

[1] Il presente saggio è dedicato a F. Pugliese maestro mirabile della scuola napoletana e destinato agli scritti in sua memoria curati da L. Iannotta.

[2] In merito si cfr. il testo dell'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205/2000.

[3] In merito si riporta il primo periodo del terzo comma dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205/2000.

[4] Le ragioni di tale scelta sono del resto dettate, oltre che dalla necessità di sopperire alla carenza di una disciplina organica e completa della materia, anche dall'intrinseco carattere sostanziale della disciplina dell'illecito.

[5] Sul tema la letteratura è ampia: si cfr. C. Salvi, *Risarcimento del danno*, *Enc. del dir.*, Vol. XI Giuffrè, Milano, 1989, 1084; M. Franzoni, *Il risarcimento in forma specifica*, *Trattato della Responsabilità Civile*, Giuffrè 2004, 217 e ss.; E. Russo – G. Lener – G. Doria *Il fatto illecito e la responsabilità extracontrattuale*, in *Istituzioni delle leggi civili*, Cedam, 2005, 626, *Gli strumenti di tutela del danneggiato*; M. Bessone, *Lineamenti di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2003, 623; nonché per un inquadramento generale sul tema del risarcimento danni si cfr. G. Visentini, *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffrè Milano 1999; per una sintesi sulla nozione di danno ingiusto si cfr. tra i tanti: G. Crifò, *Danno (storia)*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI; nonché A. De Cupis, *Danno (dir. vig.)*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI, che contesta il criterio della distinzione della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, basato sulla violazione dell'obbligo nel primo caso e del *neminem laedere* nel secondo. Poiché quest'ultimo è in realtà la sintesi di tutti gli obblighi specifici imposti verso gli altri soggetti; si cfr. infine G. Gentile, *Danno alla persona*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI; C. Salvi, *Danno*, *Dig. disc. priv.* UTET Vol. V; P.G. Monateri, *Danno alla persona*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V; G. Bonilini, *Danno morale*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V; S. Patti, *Danno patrimoniale*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V.

[6] In tale ambito si colloca ad es. il recente studio di M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Giuffrè, Milano, 2006.

[7] In tal senso si cfr. A. Romano, *Nota al parere sul d.lgs. n. 80/1998 del Cons. Stato 12.3.1998*, *Foro it.*, 1998, 353, nella parte in cui si osserva che inserendo la locuzione risarcimento del danno ingiusto tale testo: «ha il grande pregio di richiamare il tenore dell'art. 2043, riconoscendogli il ruolo di principio generale dell'ordinamento, come tale applicabile a tutti i soggetti, privati o pubblici che siano; e di riportare a questo principio il fondamento della responsabilità civile dell'amministrazione...»; e Varrone, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, *Commento alla legge 21 luglio 2001, n. 205*, a cura di Cerulli Irelli, Torino 2000, 62; la centralità del danno è evidenziata anche da S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Cedam, 2006; nonché sulla nozione di danno ingiusto si rinvia a A. de Cupis, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, Vol. I, Giuffrè Milano 1979 e *Danno (dir. vig.)*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI, che contesta il criterio della distinzione della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, basato sulla violazione dell'obbligo nel primo caso e del *neminem laedere* nel secondo. Poiché quest'ultimo è in realtà la sintesi di tutti gli obblighi specifici imposti verso gli altri soggetti.

[8] Cassazione civile sez. un. 22 luglio 1999, n. 500, secondo cui infatti non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe "in re ipsa" nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo.

[9] Per un'analisi completa dell'illecito di diritto pubblico con riferimento agli elementi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. si rinvia M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006.

[10] In tal senso si cfr. Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Cons. Stato*, 2003, II, 483, con nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, *For. it.*, 2003,

I, 78 e di E. Sciascia, *La sentenza figlia della 500/99: responsabilità aquiliana e contrattuale della p.a. sono affiancate*, *Urb. e app.*, 2003, 895.

[11] Sulla responsabilità da contatto si cfr. anche M. Protto, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, *Resp. civ.*, 2001, 213.

[12] In dottrina si cfr. A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, *Dir. amm.*, 2001, 20, in cui l'autore, pur riconducendo la responsabilità della p. a. nell'ambito della tutela aquiliana, afferma che: «non si deve dimenticare che il quadro civilistico della tutela risarcitoria non si esaurisce in un'unica figura, e se oggi sta raccogliendo sempre maggiore consenso la tesi della configurabilità di una responsabilità civile specifica dell'imprenditore, non si capisce perché non debba ammettersi anche una responsabilità civile specifica dell'amministrazione»; Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, *Jus*, 1998, 653; Casetta-Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, *Foro it.*, 2002, III, 4.

[13] La dottrina, in proposito, ha osservato che: «La terza categoria di fonti, costituita da ogni atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, si presenta come visto – come una categoria potenzialmente aperta, erede della categoria di derivazione romanistica dei “quasi contratti”, con l'unico limite costituito dal parametro della conformità con l'ordinamento giuridico. Ciò vale a spiegare perché, delle tre fonti, sia l'unica per la quale il codice non ha fornito alcuna nozione, né nella forma di vera e propria definizione (art. 1321) né nella forma di descrizione generale della fattispecie (art. 2043)», così F. Ridolfi, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, *Giur. merito*, 2007, 2, 555; la giurisprudenza, dunque, affermando tale tipo responsabilità ha consentito al privato di conseguire il risarcimento anche per la violazione delle regole che sovrintendono all'esercizio dell'azione amministrativa, così Cons. giust. sic., ord., 8.5.2002, n. 267, *Cons. Stato*, 2002, I, 1397.

[14] Una parte della giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto tale tipo di responsabilità da contatto qualificando la violazione dell'affidamento come fonte di responsabilità precontrattuale, si cfr. in merito T.A.R. Puglia – Bari, 17.5.2001, n. 1761, *Trib. Amm. Reg.*, 2001, I, 2493.

[15] Sul tema si rinvia ad A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1996, 141 e ss., laddove l'autore individua dei diritti partecipativi, che coprono l'area “rappresentata dalla violazione di regole procedurali, che attengono cioè alle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa”; nonché M. R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione all'esercizio del poter: un'ipotesi ricostruttiva*, *Dir. amm.*, 2002, 283; nonché M. R. Spasiano, *Trasparenza e qualità dell'amministrazione*, *Studi in onore di V. Spagnolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1435.

[16] Si cfr. in merito, M. Tiberii, *Brevi note in tema di «accesso e privacy»: posizioni giuridiche a confronto*, *Riv. Amm. Reg. Camp.*, n.1/96, 38; nonché M. Tiberii, *La rilevanza d'interesse pubblico del dato privato riservato: personale, sensibile e sullo stato di salute*, *For. amm. CDS*, n. 12/2002, 3304.

[17] In tal senso, infatti, si è affermato che: «Attualmente, quindi, tende a prevalere in dottrina e giurisprudenza l'indirizzo che riconosce una responsabilità da contatto in capo all'amministrazione, così S. R. Maserà, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Cedam, 2006, 201 e ss.

[18] Una parte della giurisprudenza ha definito la responsabilità della p.a. come contrattuale o precontrattuale, si cfr. in merito Cons. Stato, sez. VI, 20.1.2003, n. 204, *Cons. Stato*, 2003, I, 68.

[19] In tal senso si pronunzia ad es. T.A.R. Veneto, sez. I, 20.11.2003, n. 5778; nonché Cons. Stato, sez. V, 8.7.2002, n. 3796; in dottrina si cfr. Castronovo, *Obblighi di protezione*, *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Vol. Roma, 1990, 1; nonché dello stesso autore *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, *Scritti in onore di Mengoni*, 1995, I, 148; infine più di recente L. Lambo, *Obblighi di protezione*, Cedam, 2007.

[20] Le regole della trasparenza si estendono infatti anche nei confronti dei privati che gestiscono un servizio pubblico, si rinvia in merito a M. Tiberii, *Il ruolo dell'accesso nell'evoluzione dell'ordinamento*, *Giustamm.it*, n.7/2008.

[21] Al riguardo, infatti, l'art. 26, comma 3, della legge istitutiva dei Tar aveva già previsto che il giudice amministrativo nella materia «relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito» potesse condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice.

[22] Sul tema tra i primi studi si segnala F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino 2000.

[23] Si cfr. ancora F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino 2000, 51 sul punto l'Autore considera la reintegrazione in forma specifica rimedio complementare alla tutela di annullamento della quale sviluppa le potenzialità insite negli effetti ripristinatori e conformativi: «Per questo l'alternativa tra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente non si pone nei termini nei quali essa è prevista nell'art. 2058 c.c. In questa disposizione, la possibilità di scelta dell'interessato sussiste in quanto essa si muove tra alternative omogenee nei loro presupposti e nella loro funzione».

[24] Si cfr. F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino 2000, 38.

[25] Si cfr. sul punto M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559, dove l'autore afferma che: «i limiti strutturali dell'azione di annullamento sono stati colti da tempo dalla dottrina che ha più volte spezzato una lancia, senza trovare rispondenza né da parte del legislatore né da parte della giurisprudenza, a favore dell'introduzione nel nostro ordinamento di un'azione di adempimento secondo il modello tedesco della *Verwaltungsgerichtsordnung*...»; F. Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, Torino 2000, 39, nella parte in cui si afferma che: «da tempo è stata segnalata l'opportunità di introdurre un'azione di adempimento, che integri la tutela di annullamento attraverso la condanna dell'amministrazione al compimento di atti vincolati».

[26] Per un quadro sulla disciplina di tale tipo di azione nell'ordinamento tedesco si cfr. M. Clarich, *L'azione di adempimento nel sistema della giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, *Dir. proc. amm.*, 1985, 66 e ss; A. Masucci, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Giuffrè 1991; nonché C. Fraenkel-Haeberle, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa (Germania - Austria - Italia)*, *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche – Università degli Studi di Trento*, 2004. La dottrina al riguardo ha evidenziato che nella disciplina del processo tedesco l'azione di adempimento comporta una pronuncia di condanna puntuale soltanto quando non esula dal giudizio alcun ulteriore profilo di discrezionalità, sicché non si riscontra un'invasione del potere giudiziario nell'area demandata all'autonomia discrezionale della pubblica amministrazione.

[27] In proposito la più avveduta dottrina, G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, aveva già segnalato l'esigenza di un'azione autonoma di accertamento del rapporto amministrativo, poiché gli interessi pretesivi non possono essere soddisfatti soltanto attraverso la tecnica del giudizio di annullamento; sul tema anche P. Stella Richter, *Per l'introduzione dell'azione di un mero accertamento nel giudizio amministrativo*, *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 853, che tuttavia considera in tal senso necessario potenziare l'effetto conformativo della sentenza di annullamento.

[28] M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559.

[29] Si cfr. in merito la posizione di G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto*, 83-84 nella parte in cui, citando la posizione di Cammeo che non condivideva l'idea secondo cui ordinare all'amministrazione un *facere* conforme a diritto eccedeva dai limiti della funzione giurisdizionale, evidenzia che la scelta compiuta dal legislatore nel 1989 di articolare la tutela degli interessi

legittimi soltanto attraverso lo strumento del ricorso impugnatorio per l'annullamento degli atti era imputabile a ragioni culturali e non invece ad "imprescindibili esigenze dogmatiche".

[30] In merito si cfr. anche l'interrogativo sollevato da A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, 134, nella parte in cui l'autore rileva che: «l'azione con il quale il ricorrente richiede al giudice una condanna dell'amministrazione ad un fare, un dare, o un prestare specifico è uno dei possibili contenuti della reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 35, comma 1, ovvero costituisce altra azione autonoma e distinta rispetto a quella risarcitoria, riconducibile forse all'azione prevista dall'art. 21bis della legge istitutiva del T.A.R. avverso il silenzio dell'amministrazione, ove si costruisca quest'ultima come azione di adempimento?..», al quesito sopra formulato l'autore risponde che è preferibile ricondurre all'art. 35 tutte le azioni esperibili nell'ambito della giurisdizione piena.

