

RISARCIBILITÀ DEI DANNI DA LESIONE DI INTERESSI LEGITTIMI ED OPERE PUBBLICHE

di ALBERTO ROMANO

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. — 2. La responsabilità prevista dall'art. 13 della l. 142/92; i limiti della sua assimilabilità alla responsabilità precontrattuale. — 3. Il suo accostamento alla responsabilità conseguente a provvedimento ablativo illegittimo. — 4. La risarcibilità dei danni nell'ipotesi di provvedimento ablativo illegittimo. — 5. In tale ipotesi, la responsabilità sorge da violazione di diritti soggettivi. — 6. (*Segue*). — 7. La responsabilità per violazione di norme comunitarie sugli appalti pubblici; sua diversità dalla responsabilità per provvedimento ablativo illegittimo; accostamento delle norme dalla cui violazione deriva, a quelle interne sulla medesima materia, sicuramente finalizzate alla tutela dell'interesse dell'amministrazione; conseguente sua definizione come da lesione di interessi legittimi — 8. Critica: le norme comunitarie sugli appalti pubblici sono poste a tutela dell'interesse delle imprese e del mercato, e non a quella dell'interesse dell'amministrazione. — 9. Conseguentemente, dalle norme comunitarie sugli appalti pubblici scaturiscono veri e propri diritti soggettivi delle imprese; la coesistenza dei due sistemi normativi. — 10. Normativa comunitaria sugli appalti pubblici e nostro sistema di giustizia amministrativa. — 11. La convergenza delle precedenti conclusioni con la giurisprudenza comunitaria. — 12. Spunti conclusivi: critica della risarcibilità degli interessi legittimi che non si siano trasformati in diritti soggettivi.

1. *Considerazioni preliminari.*

Quando il Presidente Quaranta, con la sua consueta amabilità, ebbe la cortesia di invitarmi a tenere la presente relazione al convegno di Varenna di quest'anno, accettai con una precisa speranza: quella di poter dare per archiviati i problemi generali che vanno sotto l'etichetta della « risarcibilità degli interessi legittimi »; e di riuscire ad affrontare, finalmente, le questioni di determinazione in concreto dei casi nei quali i danni provocati a imprenditori privati da comportamenti illegittimi tenuti dall'am-

ministrazione nei procedimenti finalizzati alla costruzione di opere pubbliche, debbano essere da questa risarciti; e, quindi, i criteri di quantificazione di questo risarcimento.

Ma quando ho cominciato ad affrontare il tema, mi sono subito reso conto che una simile archiviazione non sarebbe stata realistica; ho subito trovato conferma, e in misura ben più ampia e profonda di quel che mi aspettassi, del timore che, del resto, mi era presente fin dall'inizio: il quadro concettuale nel quale quelle questioni devono essere collocate, è tutt'ora assai controverso; e, nella pluralità di opinioni e di voci al riguardo, l'orientamento che mi parrebbe più convincente, non può essere dato per presupposto: specie perché è notevolmente eterodosso.

Anche se con insoddisfazione, perciò, devo accingermi, anzitutto, ad una ennesima analisi generale del se, e in che senso, la lesione degli interessi legittimi, sia pure intervenuta specificamente nelle procedure di appalto di opere pubbliche, possa essere ritenuta risarcibile.

Per fortuna, quelle questioni concrete sono state trattate in modo molto preciso e esauriente in una comunicazione che ha presentato la dottoressa Gabriella Racca. E poiché la mia analisi così generale sarà anche sicuramente troppo lunga per la pazienza degli ascoltatori, per la loro considerazione rinvio volentieri a tale comunicazione, che, in un certo senso, di questa relazione verrà ad essere parte integrante.

2. *La responsabilità prevista dall'art. 13 della l. 142/92; i limiti della sua assimilabilità alla responsabilità precontrattuale.*

Oggetto di esame sarà la risarcibilità dei danni positivamente disposta in materia di « appalti e forniture », dalla norma capostipite in proposito, almeno per il nostro ordinamento interno: l'art. 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 12 (c.d. legge comunitaria per il 1991) (la cui applicazione è stata estesa agli appalti servizi dall'art. 11, lett. *i*, della l. 22 febbraio 1994, n. 146, c.d. legge comunitaria 1993, e, quindi, dall'art. 30, del conseguente d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, Attuazione della direttiva 92/50 CEE, in

materia di appalti pubblici di servizi; inoltre, l'art. 32, comma 3, della l. 11 febbraio 1994, n. 109, Legge quadro in materia di lavori pubblici, aveva previsto che « La procedura di cui... » a tale norma « ... si applica anche alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della presente legge e del regolamento »; ma questa estensione è stata poi eliminata nella riscrittura dell'articolo, formulata dall'art. 9-bis, inserito nel d.l. 3 aprile 1995, n. 101, dalla relativa l. di conversione, 2 giugno 1995, n. 216).

Sembra quasi *communis opinio*, che questa norma configuri un caso di responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione. Con una affermazione che può essere accettata, solo nel senso che essa sorge in conseguenza di illiceità che l'amministrazione stessa commetta, in procedure finalizzate alla conclusione di un contratto, e prima della sua stipulazione. E solo sottolineando le profonde differenze che la distinguono da quella prevista dall'art. 1337 cod. civ. La principale: la norma civilistica prevede la responsabilità di chi contrae, perché ha tradito il principio di buona fede. Ma dà al comportamento delle parti che negoziano, una disciplina ulteriore rispetto a quella che deriva da precise disposizioni: coprendo un'area, per così dire, alla quale queste non arrivano, che queste lasciano libera; è per ciò che si richiama ad un principio generale come quello, di così problematica e imprecisa definibilità: è per ciò, che non può non richiamarsi. Mentre, nell'ipotesi in esame, viceversa, sono vere e proprie disposizioni quelle che l'amministrazione viola. E disposizioni della massima rilevanza giuridica: perché, come si vedrà, proteggono addirittura diritti soggettivi dell'impresa con la quale tratta. La responsabilità comminata dall'art. 13 della l. 142/92, d'altra parte, non solo appare distinta, sotto questo profilo, da quella prevista dalla norma codicistica: ma neppure l'assorbe. Perché una volta che fosse stata esclusa la violazione da parte dell'amministrazione delle disposizioni cui esso si riferisce, rimarrebbe sempre aperta, per contro, la possibilità che essa abbia tenuto comunque un comportamento non corretto. E che, quindi, debba essere considerata ugualmente responsabile, sul diverso fondamento del citato art. 1337: almeno in una prospet-

tiva diversa da quella della Cassazione che sostanzialmente esclude la configurabilità della responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione (v., da ultimo, Cass., 5995/97).

