

Hadrian Simonetti

**La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla
negazione alla marginalità? (*)**

<http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Sommario: 1. Il problema storico della responsabilità civile della P.A. – 2. Il risarcimento degli interessi legittimi tra diritto comune e diritto speciale. Il nodo della pregiudizialità. – 3. Il <modello> della responsabilità della P.A. – 4. Il rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria nella giurisprudenza costituzionale. - 5. Il regime processuale dell'azione risarcitoria nel codice del processo amministrativo. – 6. La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: isola o modello? – 7. Il giudizio risarcitorio come giudizio prognostico. – 8. Tutela in forma specifica e tutela per equivalente – 9. Conclusioni.

1. Il problema storico della responsabilità civile della P.A.

Il problema storico della responsabilità civile della P.A. ha riguardato e riguarda in particolare l'attività provvedimentale, ovvero autoritativa, dello Stato e degli enti pubblici, non dubitandosi più, già da molto tempo, che, per i danni derivanti da comportamenti materiali o da atti di diritto privato, l'amministrazione debba rispondere al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento. Per i danni causati nell'esercizio di poteri autoritativi, sul presupposto che il provvedimento amministrativo "degradasse" il diritto ad interesse legittimo, il principale ostacolo discendeva dalla concezione tradizionale della responsabilità da illecito extracontrattuale, incentrata su un'interpretazione dell'art. 2043 c.c. come norma secondaria che, mediante l'obbligo del risarcimento del danno, sanzionerebbe la violazione di una norma primaria, posta a protezione di un diritto soggettivo assoluto. In questo modo la formula del "danno ingiusto" avrebbe finito per escludere la tutela extracontrattuale delle altre situazioni giuridiche soggettive e, in particolare, degli interessi legittimi.

In questa prospettiva si invocava anche l'art. 28 Cost. sul presupposto che l'espressa menzione, quale presupposto della responsabilità civile, di "atti compiuti in violazione di diritti" confermasse al massimo livello come il perimetro della tutela extracontrattuale fosse circoscritto ai soli diritti soggettivi^{1[1]}.

(*) Il presente scritto è parte di un lavoro più ampio destinato al volume *Diritto processuale amministrativo*, a cura di G.P. Cirillo, in corso di pubblicazione nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G.Santaniello, edito da Cedam.

^{1[1]} La responsabilità dello Stato e degli enti pubblici fu in un primo tempo inquadrata negli schemi civilistici della responsabilità per fatto altrui o indiretta (art. 1153 c.c. del 1865), per essere in seguito qualificata, dalla dottrina

Vi erano anche altre ragioni, di natura processuale, poste a fondamento del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, legate alle regole del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrate sulla natura della posizione giuridica fatta valere (*causa petendi*), e ai limitati poteri decisorii attribuiti a quest'ultimo, circoscritti per lo più al solo annullamento dell'atto impugnato e quindi inidonei a soddisfare richieste di condanna al risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa.

Dati sostanziali e aspetti processuali finivano, quindi, per convergere in un punto ideale nel quale l'irrisarcibilità degli interessi legittimi costituiva il segno e la conferma dei privilegi e delle immunità della Pubblica Amministrazione e della "specialità" della disciplina che la riguardava, quella stessa specialità che, sul piano storico, rappresentava la prima giustificazione della stessa esistenza di un giudice amministrativo^{2[2]}.

Come noto, la dottrina privatistica si è fatta carico, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, di una fondamentale opera di revisione della concezione tradizionale della responsabilità per fatto illecito, accentuandone i profili riparatori, ridimensionando il ruolo della colpa e, per quanto più rileva in questa sede, favorendo il progressivo allargamento dell'area dei danni risarcibili, dapprima verso "nuovi" diritti ed in seguito al di là degli stessi diritti in senso proprio, nel segno dell'atipicità dell'illecito civile^{3[3]}.

Questa evoluzione, alla base di non meno fondamentali mutamenti giurisprudenziali intervenuti già nel corso degli anni '70^{4[4]}, si è accompagnata, da un lato, alla rilettura, ad opera della dottrina amministrativistica, dell'interesse legittimo alla stregua di una situazione giuridica sostanziale che l'art. 24 Cost. equipara in via di principio al diritto soggettivo e, dall'altro, all'influenza del diritto comunitario, particolarmente avvertita nella materia degli appalti pubblici.

L'insieme di questi fattori, in parte endogeni ed in altra parte di natura esogena, sono stati all'origine, sul finire del secolo scorso, del superamento del dogma della irrisarcibilità dell'interesse

maggioritaria, come responsabilità diretta per fatto proprio, secondo la teoria dell'immedesimazione organica, in forza della quale l'ente vuole e agisce attraverso il proprio organo. Questa costruzione non è contraddetta dall'art. 28 Cost., che le affianca quella, sempre diretta, del funzionario o del dipendente, trattandosi piuttosto di una norma di garanzia a tutela del danneggiato, che può quindi contare su di una solidarietà risarcitoria ex art. 2055 c.c. Va aggiunto che anche se la normativa di settore prevede, in non pochi casi, limitazioni di responsabilità del dipendente alle sole ipotesi di dolo e colpa grave (v., ad esempio, art. 3 d.p.r. 3/1957), è pacifico che tali limitazioni non valgano per la P.A.

^{2[2]} Sulla risarcibilità dell'interesse legittimo, per una più ampia disamina delle diverse opinioni elaborate nel corso della vicenda storica, v. Centro italiano di studi amministrativi, *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi* (Napoli, 27, 28 e 29 ottobre 1963), Milano, 1963, con gli interventi, tra gli altri, di G.MIELE, A.M. SANDULLI, E.GUICCIARDI, R.NICOLÒ E S.RODOTÀ, M.S.GIANNINI

^{3[3]} Le tappe fondamentali di questa evoluzione sono contrassegnate dagli studi di P.TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S.RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; C.SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, *Noviss. DI*, XV, 1968, 628 ss.

^{4[4]} V., per l'importanza sul piano storico, Cass. S.U. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 342, sulla tutela extracontrattuale del diritto di credito

legittimo, sia da parte del legislatore che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione con la storica pronuncia n. 500/1999^{5[5]}.

In tale sentenza si osservava peraltro come, per i danni da attività provvedimento illegittima della p.a., fosse stata già ammessa da tempo la risarcibilità dei cd. diritti affievoliti, ovvero di quelle posizioni soggettive incise da provvedimenti restrittivi in seguito annullati dal giudice amministrativo. In una vicenda nella quale, si affermava, l'effetto ripristinatorio della sentenza di annullamento comportava la naturale riespansione del diritto in precedenza "degradato", il che ne avrebbe permesso, in un successivo momento, la risarcibilità da parte del giudice ordinario.

Si era obiettato che la teoria della cd. degradazione, e della successiva riespansione, serviva essenzialmente a nascondere il dato per cui la situazione giuridica risarcibile aveva natura di interesse legittimo oppositivo. Una verità da negare fino a quando non si fosse riconosciuta la risarcibilità anche delle situazioni giuridiche soggettive diverse dai diritti soggettivi.

Quel che più a lungo era rimasto veramente privo di tutela risarcitoria era stato l'interesse legittimo pretensivo, leso un provvedimento di diniego illegittimo. Ed è soprattutto in tale ambito che l'influenza del diritto comunitario ha costituito una spinta determinante per superare il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione^{6[6]}.

2. Il risarcimento degli interessi legittimi tra diritto comune e diritto speciale: il nodo della pregiudizialità

La sentenza 500/99 interveniva in un quadro normativo – di poco successivo al d.leg. 80/1998 ma anteriore alla l. 205/2000 - dove la tutela risarcitoria spettava ancora, in via generale, al giudice

^{5[5]} V., per questa lettura, G.GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Pubbl. comunitario*, 1999, 1128. La sentenza 22 luglio 1999, n. 500 è pubblicata sul *Foro it.*, 1999, I, 2487 e 3201, con note di commento di A.PALMIERI, R.PARDOLESI, F.FRACCHIA, R. CARANTA, A.ROMANO, E.SCODITTI.