[31] Su tale tema più di recente si rinvia a L. Tarantino, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003.

[32] In tal senso si rinvia a V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 1,1, nella parte in cui afferma che: «L'innovazione legislativa intende manifestamente superare la precedente posizione consentendo al giudice amministrativo, investito del silenzio dell'amministrazione, di valutare la fondatezza dell'istanza e di ordinare di provvedere nel senso del rilascio del provvedimento richiesto, se riconosciuta fondata la pretesa». L'autore considera, dunque, tale precetto normativo come volto ad attribuire "un fondamento di diritto positivo" alla stregua della disciplina prevista dall'azione di adempimento prevista dall'ordinamento tedesco.

[33] M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.* 2005, 3, 567; contro la fondatezza di tale tesi è invece A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 994 e ss., dove l'autore afferma che: «nel nostro ordinamento amministrativo, nonostante alcune importanti proposte dottrinali la configurabilità di un tale onere di completezza appare molto dubbia». Tuttavia successivamente riconosce che quest'indirizzo ha il merito di evidenziare che il limite della "infungibilità" del potere amministrativo può essere superato non soltanto nell'ambito del processo, ma anche in una logica sostanziale attraverso "l'introduzione di termini e preclusioni".

[34] L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, *Dir. amm.*, 1999,1, 57; *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, *Atti del Convegno Amministrazione e legalità*, Macerata 21 e 22 maggio 1999; *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni, Mezzogiorno e politiche di sviluppo* (a cura) di A. Flora, Giuffrè 2001.

[35] Si cfr. in merito M. Tiberii, *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, *Testo Unico dell'Edilizia* (a cura) di M.A. Sandulli, Giuffrè, 2004, 250-254 in corso di ristampa sec. ed. 2008.

[36] La tecnica dell'anticipazione del giudizio si è resa possibile attraverso l'espressa funzionalizzazione della conferenza di servizi quale sede ove «concordare quali siano le condizioni per ottenere il superamento della pronuncia negativa» (ex art.4, co. 2, d.p.r. n°447/98) o «verificare quali siano le condizioni per ottenere... i necessari atti di consenso» (ex art. 14bis l. n. 241/90), nonché in ultima istanza - quando «il progetto presentato sia in contrasto con lo strumento urbanistico» - adottare «una proposta di variante» (ex art. 5 d.p.r. n°447/98), su cui sarà chiamato a pronunciarsi il consiglio comunale.

[37] Si cfr. in merito M. Tiberii, *Procedimento per il rilascio del permesso di costruire*, *Testo Unico dell'Edilizia* (a cura) di M.A. Sandulli, Giuffrè, 2004, 250-254 in corso di ristampa sec. ed. 2008, dove si prendono in esame le regole di comportamento che deve seguire il responsabile del procedimento nell'ambito del procedimento di rilascio del permesso di costruire, evidenziando che in tale sede prima di respingere una domanda occorre regolarizzarla, se possibile, ed eventualmente richiedere eventuali modifiche del progetto, in un'ottica di collaborazione e raggiungimento del risultato.

[38] La particolare attenzione dedicata, negli ultimi anni, all'amministrazione di risultato dalla dottrina italiana si deve a L. Iannotta che ha con i suoi studi stimolato la riflessione. Al riguardo, per una disamina completa sul tema del risultato nella p.a., occorre rinviare al lavoro *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, *Dir. amm.* n. 1/1999, 57 es.; al tema del risultato L. Iannotta ha dedicato, inoltre, i seguenti numerosi studi: *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, *Dir. amm.* n. 4/1996, 579; *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.* n. 2/1998, 299; *La decisione giuridica*, Atti del Convegno su *Il processo decisionale*, *Quaderni dell'I.P.E.* 2000, 97; *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, *Amministrazione e legalità*, Giuffrè 2000, 37; *Diritto comune dello sviluppo: rispetto e soddisfazione dei diritti, efficacia ed economicità delle decisioni*, *Mezzogiorno e politiche di sviluppo*, (a cura di) A. Flora, E.S.I. 2002, Napoli, 59 e ss.; nonché M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003 e M. Tiberii, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, E.S.I., Napoli, 2003, in particolare Cap. VIII, *La nullità e l'illecito nella legalità risultato*, 197 e ss.

[39] Si cfr. in merito L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione – La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003, 175 e ss. L'autore considera l'interesse legittimo come riconducibile allo schema del diritto di credito "avente ad oggetto una prestazione consistente in un comportamento – in un atto – dalle caratteristiche predeterminate".

[40] Il ragionamento sembra condivisibile anche ove si preferisca parlare di relazione tra la posizione della p.a. di "dovere" e la diversa situazione giuridica di diritto e/o d'interesse legittimo.

[41] Si cfr. ancora L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione – La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003, 135.; nonché V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 1,1, secondo il quale sarebbero maturi i tempi per introdurre le azioni di accertamento nel giudizio amministrativo che: «ammesse talvolta dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento ai diritti soggettivi nell'ambito della g.e., potrebbero essere estese al diritto ad ottenere un certo provvedimento: ma ciò esigerebbe pure di ricostruire i rapporti fra cittadino e amministrazione in termini (europei) di diritto-obbligo, piuttosto che in quelli (nazionali) di potere-interesse legittimo, quantomeno nei casi di potere interamente vincolato dalla legge (o da giudizi o criteri già prestabiliti dall'amministrazione).

[42] Ancora una volta si rinvia a M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559.

[43] Si cfr. G. Chiofenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1912, rist. Napoli 1962, 81, richiamato da M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo op. ult. cit.*, 2005, 3, 559.

[44] M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559.

[45] Si cfr. B. Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto – ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 62, che considera la regola della tassatività dell'azione costitutiva dovuta al carattere eccezionale del fenomeno che consente delle modificazione nell'altrui sfera giuridica.

[46] Si cfr. in merito A. Proto Pisani, *Note sulla tutela civile dei diritti*, *Foro it.*, 2002, 170-171, richiamato da M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559; nonché E. Ferrari, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?* *Dir. proc. amm.*, 1988, 575, dove l'autore afferma che: «anche la sentenza del giudice amministrativo ha un contenuto di accertamento e ciò innanzi tutto e fondamentalmente proprio perché siamo in presenza di un potere giurisdizionale»; sul tema dell'azione A. Pekelis, *Azione (Teoria moderna)*, *Novissimo digesto*

*Italiano*, Vol. I, 1957, 29 e ss; nonché sull'azione di accertamento si cfr. G. Pavanini, *Accertamento giudiziale*, *Novissimo digesto Italiano*, Vol. I, 1957, 123.

[47] Si cfr. in merito la recente disciplina introdotta dalla legge n. 205/2000.

[48] Si cfr. M. Clarich, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 573.

[49] Si cfr. A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, *Dir. amm.* 2001, 12; nonché A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, *Dir. proc. amm.* 2003, 1, dove l'autore afferma che: «Nell'art. 35 la reintegrazione in forma specifica si colloca dunque in un contesto risarcitorio. Ciò significa che la norma non vale, e non può valere, per introdurre un'azione di adempimento»; inoltre si cfr. anche L. Tarantino, *Il risarcimento del danno in forma specifica nel processo amministrativo*, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, (a cura di) F. Caringella – M. Protto, Bologna, 2005, 507; F. P. Luiso, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, *Riv. dir. proc.*, 2002, 50; G.P. Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003, 365; G. Romeo, *Gli umori della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 166.

[50] Si cfr. in tal senso M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica*, Giuffrè, 2006; nonché S. R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Cedam, 2006, 171 e ss., dove si osserva che: «danno e risarcimento sono funzionalmente legati, nel senso che il risarcimento si pone come "rimedio" nei confronti del primo: per questo la funzione del risarcimento e il tipo di rimedio risarcitorio in concreto adottato sono condizionati dai caratteri del danno ingiusto».

[51] Da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 15.11.2005, n. 6371; Cons. Stato, Sez. V, 15.3.2004, n. 1280; Cons. Stato, Sez. VI, 7.7.2003, n. 4028, (punto 4 della decisione); Cons. Stato, Sez. VI, 3.4.2003, n. 1716, (punto 7 della decisione); Cons. Stato, Sez. VI, 18.6.2002, n. 3338.

In dottrina per la definizione di risarcimento in forma specifica si cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 186 ss.

[52] Si cfr. in merito A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna. Atti del convegno di studi Italo Spagnolo (Palermo 19-20 marzo 2001)*, Torino 2002, 100.

[53] In tal senso si esprime S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1223, nella parte in cui si osserva che è necessario interpretare l'istituto della reintegrazione in forma specifica come forma di risarcimento; nonché N. Paolantonio, *Giurisdizione esclusiva e tutela giudiziaria*, in *Foro amm.*, 2000, 2474, il quale afferma non potersi trarre dalla norma una concezione diversa dell'istituto dall'illecito aquiliano: «[...] non pare davvero che il legislatore abbia inteso attribuire alla locuzione "reintegrazione in forma specifica" una portata più ampia di quella consentita dalla nozione civilistica di "risarcimento del danno"; e poiché la nozione di risarcimento del danno, in assenza di ulteriori specificazioni, non può essere più ampia di quella fatta propria dal codice del 1942, non si vede come possa ricondursi alla previsione della reintegrazione, che è una forma di risarcimento, un potere di condanna che implica un effetto costitutivo nuovo ed originario e che, come tale, non reintegra alcunché»; infine si cfr. sul punto anche C. Volpe, *La reintegrazione in forma specifica ed il giudice amministrativo*, in <http://www.lexitalia.it>, secondo il quale la soluzione civilistica appare preferibile, se si considera che l'istituto della reintegrazione in forma specifica proviene dal diritto civile ed è stato semplicemente esteso al giudizio amministrativo.

[54] Rappresentando, infatti, la colpa (unitamente al dolo) componente essenziale non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica è "in re ipsa" nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo.

[55] Tale sembra, ad esempio, la posizione di E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, *Dir. proc. amm.* 2006, 1, 18.

[56] In proposito si cfr. A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, 133 e ss., secondo il quale l'art. 35, comma 1, come riconosciuto da tutti i commentatori, ha introdotto una generale azione di condanna dell'amministrazione, che non è limitata al pagamento di una somma di denaro, poiché la norma citata «consente al giudice di disporre una condanna alla reintegrazione in forma specifica e, quindi, una condanna dell'amministrazione ad un dare, ad un facere e ad un prestare specifico».

[57] Reputano ammissibile una pronuncia di condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un determinato atto amministrativo: F. Pugliese, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 615 ss.; L.V. Moscarini, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, *Dir. proc. amm.*, 1998, 819; B. Sassani, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998)*, *Riv. dir. proc.*, 1999, 1029 ss.; C. Varrone, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 80 ss.; E. Ferrari, *Commento all'art. 26, l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, 894; E. Follieri, *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lgs. n. 80/1998*, *Riv. dir. priv.*, 1998, 478; E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *Foro it.*, 1999, I, 3230; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 313 ss.; S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 248 ss.; G. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. I, 926; I. Franco, *Commento all'art. 7 (Modifiche al D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80)*, AA.VV., *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 217 ss.; C. Iaione, *Reintegrazione in forma specifica e aggiudicazioni sostitutive*, *Urb. app.*, 2002, 1462; L. Pasanisi, *La realizzazione del risultato nel giudizio amministrativo: la sentenza breve in sede cautelare*, L. Iannotta (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 248 ss.; M. Lipari, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, *Urb. app.*, 1998, 601.

[58] Si cfr. in merito G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.* 2006, 3, 667.

[59] In merito si cfr. anche A. Auletta – F. Liguori, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008)*, *Giustamm.it* n. 9/2008, dove si afferma che: «Il proprium della decisione sulla domanda di risarcimento in forma specifica è appunto la condanna ad un facere specifico che, peraltro, non sempre consiste in una prestazione diversa e succedanea, ben potendo coincidere – specie in vicende contrattuali, alle quali pure il rimedio si applica – in tutto o in parte con la prestazione originariamente dovuta».