3. *Il suo accostamento alla responsabilità conseguente a provvedimento ablativo illegittimo.*

Soprattutto, inoltre, sembra quasi *communis opinio*, che l'art. 13 della l. 142/92, delinei un caso di responsabilità dell'amministrazione, per violazione da parte sua di un interesse legittimo di quell'impresa stessa.

È evidente la suggestione del suo parallelismo con l'ipotesi primigenia, se così si può dire, di affermata risarcibilità degli interessi legittimi: quella derivante dalla illegittimità dei provvedimenti ablativi, o, comunque, variamente incidenti su diritti soggettivi, secondo le linee con le quali la ha ricostruita soprattutto la giurisprudenza della Cassazione. Parallelismo, cui si ricollega l'identità del modo col quale ambedue le responsabilità possono essere fatte valere sul piano delle tutele giurisdizionali: un primo giudizio, davanti al giudice amministrativo, al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento, che è passaggio ineludibile per la successiva esperibilità, davanti al giudice civile, della pretesa risarcitoria vera e propria. Con una soluzione che, per la responsabilità da provvedimento ablativo illegittimo, di nuovo è stata delineata dalla giurisprudenza della Cassazione; e per la responsabilità da violazione di norme comunitarie sugli appalti, è stata disposta dal legislatore, sembra per suggerimento da parte di questa giurisprudenza stessa.

Ma ambedue questi moduli ricostruttivi appaiono suscettibili di una valutazione critica.

4. *La risarcibilità dei danni nell'ipotesi di provvedimento ablativo illegittimo.*

Anzitutto, la tesi che derivi dalla lesione di interessi legittimi,

la responsabilità che si collega alla illegittimità di un decreto di esproprio emanato sulla base di una dichiarazione anche solo implicita di pubblica utilità; o, per fare un esempio solo un po' meno scolastico, a quella di un decreto di autorizzazione all'occupazione preordinata all'espropriazione, basato ulteriormente su una dichiarazione analoga, di urgenza e indifferibilità dei lavori.

Che tali decreti, in quanto illegittimi, in quanto solo illegittimi, siano lesivi di interessi legittimi, solo di interessi legittimi, può essere dato qui per presupposto. Del resto, il dato giurisprudenziale è inequivoco: Cassazione e Consiglio di Stato convergono nel ravvisare al riguardo la giurisdizione del giudice amministrativo; e una giurisdizione che non è, o forse non è ancora, esclusiva. Così che appare ora superfluo sostenere questa qualificazione, dimostrando il suo fondamento teorico, peraltro non incontrovertibile: se argomentando, secondo l'opinione più diffusa, dall'effetto c.d. di degradazione del diritto di proprietà, che deriverebbe dal provvedimento in vario senso ablativo; o se, come altra volta ci era parso più persuasivo, ritenendo che è già l'attribuzione stessa da parte dell'ordinamento di un potere incidente su un diritto, il fattore che lo costringe ad atteggiarsi come un interesse legittimo nella sua relazione con quello: già prima dell'emanazione in concreto del provvedimento che ne costituisca esercizio ed espressione.

La lesione del diritto del proprietario che si verifica nella vicenda, è ormai pacificamente risarcibile: secondo l'assetto delle situazioni giuridiche in giuoco, che effettivamente vige nel nostro ordinamento. Anche qui, soprattutto sul fondamento della costanza del dato giurisprudenziale della Cassazione.

La Cassazione, d'altra parte, estende questa risarcibilità, anche a tutti i casi di lesione di una situazione privata costituita o derivata anche da un provvedimento amministrativo: più frequentemente, della situazione del beneficiario di un provvedimento di tipo concessorio o autorizzatorio, di solito in seguito al suo illegittimo annullamento d'ufficio, o revoca, e simili. Ossia, la estende anche a tutti i casi di lesione di situazioni di pari con-

sistenza, che, però, sono configurabili solo nei rapporti con l'amministrazione, e non in quelli tra privati.

Ed è un profilo che pare di grande importanza: perché la Cassazione, con questo orientamento, pur tenendo fede al principio che sia risarcibile solo la lesione dei diritti soggettivi, rende tale la violazione di tutti gli interessi c.d. oppositivi; e, così, riduce molto il divario, in verità più deprecato che dimostrato, tra (la più limitata) area delle situazioni soggettive risarcibili secondo il nostro ordinamento, e quella (maggiore), delle medesime situazioni secondo gli ordinamenti degli altri Stati della Comunità, oltre che della Comunità stessa.

Soprattutto, perché la Cassazione, col medesimo orientamento, proprio perché tiene fede al principio che sia risarcibile solo la lesione dei diritti soggettivi, porta un contributo della massima importanza per la definizione del concetto di questa situazione giuridica: attribuendogli una rilevanza generale, e non circoscrivendolo al solo diritto privato. Anche se la nozione di diritto soggettivo è stata elaborata soprattutto dai privatisti, con essa sono definibili tantissime situazioni soggettive che il diritto privato non conosce.

5. *In tale ipotesi, la responsabilità sorge da violazione di diritti soggettivi.*

La responsabilità dell'amministrazione che abbia adottato provvedimenti ablativi illegittimi, dunque, è stata introdotta nel nostro ordinamento non da una specifica disposizione del legislatore, ma dalla Cassazione. Ma è proprio per le linee con le quali la ha definita, che fa dubitare che sia etichettabile veramente come un caso di risarcibilità di interessi legittimi.

La Cassazione pone al centro della vicenda l'impossessamento del bene da parte del beneficiario del provvedimento ablativo. Non casualmente: perché i danni di cui il titolare del bene chiede il risarcimento, derivano da tale impossessamento, e non da tale provvedimento. Almeno nella normalità dei casi. Perché ove tale impossessamento mancasse, almeno tendenzial-

mente mancherebbero pure danni da risarcire. Nel caso nel quale il proprietario del bene non ne perdesse il possesso, non solo dopo il decreto di occupazione, ma neanche dopo quello di esproprio, esso non subirebbe un concreto pregiudizio: tranne per aspetti e in specie marginali, cui si accennerà (e il caso non è poi troppo di scuola: perché è quello deciso da Cass., 4848/97, con conclusioni non dissimili da quelle qui proposte, anche se nella diversa prospettiva della indennità di occupazione).