^{6[6]} Il riferimento va non solo alla prima direttiva ricorsi n. 665 del 1989 in materia di appalti pubblici ma, in termini ben più ampi, alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, a partire dalla sentenza Francovich (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90), ha riconosciuto alla regola di responsabilità dei poteri pubblici, per omessa o incompleta o non corretta esecuzione del diritto comunitario, una portata generale. Tale principio, che trova il suo primo fondamento nell'obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 5 del Trattato istitutivo (ora art. 4, par. 3, del TUE), è stato via via precisato in numerose sentenze successive, sia per quanto riguarda le condizioni che le modalità di tutela. Modalità che, ferma restando l'autonomia procedurale riconosciuta ai singoli ordinamenti, non devono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento dei danni. Quanto alla natura di tale responsabilità, l'indirizzo prevalente è nel senso della sua qualificazione in termini extracontrattuali, anche se non mancano pronunce nelle quali la stessa è stata collocata nell'area della responsabilità contrattuale (cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, I, 174 con nota di E.SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*). Da ultimo l'art. 4, co. 43, della l. 183/2011 (Legge di stabilità 2012) ha stabilito che "La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile" e, quindi, al termine di cinque anni previsto per la responsabilità aquiliana da fatto illecito.

ordinario, con la sola eccezione delle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia^{7[7]}. Al punto che di fronte alla caduta di ogni immunità, al cospetto di una pubblica amministrazione che finalmente aveva raggiunto - si disse allora - "l'età della responsabilità"^{8[8]}, parte della dottrina si interrogava sulle conseguenze che una simile decisione avrebbe avuto sul tradizionale sistema italiano di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, chiedendosi se la fine della specialità dell'interesse legittimo non avrebbe finito per appannare le ragioni stesse del dualismo^{9[9]}.

La vicenda immediatamente successiva è sembrata piuttosto, all'apparenza, accentuare questo dualismo, come dimostrano la devoluzione al giudice amministrativo del risarcimento del danno nell'ambito di tutta la sua giurisdizione, in forza dell'art. 7 della l. 205/2000 che riscriveva l'art. 7 della l. Tar, e il consolidamento che tale nuovo assetto ha ricevuto con la sentenza 204/2004 della Corte costituzionale, che tale soluzione ha difeso, in nome di una tutela piena ed effettiva e dell'esigenza di concentrare davanti allo stesso giudice le diverse forme di tutela, costitutive e di condanna.

Una volta ammessa la risarcibilità degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo, si deve peraltro osservare come il legislatore del 2000 non abbia introdotto una disciplina *ad hoc* per la responsabilità civile della pubblica amministrazione ma solo frammenti di discipline diverse che, nel primo decennio, la giurisprudenza amministrativa ha cercato faticosamente di ricomporre ad unità, talvolta rifacendosi (più o meno fedelmente) al modello di diritto comune disciplinato dagli artt. 2043 ss c.c. altre volte sembrando orientarsi verso soluzioni "autarchiche" o sincretistiche. Nella prima direzione è stato quindi obbligato il richiamo al codice civile, al quale fa implicito riferimento, del resto, anche l'art. 28 Cost., già ricordato.

All'alba del nuovo millennio, all'indomani della sentenza 500/1999, il problema del riparto di giurisdizione, tra g.o. e g.a. ha monopolizzato una gran parte del dibattito iniziale. Agli artt. 35 del d.leg. 80/1998 e 7 della l. Tar è stata attribuita una valenza processuale, di definizione dei poteri di cognizione e decisione del giudice, sul presupposto che la disciplina sostanziale andasse cercata altrove.

^{7[7]} Prima ancora del d.leg. 80/1998, nell'assetto previgente, l'art. 7, co. 3 della l. Tar stabiliva che nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, questi conoscesse anche dei diritti soggettivi ma con il limite delle "questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre". L'art. 35 del d.leg. 80/1998, in attuazione della delega di cui all'art. 11, co. 4, della l. 59/1997, aveva rimosso tale limite, anche per quanto riguardava il risarcimento del danno, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

^{8[8]} R.CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201.

^{9[9]} S.MANNORI, B.SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 519. E, prima ancora, A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, V, 1999, 463 ss.

Quanto più i problemi di riparto hanno trovato progressivamente la loro soluzione nell'affermazione – sempre più estesa - della giurisdizione del giudice amministrativo, tanto più è venuto al pettine il nodo della pregiudiziale amministrativa e del rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria (tema più volte presente anche nella giurisprudenza costituzionale: v. *infra*)^{10[10]}.

Giova ricordare che, fino a quando la giurisdizione sul risarcimento del danno derivante da attività provvedimentoale è stata propria del giudice ordinario, quindi prima del 1998-2000, la (formula della) pregiudiziale amministrativa stava ad indicare la necessità che, appunto pregiudizialmente, l'atto amministrativo fosse dapprima annullato dal giudice amministrativo, il che avrebbe consentito, con la riespansione del diritto in precedenza “degradato” o “affievolito” ad interesse legittimo (oppositivo), che della sua ingiusta lesione potesse conoscere, ai fini risarcitori, il giudice ordinario. Tale regola era stata almeno in un caso codificata dal legislatore, con l'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142 (in seguito abrogato con il d.leg. 80/1998) che subordinava l'azione risarcitoria del soggetto che, partecipando a una gara d'appalto pubblico, avesse subito un danno, al previo annullamento dell'atto lesivo.

La sentenza n. 500/1999, ammettendo la possibilità per il giudice ordinario di accertare l'illegittimità dell'azione amministrativa ove non vi avesse già provveduto il giudice amministrativo, aveva superato tale impostazione, nel senso quindi di ammettere un'azione risarcitoria proposta in via autonoma (posizione ribadita in seguito, con forza crescente, da Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 1359 e 23 dicembre 2008, n. 30254).

Devoluta la giurisdizione sul risarcimento del danno al giudice amministrativo, il problema della necessità del preventivo annullamento dell'atto lesivo ha invece ricevuto nuovamente, a più riprese, risposta affermativa, per ragioni tanto di diritto sostanziale che processuale che qui non è possibile ricordare nel dettaglio (v. Cons. St., Ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4 e 22 ottobre 2007, n. 12)^{11[11]}. E su di esso è divampata una vera e propria contesa tra giudice ordinario e giudice amministrativo, che ha avuto ad oggetto non solo la soluzione da dare al problema ma anche, a monte, la possibilità stessa che la Cassazione fosse investita di tale problema. Questo perché, nel pronunciarsi a favore del superamento della pregiudizialità, la Cassazione ha ritenuto che la questione attenesse (non solo al merito ma anche) al riparto di giurisdizione, sulla base di un'interpretazione assai estesa dell'art. 111, u.c., Cost. volta a ricomprendere tra i “motivi inerenti alla giurisdizione” - i soli per i quali è data l'impugnazione in Cassazione delle sentenze del Consiglio di Stato (v. art. 360 n.1 c.p.c.) -

^{10[10]} La letteratura sulla pregiudizialità è fin troppo vasta: v., per un quadro generale del problema e dei diversi orientamenti, F.CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

^{11[11]} Tra le ragioni invocate dall'Adunanza plenaria, in favore della tesi della pregiudizialità, il carattere “conseguenziale” della tutela risarcitoria, rispetto alla tutela demolitoria e la presunzione (assoluta) di legittimità dell'atto che deriverebbe dalla sua maturata inoppugnabilità.

anche i modi attraverso i quali è esercitata la giurisdizione, compresa l'eventualità nella quale il giudice rifiuti di esercitare la giurisdizione (sulla domanda autonoma di risarcimento danni) che per legge gli spetta.

Nel quadro della teoria favorevole alla pregiudizialità amministrativa, sono state affrontate e risolte in un primo tempo le questioni della competenza territoriale e della decorrenza del termine di prescrizione della domanda. Si è affermato, per un verso, che per ragioni di connessione la competenza a conoscere della domanda risarcitoria spetta allo stesso giudice (amministrativo) competente a pronunciare sulla domanda (principale) di annullamento dell'atto (Cons. St., Ad. plen. 18 ottobre 2004, n. 10) e, per altro verso, che il termine quinquennale (ove si condivide la prevalente tesi circa la natura extracontrattuale della responsabilità della p.a.) inizia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento (Cons. St., Ad. plen. 9 febbraio 2006, n. 2).

3. Il <modello> della responsabilità della P.A.

Al fondo di queste (e di molte altre) questioni di ordine sia processuale che sostanziale (come ad esempio il problema della colpa dell'amministrazione, sul quale si tornerà anche più avanti) vi è, come da più parti evidenziato, il problema irrisolto della scelta del modello di responsabilità (da attività provvedimentale) della p.a.