[60] Sul tema si cfr. E. Follieri, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 309; E. Ferrari, *Commento all'art. 26, l. 6 dicembre 1971, n. 1034*, in A. Romano (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, 894; V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 866, il quale reputa che nella nuova formulazione dell'art. 35, del d.lgs. n. 80 del 1998 possa leggersi l'introduzione di un'azione di adempimento.

[61] TAR Friuli-Venezia Giulia, 28 maggio 2001, n. 291, *Trib. amm. reg.*, 2001, 2327; TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 1999, n. 119, *Dir. proc. amm.*, 1999, 1200 ss., con nota di E.M. Barbieri, *Nuove forme di tutela in tema di appalti pubblici*; TAR Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n.

1761, *Foro it.*, 2001, III, 1 ss., con commenti di V. Molaschi, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*; E. Casetta, F. Fracchia, *Responsabilità da contatto: profili problematici*; TAR Campania, Napoli, sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485, *Dir. proc. amm.*, 2002, 668 ss., con nota di S. Valaguzza, *Giudicato amministrativo di annullamento ed effetti risarcitori*.

[62] In merito P. Virga, *La reintegrazione in forma specifica, Studi in onore di Umberto Pototschnig*, vol. II, Milano, 2002, 1599: «è anzitutto da escludere che il giudice amministrativo possa emettere sentenze sostitutive dell'atto di competenza dell'autorità amministrativa».

[63] M. De Palma, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 536; richiamato da G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 667.

[64] M. De Palma, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 543.

[65] F. Figorilli, *Commento all'art. 35*, in M. Dell'Olio, B. Sassani, (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano, 2000, 434; nonché F. Liguori, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, ES, Napoli, 2002, dove si rileva che dalla giurisprudenza si evince che quando la controversia attiene ad un'attività vincolata il giudice amministrativo può effettuare un accertamento pieno verificando se il provvedimento spetti o meno, specificando, in altri termini, che: «Nelle ipotesi in cui la discrezionalità manchi, o si sia comunque esaurita a monte delle operazioni contestate, non sono configurabili ostacoli di sorta anche al dispiegarsi della r.f.s., sempre che un danno ingiusto si sia già prodotto e ricorra l'elemento soggettivo della responsabilità».

[66] TAR Sicilia, Catania, sez. I, 18.1.2000, n. 38, *Urb. app.*, 2000, 304 ss. (punto 8 della motivazione); nello stesso senso TAR Lombardia, Brescia, 20.12.2002, n. 2246, *Foro amm. TAR*, 2002, 3926; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27.2.2002, n. 1108, *Foro amm. TAR*, 2002, 671; TAR Puglia, Bari, sez. I, 17.5.2001, n. 1761, cit. (punto 2 della motivazione); TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 15.1.2001, n. 30, *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 929 ss.; TRGA, Bolzano, 7.12.2000, n. 335, *Urb. app.*, 2001, 197 ss., con nota di R. Morea, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica tra annullamento e risarcimento*, afferma che con la legge di riforma della giustizia amministrativa è stata introdotta una sorta di *Verpflichtungsklage*, o azione di adempimento, secondo il modello previsto dai paragrafi 42 e 113 dell'ordinamento processuale tedesco (VwGO); TAR Lombardia, Milano, sez. III, 31.7.1999, n. 2889, *Urb. app.*, 1999, 1353.

[67] Sulla difficoltà di coniugare due modelli di azione così differenti si cfr. anche A. Romano Tassone, *La responsabilità della p. a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, Relazione al Convegno svolto il 13.11.2003 presso il Consiglio di Stato in occasione del volume R. Garofoli, G.M. Racca, M. De Palma, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, pubblicata in *Dir. amm. n. 2/2004*.

[68] Si rinvia in merito al noto lavoro di G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 287 e ss.

[69] Espressione di tale impostazione è l'affermazione di frequente contenuta nelle decisioni del giudice amministrativo secondo cui applicando l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: «La sintetica formula legislativa, che nulla dice sul rapporto tra risarcimento per equivalente e in forma specifica, va integrata tenendo conto della struttura impugnatoria del processo amministrativo, la quale comporta che il petitum principale, e dunque la principale forma di tutela, è quella dell'annullamento dell'atto illegittimo, al quale consegue, poi, la necessità del rinnovo dell'atto nel rispetto delle regole procedurali previste. L'annullamento dell'atto il conseguente rinnovo conforme

a legge, è di per sé una forma di risarcimento in forma specifica...» così ad es. si legge in Cons. Stato, sez. V, 12.10.2004, n. 6579, *Foro amm. CDS*, 2004, 2872.

[70] Cons. Stato, sez. V, 12.12.2004, n. 6579, *Cons. Stato*, 2004, I, 2112; Cons. Stato, sez. V, 10.2.2004, n. 493, *Cons. Stato*, 2004, I, 295; TAR Campania, Napoli, sez. I, 29.5.2002, n. 3177, *Foro amm.*, 2002, 2579. In linea con tale affermazione si è inoltre stabilito che la domanda giurisdizionale di annullamento dell'atto "Contiene in sé implicita la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante, il rinnovo, legittimo, dell'atto annullato. ...A meno che, e fin tanto che, il ricorrente vittorioso non rinunci all'esecuzione del giudicato..." non escludendo la possibilità di ottenere i danni "per la parte in cui l'appalto ha già avuto esecuzione".

[71] Si cfr. in merito A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra l'azione di adempimento e azione risarcitoria*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, dove l'autore rileva che: «l'azione di adempimento e l'azione risarcitoria sono azioni distinte e non vanno confuse fra loro: basti pensare, come ricorda la sesta sezione, al fatto che il risarcimento presuppone una responsabilità, di cui è essenziale anche un elemento soggettivo, mentre l'azione di adempimento (o di esecuzione) presuppone solo l'inadempimento di un dovere»; nonché S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Cedam, 2006, 105, dove si rileva che: «Quanto fin qui osservato conferma l'esistenza di una sfera d'operatività autonoma del risarcimento in forma specifica la quale non può confondersi con gli effetti ordinatori e conformativi dell'annullamento giurisdizionale e neppure con l'effetto ripristinatorio. In primo luogo, poiché differenti sono i presupposti consistenti, nel caso del risarcimento, nella sussistenza degli elementi propri di un fatto illecito, (tra i quali in particolare un danno ingiusto), mentre, nel caso dell'effetto di ripristinazione, nel venir meno o nell'assenza originaria di un titolo efficace (a prescindere da un danno). In secondo luogo, in ragione della loro complementarità e, in particolare, in ragione del fatto che laddove la ripristinazione non risulti più possibile (a causa dell'irreversibilità degli effetti) la lacuna nella tutela potrebbe essere colmata proprio dal risarcimento».

[72] Si cfr. in tal senso A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, 3521, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo Quarto, Milano, 2000; nonché cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Foro it.*, 2006, III, 72, secondo cui in una fattispecie di annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità e dei conseguenti provvedimenti, l'accoglimento della domanda del proprietario che rivendica la restituzione del bene è «fondata sul venir meno del titolo legale dell'apprensione del bene» e non risulta preclusa dall'applicazione dell'art. 2058 c.c.

[73] Sulla differenza di natura e presupposti tra i due rimedi si cfr. anche S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, 105, dove si afferma che: «qualora il risarcimento in forma specifica, inteso come il rinnovo dell'esercizio del potere conseguente all'annullamento, non sia più possibile (come nel caso in cui vi sia già stata l'integrale esecuzione dell'appalto) dovrebbe ragionevolmente escludersi altresì lo stesso annullamento giurisdizionale, in cui si traduce tale modalità risarcitoria».

[74] A. Travi, *L'esecuzione della sentenza*, 3521, *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Diritto Amministrativo Speciale*, Tomo Quarto, Milano, 2000; richiamato da S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006.

[75] Cons. Stato, sez. V, 12.10.2004, n. 6579, *Foro amm. CDS*, 2004, 2872, nella quale si afferma che il "risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente costituiscono forme alternative di ristoro, di cui la prima, ove praticabile, di regola elimina l'area del danno da risarcire per equivalente, ovvero la riduce al solo danno emergente".

[76] In merito si rinvia a S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, 107, che al riguardo considera più coerente quella giurisprudenza «secondo la quale la pretesa risarcitoria del ricorrente non può trovare ingresso nella forma né della reintegrazione né, in alternativa, del risarcimento pecuniario fintanto che non si sia verificata la sussistenza di un danno risarcibile, e ciò tramite la fondatezza della pretesa sostanziale previo corretto esercizio del potere da parte della amministrazione». Tuttavia, tale contraddizione potrebbe

svanire ove si consideri che non si tratta di due rimedi di carattere risarcitorio, poiché la riedizione del potere potrebbe corrispondere ad una forma di tutela specifica, ovvero ad una previa esigenza di accertamento delle posizioni giuridiche che si assumono violate, pertanto solo dopo l'espletamento di tale verifica è possibile porre il problema della risarcibilità di eventuali danni.

[77] Come osserva, infatti, G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 667: «Il giudice amministrativo è viceversa portato a riconoscere alla reintegrazione in forma specifica una sorta di priorità logica e sistematica». Tale priorità potrebbe essere giustificata più agevolmente ove si attribuisse a tale azione una funzione non solo risarcitoria ma anche di accertamento. In giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2002, n. 1373, *Foro amm. CDS.*, 2002, 669.

[78] In effetti la reintegrazione in forma specifica è considerata dalla giurisprudenza amministrativa non soltanto «quale forma di tutela prevalente, ma anche quale strumento più adatto a salvaguardare contemporaneamente interessi pubblici e privati», così G. Guidarelli, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 667; in giurisprudenza si cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 6.7.2005, n. 5497, <http://www.giustizia-amministrativa.it>; TAR Friuli-Venezia Giulia, 1.3.2005, n. 53; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 15.4.2003, n. 675; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 22.5.2002, n. 2135, *Foro amm. Tar*, 2002, 1916.

[79] Si rinvia a S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006, 107 e ss.

[80] Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 31.1.2002, n. 416; nonché cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 157/2002. Nell'ambito di una procedura di gara, la pronuncia che annulla l'esclusione dell'impresa, rilevando la presenza di un difetto sulla motivazione che ha valutato l'anomalia dell'offerta, reputa, infatti, che soltanto in seguito alla ripetizione della procedura sarà possibile constatare che non si tratta di un vizio di natura formale, ma della lesione di una pretesa sostanziale cui corrisponde un danno ingiusto.

[81] Così letteralmente in T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 15.3.2007, n. 402, *Foro amm. TAR 2007*, 3, 926, dove si subordina tale affermazione alla circostanza che: «l'accoglimento del ricorso avverso l'esclusione intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica all'impresa interessata la chance di partecipare alla gara da rinnovare»; nonché T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12.6.2007, n. 6083, *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2126; T.A.R. Veneto, sez. I, 15.10.2007, n. 3260, *Foro amm. TAR*, 2007, 10, 3015.

[82] T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 12.12.2006, n. 10488.

[83] Si discute se la chance vada collocata nell'ambito della disciplina della responsabilità aquiliana, contrattuale o da contatto, sul tema si rinvia a A. Susca, *Il risarcimento del danno da perdita di chance*, *Urb. e app.*, 2002, 710.

[84] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30.1.2007, n. 362, secondo cui: «L'annullamento degli atti restaura la chance che si assume pregiudicata e funge da strumento di tutela in forma specifica, allo stato satisfattorio in assenza di un accertamento amministrativo sulla spettanza del bene della vita».

[85] Si cfr. in tal senso T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 2.7.2007, n. 6416, *Foro amm. TAR 2007*, 7-8, 2559.

[86] Così T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 11.12.2007, n. 16108, *Foro amm. TAR 2007*, 12, 3870.

[87] Così ancora in Cons. stato, sez. V, 12.10.2004, n. 6579, *Foro amm. CDS*, 2004, 2872, nella parte in cui si aggiunge che: «allo scopo, occorre, però, che al rinnovo della gara partecipi l'impresa ricorrente, onde verificare se sarebbe o meno risultata vincitrice».

