

- [1] In dottrina, Sticchi Damiani ha evidenziato la molteplicità delle soluzioni ipotizzate in merito al problema di cui ci si occupa, individuando ben tredici ipotesi ricostruttive (ritenute tutte, per un motivo o per un altro, insoddisfacenti). Cfr., sul punto, Sticchi Damiani, *La “caducazione” del contratto per annullamento dell’aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm.*, 2006, 3721, ora in Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Napoli, 2007.
- [2] In *giustamm.it*, 2008.
- [3] In *Urb. e app.*, 2004, 1062, con nota di Mucio.
- [4] In *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 1060, con nota di Giovazzi.
- [5] Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269, in *I Contratti*, 1197, 128, con nota di Mucio ed in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1997, I, 518, con nota di Salanitro; Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, 2358; Id., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, in *Giust. Civ. mass.*, 1995, 398; Id., Sez. II, 7 aprile 1989, n. 1682, in *Giust. Civ. mass.*, 1987, I, 850; Id., Sez. II, 24 maggio 1979, n. 2996, in *Giust. Civ. mass.*, 1979, 5.
- [6] Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885, *loc. ult. cit.*
- [7] Monteduro, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d’appalto ex art. 1418, co. 1, c.c., una radicale <<svolta>> della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in *Foro amm.*, 2002, 2591.
- [8] Cfr. Sandulli A.M., *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della P.A.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 1.
- [9] Alla tesi in questione hanno aderito anche alcuni Giudici Amministrativi, soprattutto di primo grado: cfr. TAR Lombardia, Milano, 29 settembre 1999, n. 4070, in *I Tar*, 2000, 112; Id., 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Foro it.*, 2000, III, con nota di Carrozza, Fracchia; Id., 11 dicembre 2000, n. 7702, in *Urb. e app.*, 2001, 555, con nota di Montedoro; TAR Puglia, Lecce, 28 febbraio 2001, n. 746, in *I Tar*, 2001, 1451; C.d.S., Sez. VI, 1 febbraio 2002, n. 570, in *Cons. St.*, I, 256.
- [10] Nel senso che “la disciplina dell’evidenza pubblica non possa più ritenersi come unicamente volta a garanzia del solo interesse contabile della stazione appaltante, ma sia, piuttosto, preordinata alla tutela della concorrenza tra le diverse imprese nel mercato delle commesse pubbliche”, cfr., da ultimo, Corte Cost., 19 novembre 2007, n. 401, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).
- [11] Secondo autorevole dottrina, la tesi tradizionale “sta e cade con il suo presupposto. Non sopravvive all’innegabile mutamento della *ratio* della disciplina sulla evidenza pubblica”. In tal senso, cfr. Scoca F.G., *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto*, in *giustamm.it.*, 2007. Circa la “palese inadeguatezza” della tradizionale tesi dell’annullabilità del contratto, si veda anche Cintioli, *Annullamento dell’aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, consultabile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nonché Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 606. Anche il Greco critica il surriferito orientamento della Cassazione sul presupposto che si tratti di un’opzione interpretativa che protegge le posizioni della P.A. e del contraente privato, ma non quella del contraente pretermesso: quest’ultimo, infatti, “anche nel caso in cui riesca a provocare l’annullamento dell’intera procedura, non avrebbe alcuna garanzia di ottenere l’aggiudicazione dell’appalto, né la rinnovazione della gara (ed in passato neppure il risarcimento per equivalente)”. Cfr. Greco, *Accordi e contratti della Pubblica Amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 413, che riproduce sinteticamente le critiche già avanzate nei riguardi della tesi tradizionale della Cassazione, di cui al testo, in Id., *I contratti dell’Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.
- [12] Le ragioni che hanno determinato l’abbandono della tesi dell’annullabilità coincidono, come evidenziato nel testo, con le considerazioni afferenti la limitata legittimazione attiva (tale da determinare una lesione del principio di effettività della tutela). Nondimeno, la tesi di cui si discute, seppure sulla base di argomentazioni diverse da quelle tradizionali, è stata di recente affermata in sede civilistica da Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

[13] È doveroso precisare che nell'ambito della tesi tradizionale esposta nel testo, la soluzione accolta in merito all'individuazione del soggetto legittimato a chiedere l'annullamento è suscettibile di eccezione qualora vi sia la incompetenza assoluta ("straripamento di potere") dell'organo stipulante, nel senso che, in tal caso, la legittimazione si estenderebbe anche al soggetto privato. A ben vedere, peraltro, la Cassazione ha ritenuto trattarsi nel caso di specie di un contratto radicalmente nullo (di qui l'estensione della legittimazione ad agire): cfr. Cass. Civ., Sez. II, 24 maggio 1979, n. 2996, *loc. ult. cit.*. Scettico sulla possibilità di definire esattamente i limiti di tale deroga appare il Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. e formazione*, 2003, 245. Per tale Autore, infatti, potrebbe risultare difficile in concreto discernere i casi di "macroillegitimità" del provvedimento da quelli di nullità dell'atto amministrativo elaborati in giurisprudenza.

[14] Caringella, *Rapporti tra annullamento della gara e sorte del contratto*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* a cura di De Nictolis, in *Il nuovo diritto amministrativo*, collana diretta da Caringella, De Marzo.

[15] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 09906, in *giustamm.it*, 2008.

[16] In *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 799, con nota di Cerulli Irelli, nonché *Ibidem*, 2005, 214, con nota di Mazzarolli, Cfr., inoltre, *ex multis*, Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 979.

[17] Cfr. C.d.S., Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, *loc. ult. cit.*

[18] In dottrina, cfr., anche Valla, *Annulamento degli atti della procedura di evidenza pubblica e contratto: due decisioni a confronto*, in *Urb. e app.*, 2004, 192; Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, Sez. III, Parte I, cap. 2; Id., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, Parte III, cap. 11, par. 8.

[19] Cfr., ad esempio, C.d.S., Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, 1642, relativa ai rapporti tra caducazione di una procedura di gara d'appalto e sorte del contratto frattanto stipulato con l'aggiudicataria; in termini, cfr. C.d.S., Sez. VI, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1435. Relativamente al rapporto tra annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato in una S.p.a. mista e sorte del contratto di società, nel senso che il regime giuridico da applicare a tale contratto non è quello dell'annullabilità, cfr. C.d.S., Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470, in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, 3413.