La Cassazione, dunque, come si sa, disegna la vicenda in questo modo. Il provvedimento ablativo, da un lato giustifica giuridicamente l'impossessamento del bene da parte dell'amministrazione: così che l'illegalità di questo impossessamento dell'amministrazione potrà emergere solo se e in quanto sia emersa l'illegalità dello stesso provvedimento di cui costituisce esecuzione. Ma l'illegalità di questo provvedimento, per le considerazioni prima svolte, va specificata come sua illegittimità. E, quindi per il sindacato di essa sotto tale profilo, si radica la giurisdizione del giudice amministrativo. Con l'ulteriore conseguenza per la quale, dato il carattere impugnatorio-annullatorio del processo amministrativo, l'accertamento da parte di tale giudice della illegittimità di tale provvedimento, non può che sboccare nel suo annullamento.

D'altra parte, il giudice civile, ha sì giurisdizione sull'azione risarcitoria: è l'unico ad averla, almeno fino ad oggi. Ma la sua giurisdizione ha per oggetto diretto i diritti soggettivi; e che il provvedimento variamente ablativo intervenuto nella vicenda in esame, sia lesivo, viceversa, solo di un interesse legittimo, è posto in ipotesi, e confermato dalla giurisprudenza costante prima richiamata, affermativa della giurisdizione amministrativa al riguardo. Si potrebbe ipotizzare possa conoscere di quel provvedimento medesimo almeno *incidenter tantum*, disapplicandolo: disconoscendone gli effetti « ... in relazione all'oggetto dedotto in giudizio ». Ma anche senza riprendere il vecchio problema della possibilità che l'art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo sia letto unitariamente col precedente art. 4, sta di fatto che nella giurisprudenza della Suprema Corte si rinviene

un'affermazione che da sola preclude questa operazione: quella per la quale il giudice civile può disapplicare solo provvedimenti che sin dall'inizio siano lesivi di diritti soggettivi (ancora nel 1997, cfr. la sent. n. 1345); ed è affermazione dalla quale non ci sentiremmo di dissentire. Da qui, l'orientamento consolidato della Cassazione stessa, della imprescindibilità dell'annullamento da parte del giudice amministrativo, del provvedimento variamente ablativo, la cui esecuzione ha provocato il danno del proprietario del bene inciso, come passaggio preliminare perché questi, poi, possa intentare l'azione risarcitoria davanti al giudice civile.

Comunque, nella ricostruzione della vicenda in esame operata dalla Cassazione, acquista pari importanza centrale il rilievo che l'annullamento da parte del giudice amministrativo, del provvedimento ablativo, del provvedimento che legittimava l'impossessamento del bene, lo elimina *ex tunc*: dopo questo suo annullamento, è come non fosse mai stato emanato. Correlativamente, allora, il diritto del proprietario viene ripristinato totalmente: fin dall'inizio, e nella sua interezza.

Con due conseguenze. Da un lato, la situazione soggettiva che nella vicenda è stata lesa, non è l'interesse legittimo che si correlava al provvedimento ablativo, ma il ripristinato diritto soggettivo sul quale questo incideva: il risarcimento è per la lesione di un diritto soggettivo, e non di un interesse legittimo. Dall'altro, il fattore che lo lede non è quel provvedimento, ma l'impossessamento del bene: e sia pure quell'impossessamento del bene che ne costituisce esecuzione.

Tra queste due conseguenze, vi è un nesso profondo. Se vi è un tratto pacifico del concetto di interesse legittimo, è la sua correlazione con un potere dell'amministrazione. E, quindi, è ovvio che l'interesse legittimo può essere leso solo da quel provvedimento che di questo potere costituisca esercizio ed espressione. È ovvio, più generalmente, che un interesse legittimo può essere leso solo da provvedimenti. Non da comportamenti di fatto come l'impossessamento di un bene. I quali possono ledere solo posizione di diritto soggettivo. Anche se col provvedimento

variamente collegate: perché preesistono ad esso, e ne solo incise; o perché, viceversa, sono da esso costituite.

6. (*Segue*).

Solo per aspetti particolari, come si accennato, è il provvedimento illegittimo di per sé, il fattore lesivo. Non c'è dubbio, per esempio, che un bene di cui il proprietario non sia stato spossessato, per il solo fatto di essere oggetto di una procedura *lato sensu* ablativa, subisca un deprezzamento del suo valore di mercato. E non si può negare che, allora, siano gli atti di questa procedura, la causa esclusiva del danno del proprietario che voleva vendere il bene stesso, e per questa ragione abbia preferito non venderlo; o che, malgrado questa ragione, lo abbia addirittura venduto: ma, allora, solo per poca moneta (cfr. ancora, pure per questo profilo, Cass., 4848/97).

O soltanto in casi particolari. Ricordo una sentenza della Cassazione di tanti anni fa (di cui non sono in grado di precisare data e numero), relativa agli incarichi professionali di cui lo statuto o il regolamento di una vecchia opera pia prevedeva l'automatica attribuzione al titolare della locale condotta. Il medico condotto del luogo, licenziato illegittimamente, dal giudice amministrativo cui si era rivolto, aveva ottenuto, oltre che l'annullamento del licenziamento, il ripristino dell'essenziale dei suoi diritti patrimoniali, intrinseci al suo rapporto di impiego. Ma aveva dovuto rivolgersi al giudice civile, poi, per ottenere quel che si atteggiava come il risarcimento del danno causato dalla possibilità di espletare gli incarichi professionali suddetti, ottenendone il corrispettivo. E anche in questo caso questo danno non può che ricollegarsi al solo provvedimento di licenziamento.

Ma, a ben guardare, neppure nei casi così esemplificati, come in tutti gli altri analoghi, i danni da risarcire al destinatario del provvedimento illegittimo, pur ricollegandovisi, possono essere definiti da lesione di interesse legittimo. Potrebbero essere così definiti, solo se fossero prodotti dall'effetto tipico del provvedimento medesimo; tipico, perché determinato dal suo

fattore causale. Così, per esempio, si può notare che l'effetto tipico del provvedimento di licenziamento, quello che è il riflesso diretto del suo fattore causale, consiste nella estinzione del rapporto di impiego; e non vi può essere ricompresa anche l'estinzione di altri rapporti, che in questo di impiego trovassero solo un presupposto. Gli esemplificati effetti ulteriori, allora, se si ricollegano comunque al provvedimento, vi si ricollegano solo indirettamente: per un nesso che è posto da una legge, da una disposizione regolamentare, da un atto negoziale, o di altra natura ancora. Con una conseguenza che dal carattere solo indiretto di tale nesso, discende imprescindibilmente: che nei loro confronti, esso si atteggia non come l'atto che li determina; ma, più modestamente, come il fatto da cui estrinsecamente derivano.