[88] In tal senso si esprime Cons. Stato, sez. VI, 18.12.2001, n. 6281, *Studium Juris 2002*, 671.

[89] Sul danno da ritardo si cfr. Cass. civ., sez. I, 17.7.2007, n. 15947, *Foro amm. CDS*, 2007, 11, 3081, secondo cui: «Qualora il g.a. abbia annullato gli atti del procedimento di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, con il rinnovo delle operazioni di gara da parte della p.a., il concorrente vittorioso nel giudizio amministrativo ottiene il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere e ciò costituisce risarcimento del danno in forma specifica della chance d'aggiudicazione, a causa dell'effetto caducatorio e conformativo che discende dal giudicato

amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione a favore di altro concorrente; non spetta, quindi, il risarcimento del danno per equivalente, fatta eccezione per il danno da ritardo, sempre che, al termine della gara rinnovata, egli risulti vincitore».

[90] Si cfr. in merito Cons. Stato, sez. V, 6.2.2007, n. 478, *Foro amm. CDS*, 2007, 2, 525, secondo cui: «In sede di illegittima esclusione da appalto, il danno all'immagine professionale dell'impresa è risarcibile solo se vi sia la prova specifica che l'esclusione ha recato un nocimento all'immagine, alla professionalità, all'esperienza dell'impresa, ad esempio precludendo all'impresa ulteriori appalti in cui occorre dimostrare una specifica esperienza nell'ambito della quale non si può sfoggiare l'appalto non aggiudicato, e senza tralasciare che l'annullamento giurisdizionale dell'esclusione è già di per sé una forma di ristoro in forma specifica di tale danno all'immagine».

[91] Sul tema come noto la dottrina s'interroga da tempo L. Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 1 ss.; L. Montesano, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 583 ss.; V. Ruoppolo, *La tutela aquiliana dell'interesse*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 757 ss.; G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, 2001, 2, 287 ss.; R. Villata, *La riforma*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205 del 2000*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2001, 4 s.; D. De Pretis, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, *Dir. e form.*, 2002, 1685 ss.; E.M. Barbieri, *Il risarcimento che si addice alla lesione degli interessi legittimi*, *Dir. proc. amm.*, 2002, 659 ss.; G. Guidarelli, *La pregiudiziale di annullamento nell'azione di risarcimento del danno per esercizio illegittimo della funzione pubblica*, *Dir. proc. amm.*, 2002, 178; G.P. Cirillo, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, *Foro amm. CDS*, 2003, 885 ss.; F. Cintioli, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, *Dir. amm.*, 2003, 90 ss.; F. Lorenzotti, *Il risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi: la pregiudizialità, il giudice competente*, *www.Diritto.it.*, n. 3/2005; G. Ferrero, F. Risso, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali*, *Foro amm. CDS*, 2006, 1375; E.M. Barbieri, *Qualche motivo a favore della pregiudizialità della tutela demolitoria rispetto alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 471 ss.; G. Stancanelli, *Qualche osservazione sulla pregiudizialità amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno*, *www.Giustamm.it*, n. 3/2007; O. Carparelli, *La conservazione della c.d. pregiudiziale amministrativa a tutela dei valori costituzionali*, in *www.Lexitalia.it*, n. 5/2007.

[92] Cons. Stato n. 3338/2002 nella quale si evidenzia che «l'obbligo per la p.a. di provvedere in un determinato modo è già presente nel giudizio amministrativo in virtù del legame tra parte dispositiva e parte motiva della decisione, cui la p.a. è tenuta a conformarsi». Questa decisione inoltre si segnala perchè considera lo strumento dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento come equivalente ad un'azione di adempimento, considerato che nel caso d'inadempimento in entrambe le ipotesi lo strumento di tutela è l'azione di esecuzione o d'ottemperanza.

[93] Cfr. Cons. stato, sez. IV, 28.4.2006, n. 2408. L'azione risarcitoria, richiedendo l'accertamento del danno ingiusto, ha invero potenziato la funzione di accertamento già contenuta nell'ambito dell'azione di annullamento, la quale anche in seguito alle recenti trasformazioni dell'ordinamento (cfr. art. 210citties l. n. 241/90) si era evoluta dalla mera verifica della presenza di un vizio soltanto formale all'indagine sull'illegalità sostanziale, ovvero sulla capacità delle patologie dell'atto di compromettere la correttezza delle decisioni amministrative.

[94] Si cfr. ad es. TAR Lombardia, sez. III, 31.1.2002, n. 416, che ha respinto la domanda di risarcimento in forma specifica osservando che «non rientra nei poteri del giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione nella gestione del potere, essendo la sua funzione primariamente limitata ad un sindacato di legittimità che si esercita, per così dire, dall'esterno. La funzione amministrativa, nel sistema vigente, è sempre riservata, infatti, almeno in prima battuta,

all'amministrazione ed a quest'ultima il giudice amministrativo può sostituirsi soltanto quando la sua giurisdizione sia estesa anche al merito».

[95] G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 667.

[96] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18.6.2002, n. 3338, *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 1344.

[97] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18.6.2002, n. 3338, *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 1344; nonché Cons. Stato, sez. V, 15.3.2004, n. 1280, *Foro amm. CDS*, 2004, 825; in dottrina si rinvia ancora a A. Travi, *Il processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 994, nella parte in cui l'autore rileva che: «La distinzione fra i modelli di tutela è stata richiamata anche in alcune decisioni recenti del Consiglio di Stato, in particolare da Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, e da Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716. In queste due decisioni viene sottolineata innanzi tutto l'esigenza di non confondere l'azione risarcitoria con l'azione di adempimento e con l'esecuzione specifica dei doveri rimasti inadempiti. L'azione risarcitoria reintegra "l'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio" (così Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338). "L'adozione, da parte dell'amministrazione, di un determinato provvedimento attiene a profili di adempimento e di esecuzione e non a quelli risarcitori; in presenza di accertata spettanza del provvedimento preteso, l'emanazione dello stesso non costituisce una misura risarcitoria, ma rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione" (così Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, che prosegue osservando come non vada confusa la coazione all'esecuzione di doveri inadempiti con il risarcimento in forma specifica, anche perché il risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c., incontra un limite, quello dell'eccessiva onerosità, che invece non vale per l'esecuzione di doveri inadempiti)».

[98] Per un esame di tale posizione della giurisprudenza amministrativa si rinvia a G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 666.

[99] Favorevole al riconoscimento in capo al giudice amministrativo del potere di pronunziarsi sulla sorte del contratto già nella sede del giudizio di cognizione "e non già nell'eventuale e successivo momento del ricorso per ottemperanza" è M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *Federalismi.it*, 30.4.2008, il quale in proposito aggiunge che: «la complessità del problema non può essere trascurata. Infatti, la sede del processo di cognizione potrebbe risultare meno naturale, considerando che, secondo il diritto comunitario, latamente riconducibili ad esigenze di stampo pubblicistico. Si potrebbe pensare che tale apprezzamento implichi valutazioni di merito e sostitutive dell'amministrazione attiva, tipiche del giudizio di ottemperanza».

[100] Sul punto si cfr. R. Villata, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa...ma le Sezioni Unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, *Dir. proc. Amm.*, 2008, 308, che definisce le disposizioni citate un indispensabile ma "flebile base normativa".

[101] S.R. Masera, *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Cedam, 2006, secondo cui: «L'affermazione per cui non può interpretarsi la reintegrazione come azione di adempimento non significa che tale azione sia incompatibile con il nostro ordinamento processuale. In altre parole, se non può ritenersi che con l'art. 7 della legge 205/2000 sia stata introdotta nel nostro ordinamento un'azione di adempimento analoga a quella tedesca, ciò non significa che tale azione sia di per sé incompatibile con il nostro sistema di giustizia».

[102] D'altronde, l'art. 7 della l. n. 1034 del 1971, come di recente modificata, prevede un'espressa riserva in capo al giudice ordinario con riferimento esclusivo alle: «questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso».

[103] Sulle diverse interpretazioni possibili del carattere consequenziale delle norma sul risarcimento danni si deve rinviare a A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno, La riforma della giustizia amministrativa in Italia e Spagna. Atti del convegno di studi Italo Spagnolo (Palermo 19-20 marzo 2001)*, Torino 2002, 100.

[104] Naturalmente le due situazioni si differenziano perché mentre nella prima i diritti risarcitori non sono automaticamente dimostrati dall'annullamento dell'atto, che non rappresenta l'unico presupposto necessario per procedere alla condanna dell'amministrazione (occorrendo anche l'accertamento della struttura della fattispecie illecita), gli altri diritti consequenziali, invece, dovrebbero risultare automaticamente accertati in seguito all'annullamento degli atti.

[105] In tal senso si cfr. ad esempio Cass. Civ., sez. un., 10.11.1997, n. 11071, *Giust. civ. Mass.* 1997, 2121, che sul punto specifico afferma che: «Qualora la domanda di un dipendente pubblico riguardi diritti direttamente scaturenti dalla legge o da regolamenti e relativi al rapporto d'impiego non sono configurabili diritti patrimoniali consequenziali (devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario) i quali presuppongono l'annullamento di un atto amministrativo in sede giurisdizionale o di autotutela».

[106] In merito si cfr. A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, secondo cui: «La pretesa risarcitoria appare configurata alla stregua di un "diritto patrimoniale consequenziale"»; nonché in giurisprudenza TAR Friuli Venezia Giulia – Trieste, 23.4.2001, n. 179, *Dir. & Formazione*, 2001, 335 secondo cui: «L'art. 7 comma 3 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, così come modificato dall'art. 7 comma 4 l. 21 luglio 2000 n. 205, attribuisce, in generale, al giudice amministrativo il potere di conoscere "di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali" e configura il risarcimento nella giurisdizione di legittimità come un diritto patrimoniale consequenziale alla pronuncia di annullamento; la relativa azione, pertanto, è ammessa purché segua a detta pronuncia».

[107] Appare, invece, da escludere la configurabilità di una diversa ipotesi di consequenzialità, la quale ad esempio ponga i suindicati diritti patrimoniali come consequenziali al risarcimento del danno, poiché come ha evidenziato la dottrina le obbligazioni risarcitorie si contraddistinguono per il carattere secondario ovvero sostitutivo delle obbligazioni originarie rimaste inadempite.

[108] La formula dei "diritti patrimoniali consequenziali" era già contenuta in diverse precedenti norme, nelle quali essa rappresentava anche la funzione di regolare il riparto della giurisdizione. In tal senso si richiamano l'art. 9 del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, secondo cui: «Nelle materie deferite alla esclusiva giurisdizione del consiglio di stato, questo conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre, nonché le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso», successivamente recepito dall'art. 30 del R.D. 26.6.1924, n. 1054; nonché il più recente art. 63 del d.lgs. 30.3.2001, n. 165, secondo cui: «Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

[109] In particolare la Corte cost. 17.7.2000, n. 292, *Giust. civ.* 2000, I, 2491, afferma che in origine quando emersero come concetto normativo i diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento dell'atto «fungevano da limite esterno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo la loro cognizione riservata al giudice ordinario. Ma affermatasi la configurazione della giurisdizione esclusiva quale giurisdizione sul rapporto, tali diritti hanno finito per identificarsi con le pretese risarcitorie legate al rapporto..., e quindi per presentare contenuti non dissimili dalle pretese miranti al risarcimento del danno da attività amministrativa soggetta alla giurisdizione generale di legittimità».

[110] Si cfr. Corte cost. 17.7.2000, n. 292, *Giust. civ.* 2000, I, 2491, che in merito afferma: «Si deve quindi conclusivamente ritenere che l'estensione della giurisdizione amministrativa esistente, tanto di legittimità che esclusiva, era il compito assegnato al legislatore delegato; i "diritti patrimoniali consequenziali", in essi compreso il risarcimento del danno, erano l'oggetto (normativamente individuato) di tale estensione; e le tre materie dell'edilizia, urbanistica e servizi pubblici si ponevano come l'ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa doveva essere estesa».