Se nella sentenza 500/1999 la responsabilità era ricondotta all'art. 2043 c.c. e se anche nella giurisprudenza successiva lo schema aquiliano ha continuato ad incontrare i maggiori favori^{12[12]}; una parte della dottrina ha proposto soluzioni diverse, talvolta ancorate comunque alle categorie del diritto civile, altre volte prescindendone in misura sensibile.

Nella prima direzione, ponendo al centro della vicenda il procedimento amministrativo, e quindi la relazione tra amministrazione e cittadino che preesiste al fatto dannoso, si è qualificata quella della p.a. come una responsabilità per inadempimento degli obblighi nascenti dal procedimento. Tale percorso conosce peraltro almeno due versioni differenti.

Da un lato, la relazione procedimentale è costruita sul modello della trattativa precontrattuale, valorizzando la clausola di buona fede e gli obblighi di protezione che trovano in essa il loro fondamento, secondo la formula della responsabilità da contatto^{13[13]}.

^{12[12]} V., per tutti, R.CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 683 e, in precedenza, R.CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 326.

^{13[13]} C.CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; G.P.CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003. V., in giurisprudenza, Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78. In senso critico, preoccupati che per

Dall'altro, in una versione più radicale, "l'applicazione dello schema obbligatorio al rapporto procedimentale include il provvedimento"^{14[14]}, nel senso che quest'ultimo diventa l'oggetto di una pretesa del privato cui è correlata una vera e propria obbligazione della p.a., tenuta ad osservare i vincoli legali del potere, il cui inadempimento dà diritto al risarcimento del danno. Questa versione della responsabilità da inadempimento di obblighi, richiedendo che sia dimostrata in giudizio la fondatezza della pretesa del privato, finisce per dissolvere l'interesse legittimo nel diritto soggettivo, sino al punto da porre in dubbio, secondo alcuni, la stessa ragione d'essere di una giurisdizione amministrativa^{15[15]}.

In un quadro attraversato da non poche incertezze sull'impiego delle categorie civilistiche, si comprende come sia forte la tentazione di costruire "un tipo nuovo di responsabilità, che tenga conto delle peculiarità del rapporto pubblicistico dal quale essa nasce, ritenendo che non ci sia una regola codicistica che riguardi questa specie di responsabilità"^{16[16]}.

Di questa tendenza "autarchica", più spesso praticata che teorizzata, costituisce un esempio la tecnica seguita per la liquidazione del danno, attraverso il largo ricorso a presunzioni e percentuali fisse, in funzione di semplificazione tanto dell'onere della prova a carico del ricorrente quanto dell'attività istruttoria che, altrimenti, graverebbe sul giudice amministrativo con la stessa "intensità" sperimentata da tempo dal giudice ordinario.

Al di là delle concettualizzazioni, la scelta se ricondurre la responsabilità della p.a. allo schema contrattuale o a quello extracontrattuale ha ovviamente delle conseguenze pratiche in tema di prescrizione, colpa, (costituzione in) mora del debitore. Quanto al primo profilo, come si vedrà a breve, il codice del processo ha sottoposto l'azione risarcitoria (per lesione di interessi legittimi) ad un termine decadenziale assai breve. Per quanto attiene alla necessità o meno di accertare l'elemento della colpa ai fini della responsabilità, la giurisprudenza amministrativa, prestando in larga parte adesione formale allo schema aquiliano, ritiene in via di principio che sull'esempio di Cass. 500/1999 sia necessaria anche la colpa dell'amministrazione, così distinguendo tra illegittimità ed illiceità. Salvo, tuttavia, consentire un largo uso delle presunzioni sicché, una volta accertata l'illegittimità dell'azione amministrativa, (si afferma che) è piuttosto onere della p.a. dimostrare l'assenza di colpa ovvero l'errore scusabile nel quale è incorsa, errore che si ritiene possa derivare da contrasti giurisprudenziali, oscurità normative, complessità dei fatti, condotte di

tale via il risarcimento del danno possa andare in favore di chi ha proposto domande del tutto infondate, v. E.CASSETTA-F.FRACCHIA, *Responsabilità da contatto, profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18 ss.

^{14[14]} F.TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 40.

^{15[15]} D.VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002

^{16[16]} F.G.SCOCA, *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale*, Atti del Convegno di Catania del 23-25 aprile 2003, Roma, 2004, 92. Tra i principali sostenitori di un modello autonomo di responsabilità della p.a., sganciato dal codice civile, v. L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1. 1 ss.

terzi. In questo modo la colpa assume quindi una connotazione oggettiva e diventa sinonimo di “violazione grave e manifesta”, al pari di quanto richiesto da tempo dalla Corte di Giustizia affinché ricorra la responsabilità degli stati membri per violazione del diritto comunitario^{17[17]}.

4. Il rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria nella giurisprudenza costituzionale

Nella definizione del modello di tutela risarcitoria da attività provvedimentoale, nel suo rapporto con la tutela costitutiva da annullamento dell'atto, non si può prescindere dall'esame della giurisprudenza costituzionale, a partire ovviamente dalla nota sentenza 6 luglio 2004, n. 204^{18[18]}. Con essa la Corte, nel mentre in cui censurava, del d.leg. 80/1998, l'art. 33 per contrasto con l'art. 103 Cost., ne riteneva legittimo l'art. 35, definendo quella risarcitoria come una tutela ulteriore, rispetto a quella classica di tipo demolitorio, attuazione necessaria del precetto di cui all'art. 24 Cost., escludendo che il risarcimento del danno costituisse una nuova materia^{19[19]}. Nel ragionamento della Consulta, “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto” rappresentava quindi un completamento della tutela costitutiva che, lungi dallo stravolgere il tradizionale modello impugnatorio del processo amministrativo, finiva piuttosto per esserne una conferma; tanto più se si riconosceva – come in alcuni passaggi la sentenza sembrava sottintendere^{20[20]} - un rapporto di necessaria pregiudizialità tra l'annullamento dell'atto illegittimo e il risarcimento dell'illecito.

La 204 del 2004, salutata frettolosamente come una vittoria della magistratura ordinaria su quella amministrativa e come la parola “fine” posta al disegno “politico” di espansione della giurisdizione amministrativa, deve essere letta anche alla luce della successiva sentenza 11 maggio 2006, 191^{21[21]}, con la quale la Corte, ribadito il carattere rimediabile del risarcimento del danno ed accantonata la questione circa la natura intrinseca (di diritto soggettivo) della pretesa risarcitoria fatta valere, ha escluso che la domanda (ove) proposta in via autonoma nei confronti della p.a. sia, per ciò solo, riservata alla giurisdizione del giudice ordinario, così sconfessando la ricordata tesi

^{17[17]} Cfr. Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483 ed il commento di R.CARANTA, *Diritto UE e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, 969. La stessa natura della responsabilità per violazione del diritto UE, se colposa od oggettiva, è variamente dibattuta, con accenti e sfumature che ricordano la discussione che da sempre divide la dottrina italiana in merito alla responsabilità contrattuale ed al rapporto apparentemente contraddittorio tra gli artt. 1218 e 1177 del Codice civile.

^{18[18]} V. in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di commento di S.BENINI, F.FRACCHIA e A.TRAVI.

^{19[19]} Da notare, tuttavia, che nessuna delle tre ordinanze di remissione del Tribunale di Roma aveva espressamente ad oggetto l'art. 35 del d.leg. 80/1998. Sicché il passaggio della motivazione nel quale (sub 3.4.1.) la Corte si pronuncia sulla legittimità costituzionale del risarcimento del danno devoluto al giudice amministrativo parrebbe costituire tecnicamente un *obiter dictum*, per quanto autorevole.

^{20[20]} Sulla scia di Corte cost., ord. 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.*, 1998, I, 3485, con nota di R.CARANTA, *Danni da lesioni di interesse legittimo: la Corte costituzionale prende ancora tempo*.

^{21[21]} V. in *Foro it.*, 2006, I, 1625, con note di commento di A.TRAVI e G.DE MARZO, e di L.MARZANO, a p. 2277.

avanzata dalla Cassazione in quello stesso anno. Con la conseguenza che, se il giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica è anche *naturaliter* il giudice della tutela risarcitoria, non potrà non valere la regola della pregiudizialità verso la quale il giudice amministrativo era già andato orientandosi.