7. *La responsabilità per violazione di norme comunitarie sugli appalti pubblici; sua diversità dalla responsabilità per provvedimento ablativo illegittimo; accostamento delle norme dalla cui violazione deriva, a quelle interne sulla medesima materia, sicuramente finalizzate alla tutela dell'interesse dell'amministrazione; conseguente sua definizione come da lesione di interessi legittimi.*

I danni il cui risarcimento è imposto dall'art. 13 della l. 142/92, dunque, sono comunemente definiti da violazione di interessi legittimi (si veda per tutti, per l'ampiezza della trattazione, il lavoro di MORBIDELLI, anche se non più recentissimo: *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829). Pur se vi è tutt'altro che convergenza di opinioni circa la portata e le implicazioni della norma: se questa, come sostiene la Cassazione, sia da considerarsi eccezionale, in un ordinamento che per il resto nega il risarcimento di tali interessi; se questa, pur essendo particolare, abbia una forza espansiva per la quale finirà con l'informare di sé tutto questo ordinamento, se non altro per effetto del principio di uguaglianza; se questa sia espressione particolare di un principio che nell'ordinamento medesimo è già immanente.

Questo orientamento così diffuso si correla alla tesi prima valutata criticamente, che siano da lesioni di interessi legittimi i danni risarcibili nella vicenda dei provvedimenti ablativi. Questo accostamento non solo non è pertinente: giacché, come si è visto, tali danni sono da violazione, in realtà, di diritti soggettivi. Ma è anche erroneo: perché tralascia un decisivo fattore di differenziazione tra le due ipotesi. In quella ora in esame, che è poi l'oggetto specifico di queste riflessioni, infatti, la lesione è provocata veramente da un provvedimento, e non da un comportamento di fatto, come potrebbe essere il materiale impossessamento di un bene. È provocata direttamente da un provvedimento, perché si identifica col suo effetto giuridico tipico, dalla sua incidenza tipica sulle situazioni giuridiche in giuoco, così come è determinata dal suo fattore causale. L'effetto tipico del provvedimento di esclusione di una impresa da una gara è, appunto... la sua esclusione dalla gara, ossia la preclusione alla sua partecipazione alle sue successive fasi; l'effetto tipico del provvedimento di aggiudicazione di un appalto ad una impresa, è, appunto... la costituzione di un rapporto contrattuale con essa (o, almeno, la sua designazione come soggetto col quale sarà costituito, con la predeterminazione delle relative clausole), con il correlato rifiuto di costituirlo con le altre concorrenti.

Ma di questo orientamento così diffuso, vi è anche una radice più specifica e più profonda. Le disposizioni comunitarie cui tale articolo si riferisce, regolano una materia, quale quella delle procedure di contrattazione dell'amministrazione, che, come tutti sanno, nel nostro ordinamento era già disciplinata, e dettagliatamente: in primo luogo (e sarebbero superflui altri richiami normativi, più risalenti nel tempo, o più recenti), dagli artt. 3 e ss., del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato; e dagli artt. 36 e ss., del relativo regolamento approvato col r.d. 23 maggio 1924, n. 1924. Queste sono disposizioni che chiaramente impongono all'amministrazione i comportamenti ritenuti normativamente più idonei, in relazione a obiettivi ben precisi: perché essa possa selezionare un contraente affidabile, ottenendo il

prezzo e le altre condizioni del contratto più convenienti, più adeguate e più pertinenti che le siano consentite dal mercato. Sono disposizioni, cioè, chiaramente finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione medesima: alla protezione di questo, evidentemente primaria e prioritaria. Certo, da esse deriva anche una protezione dell'interesse delle parti private. Ma una protezione che è solo un riflesso di quella: così che la corrispondente situazione soggettiva consiste in un interesse legittimo, secondo la più classica e tradizionale delle sue definizioni. Solo in un interesse legittimo.

Le disposizioni comunitarie sulle procedure di contrattazione dell'amministrazione, sicuramente le impongono più pubblicità, più trasparenza, più attenzione agli interessi delle imprese, rispetto alle nostre meno recenti. Ma disciplinano la medesima materia di queste. E non solo: la disciplinano, in fondo, anche con regole i cui contenuti sono largamente analoghi a quelli che sono loro propri: a cominciare dalla scansione di tali procedure in aperte, ristrette e negoziate, che pare ricalcare quella nostrana in asta, licitazione privata e trattativa privata. E quindi è parso naturale configurare la protezione che esse accordano agli imprenditori, nei medesimi termini di quella che scaturisce dalle nostre vecchie norme interne: in termini di interesse legittimo. Le medesime norme comunitarie impongono il risarcimento dei danni che agli imprenditori stessi derivassero dalla loro violazione. E, quindi, è parso naturale configurare questo risarcimento come da lesione di interessi legittimi.

8. *Critica: le norme comunitarie sugli appalti pubblici sono poste a tutela dell'interesse delle imprese e del mercato, e non a quella dell'interesse dell'amministrazione.*

Ma queste conclusioni si basano su una inesatta e incompleta percezione di quanto la prospettiva comunitaria diverga, da quella che è propria della nostra precedente legislazione.

Questa, come si è visto, è finalizzata alla tutela prioritaria dell'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione: ad

esso è subordinato quello privato, protetto solo di riflesso. Mentre nella normazione comunitaria, è l'interesse delle imprese quello che viene tutelato prioritariamente: s'intende, nei limiti nei quali vi è protetto; ponendolo come limite alla stessa possibilità dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, anche se per essa istituzionale.

Vi è un dato che al riguardo pare assai significativo.

Per la nostra vecchia legislazione, la trattativa privata è consentita, tra l'altro, in caso di urgenza (art. 41, comma 1, n. 5, r.d. 827/24, sulla base dell'art. 6, comma 1, r.d. 2440/23). E la norma è interpretata dalla nostra giurisprudenza, nel senso della sua applicabilità anche ai casi nei quali tale urgenza derivi da ritardi, errori o omissioni dell'amministrazione. Questa interpretazione può essere accettata, solo nella prospettiva nella quale la norma stessa va inquadrata, e che si è prima accennata. Solo se si postula che l'interesse da perseguirsi prioritariamente è quello pubblico. Perché solo in questo ordine di idee, si può ammettere che vi possa essere subordinato e sacrificato quello degli imprenditori a partecipare ad una selezione concorsuale, pure quando è l'amministrazione ad aver provocato almeno colposamente l'urgenza.