[111] Tale proposta interpretativa sarebbe, del resto, in linea con il carattere imperativo del potere amministrativo, poiché attraverso la regola della pregiudizialità di dipendenza si rispetterebbe la teoria della degradazione delle posizioni di diritto soggettivo, ovvero prima si tutelerebbero gli interessi legittimi attraverso lo schema del giudizio di annullamento e successivamente si accerterebbero gli eventuali diritti consequenziali.

[112] Si cfr. in merito F. Pugliese, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 3, 621, dove afferma che: «l'azione di adempimento trova cittadinanza nella reintegrazione in forma specifica», precisando inoltre che: «basti pensare alle tipologie dei dispositivi delle sentenze, ai risultati dell'istruttoria piena che daranno luogo a motivazioni puntuali ai fini dell'effetto conformativo e che prepareranno il terreno per l'azione di adempimento (che troverà spazio sia nella sentenza di cognizione, sia nell'eventuale fase di ottemperanza)...».

[113] In merito, infatti, occorre anche rilevare che il confine tra le diverse categorie di azioni non è sempre così netto: «La distinzione è ispirata alla differenziazione che viene operata in campo civilistico tra azione di adempimento e domanda di risarcimento e tra esecuzione in forma specifica e risarcimento in forma specifica, e viene proiettata nel campo del diritto amministrativo con riferimento al discrimine tra ottemperanza (che attiene all'adempimento di quanto dovuto) e reintegrazione-risarcimento (che attiene alla rimozione dei danni prodotti da un illecito). Nondimeno, specie se si ammette, come la giurisprudenza civile ha fatto, la praticabilità della r.f.s. in ambito contrattuale, occorre porsi il problema della sua autonomia rispetto all'azione di adempimento. Autonomia da taluno negata per sostenere che nei contratti a prestazioni corrispettive la condanna all'esatto adempimento si configura come r.f.s.», così letteralmente A. Auletta – F. Liguori, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è* (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008), *Giustamm.it* n. 9/2008.

[114] Si cfr. in tal senso G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale*, Napoli 1912, rist. 1962, secondo cui il processo diventa la «fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà della legge».

[115] Ne consegue che se la presenza di un danno, arrecato ad una posizione giuridica, consente di agire per il risarcimento, la presenza di un diritto patrimoniale potrebbe, invece, comportare l'effetto di una richiesta di accertamento.

[116] La parola reintegrazione potrebbe, infatti, consentire la tutela anche di posizioni giuridiche sia di natura risarcitoria che di natura diversa. Quest'impostazione del resto appare in linea con la precedente esperienza del diritto civile, nell'ambito del quale per molti anni, pur in assenza di una disciplina espressa, si è ammesso il risarcimento in forma specifica del danno causato dall'attività illecita richiamando la disciplina in tal senso prevista da altre forme di tutela in natura: l'esecuzione forzata in forma specifica, l'azione di rivendica, o l'azione volta a far cessare la condotta illecita altrui.

Come noto, infatti, l'art. 1151 del codice civile del 1865 si limitava a prevedere soltanto genericamente un obbligo di risarcimento del danno, sì che soltanto attraverso l'estensione delle regole dettate dagli artt. 1220 e ss. in tema di violazione dell'obbligo di non fare, si poteva conseguire l'effetto della riparazione del danno in forma specifica anche nelle ipotesi di illecito extracontrattuale.

E' interessante osservare come nella giurisprudenza che interrogandosi su tale aspetto ha ammesso il rimedio risarcitorio (in una fattispecie in cui la Corte di Appello genovese, 2.8.1923, *Riv. Dir. Comm.* 1924, II, 128, e successivamente la Corte di Cassazione, sez. un., 3.7.1924, *Monitore dei*

*Tribunali*, 1924 e ss., hanno condannato un lattaio, il convenuto Sig. Picasso, a risarcire i danni economici arrecati alle rotaie del tram, nonché a modificare le ruote del proprio carro) in ragione della prevenzione rispetto al verificarsi di un eventuale ed ipotetico danno futuro.

[117] Si cfr. in merito Corte cost., 6.7.2004, n. 204, secondo cui: «L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito d'adequati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.», con nota di M.A. Sandulli, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, *Riv. giur. edilizia* 2004, 4, 1; nonché di R. Proietti, *Braccio di ferro sulle centrali di energia – Ora sarà la Consulta a scegliere l'arbitro*, *D&G*, 2005, 20; nonché successivamente Corte cost. n. 191/2006.

[118] Si cfr. in merito F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 1,1, dove si rileva la contraddizione in cui è incorsa la medesima Corte Costituzionale: «non si può, a mio parere, limitarsi ad affermare, come fa la stessa Corte costituzionale, che l'azione risarcitoria è uno strumento di tutela ulteriore, ma occorre prendere atto che tale strumento è attribuito al giudice amministrativo anche per la tutela (risarcitoria) di diritti soggettivi. E' ciò comporta in modo chiaro ed incontrovertibile, che la disposizione citata configura un'ipotesi (nuova) di giurisdizione esclusiva».

[119] Si consideri su tale aspetto G. Greco, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, Relazione presentata al Convegno su “*Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione*” tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008, dove l'autore critica la decisione della Corte di Cass. civ., sez. un., 28.12.2007, n. 27169, nella parte in cui pur ammettendo che la fase di stipulazione del contratto è “strettamente connessa” con la procedura pubblicistica “e ad essa consequenziale” ha escluso che il giudice amministrativo possa pronunziarsi sull'invalidità e/o inefficacia del contratto in applicazione “del principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per ragione di connessione, salvo deroghe normative espresse non rinvenibili nella normativa in esame”, considerato che: «Il principio della connessione delle domande non può derogare al riparto di giurisdizioni vale ove si tratti di giurisdizione generale di legittimità. Ove viceversa si tratti di materie e di controversie assoggettate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, in tanto vi può essere un intreccio di questioni di diritto soggettivo e d'interesse legittimo, in quanto tali questioni siano in qualunque modo riconducibili e collegate all'esercizio, sia pure illegittimo, del potere (così come si è espressa anche la sentenza 191/2006 della Corte cost.)»; cfr. Corte cost. 17.7.2000, n. 292, *Giust. civ.*, 2000, 2491, secondo cui: «3. - Si deve preliminarmente esaminare la questione relativa all'art. 11, comma 4, lettera g), seconda parte, della legge n. 59 del 1997, che secondo l'ordinanza n. 495 avrebbe violato l'art. 76 della Costituzione, delegando il Governo a ridefinire i confini fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa nella materia dei servizi pubblici, senza predeterminazione dell'oggetto e senza fissazione dei criteri direttivi. La questione non è fondata. La legge si inserisce in un ampio disegno di riforma della p.a., con importanti ricadute sul riparto della giurisdizione, che ha iniziato a delinearsi con la legge 23 ottobre 1992, n.421, seguita dal decreto legislativo delegato 3 febbraio 1993, n. 29. Per la piena attuazione della riforma, la legge 15 marzo 1997, n.59, ha previsto all'art.11, comma 4, l'emanazione di ulteriori disposizioni integrative e correttive, in conformità (fra l'altro) ad una serie di principi e criteri analiticamente indicati.

Fra essi l'art. 11, alla lettera g) del comma citato, contemplava la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sui rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e "infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici"».

[120] In tal senso ad es. G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, reputa che il rinvio contenuto nell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 alla reintegrazione in forma specifica deve essere interpretata in modo autonomo rispetto alla presenza di un pregiudizio, come forma specifica di tutela della posizione originaria rimasta insoddisfatta per effetto dell'illegittimo uso del potere amministrativo.

[121] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 31.12.2007, n. 6908, *Red. Amm. CDS*, 2007, 12, secondo cui: «Il mero annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non è di per sé solo sufficiente a giustificare l'istanza risarcitoria proposta ex art. 2043 cod. civ. nei confronti di una pubblica amministrazione, essendo indispensabile che sia accertato un danno al patrimonio dell'istante con nesso causale fra l'illecito, il danno subito e il dolo o la colpa dell'amministrazione»; in dottrina si è affermato che: «E' da quest'angolo visuale che si rinviene, in radice, la distinzione tra risarcimento in natura e restituzioni nel godimento dei diritti: solo il risarcimento postula il danno, mentre alla lesione del diritto che non arreca danno (ancora inteso in senso materiale) si potrà reagire con l'azione giudiziale volta alla reintegra del diritto violato» così A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002, 118 che sul punto rinvia a G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dai contratti, Studi sulle obbligazioni*, Roma 1918, 55.

[122] Si cfr. sul punto A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002, 37 e ss., dove l'autore rileva che: «le corti mai sono cadute nell'errore di reputare la reintegrazione in natura estranea al settore della responsabilità civile ovvero insensibile ai presupposti applicativi propri del risarcimento del danno, e, prima di fondare sull'art. 2058 c.c. ordini restitutori, hanno sempre previamente accertato la sussistenza dei requisiti soggettivi propri della condanna risarcitoria».

[123] In tal senso si pronunzia ad es. Cass. civ., 24.2.1992, n. 2255, *Giur. It.*, 1992, I, con nota di G. Chinè, *Risarcimento del danno e azione a tutela dei diritti reali*, secondo cui l'art. 2058 sarebbe sempre applicabile nell'ambito della tutela risarcitoria a prescindere dalla natura del diritto tutelato; nonché in dottrina M. Franzoni, *Dei fatti illeciti, in Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 1092, dove si osserva che la dimostrazione della diversa sfera di applicazione dell'azione risarcitoria in natura rispetto all'azione restitutoria è rappresentata proprio dalla regola della eccessiva onerosità prevista dall'art. 2058 c.c., poiché mentre i "rimedi restitutori tipici" garantiscono una tutela piena delle posizioni proprietarie e possessorie, la riparazione in natura, invece, è condizionata al rispetto di alcuni presupposti.

[124] Al riguardo, si deve evidenziare che dall'orientamento giurisprudenziale che afferma l'inoperatività del secondo comma dell'art. 2058 c.c., perché la natura dei diritti reali impedirebbe la conversione pecuniaria effettuata da tale disposizione si possono dedurre conseguenze diverse: «Si può ritenere che l'art. 2058 c.c. sia sempre invocabile...Ma potrebbe essere lecito anche ritenere che all'inoperatività del capoverso della norma consegua tout court l'inapplicabilità dell'art. 2058 c.c. alla tutela dei diritti reali» così A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Cedam, Padova, 2002, 38.

[125] Cfr. in merito Cons. Stato, sez. IV, 28.1.2002, n. 450, *Giust. civ.*, 2002, I, 1708.

[126] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14.6.2001, n. 3169, *Riv. giur. edilizia*, 2001, I, 944.

[127] Si cfr. sul punto invece Cons. Stato, Ad. Pl., 29.4.2005, n. 2, *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3, 852, che da ingresso alla richiesta di restituzione dell'area sottratta in seguito ad una procedura di espropriazione successivamente dichiarata illegittima, specificando in merito che: «la realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo per l'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente espropriato...Alla base di questa linea giurisprudenziale, che si pone come superamento dell'interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica effetti

preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato, è una spinta evolutiva che innesta le sue radici nel diritto comune europeo, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti... (Ad. Gen. 1.3.2001, n. 2)»; nonché Cons. Stato, sez. VI, 18.1.2007, n. 86, secondo cui: «A seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale degli atti del procedimento di espropriazione per pubblica utilità, il giudice amministrativo esclude la restituzione del bene illegittimamente espropriato e dispone in luogo della stessa il risarcimento integrale del danno, solo dopo che l'amministrazione abbia adottato un provvedimento espresso di acquisizione al suo patrimonio indisponibile ai sensi dell'art. 43, t.u. 8 giugno 2001 n. 327».

[128] L'orientamento in esame come si è evidenziato appare successivamente confutato da Cons. Stato, Ad. Pl., 29.4.2005, n. 2, *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3.