Il terzo tassello di un'ideale trilogia è rappresentato dalla sentenza 27 aprile 2007, n. 140^{22[22]}, con la quale la Corte ha sconfessato la tesi secondo cui la tutela, anche risarcitoria, dei diritti costituzionalmente protetti sarebbe stata sempre di esclusiva spettanza del giudice ordinario, tesi in forza della quale, in precedenza, la Corte di Cassazione si era ritagliata una significativa fetta di giurisdizione.

Rispetto a queste tre pronunce - accomunate da una visione tutto sommato "conservatrice", che considera l'innesto della tutela risarcitoria all'interno del giudizio amministrativo come un'evoluzione, senza strappi, del tradizionale sistema di tutela di tipo cassatorio, che non ne modificherebbe i contorni essenziali - la pronuncia 11 febbraio 2011 n. 49^{23[23]}, segna invece una soluzione di continuità. La sentenza, infatti, nel far salva la riforma del 2003 (d.l. 19 agosto 2003, n. 220 convertito in l. 17 ottobre 2003, n. 280) che riserva al giudice sportivo la competenza a decidere in via esclusiva le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari non tecniche inflitte ad atleti, tesserati, associazioni e società sportive, sul presupposto però che il giudice statale (amministrativo) conservi pur sempre la giurisdizione sul risarcimento del danno, pone le basi per una giurisdizione amministrativa puramente risarcitoria, che non è più, quindi, il completamento della tutela impugnatoria ma, piuttosto, il solo ed ultimo baluardo a difesa dell'art. 24 della Cost.

5. Il regime processuale dell'azione risarcitoria nel codice del processo amministrativo

Nel codice del processo amministrativo, la domanda risarcitoria (per lesione di interessi legittimi) è disciplinata innanzi tutto nei suoi rapporti con quella di annullamento. Nell'intento di superare la dottrina della pregiudizialità a lungo gelosamente difesa dal Consiglio di Stato e di sposare la tesi della Cassazione, si ammette l'autonomia, in via di principio, della domanda risarcitoria, prescindendo quindi dall'impugnazione del provvedimento illegittimo, ma si sottopone la relativa azione in giudizio ad un termine di decadenza (di soli 120 giorni) anziché di prescrizione. Come se

^{22[22]} V. in *Foro it.*, 2008, I, n. 436, con nota critica di G.VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.?*

^{23[23]} V. in *Foro It.*, 2011, I, n. 2611, con nota di A.PALMIERI. Cfr., anche, E. LUBRANO, *La Corte costituzionale 49/11: nascita della giurisdizione meramente risarcitoria o fine della giurisdizione amministrativa in materia disciplinare sportiva ...?*, in *Riv. dir. ed economia sport*, 2011, fasc. 1, 6.

non bastasse, si attribuisce comunque (una qualche) rilevanza alla mancata impugnazione dell'atto ai fini della concreta determinazione del danno (art. 30 co. 3)^{24[24]}.

Si tratta di un'autonomia doppiamente "debole": sia perché il termine decadenziale è assai breve e tale è rimasto anche dopo il secondo correttivo (d.leg. 160/2012), avendo il Governo lasciato cadere la proposta della Commissione consultiva di portarlo ad un anno^{25[25]}; sia perché non impugnare l'atto, chiedendone la sospensione, è un rischio, e nelle controversie in materia di contratti pubblici non chiedere il subentro è un ulteriore rischio. La mannaia dell'art. 1227 c.c. è sempre dietro l'angolo e "la rete di contenimento" passa attraverso la necessità di provare che il danno subito sia causalmente riconducibile solo e soltanto all'azione amministrativa e non, in tutto o in parte, ad altre (con)cause, a cominciare dalla negligente inerzia del ricorrente^{26[26]}.

Formalmente si invoca l'art. 1227 e quindi si resta all'interno del diritto civile. Nella sostanza si forza il dato normativo, sino a configurare l'azione impugnatoria (e persino l'istanza cautelare) come un diritto-dovere. Tanto più in quelle materie, come ad esempio quelle delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dove il ricorso in giudizio (ed i motivi aggiunti) presenta costi molto elevati, a cominciare da quelli, in continua crescita, del contributo unificato.

Per l'insieme di tali ragioni, è auspicabile che si affermi nella prassi una lettura "equilibrata" dell'art. 30 comma 3 del c.p.a. che reputi sufficiente la proposizione di istanze di autotutela rivolte alla p.a., senza esigere anche la proposizione di ricorsi giurisdizionali^{27[27]}.

Per il resto la domanda risarcitoria potrà essere proposta, insieme ed in contemporanea a quella di annullamento, oppure nel corso dello stesso giudizio impugnatorio (con motivi aggiunti o con memoria notificata, nel rispetto dei termini di cui all'art. 73 del c.p.a., non essendoci preclusioni paragonabili a quelle rigidamente previste per il processo civile) o, infine, dopo il passaggio in giudicato di tale giudizio ma non oltre il termine di 120 giorni (30 co. 5). Tale ultima previsione è al

^{24[24]} Il rapporto tra azione costitutiva ed azione risarcitoria segue, nel panorama europeo, due modelli fondamentali: quello della semplice rilevanza e quello della stretta pregiudizialità. Al primo sembrano ispirarsi, tra gli altri, la Germania, la Francia e l'ordinamento dell'Unione europea. Al secondo la Spagna ed il Regno Unito. V. in argomento J.ZILLER, *Modelli di responsabilità dell'amministrazione in alcuni ordinamenti europei*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, Atti del LIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2009, 43 ss. La soluzione accolta dal codice del processo amministrativo segue apparentemente il primo modello ma, per come è congegnata, finisce per rendere marginale l'azione risarcitoria pura, come sottolineato già da A.PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 885 ss.

^{25[25]} Replicando un film o uno "sceneggiato" già visto, come denunciato prontamente da F.MERUSI, *A volte ritornano...il correttivo del correttivo del codice del processo amministrativo*, in www.giust.amm.it, 4.9.2012.

^{26[26]} Cons. St., Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, ha precisato – al paragrafo 7.2.4. - come il giudice amministrativo sia chiamato a valutare, senza che occorra un'eccezione di parte, se il presumibile esito del ricorso di annullamento ovvero l'impiego degli altri strumenti di tutela (quali i ricorsi amministrativi e le istanze di autotutela) avrebbero, secondo un giudizio di causalità ipotetica, evitato in tutto o in parte il danno. Tra i primi commenti v. F.CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 9, 962 e, più criticamente, F.G.SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corriere giur.*, 2011, 979 ss.

^{27[27]} V, per una possibile apertura in questa direzione, Cons. St., Ad. plen. 23 marzo 2011, n. 3, cit. al paragrafo 3.2.

vaglio della Corte costituzionale, che dovrà pronunciarsi sulla questione di legittimità sollevata dal Tar Sicilia, Palermo, sez. I., ord. 7 settembre 2011, n. 628.

Ove invece il danno derivi dalla lesione di diritti soggettivi l'azione risarcitoria potrà essere proposta dinanzi al giudice amministrativo – a condizione, ovviamente, che sia investito di giurisdizione esclusiva – nel rispetto del termine ordinario di prescrizione che, ove si continui a qualificare la responsabilità della p.a. come di natura aquiliana, sarà di cinque anni.

Il divieto dei *nova*, a norma dell'art. 104, comporta che la domanda risarcitoria non possa essere proposta per la prima volta nel giudizio di appello.

Stando alla versione originaria dell'art. 112, con particolare riferimento al suo comma 4, era invece possibile proporla nel giudizio di ottemperanza, purché si rispettasse il termine di decadenza dei 120 giorni dal giudicato. L'interpretazione della disposizione – attenta al dato letterale secondo cui “in tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario” – era stata peraltro nel senso di escludere che la domanda risarcitoria potesse essere proposta per la prima volta davanti al Consiglio di Stato (v. sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693 e sez.V 1° aprile 2011, n. 2031), facendo quindi salvo il principio del doppio grado di giudizio^{28[28]}.

Con il d.leg. “correttivo” 195/2011, questo comma è stato abrogato e quindi, nel giudizio di ottemperanza, si può chiedere ora solamente la condanna al pagamento dei danni prodottisi successivamente al passaggio in giudicato della sentenza da ottemperare, secondo quanto previsto dal comma 3 dell'art. 112. Ne consegue che ove si voglia chiedere il risarcimento dei danni e questi non siano (solamente) quelli successivi al giudicato, l'unica via possibile rimane quella di un'azione da proporre dinanzi al Tar competente, sempre nel rispetto del termine di cui all'art. 30 co. 5.