Anche le norme comunitarie consentono la procedura negoziata in caso di urgenza. Ma, seppur con varie formulazioni, escludono che l'amministrazione vi possa ricorrere, quando è essa stessa ad averla provocata. Questa diversa scelta può essere compresa solo nella opposta prospettiva nella quale va inquadrata, e che parimenti si è prima evocata. Perché solo se si considera che quelle norme pongono la tutela dell'interesse degli imprenditori che proteggono, addirittura come limite della possibilità per l'amministrazione di perseguire il proprio fine pubblico istituzionale, si può convenire che essa non lo possa più perseguire, quando l'urgenza sia insorta a causa di un suo comportamento imprudente, negligente, e così via.

In altre parole. Nella prospettiva della nostra non recente legislazione interna, il mercato, la concorrenza, sono stati posti dall'ordinamento solo come meri strumenti al servizio dell'am-

ministrazione: come mezzi che possono consentirle, almeno teoricamente, di spuntare le migliori condizioni contrattuali possibili; con l'implicazione che essa vi può e vi deve rinunciare, quando le circostanze le impongono di privilegiare altre sue esigenze, a cominciare dalla maggiore brevità dei tempi entro i quali può ottenere la prestazione: ma, va sottolineato, altre esigenze che sono in ogni caso solo sue proprie. Mentre nella prospettiva comunitaria, il mercato, la concorrenza, le loro regole, sono poste a protezione prioritaria degli interessi delle imprese che vi operano: e, quindi, sono imposte all'amministrazione addirittura come limiti dei poteri negoziali che l'ordinamento generale le attribuisce per il perseguimento del suo ruolo istituzionale; con l'implicazione che essa vi si può sottrarre, solo nelle ipotesi definite ben più selettivamente, nelle quali alle specificità di tale suo ruolo non si può negare rilevanza neppure da un simile punto di vista: quando siano queste specificità a potersi porre ragionevole come limite di protezione degli interessi del mercato e dei soggetti che vi operano.

9. *Conseguentemente, dalle norme comunitarie sugli appalti pubblici scaturiscono veri e propri diritti soggettivi delle imprese; la coesistenza dei due sistemi normativi.*

È dal rilievo di questa diversità di prospettive tra la normativa comunitaria e la nostra precedente legislazione, che si devono trarre le necessarie conseguenze per la qualificazione della protezione che l'una e l'altra concedono all'interesse privato, e a quello dell'amministrazione cui si contrappone.

Si è notato prima che uno dei pochi tratti della nozione di interesse legittimo che paiono indiscutibili, è la sua correlazione con un potere dell'amministrazione. Si può aggiungere, allora, con uguale certezza, che esso, correlandovisi, vi si subordina. Di qui, il dato già prima rilevato: è intrinseca e essenziale, alla situazione di interesse legittimo, l'inferiorità dell'interesse individuale sostanziale di cui costituisce un modo di protezione, rispetto a quello pubblico, cui quel potere medesimo è finalizzato; e ciò,

secondo l'assetto che al rapporto tra l'uno e l'altro imprime l'ordinamento generale.

Ma quando si constata che un sistema normativo, come quello comunitario, tutela l'interesse degli imprenditori privati fino a porlo come limite di perseguibilità da parte dell'amministrazione di quello pubblico che le è istituzionale, si constata anche che quel sistema normativo nega la sua subordinazione a questo. Esclude, dunque, di proteggerlo solo come un interesse legittimo. E la conclusione è ormai evidente: lo tutela sul piano sostanziale come un diritto soggettivo. E, nei limiti nei quali impone il risarcimento dei danni conseguenti alla sua lesione, è ben lungi da prevedere un caso di risarcibilità di interessi legittimi, per noi estranea, e con tutta probabilità logicamente contraddittoria: delinea un caso di risarcibilità di diritti soggettivi, che ci appare del tutto naturale e ovvia.

Deve rimanere del tutto chiaro, tuttavia, che le norme sulle procedure di contrattazione dell'amministrazione, che la Comunità pone in funzione della tutela degli interessi delle imprese e del mercato, non assorbono affatto quelle norme precedenti, che regolano la medesima materia, in funzione dell'interesse dell'amministrazione.

Ogni illecita restrizione della concorrenza, ogni violazione di ogni disposizione posta a sua tutela, nella prospettiva comunitaria anche alla quale ormai il nostro ordinamento è improntato, lede ora prioritariamente l'interesse degli imprenditori. Ma non per questo può ritenersi superata la prospettiva della nostra precedente legislazione, richiamata soprattutto in riferimento a quella del 1923-24: che di certo è tuttora valida. E non per questo, allora, ogni violazione del genere lede di meno l'interesse dell'amministrazione medesima ad ottenere le migliori condizioni contrattuali: che in questa diversa prospettiva è tutelato altrettanto prioritariamente.

Si deve concludere che nel nostro ordinamento interno coesistono due sistemi normativi sulle procedure di contrattazione dell'amministrazione. Essi sono contenutisticamente simili. Ma solo contenutisticamente: perché divergono, e, anzi, in un certo

senso addirittura si contrappongono, le finalità cui sono ispirati; e, di qui, è diversa la loro rilevanza giuridica. E non per le loro analogie di contenuti, l'uno può eliminare l'altro: perché queste loro diversità, al contrario, ne impongono, o, almeno ne consentono la co-vigenza. Sopravvive quello ispirato alla tutela prioritaria dell'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione, senza escludere quello di derivazione comunitaria; e sopraggiunge quello ispirato alla tutela prioritaria, viceversa, dell'interesse delle imprese private, senza per questo assorbire e cancellare quello della nostra precedente legislazione.

Un provvedimento che l'amministrazione emani nelle procedure suddette, contravvenendo ad una norma di uno di tali sistemi, con contenuto sostanzialmente analogo a quello col quale è formulata pure una norma dell'altro, le viola ambedue. Viola insieme una norma di azione e una norma di relazione, direbbe Guicciardi: che aveva perfettamente previsto e lucidamente teorizzato, la possibilità che un provvedimento fosse insieme illegittimo, ossia in violazione di norme poste nell'interesse pubblico soggettivato nell'amministrazione; e illecito, ossia in violazione di norme poste, viceversa, a protezione di interessi privati.

10. Normativa comunitaria sugli appalti pubblici e nostro sistema di giustizia amministrativa.

È sulla base di queste considerazioni che deve essere sviluppata la ricostruzione del significato della scelta del nostro legislatore del 1992, del resto certo non imposta dal diritto comunitario, sul piano delle tutele giurisdizionali: quella di affidare al giudice amministrativo il sindacato sulla conformità anche a tale diritto, degli atti che l'amministrazione emana nelle sue procedure di contrattazione.