[129] In merito alla rilevanza della distinzione si cfr. ancora A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, *Dir. amm.*, 2001, 1, 2, dove si afferma che: «Il risarcimento richiede una responsabilità dell'obbligato, mentre il profilo della responsabilità è estraneo alla tutela restitutoria. A questa distinzione corrisponde una distinzione di risultati: la tutela restitutoria comporta la semplice restaurazione dello *status quo ante*, così com'era prima dell'alterazione della situazione di fatto, mentre la tutela risarcitoria può avere un contenuto molto più ricco. La rivendica comporta a favore del proprietario la restituzione della cosa, ma non la corresponsione dei frutti che avrebbe potuto percepire da essa (cfr. art. 2037, 2° co. c.c., art. 2041, 2° co. c.c.), mentre il risarcimento investe tendenzialmente qualsiasi ordine di conseguenza patrimoniale negativa. Su un piano ancora diverso si colloca la coazione del dovere inadempito. In questo caso l'inadempimento non rileva come fatto costitutivo di un'obbligazione nuova, perché oggetto della tutela è sempre il dovere originario (per esempio, l'obbligo contrattuale) rimasto inadempito...L'esigenza di mantenere distinti i tre modelli vale anche per la tutela del cittadino nei confronti dell'Amministrazione. La distinzione risponde infatti a ragioni oggettive che non sono specifiche del diritto privato, ma che riflettono i caratteri propri di ciascun modello di tutela».

[130] In tal senso si rinvia alle lucide osservazioni di F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2008, laddove l'autore, replicando alla sentenza della Corte cost. n. 191/2006 che riconosce la potestà risarcitoria del g.a. nei confronti dei diritti soggettivi, afferma che l'attribuzione al giudice amministrativo di un generale potere di conoscere di tutte le questioni risarcitorie dimostra che si è formato un nuovo ambito di giurisdizione esclusiva. La tesi che consente al giudice amministrativo di tutelare non solo gli interessi legittimi ed i diritti soggettivi, ma perfino i diritti costituzionalmente garantiti se coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa è stata ribadita da Corte cost., 27.4.2007, n. 140; nonché si cfr. V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 1,1, secondo il quale sarebbero maturi i tempi per introdurre le azioni di accertamento nel giudizio amministrativo che: «ammesse talvolta dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento ai diritti soggettivi nell'ambito della g.e., potrebbero essere estese al diritto ad ottenere un certo provvedimento: ma ciò esigerebbe pure di ricostruire i rapporti fra cittadino e amministrazione in termini (europei) di diritto-obbligo, piuttosto che in quelli (nazionali) di potere-interesse legittimo, quantomeno nei casi di potere interamente vincolato dalla legge (o da giudizi o criteri già prestabiliti dall'amministrazione)».

[131] In merito alla possibilità d'includere in tale formula non soltanto le pretese risarcitorie si cfr. Corte cost., 28.7.2004, n. 281, *For. It.*, I, 2004, 2953, secondo cui: «Di qui l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998 nella parte in cui, eccedendo dai limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dell'edilizia e dell'urbanistica, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa - nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva - alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno»; in dottrina si cfr. F. G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica*

*amministrazione, Dir. proc. amm.*, 2008, 1,1, ove si rileva che: «la concentrazione risponde a valori costituzionali, in quanto rende più agevole e rapida la tutela giurisdizionale»; nonché S. 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 sul contratto di appalto pubblico*, *Giustamm.it n. 4/2008*, che evidenzia come la Cassazione civ., n. 4636/07 ha affermato la derogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione in una fattispecie di contenzioso in materia di pubblico impiego, rilevando che: «il principio di concentrazione delle tutele insito nell'art. 111 Cost. impone di ritenere che il giudice amministrativo avente giurisdizione sulla domanda principale possa e debba conoscere di tutte le pretese originate dalla situazione lavorativa data».

[132] In tal senso si cfr. S. 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 sul contratto di appalto pubblico*, *Giustamm.it n. 4/2008*, nella parte in cui afferma che ad esempio: «il diritto alla privazione degli effetti del contratto parrebbe ascrivere al genus, poco scandagliato, degli altri diritti patrimoniali consequenziali, in cui possono ricomprendersi tutte quelle posizioni di vantaggio suscettibili di valutazione economica che non trovano la loro fonte nell'art. 2043 c.c., pur condividendo con i diritti di credito nascenti da fatto illecito la funzione di tutelare l'integrità di una situazione soggettiva preesistente in qualche modo incisa dall'esercizio illegittimo del potere amministrativo».

[133] Mentre, infatti, nell'ambito della giurisdizione esclusiva la Corte cost. ha richiesto il rispetto della regola del collegamento tra l'esercizio del potere autoritativo e gli eventuali diritti connessi, nei confronti invece della giurisdizione generale di legittimità l'eventuale accertamento di diritti patrimoniali potrebbe essere ammessa soltanto ove si ravvisi un rapporto ancora più stretto riconducibile ad una relazione di mera consequenzialità.

E' stato in merito rilevato che quando, come accade nell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di procedure d'affidamento dei contratti d'appalto: «tra la questione di legittimità (e di annullamento) di un atto a regime amministrativo e la questione della spettanza o lesione dei diritti soggettivi sussiste, come nel nostro caso, un rapporto di pregiudizialità-consequenzialità: in mancanza di che non vi sarebbe mai spazio per una cognizione "principaliter" del giudice amministrativo su diritti soggettivi...» certamente vi è una posizione soggettiva collegata all'esercizio del potere amministrativo G. Greco, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, Relazione presentata al Convegno su "Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione" tenutosi a Parma il 23-24 maggio 2008.

[134] La giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla domanda di restituzione del bene sottratto in seguito ad una procedura espropriativa illegittima ed annullata è stata ad es. affermata da Cass. civ., sez. un., 9.6.2004, n. 10978, *Giust. civ. Mass.* 2004, 6, secondo cui: «In applicazione dei suesposti principi deve argomentarsi che nella specie la sopravvenuta statuizione del giudice amministrativo di annullamento della dichiarazione di pubblica utilità, che ha rimosso con efficacia ex tunc gli atti emanati nell'esercizio del potere amministrativo di uso del territorio, impedisce di ricondurre il comportamento della pubblica amministrazione all'ambito di giurisdizione esclusiva di detto giudice delineato dall'art. 34 della legge n. 205 del 2000. Restano pertanto chiaramente prive di rilevanza le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai controricorrenti. Va infine osservato che non è neppure ravvisabile la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 comma 3 della legge n. 1034 del 1971, come sostituito dall'art. 7 comma 3 lett. c) della legge n. 205 del 2000, non configurandosi nell'occupazione usurpativa, in forza delle osservazioni innanzi svolte, situazioni giuridiche aventi consistenza di interessi legittimi, ma posizioni di diritto soggettivo, quando si tratti - come nella specie - di azioni restitutorie o risarcitorie correlate al diritto di proprietà, ovvero situazioni possessorie, la cui tutela è demandata, in assenza di norme che ne affidino la cognizione ad altro giudice, al giudice ordinario».

[135] Tale sembra ad esempio la ragione che impone in diverse pronunzie alla giurisprudenza di attendere l'esito della futura attività amministrativa chiamata a conformarsi al giudicato di annullamento prima di valutare le eventuali questioni risarcitorie.

[136] Così testualmente in Corte cost., 17.7.2000, n. 292, *Giust. civ.*, I, 2000, 2491, secondo cui: «Dai lavori parlamentari - il ricorso ai quali può essere rilevante per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati - risultano sicuramente due indicazioni.

In primo luogo il legislatore delegante intendeva rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo - nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici - non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario».

[137] M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *Federalismi.it*, 30.4.2008, secondo cui la disciplina comunitaria, introdotta con la Direttiva 11/12/2007 n. 66, G.U.E. 20/12/2007 n. 335, richiedendo una pronunzia esplicita sul contratto «si deve coniugare inevitabilmente con la necessità di assicurare una tutela rapida ed effettiva. Il requisito minimo per soddisfare il principio di tempestività è costituito dalla concentrazione della tutela in un unico giudizio...Al riguardo, l'impostazione dualistica o della doppia fase, indicata - implicitamente - dalle Sezioni Unite della Cassazione, non sembra compatibile con la disciplina comunitaria e configge apertamente anche con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo».

[138] Si cfr. in merito S. 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 sul contratto di appalto pubblico*, *Giustamm.it* n. 4/2008, nella parte in cui prende in esame il mutato approccio della Cassazione, la quale in applicazione dei principi costituzionali richiamati esclude le opzioni interpretative che comportino un ritardo nelle definizioni delle controversie, così ad es. Cass. civ. sez. un., 16.6.2006, n. 13916, *Foro it.*, 2007, I, 493; nonché Cass. civ., sez. II, 23.7.2007, n. 16207.

[139] Su un piano generale la dottrina sembra superare la precedente impostazione che contrappone in modo rigido il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, in questa direzione, si cfr. L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 299, che afferma l'evoluzione dell'interesse legittimo nel "buon diritto", poiché: «l'originaria impostazione che vedeva nell'annullamento dell'atto il petitum naturale del ricorso e nel conseguimento del bene l'effetto indiretto dell'azione, sembra essere destinata al superamento, ancorché graduale, in una nuova realistica visione che fa dell'attribuzione (conservazione e/o acquisizione) di un bene giuridico il normale e naturale petitum del ricorso»; ma anche F. Pugliese, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 3/1999, 621, dove si rileva che: «l'interesse legittimo è eminentemente relazionale e tende all'attribuzione di un bene giuridico» ed inoltre si specifica che: «Il fulcro del d.lgs. 80 è perciò proprio la soddisfazione della pretesa e l'attribuzione di un bene in quanto spetti. E' ovvio che questa lettura fa specifico riferimento ai c.d. interessi pretesivi, perché la soddisfazione dell'interesse difensivo era già assicurata dalla Cassazione sotto forma risarcitoria»; nonché più di recente L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, *Dir. amm.*, 2006, 2, 353, nella parte in cui si afferma che il giudice amministrativo potrebbe portare «avanti la trasformazione del giudizio amministrativo per assicurare una tutela piena ed effettiva ai diritti dell'ordinamento amministrativo, già interessi legittimi, in piena conformità con l'esigenza costituzionale di giustizia nell'Amministrazione che implica, anche per gli interessi legittimi - diritti dell'ordinamento amministrativo o se si vuole diritti amministrativi dell'ordinamento generale - la piena soddisfazione attraverso il conseguimento del bene sperato (art. 2 Cost.), la rimozione degli

ostacoli a tale conseguimento (art. 3 Cost.) e l'adempimento dei doveri e degli obblighi che a tali diritti a vario titolo si correlano».

Sul differente regime della tutela risarcitoria tra interessi legittimi oppositivi e pretesivi si cfr. Cass. civ. sez. III, 10.2.2005, n. 2705, Cons. Stato, 2005, II, 302 con nota di E. Follieri, *La diversa tutela risarcitoria degli interessi legittimi oppositivi e pretesivi*, *Urb. e app.*, 2005, 919. Come noto mentre la lesione di un interesse del primo tipo comporta automaticamente un pregiudizio al bene della vita che già fa parte della sfera giuridica del privato, la lesione del secondo tipo d'interesse si traduce nella violazione di un'aspettativa, risarcibile solo se risulta sulla base di un giudizio prognostico, la possibilità di conseguire il provvedimento favorevole. Tale tecnica di tutela potrebbe però risultare superata quando in seguito all'annullamento di un atto che ha illegittimamente violato un interesse legittimo pretensivo, anche in virtù dello stato avanzato della procedura, nel corso della quale l'amministrazione ha già consumato l'ambito delle scelte discrezionali, il privato ha già con certezza acquisito, grazie all'intermediazione del potere amministrativo, il bene della vita.