[20] Cfr. C.d.S., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 959; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *giustamm.it*, 2002; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 16 giugno 2004, n. 3721, in *giustamm.it*, 2004.

[21] In dottrina, tale tesi è stata sostenuta da: Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2002, 1195; Coraggio, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 776; Goisis, *In tema di conseguenze sul contratto dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica e di giudice competente a conoscerne*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 261. Secondo Moscarini, *Vizi del procedimento*, *op. cit.*, la nullità del contratto va spiegata non tanto attraverso il riferimento alla contrarietà a norme imperative, ma argomentando dalla mancanza della causa, da intendersi come impossibilità di realizzazione della causa in concreto. L'elemento causale andrebbe identificato, per tale Autore, nella "funzione di scambio [...] tra la prestazione caratterizzante (opera fornitura o servizio) e l'utilizzazione del pubblico denaro ad esso finalizzata con il provvedimento autoritativo di stanziamento dei fondi".

[22] È doveroso ricordare il recente arresto delle S.U. della Corte di Cassazione (Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Guida al diritto*, 2008, 5, 41, con nota di Mazzini) in merito alla questione, risolta negativamente, se la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale di cui all'art. 6 della l. 1/1991 (disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari) sia sufficiente ad integrare una causa di nullità (virtuale) del contratto di intermediazione finanziaria. La Corte, nell'intento di affermare un principio

generale valevole in tutti i casi in cui rilevino vizi afferenti la fase antecedente alla formazione di un contratto, ha messo in luce che bisogna tener conto della “tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, genera responsabilità [...], ma non incide sulla genesi dell’atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità”. Talché, tornando al tema della sorte del contratto d’appalto, si potrebbe ritenere, *mutatis mutandis*, che il carattere imperativo delle norme disciplinanti la procedura ad evidenza pubblica non è sufficiente a determinare, in caso di loro violazione, la nullità del conseguente negozio giuridico: ciò perché “la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula una violazione attinente ad elementi estrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e non invece alla illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative ovvero in corso di esecuzione, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a dette ipotesi”.

[23] Tale obiezione è avanzata, per esempio, da C.d.S., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1680 (annotata da Leone C., *La tutela del contraente di buona fede nei contratti della P.A.*, in *Foro amm.*, 2004, 947). Allo stesso tempo, non va taciuta la circostanza che la categoria della nullità sopravvenuta è ammessa per il contratto anche dalla dottrina privatistica. Cfr., in argomento, Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 1289.

[24] Cfr. C.d.S., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Foro amm., C.d.S.*, 1998, 1442 e TAR Sicilia, Catania, 10 settembre 1996, n. 1603, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Tale orientamento pare oggi suffragato dal tenore letterale dell’art. 11, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui prevede che “l’aggiudicazione dell’appalto non equivale ad accettazione dell’offerta”.

[25] Secondo Scoca F.G., *op. cit.*, “si può serenamente ritenere che la sorte del contratto costituisca una vicenda separata dall’annullamento dell’aggiudicazione; e che nell’esame della vicenda rientrino molteplici elementi che sono estranei alla vicenda dell’annullamento, e sono anzi determinati anche dal modo e dal tempo in cui l’annullamento viene pronunciato”. In altri termini, per tale Autore, l’annullamento dell’atto terminativo della procedura selettiva deve essere valutato alla stregua di un fatto esterno al contratto, e sopravvenuto ad esso, talché la sorte dell’atto negoziale “deve rispondere alla sola disciplina che lo concerne: ossia, in assenza di norme specifiche, a quella generale fissata dal codice civile”. Infatti, diversi e mutevoli sono gli interessi coinvolti dalla vicenda in esame: non essendo possibile un loro bilanciamento “in astratto”, deve essere riconosciuta a tutti gli interessati la facoltà di determinare un nuovo assetto degli interessi stessi. Tuttavia, questa non è la funzione del giudizio di annullamento dell’atto di aggiudicazione. In definitiva, per tale Autore “nessuna delle tesi elaborate finora [...] sembra adeguata all’esigenza di risolvere in modo teoricamente corretto e praticamente equilibrato il problema delle conseguenze che l’annullamento dell’aggiudicazione provoca sul contratto”.

[26] Cfr. C.d.S., Sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4722, in *Riv. amm. R. It.*, 2000, 1002; Id., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro amm., C.d.S.*, 2000, 108; Id., 19 maggio 1998, n. 633, in *Foro amm., C.d.S.*, 1998, 1432.

[27] La più avveduta dottrina civilistica ha sottolineato come chi risponde all’invito ad offrire non accetta ma propone la conclusione di un contratto, in ciò ravvisando il *discrimen* tra l’invito ad offrire e l’offerta. Cfr., in argomento, Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2007, 850.

[28] È opportuno precisare che già prima dell’entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici una parte della dottrina (De Palma, *Reintegrazione in forma specifica e annullamento dell’aggiudicazione*, in *giustamm.it*, 2000) aveva ritenuto che l’effetto dell’automatica caducazione degli atti consequenziali in seguito all’annullamento dell’atto presupposto operasse, con riferimento ai rapporti tra aggiudicazione e relativo contratto, nei limiti ( residuali ) di vigenza dell’art. 16 della Legge di Contabilità generale dello Stato, con la conseguenza che, qualora fosse invece necessaria la stipulazione del contratto con effetto costitutivo, la patologia dell’aggiudicazione

non poteva comunicarsi all'atto negoziale "atteso che il contratto ha un proprio regime di invalidità disciplinato dal codice civile che non contempla trasferimenti di vizi da parte di atti amministrativi, sia pur strettamente connessi". D'altro canto, la stessa giurisprudenza amministrativa si era sempre più orientata nel senso di escludere che l'atto di aggiudicazione fosse di per sé idoneo a far nascere il rapporto contrattuale: cfr., da ultimo, C.d.S., Sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338, in *Foro amm., C.d.S.*, 2006, 2842. A fronte di siffatto indirizzo ermeneutico, Pellegrino, *Appunti su aggiudicazione e contratto, ovvero.... brevi cenni sull'Universo*, in *giustamm.it*, 2008, ha ritenuto che "all'evoluzione giurisprudenziale ha fatto seguito l'opzione normativa" (il riferimento è all'art. 11, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, richiamato nella nota n. 24). Questo sarebbe il motivo per cui "l'atto di aggiudicazione non solo non costituisce contratto ma nemmeno, in tale ottica, partecipa della componente negoziale di una fattispecie formativa del contratto. Trattasi di un procedimento volto ad una finalità tipica voluta dall'ordinamento: la individuazione [...] del miglior possibile contraente e dei migliori contenuti del contratto [...]".