L'analogia con l'orientamento adottato dalla Cassazione nelle vicende dei provvedimenti variamente ablativi, sembrerebbe evidente. Ma, in realtà, è del tutto apparente.

In queste vicende, infatti, come si è prima notato, il provvedimento è solo lesivo di interessi legittimi, è solo illegittimo;

quindi, che il giudice amministrativo abbia giurisdizione su di esso, è la soluzione normale secondo i principi tradizionali del nostro ordinamento: ossia, secondo la declinante contrapposizione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo. Alla stregua della quale, tale giudice ha una giurisdizione che, altrettanto normalmente, è quella sua generale di pura legittimità.

Mentre nell'ipotesi considerata dall'art. 13 della l. 142/92, come in tutte le altre norme analoghe, il provvedimento è lesivo addirittura di diritti soggettivi, è addirittura illecito; e, quindi, che sia il giudice amministrativo ad avere giurisdizione su di esso, è soluzione contrastante con i principi suddetti: perché la legge, al riguardo, ha istituito un altro caso di sua giurisdizione esclusiva.

Tuttavia, la fallacia dell'accostamento di ipotesi che devono rimanere ben distinte, con il quale a prima vista sembrerebbe spiegarsi la scelta del nostro legislatore nazionale, non deve portare ad una valutazione negativa di essa. Perché pare sostenuta da altre e ben più solide giustificazioni, la concentrazione in questa giurisdizione di questo giudice, dell'intero contenzioso sugli atti delle procedure di contrattazione dell'amministrazione; dell'intero tale contenzioso, indipendentemente dalla diversità della matrice e della finalità delle norme alla stregua delle quali deve essere risolto.

Anzitutto, questa scelta sembra consigliata da esigenze di carattere pratico. Si è prima notata la perdurante vigenza della nostra precedente legislazione, di protezione dell'interesse pubblico soggettivo nell'amministrazione; e dalla quale, quindi, le contrapposte posizioni delle imprese private possono venire tutelati solo come interessi legittimi. E questa perdurante vigenza, allora, correlativamente avrebbe dovuto portare al mantenimento della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, sugli atti delle procedure di contrattazione dell'amministrazione: per violazione delle sue norme, delle norme la cui portata va ricostruita secondo la prospettiva che le è propria. Ma la sopravvenienza delle norme comunitarie costitutive di diritti soggettivi per le imprese, necessariamente avrebbe dovuto aprire

loro, contro i medesimi atti, la strada dell'azione davanti al giudice ordinario. Con le conseguenti complicazioni tipiche di ogni meccanismo di doppia tutela: qui, addirittura per violazione di norme aventi contenuto sostanzialmente analogo. Sicuramente, il sistema di tutele che risulta dalla scelta del nostro legislatore, è ben lungi dall'essere soddisfacente: perché obbliga comunque l'impresa a due giudizi. Ma il superamento di questo grave appesantimento non pare possa avvenire estendendo la cognizione incidentale del giudice civile sugli atti suddetti: *ad instar* di quanto previsto per il rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni, dall'art. 11, quarto comma, lett. g), della l. 59/97. Sembrerebbe più opportuno estendere la giurisdizione del giudice amministrativo sulla determinazione quantitativa del risarcimento da accordare alle imprese danneggiate: come pure suggerisce la medesima norma, nelle materie dell'edilizia, dell'urbanistica, e dei servizi pubblici; magari mediante l'utilizzazione di parametri predeterminati e di facile applicabilità: i quali consentano a tale giudice di pronunciarsi al riguardo, malgrado i noti limiti normativi (ma bisognerebbe aggiungere: e le evidenti difficoltà pratiche), che ostacolano nel giudizio che esplica, l'utilizzazione di un completo armamentario di mezzi di prova, e, comunque, un aderente accostamento va fatto.

Ma, soprattutto, questa scelta pare rispondere ad evoluzioni di fondo del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Eravamo abituati ad una giurisdizione amministrativa ancorata al carattere parimenti amministrativo degli atti che vi vengono sindacati: così che, quando è emersa l'esigenza che le venisse affidato il contenzioso sugli atti di c.d. evidenza pubblica delle procedure di contrattazione dell'amministrazione, la soluzione teorica che è parsa imposta da questo suo condizionamento e limite, era quella della loro configurazione come atti, appunto, amministrativi. Ma ora sembra sbiadirsi la rilevanza di questo loro carattere: perché il suo ruolo condizionante e limitante, tende a passare al carattere funzionale, ben s'intende rispetto all'interesse pubblico, della scelta che in quei medesimi atti si concreta; e ciò, indipendentemente dalla loro natura pub-

blica privata: così che, oggi, almeno secondo certi orientamenti, potrebbe rimanere ferma la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti delle procedure di contrattazione dell'amministrazione, anche se si riconoscesse che essi mutuano la natura privatistica dei contratti alla cui formazione sono finalizzati.

Ma questa evoluzione che investe il profilo oggettivo della giurisdizione amministrativa, in realtà è solo un riflesso di un'altra, riguardante quello soggettivo, che si sviluppa insieme sul piano del diritto sostanziale e su quello delle tutele giurisdizionali.

Eravamo abituati alla riserva delle scelte funzionali all'interesse pubblico, ad enti parimenti pubblici: tranne poche ipotesi, definite selettivamente e del resto discusse, riconducibili alle conseguenze di provvedimenti, ed inerenti quindi a rapporti di tipo concessorio. E adesso dobbiamo fare i conti con sempre più vaste attribuzioni di quelle scelte, a soggetti di sicuro almeno formalmente privati, in sempre più numerosi casi, sempre meno agevolmente riconducibili a tali ipotesi stesse: si pensi, come esempio per tutti, alle società di capitali variamente partecipate da enti territoriali, per l'esplicazione di attività di loro interesse, delle quali la gestione di servizi pubblici locali sono solo la manifestazione più tipica.

Eravamo abituati, conseguentemente, ad una giurisdizione amministrativa nella quale il principale resistente era sempre un ente pubblico, in quanto emanante il provvedimento impugnato: ad eccezione solo delle ristrette ipotesi prima accennate. Mentre adesso vediamo sempre meno raramente che tale resistente, in quanto autore di quelle scelte funzionali, è un soggetto almeno formalmente privato, e non facilmente definibile come un concessionario: si pensi ai casi nei quali una delle società appena ricordate, si atteggi come stazione appaltante. Nelle riviste di giurisprudenza, dunque, oggi compaiono non poche sentenze che decidono processi i nomi delle cui parti sono tutti precedute alla sigla s.p.a.: il che avrebbe sollevato grande stupore nei nostri classici.

