

**CORTE DI CASSAZIONE**; sezioni unite civili; sentenza 22 luglio 1999, n. 500/SU; Pres. ZUCCONI GALLI FONSECA, Est. PREDEN, P.M. DETTORI (concl. conf.); Comune di Fiesole (Avv. FALORNI) c. Vitali (Avv. FERI). *Regolamento preventivo di giurisdizione.*

**Responsabilità civile — Pubblica amministrazione — Interessi legittimi — Risarcibilità — Condizioni — Questione di merito — Regolamento di giurisdizione — Inammissibilità** (Cod. civ., art. 2043; cod. proc. civ., art. 37, 41).

*Posto che ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto danneggiato, va affermata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti lesi, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della pubblica amministrazione (con accertamento che, ove compete all'autorità giudiziaria ordinaria, prescinde da una previa decisione di annullamento del giudice amministrativo), l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e sempre che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo; a tale stregua, la contestazione circa la risarcibilità degli interessi legittimi non dà luogo a questione di giurisdizione, ma attiene al merito, sicché va dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento di giurisdizione proposto in una controversia, instaurata anteriormente al 1° luglio 1998, in cui sia stata dedotta davanti al giudice ordinario una domanda risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione per illegittimo esercizio della funzione pubblica. (1)*

(1) La sentenza si può leggere in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di richiami e osservazioni di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

Se ne riproduce la massima per pubblicare le note di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO e E. SCODITTI.

\* \* \*

#### La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità.

1. - *Un arrêt de règlement.* Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno riconosciuto che la lesione ad un interesse legittimo del cittadino da parte della pubblica amministrazione ne può impegnare la responsabilità ed obbligarla al risarcimento del danno. Ovvero, che la lesione ad un interesse legittimo può integrare il «danno ingiusto» di cui all'art. 2043 c.c.

Il rischio sempre in agguato di ricadere in luoghi comuni, in parole abusate, la tentazione dell'annotatore di qualificare rivoluzionario l'oggetto della propria fatica di scrittore, si dissolvono di fronte ad una sentenza che azzerava una regola giurisprudenziale consolidata da almeno un cinquantennio. Una sentenza che scioglie una giurisprudenza autorevolmente ritenuta «pietrificata» merita certo gli aggettivi più altisonanti.

La novità non è meno importante solo perché, come ricorda la pronuncia in epigrafe, il principio dell'irrisarcibilità era stato costantemente eroso dalla giurisprudenza degli ultimi decenni, che aveva riconosciuto la responsabilità della pubblica amministrazione in caso di diritti soggettivi «affievoliti», cioè di interessi legittimi oppositivi (1), nonché in caso di rilevanza penale del fatto consistente nell'adozione di un provvedimento amministrativo illegittimo ancorché lesivo di un semplice interesse legittimo (2).

Come insegna lo studio degli ordinamenti di *common law*, l'infiltrarsi

(1) Tra le più recenti, Cass. 25 settembre 1998, n. 9588, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Danni civili*, n. 278, e, per esteso, *Danno e resp.*, 1999, 542, con nota di V. PARISIO, *Concessione edilizia illegittima: responsabilità del sindaco e risarcimento dei danni*, e 14 maggio 1998, n. 4854, *Foro it.*, 1998, I, 2850, con nota di C. DI IASI, *Dalla disapplicazione all'inesigibilità della sentenza fondata su presupposti illegittimi (appunti in ordine ad un'ipotesi costituzionale di «disapplicazione residuale»)*, e *Resp. civ.*, 1999, 123, con nota di S. MONTUORI, *La disapplicazione della concessione illegittima quale eccezione dell'amministrazione alla richiesta di risarcimento del privato.*

(2) Cass., sez. un., 23 novembre 1985, n. 5813, *Foro it.*, Rep. 1986, voce *Responsabilità civile*, n. 126, e *Giust. civ.*, 1986, I, 734; più di recente, Cass. 11 febbraio 1995, n. 1540, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Danni civili*, n. 157, e *Dir. proc. ammin.*, 1997, 358, con nota di D. D'ORSOGNA, *Danno «da reato» e comportamento illegittimo dell'amministrazione: verso l'«ingiustizia» dei danni derivanti da lesioni di interessi legittimi.*

dei *distinguishing* e l'aumento delle eccezioni prelude spesso ad un *overruling* (3). Ma è l'*overruling*, il ripudio di un precedente e della giurisprudenza che ne è seguita a costituire una rivoluzione.