[29] In termini, cfr. Cass. Civ., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193, in *Giust. Civ. mass.*, 2002, 35. In pratica, la demolizione dell'atto amministrativo con cui l'Amministrazione ha anche manifestato la propria volontà di obbligarsi determina nel successivo contratto la carenza *ab origine* dell'elemento essenziale dell'accordo.

[30] C.d.S., Sez. V, 28 marzo 2008, n. 1328, *loc. ult. cit.*

[31] Secondo Carpentieri, *Annullamento dell'aggiudicazione e contratto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 22, le note caratteristiche dell'azione di nullità sarebbero tali da esporre "il contratto ad una sorte incerta e precaria, ben oltre le effettive esigenze di tutela dell'amministrazione e dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'annullamento innanzi al giudice amministrativo".

[32] Cass. Civ., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 09906, *loc. ult. cit.* In termini: Cass. Civ., Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481, *Giust. Civ. mass.*, 2007, 3; Id., 26 maggio 2006, n. 12629, in *Giust. Civ. mass.*, 2006, 5; Id., 2 settembre 2004, n. 17673, in *Giust. Civ. mass.*, 2004, 9.

[33] Cfr. C.d.S., Sez. VI, 14 maggio 2003, n. 2332, *loc. ult. cit.*; Id., VI, 30 maggio 2003, n. 2992, *loc. ult. cit.*; Id., Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Corr. Giur.*, 2004, 664, con nota di Caringella, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia?*

[34] La possibilità che la Cassazione potesse rivendicare a sé "l'inequivoca competenza a dirimere la questione, disattendendo la tesi dell'estensione al contratto della nuova giurisdizione esclusiva ex l. 205/00 in tema di gare contrattuali della pubblica amministrazione (e figure soggettive equiparate)" era stata acutamente preconizzata da Villata, *Tre anni dopo*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di Sassani e Villata, 11. In tale scritto, l'Autore riprende e sviluppa le argomentazioni svolte in un precedente contributo: cfr. Id., *Due anni dopo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 333.

[35] Cfr. C.d.S., Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1523, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 1235; C.d.S., Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7402, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Id., 29 novembre 2005, n. 6759, in *Foro amm., C.d.S.*, 2005, 3324; Id., 28 settembre 2005, n. 5194 in *Foro amm., C.d.S.*, 2005, 2629; Id., 11 novembre 2004, n. 7346, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3230; Id., 28 maggio 2004, n. 3465, *loc. ult. cit.* Cfr., inoltre: TAR Lazio, Roma, Sez. III, 17 gennaio 2007, n. 289, in *Foro amm.*, 2007, 185; TAR Lazio, Latina, 2 febbraio 2007, n. 103, in *Foro amm.*, 2007, 689; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 29 marzo 2007, n. 944, in *Foro amm.*, 2007, 1095; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 9 novembre 2007, n. 1925, in *Foro amm.*, 2007, 3427; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 10 dicembre 2007, n. 12769, in *Foro amm.*, 2007, 3824.

La tesi della caducazione automatica ha ricevuto, in dottrina, l'adesione di Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.*, 2004, 569.

[36] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629, *loc. ult. cit.*; Cass. S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, *loc. ult. cit.*; Cass. Civ. Sez. I, 15 aprile 2008, n. 09906, *loc. ult. cit.*

[37] Anche la tesi della caducazione automatica è stata criticata in dottrina, sulla base del rilievo che "il meccanismo non sembra teoricamente accettabile ed è in pieno contrasto con la disciplina applicabile al contratto". In tal senso, cfr. Scoca F.G., *op. cit.*

Non va trascurato, altresì, che, per una parte della dottrina, l'istituto della caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione sarebbe di per sé discutibile perché configgente con due principi, segnatamente: il principio dell'inoppugnabilità degli atti amministrativi, "corollario della necessaria certezza delle manifestazioni dell'attività della Pubblica Amministrazione", ed il principio del contraddittorio, nel punto in cui i destinatari degli atti amministrativi << consequenziali >> "non sono di regola parti necessarie del giudizio d'impugnazione avverso l'atto preparatorio, e in tal guisa, operando indiscriminatamente il meccanismo della caducazione automatica", questi rischierebbero di essere pregiudicati da statuizioni rese in esito ad un giudizio *inter alios*. In tal senso, cfr. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 633.

[38] Cfr. C.d.S., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, *loc. ult. cit.*

[39] Cfr. C.d.S., Sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7402, *loc. ult. cit.*

[40] Cfr. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, in *RISG*, 1937, 275; Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, 375; Messineo, *Contratto collegato*, ivi, X, 48; Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1998; Troiano, *Il collegamento negoziale volontario*, Roma, 1999; Orlando Cascio, Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX; Rappazzo, *I contratti collegati*, Milano, 1998.

[41] Alcuni esempi di collegamento negoziale valgono a confutare il generico asserto per cui "l'inefficacia non è una categoria dogmatica ma fattuale", sol che si consideri la loro notevole rilevanza pratica: si pensi al caso della procura che è necessariamente presupposta alla conclusione di un contratto tramite rappresentante, ovvero a quello del negozio modificativo o di accertamento, nonché, sotto il profilo del collegamento attinente alle vicende estintive, ai negozi revocatori, di recesso ed a quelli risolutivi (per esempio: il caso della revoca della delegazione, art. 1270 c.c., o dell'accollo, art. 1273 c.c., o del contratto a favore del terzo, art. 1411 c.c.; il caso del mutuo dissenso, art. 1372 c.c.) necessariamente collegati col negozio della cui cessazione, sotto il profilo degli effetti, si discute.

