 118 e Cons. St., Ad. plen., 11 maggio 2018, n. 7 (Ord), in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 5, 1620-1635.