La regola dell'irrisarcibilità non era scritta in alcun testo, ma il risultato di un'evoluzione giurisprudenziale che il giudice (di nomofilachia) ha titolo a modificare (4).

In Francia, la disciplina generale della responsabilità della pubblica amministrazione è il prodotto della giurisprudenza del Conseil d'Etat, anzi, uno dei prodotti più articolati e compiuti dell'attività creativa di quel consesso (5). A livello europeo, le regole sulla responsabilità degli organi nazionali, comprese le autorità amministrative, per violazioni del diritto comunitario, sono state dettate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee in una serie di sentenze che parte dal caso *Francovich* (6) per culminare nella decisione delle cause riunite *Brasserie du pêcheur e Factortame III* (7). Sia detto per inciso che la stessa Corte di giustizia, nella decisione per ultima richiamata, ha respinto l'obiezione del governo tedesco, secondo il quale il compito di dettare regole in materia di responsabilità spetterebbe agli organi politicamente legittimati e non ai giudici, rilevando «che in un gran numero di ordinamenti giuridici nazionali il regime giuridico della responsabilità dello Stato è stato elaborato, in materia determinante, in via giurisprudenziale» (8).

Le sezioni unite, d'altra parte, non mancano di giustificare il *revirement* ricordando la posizione critica della prevalente dottrina rispetto al principio dell'irrisarcibilità delle lesioni a semplici interessi legittimi, ed anzi il dialogo con gli autori che più approfonditamente si sono occupati dell'argomento traspare in molti passaggi motivazionali; pure presente è il riferimento ad interventi legislativi recenti, primo fra tutti il d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, di razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e modifiche al d.leg. 2 febbraio 1993 n. 29 (9), mossi nel senso del riconoscimento, come ammettono sia pur dubitativamente le sezioni unite, di ipotesi di responsabilità per lesione di interessi legittimi pretensivi (10).

(3) Per una ricostruzione in lingua nazionale, U. MATTEI, «*Common Law*». *Il diritto anglo-americano, in Trattato di diritto comparato* diretto da R. SACCO, Torino, 1992, 229 ss.

(4) Come sottolineato da G. QUADRI-E. QUADRI, *Giustizia amministrativa*, Torino, 1997, 41 ss., spettava proprio alla giurisprudenza trovare una soluzione sistematica al problema.

(5) Per tutti, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, 1972, 126.

(6) Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di A. BARONE e R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*; a commento anche R. CARANTA, *Governmental Liability after Francovich*, in *Camb. L.J.*, 1993, 272; P.P. CRAIG, *Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*, in *L.Q.R.*, 1993, 594; M. ROSS, *Beyond Francovich*, in *Mod. L.R.*, 1993, 55; M. NETTESHEIM, *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das Deutsche Staatshaftungsrecht*, in *Die öff. Verw.*, 1992, 999; H.-J. PRIEß, *Die Haftung der EG-Mitgliedsstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht*, in *Neue Verw. Zeit.*, 1993, 118; M. GELLERMANN, *Staatshaftung und Gemeinschaftsrecht*, in *EuR*, 1994, 342; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*, in *Giur. cost.*, 1992, 505; S. TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ.*, 1992, 847; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1585.

(7) Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Foro it.*, 1996, IV, 322, con nota di G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*; anche in *Foro amm.*, 1997, 3, con nota di R. CARANTA, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario*; *Resp. civ.*, 1996, 1123, con nota di S. TASSONE, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità del legislatore nazionale per violazione del diritto comunitario*; a commento anche G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. Mar. Un. Eur.*, 1996, 3; N. EMILIOU, *State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle?*, in *E.L.R.*, 1996, 406; G. ALBERTON, *Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté au droit communautaire; de la contradiction à la conciliation?*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 1997, 1018; W. VAN GERVEN, *Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie*, in H.-W. MICKLITZ-N. REICH (eds.), *Public Interest Litigations before European Courts*, Baden Baden, 1996, 63; N. REICH, *Der Schutz Gemeinschaftsrechte durch Staatshaftung*, in *EuZW*, 1996, 709.

(8) Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, cit., punto 30 della motivazione.

(9) In *Le leggi*, 1998, I, 1821.