In caso di domanda risarcitoria autonoma proposta nelle materie di cui al vecchio art. 23 bis della l. Tar, l'Adunanza Plenaria aveva escluso l'applicabilità del rito speciale abbreviato (Cons. St., Ad. plen., 30 luglio 2007, n. 9), sul rilievo che la norma faceva riferimento ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione di provvedimenti.

La stessa soluzione dovrebbe imporsi anche nella vigenza del nuovo codice del processo amministrativo, per i giudizi risarcitori proposti nelle materie di cui agli artt. 119 e 120. Con particolare riferimento ai danni derivanti dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici, trovano quindi applicazione i termini ordinari di proposizione della domanda risarcitoria^{29[29]}.

^{28[28]} La questione circa l'ammissibilità della domanda risarcitoria nel giudizio di ottemperanza si era già posta prima del Codice ed aveva ricevuto risposta prevalentemente negativa. Merita ricordare, peraltro, come parte della dottrina (E.FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 174 ss) avesse a suo tempo, ben prima della svolta della Cassazione 500/1999, proposto di dare ingresso alla tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo proprio all'interno del giudizio di ottemperanza, prevedendola per i casi in cui non fosse più possibile eseguire in forma specifica il giudicato.

^{29[29]} Nel senso di escludere il rito abbreviato in caso di azione risarcitoria autonoma cfr. R.GIOVAGNOLI, in A.QUARANTA-V.LOPILATO, *Il processo amministrativo*, sub artt. 119-120, Milano, 2011, 984.

Si è già detto della competenza territoriale in ordine alla domanda risarcitoria. Deve ora trattarsi del contraddittorio alla luce della novità costituita dall'art. 41 co. 2 del c.p.a. Prima del codice la giurisprudenza riteneva che, al cospetto di domande risarcitorie disgiunte dalla richiesta di annullamento dell'atto, i beneficiari di questo non fossero parti necessarie del giudizio (solo) risarcitorio. Il codice ha previsto ora un'ipotesi particolare di litisconsorzio necessario, imponendo che la domanda sia notificata, oltre che all'amministrazione parte resistente, anche agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c. e che, altrimenti, il giudice provveda a norma dell'art. 49, ovvero ordinando l'integrazione del contraddittorio.

Semberebbe che, in tal modo, si sia voluto stimolare il contraddittorio anche nei confronti di coloro i quali potrebbero risentire comunque degli effetti dell'accertamento in ordine all'illegittimità dell'atto. Si pensi all'eventuale intervento in autotutela sull'atto dichiarato (incidentalmente) illegittimo nel giudizio risarcitorio o alle successive azioni (di regresso o di restituzione) che l'amministrazione potrebbe intentare, in un separato giudizio, nei confronti di tali soggetti^{30[30]}.

Il tema dell'onere della prova, e della maggiore o minore fedeltà al principio dispositivo, rappresenta un punto nevralgico del giudizio risarcitorio, considerato nel suo insieme.

Il metodo acquisitivo, applicato tradizionalmente al giudizio impugnatorio, non vale per quello risarcitorio, nel cui ambito si ritiene che, in linea di massima, il privato abbia la piena disponibilità degli elementi di prova e che, quindi, sia suo onere esclusivo introdurli in giudizio, facendosi piena applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c. (v. Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7124).

Ove la domanda risarcitoria sia accolta, perché ritenuta fondata nei suoi elementi costitutivi, si avrà una sentenza di condanna al pagamento di una somma di denaro (art. 34, co. 1 lett. c), che costituisce titolo esecutivo anche ai fini del Libro III del c.p.c., ed il cui importo dovrà essere liquidato dal giudice nel suo esatto ammontare. Con l'avvertenza che, trattandosi di un debito di valore (e non di valuta), l'importo dovrà essere rivalutato secondo gli indici ISTAT (ad esempio, dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria) sino alla pubblicazione della sentenza, e sugli importi via via rivalutati anno per anno dovranno calcolarsi anche gli interessi compensativi; mentre a decorrere da tale momento, in conseguenza della

^{30[30]} La novità e l'importanza della disposizione è sottolineata in particolare da R.CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 289-291. In giurisprudenza sono di grande interesse le due pronunce di Cons. St., sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115 e 15 ottobre 2012, n. 5279 che, a fronte di domande risarcitorie proposte nei confronti della sola stazione appaltante lamentando la mancata aggiudicazione della gara, hanno accertato (incidentalmente) la responsabilità in solido ai sensi dell'art. 2055 c.c. anche dei soggetti aggiudicatari, che in entrambi i casi avevano indotto in errore l'amministrazione, "e ciò - si legge nella prima sentenza - anche ai fini dell'eventuale azione di regresso che la stazione appaltante potrà intraprendere per rivalersi, nel concorso di tutte le ulteriori condizioni legittimanti, nei confronti della società beneficiaria degli atti illegittimi e che ha indotto alla loro emanazione". La prospettiva dell'azione di regresso potrebbe incoraggiare le parti ed i giudici a fare un uso più energico e consapevole dello strumento risarcitorio.

liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta (Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 550, seguendo l'orientamento della Cassazione inaugurato dalle sez. un. 17 febbraio 1995, n. 1712).

La rivalutazione ha la funzione di ripristinare la situazione patrimoniale del danneggiato antecedentemente alla consumazione dell'illecito, cosiddetto danno emergente; mentre gli interessi valgono a compensare il nocimento finanziario, lucro cessante, subito a causa della mancata tempestiva disponibilità della somma di danaro dovuto a titolo appunto, di risarcimento (Cass., sez. III, 3 marzo 2009, n. 5054).

Come più volte chiarito dalla Suprema Corte, la rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario *petitum* della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi (Cass., sez. III, 30 settembre 2009, n. 20943).

In alternativa ad una liquidazione puntuale delle diverse voci di danno, non di rado il giudice amministrativo ricorre alla cd. sentenza ai criteri, modalità a suo tempo introdotta dall'art. 35 del d.leg. 80/1998 ed ora riprodotta e generalizzata dal c.p.a. all'art. 34 co. 4, facendo però salva una possibile opposizione delle parti.

In pratica, il giudice indica nella sentenza i criteri di massima alla stregua dei quali il debitore dovrà proporre al creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Si tratta quindi di sollecitare una soluzione transattiva in ordine al *quantum* del risarcimento. Ove l'accordo non si raggiunga o non sia rispettato, si può agire con il rito dell'ottemperanza.

6. La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: isola o modello?

Dalla direttiva n. 665/1989 a quella n. 66/2007.

La prima all'art. 2 co. 1 lett. c) imponeva di introdurre strumenti per "accordare il risarcimento del danno alle persone lese dalla violazione". Recepita in Italia con la l. 142/1992 art. 13, fu una delle cause del superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, come ben evidenziato a suo tempo dalla dottrina e come riconosciuto anche dalla Cassazione nella storica pronuncia 500/1999, par. 6.1. e ss. della motivazione.

La seconda deve essere letta alla luce dei lavori preparatori della Commissione, nel cui rapporto di lavoro del 4 maggio 2006 un paragrafo del documento è intitolato significativamente: "fattori di intrinseca debolezza della tutela risarcitoria"; e dove al paragrafo 4.7. si legge che "nel settore delle gare per i contratti pubblici, il ricorso alla tutela risarcitoria è meno efficiente del ricorso agli

strumenti di tutela preventivi. L'azione per equivalente obbliga gli operatori colpiti da provvedimenti illegittimi ad intraprendere un processo lungo e costoso, che ha poche probabilità di successo e che perciò finisce col scoraggiare le richieste di tutela"^{31[31]}.

Non è quindi un mistero che la direttiva 2007/66/CE, anche per il modo in cui è stata recepita dal nostro legislatore (cfr., ora, l'art. 124 del c.p.a., soprattutto il secondo comma), sposti il baricentro della tutela sulle misure preventive e su quelle in forma specifica, in particolare attraverso l'inefficacia del contratto che determina le condizioni per il nuovo subentro del ricorrente vittorioso, così confermando il carattere subordinato e residuale della tutela per equivalente, già affermato dalla Corte costituzionale con la ricordata sentenza 6 luglio 2004, n. 204, nella quale si escludeva che il risarcimento del danno fosse una nuova materia, attribuita alla giurisdizione amministrativa, trattandosi invece di un rimedio ulteriore rispetto a quello demolitorio/conformativo^{32[32]}.