[42] Caringella, *Rapporti tra annullamento della gara e sorte del contratto*, *op. cit.*

[43] Si veda, sul punto, Garofalo, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Scritti in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, per il quale: "siamo al cospetto di una regola che ne postula necessariamente un'altra di portata più ampia, cui essa deroga, facilmente desumibile: fuori dei giudizi che abbiano ad oggetto le tipologie di liti di cui ai commi 1 e 5 dello stesso art. 246, la decisione di annullamento dell'aggiudicazione determina in modo automatico la dissoluzione del titolo negoziale".

Come osserva una parte della dottrina (Giovagnoli, *La responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni e dei dipendenti pubblici*, a cura di Caringella e Garofoli) la sostituzione del rimedio caducatorio con quello risarcitorio è di frequente utilizzazione nella riforma del diritto societario attuata col d.lgs. 6/2003. Ad esempio, a norma dell'art. 2377, secondo comma, c.c. l'annullamento della delibera assembleare può essere richiesta solo dai soci che abbiano sottoscritto una certa quota di azioni: ciò per evitare che la tutela demolitoria, volta a propiziare la rimozione dell'atto invalido, sia invocata dai soci di minoranza. Nondimeno, questi ultimi dispongono di un'azione, da esercitarsi nel termine di decadenza, per ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla illegittimità della delibera. Nella stessa ottica va letto il nuovo art. 2379-ter c.c. a mente del quale, nelle società che ricorrono al capitale di rischio, le delibere di aumento o diminuzione del capitale ed emissione di obbligazioni non possono essere impugnate nel caso in cui siano state parzialmente eseguite, salvo restando il diritto ad ottenere il risarcimento del danno a favore dei soci e dei terzi.

[44] Concorde sull'esigenza di una tutela concentrata presso un unico giudice (il g.a.), la dottrina maggioritaria. Cfr., Moscarini, *op. cit.* Giunge alla stessa soluzione, ma seguendo un percorso argomentativo diverso, Scoca F.G., *op. cit.*: per tale Autore, infatti, la concentrazione della tutela presso il giudice amministrativo non va spiegata sulla base della normativa che attribuisce, *in subiecta materia*, a tale giudice la giurisdizione esclusiva o in considerazione di esigenze "pur rispettabili" di effettività, ma alla luce della "collocazione" della controversia relativa alla sorte del

contratto. Siccome, infatti, essa inerisce alla fase della formazione della volontà negoziale, quindi alla fase procedimentale, “non si tratta di una controversia relativa (direttamente) al contratto, ma attinente al modo della sua formazione”.

[45] Cfr. Cass. S.U., 23 aprile 2008, n. 10443, su *Giustamm.it*. Tale pronuncia “porta alle estreme conseguenze il percorso avviato con il ben noto precedente del 28 dicembre 2007, n. 27169 delle stesse S.U.”. Sono parole di Satta, *La resistenza del contratto all’annullamento dell’aggiudicazione: un problema comunitario?*, in *giustamm.it*, 2008. Nella citata sentenza si affronta *funditus* la questione, di cui qui non mette conto di occuparsi, della qualificazione giuridica della RAI.

Circa il precedente del dicembre 2007 (il testo della sentenza è reperibile su *giustamm.it*, 2008), cfr.: Scoca S.S., *La Cassazione “mette le mani” sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS.UU. civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169* in *giustamm.it*, 2008; Pattonelli, *Annullamento degli atti di gara e sorte del contratto* (n.d.r. commento a Cassazione civile, Sez. Unite, 28 dicembre 2007, n. 27169), in *Urb. e app.*, 2008, 320; Rostagno, *La Corte di Cassazione interviene rispetto alla tesi del contratto quale atto della serie procedimentale viziata* (n.d.r. con riferimento a Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169), in *giustamm.it*, 2008; Cintioli, *Le Sezioni Unite rivendicano a sé il contratto ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, 2008; Tarullo, *La giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade* (n.d.r. con riferimento a Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169), in *giustamm.it*, 2008; Varrone, *L’eterno tormentone della tutela risarcitoria dell’interesse legittimo* (n.d.r. con riferimento a Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169), in *giustamm.it*, 2008.

[46] Utilizza argomenti simili, in dottrina, Lamorgese, *Responsabilità della P.A. e giurisdizione esclusiva*, in *Corriere giuridico*, 2003, 1455, secondo il quale il momento contrattuale, distinto e successivo rispetto a quello procedimentale, costituisce una fase “nella quale le parti sono legate in un rapporto avente forma e sostanza paritetica, con il conseguente radicamento della giurisdizione ordinaria”.

[47] Tuttavia, secondo De Palma, *Riparto di giurisdizione: esecuzione e invalidità del contratto d’appalto*, in *Urb. e app.*, 2003, 318, l’affermazione che la stipula del contratto rappresenta lo spartiacque tra la fase pubblicistica del rapporto e quella privatistica di esecuzione, si presta ad essere letta in favore di entrambe le tesi formulate in ordine al riparto di giurisdizione.

[48] Cintioli, *Le Sezioni Unite rivendicano il contratto, op. ult. cit.*

[49] Cintioli, *op. ult. cit.*

[50] In ordine alla possibilità di “anticipare” la tutela reintegratoria alla fase di cognizione attraverso la tutela risarcitoria specifica di cui all’art. 7 della l. 205/00, cfr. *infra* § 7.

[51] Cintioli, *op. cit.*

[52] C.d.S., Sez. VI, 16 ottobre 2007, n. 5409, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2858. In dottrina, cfr. Cassatella, *Effetti dell’annullamento giurisdizionale e giudizio di ottemperanza*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 528. A proposito della natura non meramente esecutiva, ma più propriamente attuativa del giudizio di ottemperanza, cfr. Corte Cost., 12 dicembre 1998, n. 406, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo cui tale giudizio “può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in mancanza di completa individuazione del contenuto della prescrizione o attività cui è tenuta l’Amministrazione, laddove invece l’esecuzione forzata attribuita al giudice ordinario presuppone un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile”.

[53] Sulla natura mista del giudizio di ottemperanza, cfr. anche: Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 441, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), per cui “occorre sgomberare il campo dalla concezione, in passato condivisa da dottrina e giurisprudenza, che riteneva il giudizio di ottemperanza come caratterizzato da sommarietà e da un tenore non pienamente contenzioso, sicché tale procedimento veniva definito a contraddittorio attenuato. È invece oggi pacifica la sua natura di procedimento contenzioso. Il che rende imprescindibile il pieno rispetto del contraddittorio”.