(10) Il punto, per il vero, aveva visto divisi i commentatori: tra i molti contribuiti, v. F. CARINGELLA-R. GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il d.leg. 80/98*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 299; A. TRAVI (a cura di), *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Nuove leggi civ.*, 1998, 207; E.A. APICELLA, *Il d.leg. n. 80 del 1998 (c.d. Bassanini ter)*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 245; M. LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urbanistica*, 1999, 101.

timità e dell'illiceità paiono ora doversi considerare non più in un rapporto di contrapposizione, bensì anche d'integrazione. Riflettendo sulle novità introdotte dalla Suprema corte, si scorge infatti che l'atto lesivo di interessi meritevoli di tutela risarcibili e collegati ad interessi legittimi, illecito perché causa di danno ingiusto, è tale soltanto se risulta anche illegittimo: come si è tentato di chiarire alla lesione dell'interesse giuridicamente rilevante deve infatti accompagnarsi la lesione dell'interesse legittimo. L'illegittimità dell'atto diventa quindi in tal caso un presupposto dell'illiceità.

Aggiungiamo le difficoltà di definire l'«interesse meritevole di tutela» (non diritto soggettivo), che secondo la Suprema corte deve essere individuato volta a volta dal giudice in relazione alle concrete fattispecie. Esso si differenzia dal diritto soggettivo in quanto non protetto in modo da garantirne la piena e incondizionata soddisfazione in ragione della sottrazione del diritto stesso da qualsiasi «condizionamento» dovuto alle scelte altrui. Analogamente all'interesse legittimo, il conseguimento del bene finale della vita — ad esempio il rilascio della concessione o l'aggiudicazione del contratto — è infatti correlato all'azione di un soggetto (l'amministrazione) diverso dal titolare dell'interesse: tale soggetto si frappone dunque tra l'aspirazione al bene del titolare e l'effettivo conseguimento del bene stesso. Tuttavia, a differenza di ciò che accade nell'ipotesi di interesse legittimo, ove la soddisfazione del bene finale rientra nella disponibilità dell'amministrazione in vista di un interesse pubblico, l'interesse meritevole di tutela è tutelato da norme che direttamente proteggono il soggetto che si rapporta con l'amministrazione (e che possono riconnettersi al principio generale di buona fede e correttezza) (43). La situazione è in qualche misura simile a quella che si realizza nel diritto privato allorché un soggetto, ad esempio recedendo ingiustificatamente dalle trattative o violando i doveri di informazione, abbia tenuto un comportamento illecito in quanto contrario ai principi di buona fede e correttezza posti a garanzia della controparte: sussiste responsabilità anche se in capo al soggetto danneggiato non possa riconoscersi la pretesa assistita da piena tutela di stipulare il contratto (che a ben vedere è il bene finale cui mira chi partecipa alle trattative).

L'estensione dell'area della risarcibilità dovrà infine essere esaminata anche sotto il profilo delle ripercussioni dell'azione di responsabilità verso i funzionari (44).

Le pronunce in rassegna, in sintesi, non possono essere considerate il definitivo punto di approdo del dibattito sull'illecito della pubblica amministrazione: sarà compito della giurisprudenza e della dottrina, la cui sinergica azione ha provocato il ribaltamento del precedente orientamento giurisprudenziale, affrontare gli argomenti rimasti ancora sfocati e affinare ulteriormente la fisionomia dell'illecito dell'amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

Per il momento sia consentito esprimere quasi provocatoriamente un ultimo dubbio circa la portata pratica della svolta giurisprudenziale: i casi in cui, in sostanza, potranno sorgere questioni relative alla risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi (peraltro, come detto, a nostro giudizio in linea di massima riconducibili alla risarcibilità di un diritto soggettivo) e degli interessi pretensivi dei privati (aspettativa) attengono soprattutto alla materia contrattuale, ai servizi pubblici, all'edilizia e all'urbanistica: ebbene, tali materie, in particolare a seguito dell'emanazione del già citato d.leg. n. 80 del 1998, sono ora in gran parte devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, dunque, con riferimento alle controversie ad esse attinenti non sarebbe ipotizzabile alcun rischio connesso alla «doppia tutela» offerta dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo (45). D'altro canto, sul piano sostanziale, è soprattutto in quegli ambiti che si riscontra la presenza di una disciplina che protegge in modo particolare l'affidamento del privato, assicurandogli non solo la titolarità dell'interesse legittimo, ma la più consistente garanzia che la sua pretesa, alla luce della «disciplina applicabile» e del «criterio di normalità», non possa essere frustrata con un'azione illegittima della pubblica amministrazione.