Secondo invece A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 994: «Una conclusione del genere potrebbe suscitare subito più di un'osservazione critica. In particolare il nostro processo amministrativo assicura già, in modo probabilmente più avanzato di altri ordinamenti, una tutela specifica degli interessi pretensivi: questa tutela si perfeziona attraverso il giudizio di ottemperanza». Tuttavia il medesimo autore afferma che: «la sentenza di annullamento non comporta solo l'eliminazione del provvedimento, ma ha anche contenuti dichiarativi ed effetti ripristinatori e rinnovatori...» precisando che l'annullamento di un atto ablatorio «obbliga l'amministrazione a restituire al ricorrente le cose sottratte...e che il ricorrente non fa valere alcuna responsabilità dell'amministrazione per atti illeciti, ma fa valere il suo diritto alla restituzione». Successivamente si riconosce che nella giurisprudenza amministrativa in materia di appalti l'affidamento non è richiesto sulla base di un illecito «ma diventa un atto dovuto, in conseguenza della caducazione del provvedimento illegittimo...», il g.a. non accerta se vi sia stato un illecito, accerta, invece, se «in seguito all'annullamento di quel provvedimento l'affidamento dell'appalto al ricorrente rappresenti o meno un passaggio obbligato».

[140] Di converso la giurisprudenza ha affermato che quando non vi è: «prova possibile dell'aggiudicabilità della gara all'ATI ricorrente, in ragione del metodo discrezionale di aggiudicazione, l'interesse pretensivo violato – secondo il Collegio – dev'essere invece stimato come una perdita di chance di aggiudicazione, parametrabile non solo alla perdita di quote di mercato, ma anche alla probabilità di aggiudicazione concretamente raggiunta nella specie», così in Cons. Stato, sez. VI, 14.9.2006, n. 5323, *Urb. e app.* 200, 1355.

[141] Si cfr. in merito G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 3, 650, dove l'autore rileva che: «L'affermazione della tutela reintegratoria si traduce dunque nella mera enunciazione di un obbligo che già grava sull'amministrazione: il risultato cui tendono tali decisioni è imporre il compimento d'attività giudicata doverosa per l'amministrazione (nel caso di specie l'aggiudicazione dell'appalto al ricorrente vittorioso), anticipando al giudizio di legittimità un risultato che sarebbe conseguibile solamente in una successiva fase di ottemperanza. Il che è possibile, d'altro canto, nei soli casi in cui l'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione determini l'automatico riconoscimento della qualità di aggiudicataria alla parte ricorrente». Aggiungendo in proposito che tale circostanza può essere dimostrata solo quando l'evidenza pubblica «si svolga attraverso mezzi meccanici, quali ad esempio il metodo del massimo ribasso sull'importo posto a base d'asta, e sia quindi possibile ricostruire l'esito della procedura in assenza dell'illegittima esclusione o dell'illegittima aggiudicazione a favore di un'impresa concorrente».

[142] Si tratta della nota sentenza della Cass. civ. sez. un, 28.12.2007, n. 27169, pubblicata su *Giustamm.it* n. 1/2008, con commento di C. Varrone, *L'eterno tormentone della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, *Giustamm.it.* n.1/2008; F. Cintioli, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, *Giustamm.it.*, n.1/2008; S. Tarullo, *La*

giurisdizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione: la soluzione delle Sezioni Unite non persuade, *Giustamm.it* n. 1/2008; S. Rostagno, *La Corte di Cassazione interviene rispetto alla tesi del contratto quale atto della serie procedimentale viziata*, *Giustamm.it* n. 1/2008; S.S. Scoca, *La Cassazione "mette le mani" sugli appalti pubblici. Nota a Cass. SS. UU. Civ., sentenza 28 dicembre 2007, n. 27169*, *Giustamm.it* n. 2/2008; nonché M.A. Sandulli, *Il TAR Lombardia bypassa il problema della giurisdizione e decide incidenter tantum sulle sorti del contratto (a margine della sentenza sez. I, 8 maggio 2008 n. 1380)*, *Giustamm.it* n. 5/2008.

[143] Cons. Stato, Ad. Pl., 30.7.2008, n. 9, in *Giustamm-online* n. 8/2008.

[144] Così sembra concludere Cons. Stato, Ad. Pl., 30.7.2008, n. 9, in *Giustamm-online* n. 8/2008.

[145] Sul tema del giudizio d'ottemperanza si cfr. M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il giudizio d'ottemperanza*, *Atti di Varenna*, 1981, 64.

[146] In vero la sentenza in esame probabilmente differenzia il trattamento delle due domande perché mentre la richiesta di risarcimento per equivalente conserverebbe la natura del rimedio di tipo risarcitorio, anche se la sua sfera d'azione dovrebbe risultare limitata all'ambito della responsabilità precontrattuale (come si legge al punto 5.2 il collegio dell'Ad. Pl. n.9/2008 non si è discostato dall'Ad. Pl. n. 6/2006 che: «ha ravvisato la sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi riconducibili alla fase pubblicistica precontrattuale, poiché l'art. 6 della l. n. 205 del 2000 ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per tutte le controversie riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti»), invece la richiesta avanzata nell'ambito del giudizio di ottemperanza, qualificata formalmente risarcimento in forma specifica, corrisponderebbe ad una forma di tutela e/o esecuzione specifica.

[147] Cfr. in merito Cons. Stato, sez. V, 28.2.2006, n. 861, *Foro amm. CDS* 2006, 2, 480.

[148] Si cfr. in proposito Cons. Stato, sez. VI, 8.3.2004, n. 1080, *D & G – Dir. e giust.* 2004, 15, 80, che in merito sottolinea che: «In sostanza il risarcimento non è modulabile dal giudice amministrativo come un effetto conformativo del giudicato di annullamento, ma costituisce una forma di tutela che richiede apposita domanda, una specifica istruttoria ed un pieno contraddittorio per il doppio grado».

[149] Si cfr. in merito A. Iannotta, *Rassegna di giurisprudenza sul giudizio di ottemperanza e giudizio da pretesa al risarcimento*, *For. amm. TAR*, 2006, 6, 2275.

[150] In dottrina sul punto si cfr. A. Auletta – F. Liguori, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008)*, *Giustamm.it* n. 9/2008, nella parte in cui si rileva che: «E' significativo che l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, al comma 1, individui i rimedi risarcitori riconosciuti al giudice amministrativo di legittimità (r.f.s. e risarcimento per equivalente) mentre, al comma 2, affidi al giudizio di ottemperanza la precisazione della portata della condanna solo con riferimento all'ipotesi di risarcimento in denaro».

[151] Si cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 29.4.2005, n. 2, *Riv. giur. edilizia*, 2005, 3, 852, che da ingresso alla richiesta di restituzione dell'area sottratta in seguito ad una procedura di espropriazione successivamente dichiarata illegittima, specificando in merito che: «la realizzazione dell'opera pubblica non fa venir meno l'obbligo per l'amministrazione di restituire al privato il bene illegittimamente espropriato...Alla base di questa linea giurisprudenziale, che si pone come superamento dell'interpretazione che riconnetteva alla costruzione dell'opera pubblica effetti preclusivi o limitativi della tutela in forma specifica del privato, è una spinta evolutiva che innesta le sue radici nel diritto comune europeo, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti.(Ad. Gen. 1.3.2001, n. 2)». Ma la casistica è vasta infatti secondo Cons. Stato, sez. VI, 16.10.2007, n. 5409, *Foro amm. CDS*, 2007, 10, 2858,: «Così come l'annullamento di un atto di espropriazione comporta la restituzione al proprietario del bene espropriato, così come l'annullamento di un provvedimento di licenziamento comporta la riammissione in servizio del dipendente, il pagamento delle retribuzioni non pagate e la sua

collocazione nella posizione in cui si sarebbe trovato in assenza del licenziamento medesimo, allo stesso modo deve ritenersi che l'annullamento di un provvedimento che pone l'obbligo di pagare una somma di denaro abbia come conseguenza la restituzione della somma riscossa in base all'atto impugnato».

[152] Si cfr. in merito Cons. Stato, sez. VI, 16.10.2007, n. 5409, *Foro amm. CDS*, 2007, 10, 2858, secondo cui: «Diversamente da quanto sostengono le Amministrazioni appellanti, il giudizio di ottemperanza non è affatto "un tipico giudizio chiuso, che non consente di introdurre questioni ed eccezioni nuove", tale da poter essere attivato solo a fronte di un giudicato "che contenga disposizioni che definiscano in modo puntuale ed incondizionato gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione". Al contrario, come ormai da tempo si riconosce, il giudizio di ottemperanza ha natura mista di esecuzione e di cognizione: ciò perché spesso la regola posta dal giudicato amministrativo è una regola implicita, elastica, incompleta, che spetta al giudice dell'ottemperanza completare ed esplicitare. Non a caso si è efficacemente parlato del giudizio di ottemperanza come prosecuzione del giudizio di merito, diretto ad arricchire, pur rimanendone condizionato, il contenuto vincolante della sentenza amministrativa. Rientra, quindi, a pieno titolo tra i compiti del Giudice dell'ottemperanza dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo. Non è questo, del resto, l'unico momento di cognizione del giudizio di ottemperanza: ulteriori spazi cognitori si aprono in relazione alle sopravvenienze di fatto o di diritto rispetto al giudicato e alle domande accessorie quali interessi, rivalutazione e risarcimento del danno. Sotto questo profilo, il giudizio di ottemperanza presenta senz'altro caratteristiche differenti rispetto all'esecuzione forzata disciplinata dal libro III del codice di procedura civile e connotata dall'esistenza del titolo esecutivo: come è stato bene osservato, qui la cognitio è normalmente estranea perché il titolo esecutivo pone a disposizione di chi ne è il possessore una posizione di preminenza che non soggiace più ad alcun controllo».

[153] Si cfr. in merito Cons. stato, sez. VI, 3.3.2008, n. 796, *Red. Amm. CDS* 2008, 3, che sul punto afferma: «Il giudice amministrativo, cioè, in sede di giudizio di ottemperanza, può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera «esecuzione», ma «attuazione» in senso stretto, dando luogo al cosiddetto giudicato a formazione progressiva. Nel giudizio di ottemperanza, in definitiva, il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che comunque sarebbero devoluti alla sua giurisdizione... L'ottemperanza non può, infine, essere preclusa nemmeno dalla circostanza che il contratto con Alitalia è già stato stipulato e che pende davanti al Tribunale ordinario di Roma il giudizio, proposto da Air One, per l'impugnativa negoziale dello stesso».

[154] In tal senso si cfr. Corte cost. 9.12.2005, n. 441 che ha confutato l'indirizzo che considerava il giudizio d'ottemperanza come uno strumento "non pienamente contenzioso" ed a "contraddittorio attenuato". Inoltre la Cort. cost., 12.12.1998, n. 406 ha affermato che: «il giudizio di ottemperanza, secondo l'attuale elaborazione giurisprudenziale, ricomprende una pluralità di configurazioni (in relazione alla situazione concreta, alla statuizione del giudice e alla natura dell'atto impugnato), assumendo talora (quando si tratta di sentenza di condanna al pagamento di somma di denaro esattamente quantificata e determinata nell'importo, senza che vi sia esigenza ulteriore di sostanziale contenuto cognitorio) natura di semplice giudizio esecutivo [...] e quindi qualificabile come rimedio complementare che si aggiunge al procedimento espropriativo del codice di procedura civile, rimesso alla scelta del creditore. In altri casi il giudizio di ottemperanza può essere diretto a porre in essere operazioni materiali o atti giuridici di più stretta esecuzione della sentenza; in altri ancora ha l'obiettivo di conseguire un'attività provvedimentale dell'amministrazione ed anche effetti ulteriori e diversi rispetto al provvedimento originario oggetto dell'impugnazione; inoltre può essere utilizzato, in caso di materia attribuita alla giurisdizione amministrativa, anche in

manca di completa individuazione del contenuto della prestazione 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».