[54] Cfr. Piga, *L'ottemperanza: giudizio di cognizione o di esecuzione*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1983; Caianiello, voce *Esecuzione delle sentenze nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III aggiornamento, Milano 1999; Mazzarolli, *Il giudizio di ottemperanza oggi: risultati concreti?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 226.

[55] Cfr. C.d.S., Sez. IV, 22 marzo 1983, n. 152, in *Cons. St.*, 1983, I, 234. Una parte della giurisprudenza amministrativa, invece, afferma che, qualora residuino margini di discrezionalità in capo all'Amministrazione, lo strumento processuale a disposizione del cittadino sarebbe un nuovo giudizio di cognizione ordinario (ovvero un giudizio da attuarsi nelle forme di cui all'art. 21-bis 1. TAR), dal momento che il giudizio di ottemperanza servirebbe solo a procurare l'adempimento di obblighi puntuali contenuti nella sentenza di annullamento. In tal senso, cfr.: C.d.S., sez. IV, 18 maggio 2007, n. 2527, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, 1458; C.d.S., Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 6334, in *Giur. It.*, 2004, 2198.

[56] In giurisprudenza, cfr.: C.d.S., Sez. VI, 17 marzo 2006, n. 1397, in *Foro amm., C.d.S.*, 2006, 994; C.d.S., Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7456, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3187; C.d.S., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1328, in *Foro amm., C.d.S.*, 2000, 897. In dottrina, cfr.: Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il giudizio di ottemperanza*, in Aa.Vv., *Il giudizio di ottemperanza, op. cit.* e, da ultimo, Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 302.

[57] In un recente contributo, Cassatella, *op.cit.*, commentando la recente pronuncia della VI Sezione del C.d.S., ha messo in luce l'opportunità di distinguere, ai fini della definizione della natura e dei limiti del giudizio di ottemperanza, tra gli obblighi che scaturiscono dall'effetto conformativo e quelli riferibili all'effetto demolitorio. In relazione ai primi, compito del giudice dell'ottemperanza sarebbe soprattutto quello di adottare, anche tramite l'ausilio del commissario *ad acta*, il provvedimento illegittimamente negato cui aspira il ricorrente, "procedendo *ex officio* all'esatto adempimento dell'obbligazione nascente dal giudicato". È evidente il parallelo con la *Verpflichtungsklage* disciplinata dal diritto tedesco: nondimeno, mentre quest'ultima riguarda obblighi che scaturiscono direttamente dalla legge, il giudizio di ottemperanza italiano mira alla realizzazione di quelli riferibili all'effetto conformativo del giudicato amministrativo. Relativamente agli obblighi che scaturiscono dall'effetto ripristinatorio, il compito del giudice dell'ottemperanza sarebbe quello di rimuovere gli effetti materiali e giuridici prodotti dal provvedimento annullato e nella ricostruzione della situazione antecedente all'emanazione dell'atto che, giusta la pronuncia costitutiva di annullamento, è *tamquam non esset*. Qui l'azione promossa dal ricorrente ricorda, quanto alla funzione ed agli effetti, la tedesca *Folgenbeseitigunganspruch*. Per un'ampia analisi circa l'ammissibilità dell'azione di adempimento, anche con riguardo alle soluzioni adottate in altri Paesi, cfr. Carrà, *Risarcimento in forma specifica e Folgenbeseitigunganspruch: le frontiere mobili della responsabilità pubblica tra annullamento dell'atto e risarcimento del danno*, in *Dir. Amm.*, 2004, 783, nonché Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 557. Si vedano, inoltre, le più ampie indicazioni bibliografiche contenute nella nota n. 80.

[58] Cassatella, *op. cit.*

[59] È controversa, come noto, la questione se la domanda di risarcimento sia proponibile per la prima volta in sede d'ottemperanza. Nel senso dell'inammissibilità della domanda, la giurisprudenza prevalente: cfr., C.d.S., Sez. IV, 1 febbraio 2001, n. 396, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 663, con nota di Valaguzza; C.d.S., Sez. VI, 18 giugno 2002, 3332, in *Rep. Civ. prev.*, 2003, 153, con nota di Verzaro; *contra* TAR Campania, Sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 2002, 332. Peraltro, va precisato che la sentenza citata nel testo fa riferimento ad una domanda di risarcimento "accessoria" rispetto a quella avente ad oggetto l'esecuzione della sentenza, cioè, più precisamente, succedanea all'accertamento del mancato adempimento dell'Amministrazione rispetto agli obblighi di cui al giudicato.

[60] Cfr. Cassatella, *op. cit.*

[61] Cintioli, *op. ult. cit.*

[62] Sandulli A.M., *Il TAR Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulla sorte del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380)*, in *giustamm.it*, 2008.

[63] Cfr. TAR Lombardia, Sez. I, 8 maggio 2008, n. 1380, in *giustamm.it*, 2008.

[64] Sandulli A.M. *op. cit.*

[65] Circa la qualificazione del processo amministrativo come giudizio “di spettanza”, cfr. Falcon, *Il giudizio amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 287. Cfr., in senso critico, Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, spec. 198 e ss.

[66] In ordine alle “prime contraddizioni della Corte di Cassazione” ed alla cognizione *incidenter tantum* come “primo palliativo”, cfr. Vinti, *Quali rimedi per la salvaguardia dell’interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *giustamm.it*, 2008.

[67] Satta, *op. cit.*

[68] Cfr. C.d.S., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, *loc. ult. cit.*; Id., Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, *loc. ult. cit.*; C.d.S., Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, *loc. ult. cit.*

[69] Cfr., da ultimo, Valla, *op. ult. cit.*; Cintioli, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell’atto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 95.

[70] Secondo C.d.S., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, *loc. ult. cit.*, la buona fede non sarebbe riscontrabile a fronte dei casi in cui il terzo abbia preso parte al giudizio amministrativo (salvo che il contratto sia stipulato prima dell’instaurazione del giudizio stesso). In termini, cfr. Cintioli, *Annullamento dell’aggiudicazione, buona fede e metodo giuridico*, *loc. ult. cit.*, 9.