L'art. 2 co. 6 della direttiva prevede ora la possibilità per gli Stati membri di introdurre la pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento. Lo Stato italiano non lo ha fatto, sebbene abbia previsto - più in generale, come già ricordato - un sistema di rilevanza della mancata impugnazione ai fini del risarcimento, nel senso che tale condotta processuale, ove priva di giustificati motivi, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del Cod. civ. (cfr., in termini generali, l'art. 30 co. 3 e, nel rito degli appalti, l'art. 124 co. 2 c.p.a.).

C'è invece una stretta pregiudizialità tra l'accoglimento della domanda di aggiudicazione (e di subentro) e la previa dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 124 co. 1 c.p.a.), questioni devolute entrambe, in omaggio al principio di concentrazione, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con la precisazione che l'accoglimento della domanda di aggiudicazione non integra un'ipotesi di risarcimento in forma specifica ma - così sembrerebbe - un caso tipizzato di azione di adempimento^{33[33]}.

Prima ancora della (presentazione della) domanda di aggiudicazione e di subentro, è importante, sempre nella prospettiva della tutela risarcitoria per equivalente, l'aver comunicato all'amministrazione aggiudicatrice l'informativa (ovvero il preavviso) di ricorso, come si ricava

^{31[31]} Si tratta del documento di lavoro, Bruxelles, 4.5.2006, SEC(2006) 557, consultabile sul sito della Commissione ec.europa.eu, sul quale richiama giustamente l'attenzione M.CAFAGNO, *Efficienze e inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 389-390.

^{32[32]} Per una lettura della tutela risarcitoria, quale accolta anche nel codice del processo amministrativo, come misura residuale entro un sistema che consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse legittimo sia stato prima impiegato quale strumento di conformazione dell'attività amministrativa, v. G.D.COMPORTI, *La tutela risarcitoria "oltre" il codice*, in *Foro amm., Tar*, 2010, 10, 67, dove alla nota 30 si citano alcuni dei più significativi precedenti giurisprudenziali nei quali è stata affermata, e variamente giustificata, la supposta preminenza della tutela impugnatoria. Nel diritto civile, sul rapporto tra il rimedio del risarcimento del danno e quello dell'adempimento in natura e sulla prevalenza del primo, v. per tutti A.DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4[^], Milano, 2003.

^{33[33]} Cfr., tra gli altri, F.FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010, 156. Nel senso di qualificare invece la domanda di subentro nel contratto alla stregua di una domanda di risarcimento in forma specifica, v. Cons. St., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638.

dall'art. 243 bis del d.leg. 163/2006 che impone di valutare l'eventuale omissione, una volta ancora, ai sensi dell'art. 1227 del Cod. civ. La presentazione del preavviso di ricorso è chiaramente preordinata all'immediata attivazione dei poteri di autotutela della stazione appaltante, potendo considerarsi, al contempo, come l'onere ragionevolmente esigibile dall'impresa privata per non incorrere in un "concorso di colpa", senza pretendere lo sforzo maggiore rappresentato dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale^{34[34]}.

Che la tutela risarcitoria sia (considerata, in tale ambito) un succedaneo di quella specifica, lo si ricava anche dalla pronuncia della Corte di Giustizia del 30 settembre 2010, *Graz Stadt*^{35[35]}, sulla natura oggettiva della responsabilità, che non richiede (più) da parte del ricorrente la prova, neppure presuntiva, della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice. Il ragionamento seguito dalla Corte sembrerebbe sia quello di considerare la tutela per equivalente e quella specifica, in materia di contratti pubblici, come entrambe in funzione del corretto ristabilimento della concorrenza, per questo sottoposte allo stesso regime probatorio. E quindi, poiché l'azione di annullamento e quella di condanna (all'aggiudicazione ed al subentro, previa dichiarazione di inefficacia del contratto) non richiedono che sia provata, anche, la colpa della stazione appaltante ma "solo" l'illegittimità della sua azione, allo stesso modo non è richiesta la prova della colpa per la domanda risarcitoria (che è poi una specie della più generale azione di condanna).

La sentenza è destinata così ad alimentare il dibattito, mai sopito, sulla natura della responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici, nel senso di accentuarne i tratti di specialità e le possibili deviazioni rispetto al modello offerto dal diritto comune^{36[36]}. V'è da chiedersi se il carattere succedaneo ed oggettivo della responsabilità, il suo profilo quasi indennitario, siano circoscritti al solo contenzioso in materia di (affidamento di) contratti pubblici oppure se le stesse caratteristiche siano destinate ad assumere una valenza generale, sino ad esercitare una forza attrattiva sull'intera attività amministrativa.

7. Il giudizio risarcitorio come giudizio prognostico

^{34[34]} In questi condivisibili termini, estendendo lo strumento del preavviso di ricorso (ovvero dell'istanza di autotutela) anche al di là della materia degli appalti pubblici, v. M.RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in www.Giust.amm.it, 15.9.2010.

^{35[35]} V. in *Urbanistica ed appalti*, 2011, 398, con nota di R.GIOVAGNOLI, *Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione* e in *Giur. it.*, 2011, 664, con nota di S.CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della pubblica amministrazione?*.

^{36[36]} Senza tuttavia dimenticare come anche nel diritto privato, il modello tradizionale della responsabilità extracontrattuale incentrato sulla colpa sia da tempo oggetto di un generale ripensamento, riconoscendosi una pluralità di criteri di imputazione (e di trasferimento) del danno, alcuni di natura oggettiva, espressione di logiche solidaristiche o attenti ai profili di efficienza economica. V., per tutti, gli studi di S.RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964 e P.TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità civile*, Milano, 1961.

Nel modello prefigurato dalla sentenza n. 500/1999 della Cassazione, la risarcibilità degli interessi legittimi, quando di natura pretensiva, presuppone l'esito favorevole del giudizio prognostico avente ad oggetto la spettanza del bene della vita cui l'interesse è correlato. Ciò significa che l'illegittimità dell'attività provvedimentale deve essere tale da incidere sul contenuto dell'atto, nel senso che sia dimostrabile che senza i vizi di illegittimità di cui è affetto il provvedimento sarebbe stato soddisfacente e che, all'esito del procedimento, il privato avrebbe conseguito l'utilità sperata.

Non a caso vi è stato chi, in dottrina, ha ricostruito quello risarcitorio proprio come un giudizio di spettanza^{37[37]}.

Le resistenze, ad un simile schema, sono state alimentate dal dogma della separazione dei poteri e dal timore che, attraverso il giudizio prognostico, il giudice si possa sostituire all'amministrazione, al di fuori dei pochi casi di giurisdizione estesa anche al merito.

Simile timore nasce però da un "pregiudizio": l'aver considerato il giudizio risarcitorio come nulla di più di un'appendice del giudizio di annullamento, trasferendo al primo "argomenti che riguardano la linea di confine tra poteri del giudice e poteri dell'amministrazione nel giudizio di legittimità e che, in quel contesto, si spiegano in ragione degli effetti costitutivi e conformativi della sentenza"^{38[38]}.

Sicché, in questa prospettiva più ancorata alla tradizione, l'ambito del giudizio prognostico dovrebbe coincidere con quello del potere vincolato cui sono correlati quelli che la dottrina ha definitivamente come "interessi legittimi a risultato garantito". Al cospetto di poteri discrezionali, invece, la tutela passerebbe per lo più attraverso la riedizione del potere stesso, fatto salvo, ove la pretesa sia successivamente accolta, il solo danno da ritardo.

Questo schema è criticabile sotto diversi profili. Innanzi tutto perché dimentica che quello prognostico è un giudizio causale di carattere probabilistico, per il quale non c'è bisogno della certezza del risultato finale. Vale la regola civilistica del "più probabile che non" e non quella, penalistica, che impone di accertare il nesso eziologico, tra la condotta e l'evento, "oltre ogni ragionevole dubbio".

In secondo luogo perché il limite dell'attività discrezionale è sovrastimato in quanto, come si è giustamente osservato^{39[39]}:

^{37[37]} Si fa riferimento a G.FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

^{38[38]} F.TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 81 e ss. dove è calzante l'esempio, sin troppo frequente, dell'atto giudicato illegittimo ed annullato per difetto di motivazione, senza esaminare la domanda risarcitoria "perché il carattere del vizio non permetterebbe di conoscere le ragioni della decisione". Incertezza che potrebbe essere rimossa, a parere dell'A., se solo si ammettesse "che la motivazione sia integrata in giudizio, purché le ragioni portate a sostegno risultino esistenti al tempo dell'emanazione del provvedimento".