Queste estensioni della giurisdizione amministrativa sono so-

stenute linearmente dal Consiglio di Stato, e da gran parte dei tribunali amministrativi regionali: i quali, evidentemente, così operano per pervenire ad una soddisfacente ridefinizione del proprio ruolo, al tramonto della rilevanza per la delimitazione di questo, della contrapposizione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi; e, soprattutto, non troppo penalizzante, negli anni delle privatizzazioni, oggettive o soggettive che siano. Ma vi si oppone almeno uno dei filoni della giurisprudenza della Cassazione in materia: quello che è inaugurato dalla sentenza che, in gergo, è denominata la *Siena-Parccheggi*.

E per queste incertezze, rimane irrisolto quel che dal punto di vista di queste riflessioni, appare il maggiore problema relativo al rapporto tra il nostro sistema di giustizia amministrativa, e il contenzioso sull'applicazione della normativa di fonte o di derivazione comunitaria in materia di appalti pubblici. Queste norme sono sempre relative ad atti in ogni caso funzionali rispetto all'interesse pubblico. E, allora, per il ricordato contrasto di giurisprudenza, rimane controverso se la loro applicazione debba rimanere riservata, ugualmente in ogni caso, al giudice amministrativo; oppure se possa e debba essere affidata al giudice civile, quando riguardi atti i quali, seppur parimente così finalizzati, provengono da soggetti da non potersi considerare pubblici in senso stretto, o almeno concessionari, secondo il nostro ordinamento interno.

11. *La convergenza delle precedenti conclusioni con la giurisprudenza comunitaria.*

Le norme comunitarie sulle procedure di contrattazione dell'amministrazione, dunque, tutelano gli interessi delle imprese che vi partecipano, come veri e propri diritti soggettivi, e non solo come meri interessi legittimi. E il risarcimento dei danni che comminano per le loro violazioni, conseguentemente, va valutato come risarcimento da lesione di diritti soggettivi, e non di interessi legittimi.

Questa conclusione, è perfettamente convergente con la giu-

risprudenza della Corte comunitaria, che da *Franovich* in poi precisa sempre di più i presupposti e i caratteri della responsabilità del soggetto pubblico per illeciti comunitari.

Ci si soffermerà soprattutto su *Hedley Lomas* (sentenza 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *Riv. it. dir. com.*, 1996, 1003, con nota di CARANTA, peraltro in diversa prospettiva). E non solo perché è una delle pronunce più recenti. Soprattutto perché riguarda un caso di contrarietà a norme comunitarie, di un provvedimento amministrativo, e non di comportamenti omissivi o commissivi del legislatore. Si tratta, come si ricorderà, del diniego di autorizzazione all'esportazione di ovini vivi verso la Spagna, opposto dall'amministrazione inglese ad un imprenditore irlandese, per ragioni, per così dire, di umanità... veterinaria.

Ebbene, in tale sentenza, si può leggere a tutte lettere che la prima condizione perché un illecito comunitario generi per lo Stato membro che lo ha commesso, una obbligazione risarcitoria nei confronti dei soggetti che ha così danneggiato, è che « ... la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli... »: questo afferma la giurisprudenza comunitaria prima richiamata, che la pronuncia fa propria, ed arricchisce.

Evidentemente, sarebbe puerile porre come unica prova del riscontro con questa giurisprudenza della tesi qui sostenuta, questa mera qualificazione come di un diritto soggettivo, della situazione giuridica soggettiva la cui lesione è risarcibile, che pure tale decisione le ha impresso. Perché questo riscontro si potrebbe trovare, solo nella sostanza dell'assetto del suo rapporto con l'amministrazione. Specie di quello che dispone le norme di un ordinamento il quale si impone come unitario rispetto alla diversità di culture e nomenclature giuridiche degli Stati membri; e che, perciò, di questa sostanza deve fare una religione: si veda lo scritto, assai bello e suggestivo, di MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39, che si apre con uno splendido richiamo di DERNBURG.

Ma è proprio sul terreno della sostanza, della natura delle

cose, che la tesi che qui si vorrebbe sostenere, trova i desiderati riscontri.

Per poter arrivare a questa conclusione, occorre adottare un procedimento logicamente corretto. Ossia, ci sembra, anzitutto occorre depurare la formula della giurisprudenza comunitaria, da quella qualificazione come di « diritto soggettivo » che dovrebbe spettare alla situazione giuridica soggettiva lesa, perché il danno del suo titolare possa essere considerato risarcibile: da quella qualificazione il cui significato va ricostruito *aliunde*. E, allora, quel che rimane è questo: a tal fine, la norma violata sia preordinata a tutelare l'interesse l'individuale.

Ora si può provare a tradurre questa locuzione residua nel nostro *Begriffshimmel*: e proprio nella prospettiva concettuale che ci è più familiare, una norma così finalizzata alla tutela di interessi individuali, cos'altro può essere di diverso da una norma che li protegge sostanzialmente come diritti soggettivi pieni, come limiti ai poteri dell'amministrazione? Nel più preciso significato tecnico: ossia con l'esclusione della diversa loro configurazione come subordinati ai fini pubblici per il cui perseguimento quei poteri sono attribuiti, come interessi legittimi, insomma.

La sentenza *Hedley Lomas* è assai interessante anche sotto diverso profilo. Perché si riferisce, come si è accennato, ad un diniego di autorizzazione. Cioè ad un tipo di provvedimento nei confronti del cui rilascio, secondo la prospettiva tipica del nostro ordinamento, il beneficiando potrebbe vantare solo un interesse legittimo. E, quindi, mostra come l'ordinamento comunitario possa trasformare in diritti soggettivi pieni, quelle che per noi sono solo posizioni di questa minore consistenza: pur non variandone sostanzialmente il contenuto. Come pare essere avvenuto, appunto, per gli interessi delle imprese coinvolte nelle procedure contrattuali dell'amministrazione.

Si deve aggiungere, comunque, che il diritto comunitario tende ad evolversi in una direzione che rende sempre più profonda la differenza delle situazioni che intende proteggere, dai nostri interessi legittimi. Mi riferisco alle preoccupazioni manife-

state nel *Libro verde* che la Commissione ha pubblicato nel novembre del 1996, e nelle discussioni del Parlamento europeo del giugno-luglio del 1997, per la vischiosità dei mercati degli appalti pubblici dei vari Stati membri (non solo del nostro!), che troppo lentamente e con troppa difficoltà si aprono alle imprese di altri paesi, pur parimenti comunitari. E, quindi, alle proposte di rinforzare la vigenza delle disposizioni comunitarie in materia, penalizzando economicamente le amministrazioni che le violano, anche oltre i danni che così provocano ai soggetti lesi: quasi con le tecniche dei *punitives damages* dell'esperienza statunitense.