[71] Circa il carattere apodittico dell’assimilazione *quo ad effectum* delle distinte ipotesi del rapporto di presupposizione necessaria tra atti amministrativi e quello tra un atto amministrativo ed un contratto, cfr. De Palma, *Reintegrazione in forma specifica*, *op. cit.*,

[72] Correttamente Scoca F.G., *op. cit.*, richiama, oltre agli artt. 23 e 25 c.c., anche gli artt. 2377 e 2388, relativi alle società di capitali. Va ricordato che l’elaborazione circa il limite all’automaticità della caducazione, in considerazione della buona fede del terzo, risale all’autorevole contributo di Greco, *I contratti dell’Amministrazione*, *op. cit.*

[73] Si vedano: TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 6 novembre 1999, n. 753, in *Foro amm.*, 2000, 1949; TAR Lombardia, Sez. II, 15 aprile 1999, n. 1190, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1999, 1133; TAR Lombardia, Brescia, 30 luglio 1998, n. 721 in *Foro amm.*, 2001, 111. In termini, anche: C.d.S., Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Studium Juris*, 2002, 671, secondo cui “la domanda di annullamento di un atto amministrativo contiene in sé, implicita, la domanda di r.s.f., mediante il rinnovo legittimo dell’atto impugnato”. In dottrina, tale orientamento è stato espressamente stigmatizzato come “opportunistica” da Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2001, 186. Secondo Liguori, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, “nessuno dubita che si possano dare casi di <<assorbimento>> della r.f.s. nell’annullamento [...], ma questo non significa che vi sia una relazione di corrispondenza biunivoca tra i due rimedi, che esprimono esigenze differenti, sono basate su presupposti giuridici distinti e subordinati a condizioni di operatività pratica non omogenee” Si veda anche il contributo di Gioia, *Giurisdizione esclusiva e risarcimento del danno*, in *Urb. e app.*, 1999, 809. Nella dottrina più risalente (Fragola, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1963), partendo dall’equivalenza in discorso, si giungeva ad affermare, giusta l’alternatività tra i due rimedi risarcitori, che l’ammissibilità di quello in forma specifica (equiparabile all’annullamento) rendeva irragionevole l’esclusione di quello per equivalente.

[74] Cfr. C.d.S., Sez. VI, 28 giugno 2002, n. 3338, in *Rep. Civ. prev.* 2002, 1086. In tale occasione, i Giudici di Palazzo Spada, aderendo ad una visione dichiaratamente “civilistica” dell’istituto in questione, hanno ritenuto che “la forma specifica non è né una forma eccezionale né una forma

sussidiaria di responsabilità, ma uno dei modi attraverso cui il danno può essere risarcito, la cui scelta spetta al creditore, salva l'ipotesi di eccessiva onerosità o l'oggettiva impossibilità”.

[75] L'orientamento “civilistico” sulla natura risarcitoria della r.f.s. è stato confermato dalla successiva giurisprudenza. Cfr., di recente, C.d.S., Sez. IV, 23 ottobre 2007, n. 5562, in *Foro amm.*, C.d.S., 2007, 2870.

[76] Orientamento, quest'ultimo, pienamente condiviso da Volpe, *La reintegrazione in forma specifica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cfr. anche Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 2005, 293, secondo cui la distinzione tra le due forme di tutela risarcitoria va coordinata con la tradizionale distinzione degli interessi legittimi in pretensivi ed oppositivi. Sulla nota pronuncia del 2002 della VI Sez. del C.d.S., richiamata nel testo, si vedano le articolate riflessioni di Liguori, *La reintegrazione in forma specifica*, op. cit., 48; Satta, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir., Agg.*, V, Milano 2001, 579. Secondo Villata, *Tre anni dopo*, op. cit., è discutibile il “percorso logico che distingue interessi legittimi oppositivi e pretensivi, sostanziali e procedurali, interessi legittimi e interesse al bene della vita, dovendosi invece ricondurre all'inesistenza di un danno (patrimoniale) o del nesso di causalità la fattispecie in cui alla lesione dell'interesse legittimo, contemplata dall'art. 2043 c.c. [...], segua l'eventuale non risarcibilità del (vantato erroneamente) danno”. Secondo questo stesso Autore, conformemente alle opinioni espresse in un precedente scritto (Id., *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 379), l'art. 2043 c.c. rimane una norma secondaria: la *ratio decidendi* di Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500 appare, pertanto, contraddittoria nel punto in cui qualifica tale norma come primaria esigendo al contempo che il presupposto della sua applicazione vada rinvenuto nell'esistenza di un interesse protetto da altra norma.

Nella citata ordinanza di rimessione del 28 marzo 2008, si precisa, in conformità ad un consolidato orientamento del C.d.S., che, nel vigente ordinamento, l'ammissibilità di una condanna dell'Amministrazione ad un *facere* in relazione ad interessi pretensivi deve rimanere circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, co. 6, l. 241/90) e di quello sul silenzio (art. 21-bis, co. 2, l. TAR).

Conforme all'orientamento per cui la r.f.s. atterrebbe, nel processo amministrativo, solo ai casi in cui venga in rilievo un interesse di tipo oppositivo, perché tale tecnica di tutela presuppone che l'evento lesivo abbia interrotto una relazione già esistente con il “bene delle vita”, è, da ultimo, C.d.S., Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[77] C.d.S., Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, in *Cons. St.*, 2003, I, 819. Più di recente, la VI Sezione (cfr. C.d.S., Sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5562, *loc. ult. cit.*), richiamando i precedenti del 2003 e del 2002, ha precisato che “mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, del c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali rileva la sola sopravvenuta impossibilità; unico limite a cui è assoggettato l'obbligo conformativo dell'amministrazione”. In dottrina, cfr. le argomentazioni svolte da Liguori, *Effetto conformativo e reintegrazione in forma specifica. È possibile il risarcimento in natura per gli interessi pretensivi?*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 470.

[78] In merito alla distinzione tra il profilo risarcitorio e quello esecutivo, cfr., nell'ambito della dottrina civilistica: Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, 201; Libertini, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratti e impresa*, 1987, 85. Nel senso che andrebbe completamente rivista la distinzione tra il piano dell'adempimento-esecuzione e quello del risarcimento-eliminazione del danno, cfr.: Ceccherini, *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989, 16. Per tale Autore, “il procedimento esecutivo altro non è che un peculiare strumento di risarcimento del danno causato al creditore dall'inadempimento dell'obbligo”. A tale ordine di idee si contrappone l'opinione della prevalente dottrina privatistica. Cfr., *ex multis*: Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 187; Salvi, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1094.