^{39[39]} Così C. MARZUOLI, *Conclusioni*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 467.

- 1) l'area della vincolatività è molto più estesa, se non commettiamo l'errore di trasformare in discrezionalità pura gli accertamenti tecnici e la risoluzione di questioni interpretative;
- 2) alla discrezionalità astratta può corrispondere, non di rado, una progressiva vincolatività della fattispecie concreta^{40[40]}.

Al fondo del giudizio risarcitorio resta poi irrisolto (e forse irrisolvibile) il tema del "cosa" davvero si risarcisca.

E' noto come, all'indomani della storica affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi, e dell'introduzione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, una parte della dottrina si sia chiesta se il principio processuale di effettività della tutela abbia determinato (o stia determinando) la trasformazione dell'interesse legittimo in una vera e propria pretesa al soddisfacimento della aspettativa nei confronti della p.a. Si tratta di una chiave di lettura che muove appunto dalla sentenza 500/1999 della Cassazione ("se sono risarcibili allora sono diritti", secondo la tesi di Alberto Romano) e che è stata di recente riproposta da una parte della dottrina^{41[41]}, incontrando resistenze ed obiezioni non meno autorevoli ad opera di altri autori^{42[42]}.

Il confronto di opinioni assume non di rado come campo di osservazione privilegiato il settore dei contratti pubblici e delle procedure ad evidenza pubblica. Ambito nel quale la sentenza della Corte cost. 23 novembre 2007, n. 401, ha registrato il superamento della vecchia concezione contabilistica, per cui la gara serviva essenzialmente alla p.a. per scegliere l'offerta per lei più conveniente, in favore di una logica ispirata alla concorrenza, dove la gara serve ad aggiudicare la commessa pubblica tra una pluralità di imprese private in regime di *par condicio*^{43[43]}.

Ci si domanda se questo cambio di paradigma non muti la consistenza degli interessi legittimi (pretensivi) in veri e propri diritti soggettivi (più o meno speciali). Tanto più che, come più volte ricordato, l'ultima direttiva, quella del 2007 recepita in Italia con il d.lgs. 53/2010, le cui norme processuali sono state poi trasfuse negli artt. 120 e ss c.p.a., accentua i profili della tutela,

^{40[40]} V., di recente, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 dove di legge, al § V. 7 che: "E' ben possibile (...) che anche una attività "in limine litis" connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo".

^{41[41]} Cfr. 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; A.ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non <amministrativa>*, Milano, 2005; A.PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369. Ma, prima ancora, F.LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, 11 ss.

^{42[42]} V., per citare solamente i massimi esponenti, e gli ultimi interventi, della dottrina che riafferma l'utilità della nozione, F.G.SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 379 e R.VILLATA, *Spigolature <stravaganti> sul nuovo codice del processo amministrativo*, ivi, 857.

^{43[43]} Le maggiori elaborazioni dottrinali, sui profili funzionali e strutturali della procedura ad evidenza pubblica, sono peraltro antecedenti il Codice dei contratti del 2006. Per un quadro di sintesi della concezione mista e di quella pluralista, sottolineando come il Codice, differenziando l'aggiudicazione dal contratto (cfr. art. 11), avrebbe messo in crisi la prima e quindi implicitamente accolto la seconda, v. F.BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. 2, Milano, 2009, 1011-1013.

privilegiando quella in forma specifica attraverso l'aggiudicazione e la stipula del contratto in favore della parte vittoriosa in giudizio (cfr. art. 124).

8. Tutela in forma specifica e tutela per equivalente

Il processo amministrativo, tutto incentrato alle origini sull'annullamento dell'atto secondo un modello rigidamente cassatorio, poteva assicurare una tutela davvero soddisfacente ai soli interessi legittimi "oppositivi", nei casi in cui il privato vantava un interesse di tipo conservativo a fronte di provvedimenti restrittivi della propria sfera giuridica - paradigmatico l'esempio dell'espropriazione - di cui assumeva l'illegittimità.

Per la tutela degli interessi pretensivi, invocati nei confronti dei dinieghi opposti dall'amministrazione sulle istanze dei privati, in assenza di un potere di condanna ad adempiere, sono noti gli sforzi della giurisprudenza tesi a valorizzare l'effetto conformativo della (motivazione della) sentenza di annullamento, in modo da orientare (e vincolare) il nuovo esercizio del potere da parte dell'amministrazione, in vista anche di un possibile giudizio di ottemperanza nel quale il giudice avrebbe potuto esercitare una cognizione estesa al merito e, attraverso il commissario *ad acta*, si sarebbe potuto persino sostituire all'amministrazione^{44[44]}.

In questo modo, se è vero che la sentenza si arricchiva di un contenuto, anche, ordinatorio, più o meno dettagliato a seconda del vizio riscontrato e del potere esercitato; è vero anche, tuttavia, che l'ordine restava confinato all'interno della sola motivazione e non si traduceva mai in un espresso dispositivo di condanna.

Persino quando, sin dalla legge istitutiva dei TAR del 1971, era già stato riconosciuto al giudice amministrativo "nella materia relativa a diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e di merito" il potere di "condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice" (art. 26, comma 3), di tale potere era stato fatto un uso assai accorto, come dimostrano i molti dispositivi di sentenza recanti la formula generica "accoglie il ricorso", senza pronunciare la parola "condanna"^{45[45]}.

Sul finire del secolo scorso, la tutela del privato, portatore di interessi pretensivi, si è poi arricchita del (rimedio del) risarcimento del danno.

^{44[44]} Su questa "alterazione del tipo puro di processo di impugnazione" si rinvia alle pagine di M.NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4^a ed., Bologna, 1994, 237 ss, dove si ricorda anche l'importanza che ha avuto nell'evoluzione della tutela il giudizio cautelare, nel cui ambito il giudice amministrativo "valuta e compara non posizioni formali, ma interessi sostanziali in conflitto". Sull'oggetto del giudizio amministrativo conservano fondamentale interesse, per il loro carattere fortemente innovativo, gli studi di A.PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, 2 vol., Milano, 1962 e di G.GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.

^{45[45]} Sempre Nigro, *op.cit.*, osservava come: "per certi profili del processo amministrativo (impugnatorio), la giurisprudenza ha sentito l'ipoteca, posta sulla funzione del giudice amministrativo dal tipo di processo, più gravosamente di quanto lo stesso tipo di processo non richiedesse".

Del risarcimento in forma equivalente, a ristoro dei danni derivati dalla mancata o tardiva emanazione del provvedimento richiesto, a condizione di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale.

Più controversa si è dimostrata la possibilità di chiedere, sempre a tutela di interessi pretensivi o, per usare una diversa espressione, delle pretese di provvedimento favorevole, il risarcimento in forma specifica.

All'indomani delle previsioni legislative di cui agli artt. 35 d.leg. 80/1998 e 7 l. 205/2000, dove si faceva riferimento anche alla reintegrazione in forma specifica, parte della dottrina e della giurisprudenza hanno scorto in questo nuovo potere accordato al giudice amministrativo una sorta di azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco. Tale strada è stata intrapresa soprattutto in materia di contratti pubblici al fine di rendere più soddisfacente la tutela del ricorrente vittorioso, sino a quel momento limitata al solo annullamento dell'altrui aggiudicazione ma inidonea ad assicurargli il subentro nel contratto già in corso. Questo tentativo è stato però progressivamente abbandonato nel momento in cui dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato ed evidenziato le differenze tra il risarcimento in forma specifica e l'azione di adempimento^{46[46]}.

Si insegna, infatti, nel diritto civile che, con il primo rimedio, si impone al danneggiante una prestazione diversa in luogo di quella originaria, rimasta inadempita. Si tratta in particolare di riparare il danno sofferto attraverso la restaurazione non già della situazione di fatto esistente prima dell'illecito ma di quella ipotetica situazione che si sarebbe determinata se il fatto dannoso non si fosse verificato. Dove il danno è da riferirsi essenzialmente alla persona o alle cose del danneggiato, lesivo quindi di diritti assoluti (della persona o reali). Come noto, il Codice civile subordina tale rimedio alla duplice condizione che sia possibile e non eccessivamente oneroso, dando così prevalenza al risarcimento per equivalente che, invece, non conosce tali limiti.