12. *Spunti conclusivi: critica della risarcibilità degli interessi legittimi che non si siano trasformati in diritti soggettivi.*

Che dire, in conclusione, sul problema della risarcibilità della lesione dei nostri interessi legittimi?

Fin qui, ho evitato di affrontarlo nei suoi termini generali. Ma ho cercato di dimostrare che nelle due principali ipotesi che vengono comunemente etichettate col riferimento ad esso, quella dei provvedimenti variamente ablativi, e quella degli atti di contrattazione dell'amministrazione, in realtà ricorrono casi di risarcimento della lesione di veri e propri diritti soggettivi.

E, a questo punto, mi azzardo a generalizzare. E, quindi, a ribadire, appunto in termini generali, che quello della risarcibilità degli interessi legittimi è un falso problema: perché con la sua soluzione positiva si pretende di raggiungere un risultato, l'ampliamento dell'area delle situazioni individuali la cui lesione sia risarcibile, che può benissimo essere ottenuto per altre vie. Che deve essere ottenuto per altre vie: perché è tratto essenziale della nozione di interesse legittimo la sua irrisarcibilità.

Mi rendo perfettamente conto che, confermando questa affermazione, mi espongo alla taccia di passatista (perché ancorato a concetti tradizionali); di provinciale (perché mi ostino ad ignorare le diverse realtà degli altri ordinamenti); e di illiberale (perché ostacolo l'ampliamento suddetto).

Ma corro lo stesso il rischio. Perché sono perfettamente con-

vinto che negare che gli interessi legittimi siano risarcibili, non significa affatto non riconoscere che quell'ampliamento oggi si sviluppa grandemente: o non auspicarlo; o, addirittura, opporvisi.

È indubbio che il nostro diritto amministrativo si va evolvendo, nel senso di dare maggiore rilievo agli interessi individuali, nei confronti di quelli pubblici che vi si contrappongono: non solo per sollecitazioni comunitarie, ma anche per spinte endogene. Ma la traduzione in termini tecnici di questo sviluppo, non può che consistere nella progressiva eliminazione, o quanto meno attenuazione, s'intende in ambiti particolari, di quella diversità di livello tra gli uni e gli altri, che è tratto essenziale della figura dell'interesse legittimo.

Si dice che andiamo verso un diritto amministrativo paritario: per riprendere il notissimo titolo di uno scritto di Benvenuti, non più recente, ma non per questo meno tuttora stimolante. Ma la traduzione in termini tecnici di questo sviluppo, non può che consistere, s'intende parimenti in ambiti particolari, nella tendenza a spostare gli interessi individuali da uno all'altro piano nel quale devono essere collocati: dal piano subordinato a quello nel quale sono soggettivati nell'amministrazione gli interessi pubblici che deve perseguire, sul quale la protezione degli interessi individuali non può essere concettualizzata che in termini di interessi legittimi; a quello pariordinato, o quasi: nel quale la medesima protezione deve essere concettualizzata, viceversa, in termini di diritti soggettivi.

Sono sicuramente molto apprezzabili gli sforzi della dottrina, di individuare almeno categorie di interessi legittimi, la cui lesione da parte dell'amministrazione darebbe luogo al sorgere di una obbligazione risarcitoria a suo carico. Penso, tra gli altri, ai lavori di Follieri, o all'ultimo scritto di ROMANO TASSONE (*Riv. dir. amm.*, 1997, 35), molto articolato, ma anche molto cauto e problematico.

Però mi domando se, per una soluzione più radicale, ma anche più logicamente coerente, del problema dell'ampliamento delle situazioni private la cui lesione sia risarcibile, quel che deve

essere mutata, non sia l'intera prospettiva concettuale nel quale esso va inquadrato.

Diritto soggettivo, interesse legittimo non sono la « sostanza delle cose ». Sono meri concetti, mere nozioni classificatorie. Che sono state definite, al fine di inquadrare nell'uno o nell'altro, l'effettivo assetto che l'ordinamento imprime, ai concreti rapporti tra amministrazione e soggetti privati: che è il fattore essenziale.

Si è riscontrato che l'ordinamento tende ad accentuare la rilevanza degli interessi di questi, rispetto all'interesse pubblico soggettivato in quella. Allora, è più lineare la conclusione che l'ordinamento tende ora a proteggere sostanzialmente come diritti soggettivi, quegli interessi privati cui, prima, tendeva a dare la sola rilevanza di interessi legittimi.

In altre parole, sembra che il problema dell'ampliamento dell'area delle situazioni giuridiche private la cui lesione sia risarcibile, sicuramente in atto, e ancor più auspicato, si risolva in quello di una diversa sussunzione della loro protezione dall'uno all'altra definizione teorica. In quello di una loro riclassificazione, con un loro spostamento dalla categoria degli interessi legittimi in quella dei diritti soggettivi. Ben s'intende, in stretta e condizionante correlazione con l'accentuazione della loro protezione sostanziale. E senza l'inversione della priorità dei fattori: una data situazione non è irrisarcibile perché è protetta dall'ordinamento solo come un interesse legittimo, ma è protetta dall'ordinamento solo come un interesse legittimo, perché la regola come irrisarcibile. E un'altra situazione, viceversa, è risarcibile non perché è protetta dall'ordinamento, viceversa, come un diritto soggettivo, ma è protetta dall'ordinamento come un diritto soggettivo, perché la regola come risarcibile.

Per contro, sembra uno sfalsamento di prospettiva cercare una soluzione del problema suddetto, forzando i caratteri di una nozione, quella di interesse legittimo, con l'inserzione di un tratto, quale quello della loro risarcibilità, che rispetto ad essi è intrinsecamente e insuperabilmente contraddittorio.

Già nel 1944 Santi Romano scriveva (*Frammenti di un dizio-*

nario giuridico, ristampa del 1983, 166): « O il concetto di interesse legittimo si accetta con questi estremi, o lo si respinge: configurato altrimenti, non ha più senso e si distrugge, se pure non diventa un mostro giuridico, ibrido e deforme ».

Scusate, è uno scherzo: la citazione è esatta, ma la frase era riferita dal suo autore al diverso concetto di organo, ugualmente, allora come ora, sottoposto a inaccettabili pressioni a favore di una deformazione e di un inquinamento dei suoi caratteri. Ma spero che me lo perdonerete: l'esigenza di delineare una nozione giuridica solo con tratti che non siano logicamente contraddittori è analoga nei due casi, come in infiniti altri.