[79] Così, C.d.S., Sez. VI, 28 giugno 2002, n. 3338, *loc. ult. cit.*

[80] Cfr. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000; Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 586; Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, 169; Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; Zito, *Risarcimento del danno e reintegrazione in forma specifica nel sistema amministrativo dopo la l. n. 205/2000*, in Zito-De Carolis (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, 170.

In senso contrario, cfr.: Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento ed azione risarcitoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 222; Villata, *Tre anni dopo, op. cit.*. Secondo tale Autore, “sembra quanto meno arduo dimostrare l’esistenza di una situazione individuale protetta [...] non identificabile né con gli interessi legittimi né con i diritti soggettivi, denominata <<pretesa di provvedimento>>, azionabile in giudizio tramite una domanda fondata sull’art. 7 della l. 205/00”.

Va, per amore di completezza, ricordata la tesi, rimasta minoritaria, secondo cui l’interesse legittimo sarebbe qualificabile come un diritto di credito al quale corrisponde un obbligo in capo alla P.A.: a fronte di una sentenza favorevole al ricorrente, avrebbe luogo un’esecuzione forzata nel senso tecnico del diritto processuale civile. In tal senso: Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al giudizio di esecuzione*, Milano, 2003; Bacosi, *Dall’interesse legittimo al diritto condizionato*, Torino, 2003, si spinge al punto di qualificare l’interesse legittimo come un diritto di credito risolutivamente condizionato ad un eventuale contrasto con l’interesse pubblico.

[81] Cfr. Liguori, *Caratteri della funzione amministrativa e norme sulla responsabilità*, in *Diritto e Società*, n. 4/04, 475. In tale contributo l’Autore in questione richiama e sintetizza le idee espresse in altri scritti precedenti, segnatamente: *La reintegrazione in forma specifica, op. cit.*; *Effetto conformativo, op. cit.*; Cfr., inoltre, Sassani, *La giurisdizione esclusiva in Cassese, Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo 4, Milano, 2000, 3590, il quale non fa distinzione, tuttavia, tra la reintegrazione in forma specifica e l’esecuzione in forma specifica; Satta, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 2002, 408.

[82] A fronte di manifestazioni di potere “verace”, infatti, nella logica della spettanza, l’ingiustizia del danno può essere apprezzata solo a seguito della irrinunciabile riedizione dell’azione amministrativa. In tal senso, cfr. anche De Palma, *Reintegrazione in forma specifica ex art. 35 del d.lgs. 80/98 e annullamento dell’aggiudicazione, loc. ult. cit.* (dove si riprendono gli spunti offerti da un precedente scritto, Id., *Alcune riflessioni sulla reintegrazione in forma specifica di cui all’art. 35 del d.lgs. 80/98*, in *giustamm.it*). Secondo tale Autore, infatti, nel caso di annullamento dell’aggiudicazione a favore di un’impresa che avrebbe dovuto essere esclusa, “ben potrebbe l’autorità giudiziaria condannare all’aggiudicazione a favore della seconda classificata, poiché in questa ipotesi l’amministrazione con l’espletamento della procedura di gara avrebbe esercitato e conseguentemente esaurito la sua discrezionalità”.

[83] Va altresì ricordato il contributo di D’Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002, il quale ha fornito una lettura meramente patrimoniale del rimedio della r.f.s.: anche a fronte dei “procedimenti a risultato certo” (così, Liguori, *Caratteri, op. cit.*) la restituito in integrum non potrebbe consistere nel conseguimento di un risultato ancora da verificarsi. Semmai, è possibile un ristoro patrimoniale corrispondente alla somma di denaro che occorre al danneggiato per ripristinare la situazione in cui si sarebbe trovato se non fosse intervenuto l’evento lesivo, in deroga al criterio di calcolo, proprio del risarcimento per equivalente, fondato sul valore della diminuzione patrimoniale subita dal danneggiato. Secondo TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 13 febbraio 2003, n. 460, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), “il principio della compensazione del lucro col danno prescrive che la quantificazione del danno risarcibile debba tenere conto degli effetti vantaggiosi apportati al danneggiato e direttamente riconducibili al fatto ritenuto dannoso, onde evitare che il danno sia fonte di lucro e la misura del risarcimento superi quella dell’interesse leso”.

[84] Liguori, *Caratteri della funzione, op. cit.*

[85] Libertini, *op. ult. cit.*, 106.

[86] In senso contrario, tuttavia, si legga la motivazione della citata sentenza C.d.S., Sez. VI, 28 giugno 2002, n. 3338, *loc. ult. cit.*, per cui “costituisce una diminuzione di tutela per il privato la conseguenza cui giungono le tesi criticate, in quanto quello che prima costituiva il c.d. effetto conformativo per la P.A., assoggettato al solo limite dell’impossibilità sopravvenuta (siccome la sentenza di annullamento impone all’Amministrazione una “prestazione” diversa in sostituzione di quella originaria, *nds*), verrebbe ingiustificatamente condizionato anche alla verifica di onerosità ai sensi dell’art. 2058 c.c.”.

[87] Liguori, *Caratteri della funzione*, *op. cit.*, il quale si richiama a Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 127.

[88] Cfr., C.d.S., V Sez., 6 marzo 2002, n. 1373, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 669.

[89] Cfr. Pugliese, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l’attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 615; in senso contrario, Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Vol. II, Padova, 2001.

[90] Liguori, *Caratteri della funzione amministrativa*, *op. cit.* Tale Autore utilizza come *argumenta ad adiuvandum* della tesi circa il carattere sussidiario del risarcimento in denaro due considerazioni di ordine sistematico, cioè: a) la giurisprudenza comunitaria sulla “direttiva ricorsi” secondo cui gli Stati membri devono privilegiare la scelta di rimedi atti a favorire l’annullamento dell’aggiudicazione e non soltanto il risarcimento per equivalente, da utilizzarsi solo quando la tutela specifica non sia più utilizzabile; b) la giurisprudenza della CGCE relativa alle norme sul risarcimento dei danni causati dalle Istituzioni comunitarie nell’esercizio delle loro funzioni.