Di contro, con l'azione di adempimento si vuole ottenere la stessa identica prestazione dedotta in contratto il che, in assenza della cooperazione del debitore, è possibile solo ottenendo un titolo esecutivo (una pronuncia di condanna ad adempiere) per poi agire con l'esecuzione in forma specifica (artt. 2930 e ss. c.c.); tipico è l'esempio dell'azione diretta a far costruire il muro che il

^{46[46]} V., per la tesi favorevole, D.VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 162 ss. Per quella negativa v., G.P.CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. profili sostanziali e processuali*, cit. 364 ss.; A.TRAVI, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 994 ss. ricordando come, nella dottrina civilista, ogni profilo dell'istituto contemplato dall'art. 2058 c.c. appare controverso. In giurisprudenza, per questa seconda impostazione, cfr. Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro it.*, 2003, III, 311, dove si legge molto chiaramente che, anche in ambito civilistico, "la reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio (o comunque riparatorio), ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio e non va confusa né con l'azione di adempimento (diretta ad ottenere la condanna del debitore all'adempimento dell'obbligazione) né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli".

debitore aveva l'obbligo di costruire, dove quindi il rimedio coattivo è posto a tutela di un diritto di credito.

Muovendo da tali premesse si è finito per limitare il campo di applicazione del risarcimento in forma specifica alla tutela dei soli interessi di tipo oppositivo, nei casi ad esempio di restituzione e ripristino di un bene illegittimamente sottratto, sempre che l'annullamento dell'atto non sia da solo satisfattivo e, quindi, laddove lo stesso atto sia stato nel frattempo già eseguito, almeno in parte, così modificando la realtà materiale.

In tali ambiti, mutuando approdi consolidati della giurisprudenza civile, si è precisato come la scelta tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente spetti al danneggiato, precisando che, essendo questa seconda un *minus* rispetto alla prima, il giudice può d'ufficio disporre il risarcimento per equivalente ogni qual volta la reintegrazione in forma specifica non sia possibile o sia eccessivamente onerosa (Cons. St., sez. V, 3 maggio 2005, n. 2095 dove si ricorda come non valga la reciproca e come, quindi, il risarcimento in forma specifica necessiti sempre di una specifica domanda di parte).

L'aspirazione verso una tutela in forma specifica degli interessi pretensivi, che permettesse già in sede di cognizione di accertare la fondatezza della pretesa e di vincolare l'amministrazione all'adozione dell'atto richiesto, si è quindi concentrata lungo il percorso di elaborazione e di approvazione del codice del processo amministrativo.

Nel codice è possibile cogliere un certo *favor* per la tutela in forma specifica, rispetto a quella per equivalente, anche se questo favore non si è tradotto in un disegno del tutto coerente.

Ne sono indici l'art. 34 co. 1 lett. e) che anticipa la (possibilità di) nomina di un commissario *ad acta* in sede di cognizione; l'art. 114 co. 4 lett. e) che ricorre alla tecnica delle *astreintes* per indurre la parte soccombente ad eseguire il giudicato; l'art. 34 co. 1 lett. c), che estende la condanna anche "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio" e che ora, dopo il secondo correttivo (d.lgs. 160/2012), menziona finalmente la possibilità di un "azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto", da esercitare, nei limiti di cui all'articolo 31, co 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio; e l'art. 124 che la stessa azione riconosce espressamente in materia di contratti pubblici.

Il disegno non è però del tutto coerente perché mentre, da un lato, il legislatore, sul piano generale, attraverso il potenziamento del giudizio di ottemperanza ha percorso una volta ancora la via della tutela demolitoria-conformativa, così sembrando insistere su di un sistema di tutela articolato in due tempi: dall'altro, in forme più o meno decise e consapevoli, ha posto invece le basi per un'azione di condanna all'adozione del provvedimento favorevole richiesto e illegittimamente negato

dall'amministrazione, azione esperibile nel giudizio di cognizione, sebbene unitamente a quella impugnatoria^{47[47]}.

Nell'uno come nell'altro caso è tuttavia comune lo sfavore per la tutela risarcitoria per equivalente, sfavore legato oramai a ragioni non più di teoria generale ma essenzialmente economiche, di contenimento della spesa in funzione della riduzione di un debito pubblico cresciuto a dismisura^{48[48]}.

9. Conclusioni.

In un bilancio provvisorio di (poco più di) un decennio di applicazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, si è dato conto di come la giurisprudenza sia andata progressivamente allontanandosi, in più parti, dal modello codicistico e dalle indicazioni a suo tempo offerte da Cass. 500/1999. Questo allontanamento è stato segnato, peraltro, da frequenti oscillazioni di opinioni e talvolta anche da qualche approssimazione (e pigrizia), senza quindi il formarsi di un chiaro diritto vivente capace di supplire all'incompletezza del dettato normativo. Potrebbe forse essere questa la ragione più profonda all'origine dell'orientamento discusso (e forse anche discutibile) delle Sezioni Unite in tema di pregiudizialità dell'annullamento dell'atto, cui si è legato una nozione assai estesa di giurisdizione ai fini dell'art. 362 c.p.c., ovvero una certa sfiducia (che sembra leggersi in controtela nella motivazione di Cass. sez. un.. 23 dicembre 2008, n. 30254.) nell'uso della tutela risarcitoria da parte del giudice amministrativo ed il timore che a pagarne le conseguenze sia alla fine il cittadino^{49[49]}.

Il numero quantitativamente modesto di risarcimenti del danno accordati dal giudice amministrativo nel primo decennio parrebbe confermare, almeno in parte, questo timore. Ed è difficilmente negabile come la tentazione della prima giurisprudenza amministrativa sia stata quella di trattare le controversie risarcitorie con lo stesso metro di quelle impugnative, provando a risolverle attraverso un'istruttoria per lo più documentale, raramente ricorrendo alla consulenza tecnica d'ufficio e quasi mai alla prova testimoniale.

Questa impostazione di fondo può essere spiegata, oltre che in ragione del peso della tradizione del processo amministrativo (tutto incentrato sulla demolizione dell'atto, piuttosto che

^{47[47]} Sul tema, per i necessari approfondimenti, v. A.CARBONE, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, 2012.

^{48[48]} Di questo sfavore, che ha ragioni tutte di finanza pubblica, costituisce un esempio anche il "ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici" (impropriamente nota come *class action* amministrativa) di cui al d.leg. 198/2009 dove, non è prevista, in caso di accoglimento della domanda, alcuna condanna pecuniaria ma unicamente una pronuncia ordinatoria.

^{49[49]} V. in *Foro it.*, 2009, I, 731, con nota di A.PALMIERI, *Pubblici poteri, responsabilità e tutela innanzi al giudice amministrativo: ancora un passo verso la completa annessione al diritto comune dell'illecito provvedi mentale*. Prima ancora cfr. V.CARBONE, *Quale tutela garantisce al cittadino il giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione?*, in *Corriere giur.*, 2002, 883.

sull'accertamento del rapporto), come una conseguenza pratica delle difficoltà mostrate, prima di tutto, dagli stessi operatori di fronte alla novità della tutela risarcitoria, come dimostrano le non poche domande affidate spesso a formule di mero stile, prive di vere allegazioni. Si può aggiungere come certamente non giovi al superamento di resistenze culturali e difficoltà pratiche lo stato della finanza pubblica, nella convinzione diffusa che, quanto meno nell'immediato, la condanna dell'Amministrazione al pagamento di ingenti somme di denaro sia destinata a ripercuotersi negativamente sull'intera collettività.

Ne è derivata, nell'insieme, un'applicazione della tutela risarcitoria sin qui abbastanza deludente nei modi e molto contenuta nei numeri, sino al punto da scomodare la domanda evangelica: “sei tu quello che doveva venire o dobbiamo aspettarne un altro”?^{50[50]}.

^{50[50]} V. per un'interessante rilevazione statistica delle poche, se non pochissime, condanne risarcitorie disposte dai Tar e dal Consiglio di Stato, nel triennio 2006-2008, M.CAFAGNO, *Efficienze e inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 392 ss e 406 dove si sottolinea il “pericolo di scollamento tra teorizzazione e riscontri empirici”. Sul difficile innesto della tutela risarcitoria all'interno del giudizio amministrativo v. D.VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da “lesione di interessi pretensivi” e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004, 2, 231ss. Il richiamo evangelico, ripreso anche dall'A. appena citato, proviene da S.GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, II, 1597.