[155] In senso critico rispetto a tale impostazione si cfr. A. Auletta – F. Liguori, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008)*, *Giustamm.it* n. 9/2008, dove si afferma che: «La possibilità di anticipare alla fase di cognizione la definizione in concreto di quanto l'amministrazione deve fare per rispettare la legge (e gli atti di spendita della discrezionalità) integra il profilo di concreta utilità e reale "convenienza" della r.f.s. rispetto all'azione impugnatoria pura, che invece si concretizza (in termini di contenuto dell'obbligo dell'amministrazione) solo con l'ottemperanza». Aggiungendo in proposito che il medesimo Consiglio di Stato ha evidenziato che "non vi è molta differenza tra una sentenza che disponga il rilascio di un determinato provvedimento e analoga decisione che annulli un diniego riconoscendo in parte motiva la fondatezza della pretesa sostanziale del privato imponendo così all'amministrazione di conformarsi..."...Ma allora: «perché non indicare con esattezza l'attività da compiere per porre la parte che ha ragione al riparo da defatiganti ulteriori iniziative giudiziarie?».

[156] In dottrina si è, infatti, evidenziato che l'effetto conformativo non sempre garantisce un accertamento costitutivo pieno, prospettando una «regola precisa o una definita direttiva per l'ulteriore corso dell'azione amministrativa», così A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Cedam, Padova, 2001, 168 e ss., dove l'autore evidenzia che: «Il problema di fondo, nel quale si esprime in modo peculiare la stessa nozione di effettività del giudicato amministrativo, consiste, pertanto, nel rendere quanto più intensa e pregnante l'incidenza "additiva" della pronuncia giurisdizionale sull'assetto del rapporto sostanziale, evitando che il processo si risolva in un labile ed evanescente momento parentetico nel fluire incessante dell'azione amministrativa».

[157] Si cfr. in merito Cons. Stato, sez. IV, 27.12.2006, n. 7816, *Foro amm. CDS*, 2006, 12, 3323, secondo cui: «Nel giudizio amministrativo d'impugnazione, favorevolmente conclusosi per il ricorrente, il giudicato si forma con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti dal giudice sussistenti alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso, non essendo in toto applicabile alla giurisdizione degli interessi il principio secondo il quale la pronuncia definitiva del giudice copre il dedotto ed il deducibile in via di azione o eccezione; ne consegue che la sede per sindacare la legittimità dell'atto adottato dall'amministrazione in fase di esecuzione del giudicato, sotto profili che non abbiano formato oggetto delle statuizioni contenute nella sentenza, non è quella dell'ottemperanza ma quella ordinaria della cognizione».

[158] Si cfr. in tal senso TAR Lazio Roma, sez. I, 10.5.2006, n. 3457, *Foro amm. TAR*, 2006, 5, 1694, secondo cui: «Ai sensi dell'art. 7 l. n. 1034 del 1971, il Tar, nell'ambito della sua giurisdizione, ha acquisito la competenza a conoscere pure tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, ed agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Pertanto, è ammissibile la domanda di risarcimento del danno avanzata nell'ambito di un giudizio per l'esecuzione del giudicato, ma lo stesso capo della domanda va stralciato dal predetto giudizio, al fine di consentire che lo stesso venga trattato ed esaminato in udienza pubblica».

[159] Tale conclusione sembra derivare dall'impostazione secondo cui: «il potere dell'amministrazione si caratterizza per questa sua dinamicità, che comporta che di regola la sentenza di annullamento, in presenza d'interessi pretesivi, non concluda l'intera vicenda», così ancora A. Travi, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 1. Soltanto dunque in seguito all'eventuale inadempimento del giudicato amministrativo il privato vanta una posizione di diritto all'esecuzione come affermato da quella giurisprudenza che considerava "la pretesa all'attuazione del giudicato assume senz'altro la consistenza del diritto di credito" così in Cons. Stato, sez. V, 6.8.2001, n. 4239.

[160] Sull'applicabilità al caso di specie della regola della caducazione si cfr. E. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 633 e ss; E. Sticchi Damiani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, *Dir. proc.amm.*, 2003, 3,633; F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, *Foro amm. TAR*, 2004, 2, 570 e ss.; contrario all'applicazione automatica della tesi della caducazione è F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, *Foro amm. TAR* 2007, 2, 797, dove si afferma che: «l'annullamento dell'aggiudicazione non ha un impatto costante ed imm modificabile sulla situazione di fatto che si viene a determinare e sui rapporti giuridici ad essa riferibili»; favorevoli alla tesi della nullità sono F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, *Dir. amm.*, 2003, 4, 645 e ss.; V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, *Giornale dir. amm.*, 2002, 1195 ss; per un'analisi completa delle diverse tesi sostenute in dottrina di recente si cfr. S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2008, dove si elabora una ricostruzione della fattispecie procedimentale e contrattuale in termini di autonomia, al riguardo, infatti, si rileva che: «non tutti i vizi di legittimità che possono condurre all'annullamento dell'aggiudicazione possono giustificare il venir meno del contratto: ciò è da escludere per i vizi che non incidono sul c.d. voluto contrattuale» così letteralmente p. 232 e ss.

[161] Per una prima analisi dell'articolata disciplina introdotta dalla normativa comunitaria si rinvia a M. Lipari, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, *Federalismi.it*, 30.4.2008; nonché per un quadro sulla disciplina degli ordinamenti europei si cfr. B. Marchetti, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 95.

[162] Sulla natura della posizione giuridica del privato che agisce per l'esecuzione di un giudicato amministrativo come noto si rinviene in dottrina un ampio dibattito tra coloro che qualificano tale situazione in termini di diritto soggettivo all'osservanza del giudicato e coloro che, invece, parlano d'interesse legittimo. Sul tema si rinvia a P. De Leonardis, *L'ottemperanza nell'amministrazione*, Torino, 1995, 49 e ss; F. Cammeo, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato e della G.P.A.*, *Giur. it.*, 1937, III, 75; nonché in giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 19.1.1995, n. 39; Cons. Stato, sez. VI, 3.2.1992, n. 589; si esprimono a favore della tesi dell'interesse legittimo in dottrina A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo di conformarsi*, *Scritti Giuridici*, Napoli, 1990, 483 e ss; I. Franco, *Gli strumenti di tutela nei confronti della P.A.*, Verona, 2003, 303; la soluzione prospettata dall'Ad. Pl. dunque non accoglie l'invito di quella dottrina che aveva, invece, constatato che: «la dimostrazione (della sussistenza) di una situazione obbligatoria che preesiste al giudicato (alla sentenza, e al processo, più esattamente) elimina tale contraddizione: dunque, fa del giudizio di legittimità la sede dell'accertamento dell'(eventuale) inadempimento e del giudizio di ottemperanza la sede dell'(eventuale) adempimento coattivo, attribuendo all'uno come all'altro giudizio natura giurisdizionale e, precisamente, di giurisdizione soggettiva, avente nella soddisfazione dell'interesse legittimo la sua finalità istituzionale», così letteralmente in L. Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Giuffrè, Milano, 2003, 194.

[163] E' noto il percorso, al riguardo, compiuto dalla giurisprudenza civile, la quale ha posto al fianco del danno patrimoniale ex art. 2043 c.c., prima il danno morale previsto ex art. 2059 c.c. soltanto nelle ipotesi di illecito penale, poi il danno "biologico", ovvero il danno arrecato alla salute (alla sfera dell'integrità psico-fisica) a prescindere dalle conseguenze patrimoniali. Inizialmente il danno biologico rappresentava un terzo genere tra il danno patrimoniale e quello morale, successivamente è stato ricondotto alla categoria del danno morale, poiché la Corte cost., 11.7.2003, n. 233, *Foro it.*, 2003, I, 2201, ha affermato che quando questo lede diritti fondamentali dell'uomo è risarcibile anche al di là dell'art. 2059 c.c.

Infine, la giurisprudenza della Cassazione, sez. I, 7.6.2000, n. 7713, *Foro it.*, 2000, I, 187, con nota di D'Adda, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, ha riconosciuto anche la figura del danno esistenziale, descritto come l'insieme delle sofferenze non patologiche e dei pregiudizi arrecati alle capacità realizzatrici della persona umana.

[164] Si cfr. in merito Cons. Stato, sez. VI, 16.3.2005, n. 1096 e TAR Sicilia – Catania, sez. I, 27.4.2006, n. 643, *Giurisprudenza amministrativa*, 2006, II, 747, che hanno riconosciuto il danno esistenziale ad una portatrice di handicap alla quale era stata negata illegittimamente una supplenza; nonché TAR Campania – Napoli, sez. II, 6.5.2004, n. 8235, *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 1321, che ha riconosciuto il danno biologico ad un soggetto chiamato a prestare il servizio militare senza esservi tenuto; TAR Friuli Venezia Giulia, 14.7.2006, n. 478, *Giurisprudenza amministrativa*, 2006, II, 1305 che in una fattispecie analoga alla precedente ha riconosciuto il danno esistenziale; in dottrina si cfr. G. Bellucci, *Elementi costitutivi e presupposti del danno esistenziale da provvedimento amministrativo illegittimo*, *Resp. civ. e prev.* 2007, 2, 411.

[165] Si cfr. C. Salvi, *Danno*, *Dig. disc. priv.* UTET Vol. V; S. Patti, *Danno patrimoniale*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V.

[166] In merito alla nozione di danno si deve alla dottrina tedesca la prima elaborazione della tesi nota come “*Differenztheorie*”, secondo la quale la nozione di danno si traduce nella differenza negativa tra la sfera patrimoniale del danneggiato successiva al verificarsi dell’evento illecito e la sua composizione originaria ovvero l’assetto patrimoniale precedente al compimento del fatto illecito si rinvia al riguardo a F. Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse, Beitrage zum Obligationenrecht II*, Braunschweig, 1855, 3 e ss.

[167] Successivamente a tale impostazione si è affiancata una concezione diversa nell’ambito della quale si è introdotta la nozione “reale” del danno, la quale considera danno qualsiasi lesione materiale del bene, nella dottrina italiana tale tesi è sostenuta da R. Scognamiglio, *Appunti sulla nozione di danno*, *Scritti giuridici*, 1996, I, 505; in fine la dottrina ha elaborato una terza tesi che è caratterizzata da una nozione “normativa” del danno, che considera danno qualsiasi lesione inferta ad un bene tutelato da una norma giuridica, in merito si cfr. il contributo di F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 17.

E’ interessante notare, come osserva A. D’Adda, *Il risarcimento in forma specifica*, Padova, 2002, 165, che dalla diversa concezione del danno dipende la possibilità di unificare il trattamento del danno patrimoniale e non, è chiaro infatti che mentre la teoria normativa consente tale uniformità di disciplina, la teoria della differenza patrimoniale, invece, evidentemente impone un trattamento giuridico diverso.

[168] Si cfr. in merito F.G. Scoca, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 1,1, nella parte in cui l’autore afferma che non si è ancora formato «un criterio definitivo in ordine alla distribuzione della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario a proposito di azioni risarcitorie».

[169] G. Gentile, *Danno alla persona*, *Enc. Dir.* Giuffrè Vol. XI.; P.G. Monateri, *Danno alla persona*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V; G. Bonilini, *Danno morale*, *Dig. Disc. Priv.* UTET Vol. V.

[170] Si tratta della tesi illustrata nell’ordinanza della Cassazione civ., sez. un., ord. 13.6.2006, n. 13659, *Foro amm. CDS*, 2006, 10, 2738, nella quale si afferma che: «Nel sistema normativo conseguente alla l. 21 luglio 2000, n. 205, la tutela giurisdizionale risarcitoria contro l’agire illegittimo della p.a. spetta al giudice ordinario solo in casi marginali, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l’azione della p.a. non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere...Pertanto, l’amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l’azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili (come la salute o l’integrità personale)...»; la tesi in esame è stata ribadita anche da Cass. civ. sez. un., ord. 13.6.2006, n. 13660, *Giust. civ.* 2006, 10, 2000 e Cass. civ. sez. un., ord. 15.6.2006, n. 13911, *Riv. giur. edilizia* 2006, 4-5, 880