Questione connessa a quella esaminata nel testo è quella afferente la necessità di una apposita domanda per ottenere la reintegrazione in forma specifica. Pare che tale limite vada superato se è vera l’opinione di autorevole dottrina civilistica (Libertini, *op. ult. cit.*, 108) secondo cui “il fatto che il giudice possa rifiutare la r.f.s. se <<eccessivamente onerosa>> esprime una ragionevole valutazione comparativa degli interessi in gioco, tenuto conto della possibilità di abusi del diritto al risarcimento”.

Coerente con tale impostazione, C.d.S., Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367 in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2887, secondo cui “nella domanda di risarcimento del danno per l’illegittima aggiudicazione dell’appalto, salva un’espressa ed inequivoca richiesta della parte tesa ad ottenere esclusivamente il risarcimento del danno per equivalente, deve ritenersi compresa anche la domanda di risarcimento del danno nella forma di reintegrazione in forma specifica (del resto più coerente, almeno dal punto di vista astratto, alla tutela del bene della vita che si assume leso dal provvedimento illegittimo della P.A.), anche in considerazione della formulazione dell’articolo 35, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, secondo cui il giudice amministrativo dispone il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica”.

[91] Nella più volte citata ordinanza di rimessione del 28 marzo 2008, n. 1328, *loc. ult. cit.*, il Giudice remittente rileva che “all’indirizzo del quesito dell’ammissibilità della tecnica riparatoria in esame per la lesione di interessi pretensivi possono ipotizzarsi tre risposte”. Segnatamente: 1) essa è sempre inammissibile perché determina una sostituzione del giudice alla Pubblica Amministrazione; 2) essa è sempre ammissibile perché si tratterebbe di una generale tecnica di tutela degli interessi legittimi; 3) essa è ammissibile solo nei riguardi dell’attività vincolata, dove “una è soluzione conforme alla legge” (così: Maruotti, *La struttura dell’illecito amministrativo lesivo dell’interesse legittimo e la distinzione tra illecito commissivo ed omissivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), sicché in tale ambito non si determinerebbe uno sconfinamento del giudice in valutazioni riservate alla P.A.

In ordine alla prospettata questione, come notato nel testo, l’atteggiamento della V Sezione è di aperto scetticismo. Infatti, il riconoscimento della tutela risarcitoria in forma specifica in relazione agli interessi pretensivi, provocherebbe, ad avviso del Collegio, “la surrettizia introduzione nel nostro ordinamento dell’azione di adempimento”, che postulerebbe, a sua volta, la ricostruzione dei rapporti tra P.A. e cittadino secondo l’endiadi diritto-obbligo, piuttosto che secondo quella, certo più aderente al nostro diritto positivo, potere autoritativo-interesse legittimo.

[92] Virga G., *Le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione in s.g. dell'aggiudicazione*, nota a C.d.S., Sez. IV, 23 ottobre 2003, n. 6666, in *LexItalia.it* ; in termini, si veda anche Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.*, 2003, 645. La tesi in parola è condivisa da alcuni TAR, in particolare: TAR Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, *loc. ult. cit.*, e T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48, in *Foro amm.*, 2003, 1543, con nota di Tuccillo; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394. in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[93] Cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, 13 febbraio 2003, n. 962, in *Foro amm.*, 2003, 609, secondo cui “la reintegrazione in forma specifica deve essere intesa come istituto speciale del diritto processuale amministrativo, in cui l'eccessiva onerosità per il debitore considerata dall'art. 2058 c.c., muta veste e deve valutarsi alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività”.

[94] Secondo De Palma, *Reintegrazione in forma specifica*, *op. cit.*, la r.f.s. incontra, ai sensi dell'art. 2058 c.c., altresì il limite della possibilità e “nel sistema di giustizia amministrativa vigente il giudice può valutare le scelte discrezionali dell'Amministrazione solo nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito tra le quali non rientra di certo quella disciplinata dall'art. 35 del citato decreto”.

[95] TAR Campania, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, *loc. ult. cit.*, che fa richiamo a C.d.S., Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, *loc. ult. cit.*, nonché a precedenti decisioni di quello stesso Tribunale: TAR Campania, Sez. I, 8 febbraio 2001, n. 603 in *Urb. e app.*, 2001, 1134, con nota di Lopilato; Id., 19 settembre 2001, n. 4485, in *Urb. e app.*, 2001, 130, con nota di Riccio. Cfr., inoltre, C.d.S., Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2002, 1331, per cui la priorità della tutela specifica rispetto a quella per equivalente si ricollega al principio di legalità e buon andamento. Più di recente, la soluzione accolta nel 2002 dal TAR Campania è stata confermata da quello stesso Tribunale in una pronuncia della I Sezione, 1 dicembre 2005, n. 19776, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui “la reintegrazione in forma specifica incontra peraltro il duplice limite della sua possibilità materiale e della non eccessiva onerosità (art. 2058 c.c.), la cui ricorrenza, in concreto, spetta all'amministrazione valutare in relazione, per quanto qui specificamente interessa, allo stato di fatto in cui si trova lo svolgimento del rapporto di appalto ferma restando la sindacabilità di tale valutazione, anche nel merito, nella sede dell'ottemperanza dal giudice amministrativo adito per l'esecuzione del giudicato”.

[96] Liguori, *La reintegrazione*, *op. cit.*

[97] Cfr. Gallo, *Presidente e collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205 del 2000*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[98] Cfr. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *giustamm.it*, 2008; Vinti, *op. cit.*; per una interessante ricostruzione della problematica in chiave comparatistica, cfr. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 95.

[99] Lipari, *op. ult. cit.*

[100] Lipari, *op. ult. cit.*

[101] Peraltro, è opportuno precisare che in questo caso il meccanismo della privazione degli effetti è subordinato alle seguenti condizioni: a) la violazione deve aver privato l'offerente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; b) occorre una violazione sostanziale della direttiva 18/2004 e tale violazione deve avere influito in modo determinante sulla possibilità da parte del ricorrente di ottenere l'appalto.

[102] Lipari, *op. ult. cit.*

[103] Cfr., in senso contrario, le argomentazioni svolte da Cass. S.U., 28 dicembre 2007, n. 27169, *loc. ult. cit.*