FABRIZIO FRACCHIA

(43) Parte della dottrina, in passato, ha affermato che l'affidamento risarcibile sarebbe protetto da norme analoghe a quelle che tutelano il diritto soggettivo, nel senso che esse proteggerebbero l'interesse del singolo e non quello dell'amministrazione (A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità*, cit., 12 ss.; E. CASETTA, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., 219). Questa tesi sembra sostenibile anche alla luce delle decisioni *de quibus*: essa consente di giustificare la presenza della giurisdizione del giudice ordinario nelle residue ipotesi in cui la controversia attenga a materia non attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, senza dover affrontare problematiche analitiche circa la compatibilità del nuovo quadro con la disciplina costituzionale, ovvero senza dover ricorrere alla costruzione che individua sempre un diritto soggettivo (al risarcimento); essa conferma per altro verso che non tutti gli interessi legittimi sono risarcibili. Da ultimo, v. A. ROMANO, *Sono risarcibili*, cit.

(44) V., sul punto, G. MORBIDELLI, *Della responsabilità contrattuale (e di quella provvedimentoale) dei dirigenti*, cit., 169.

(45) Tale rischio era stato ipotizzato *supra*, par. 3.

\* \* \*

### Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi? (\*)

1. - La sentenza in epigrafe rileva che la giurisprudenza della Cassazione (qualificata come tutt'altro che «pietrificata»), ha risolto in modo soddisfacente il problema della risarcibilità dei c.d. interessi legittimi oppositivi (dove la sigla convenzionale «c.d.» vuole essere qui riferita agli «interessi legittimi», non all'aggettivo «oppositivi»); ma che, però, non ha risolto in ugual modo, almeno in linea di principio, quello della risarcibilità dei c.d. interessi legittimi pretensivi; che, d'altronde, la dottrina ha reclamato a gran voce un'analogo soluzione positiva anche per la risarcibilità di questi ultimi; la quale, comunque, è tempo che venga adottata.

L'esito al quale approda la sentenza, è un importante ampliamento dell'area delle situazioni individuali la cui ingiusta lesione da parte dell'amministrazione deve essere considerata risarcibile: con la caduta, almeno in termini generali, della preclusione che la ostacolava, nella direzione suddetta. Ed è contributo prezioso, e perfettamente condivisibile.

Ciò non significa, tuttavia, che non si possano avere perplessità, sulla prospettiva dogmatica nella quale la motivazione si sviluppa. L'impostazione in termini di risarcibilità degli interessi legittimi (oppositivi), che è stata data al problema ivi considerato e positivamente risolto, infatti, sembra: A) concettualmente non produttiva; B) eccessivamente riduttiva di un fenomeno di ben più ampie dimensioni, che non vi può essere apprezzato, quindi, in tutta la sua imponenza e radicalità; C) superata dall'art. 35, 1° comma, d.leg. 80/98.

2. - A) La sentenza offre la preziosa soluzione positiva alla questione che solo in omaggio al linguaggio comune si seguita qui a definire in termini di risarcibilità dei c.d. interessi legittimi pretensivi, in una prospettiva che appare come naturale: come il piano sviluppo della soluzione altrettanto positiva che da tempo la giurisprudenza civile, in particolare della Cassazione, aveva dato all'analogo questione relativa ai c.d. interessi oppositivi.

Ma la Cassazione, al riguardo, non aveva affatto ragionato in termini di lesione di interessi legittimi: anzi, nella ricostruzione della vicenda, aveva nettamente respinto questo inquadramento. Perché, a proposito dei provvedimenti ablativi illegittimi, ossia dell'ipotesi più importante e più frequentemente considerata al riguardo, aveva individuato il fatto lesivo ascrivibile all'amministrazione come causa della sua responsabilità, nel comportamento col quale aveva privato il proprietario dell'effettiva disponibilità del bene, e non della sua astratta posizione giuridica su di questo: con violazione, quindi, di quel suo diritto soggettivo nei suoi confronti, che doveva considerarsi riemerso dopo l'annullamento di un provvedimento del genere, da parte del giudice amministrativo; riemerso, ma con effetto *ex tunc*.

E che sia difficile potersi scostare in modo logicamente corretto da questa linea di ragionamento, sembra essere indicato dalla convergenza di due serie di argomentazioni.

Da un lato, uno dei pochi tratti sicuri di una figura così sfuggente come l'interesse legittimo, perfettamente compatibile anche con una sua definizione come situazione soggettiva sostanziale, è che esso è protetto da regole poste all'esercizio da parte dell'amministrazione di un suo potere; quindi, può essere leso solo dall'esercizio (illegittimo), di questo potere; ma l'esercizio del potere amministrativo si identifica col provvedimento; perciò, può essere leso solo da un provvedimento.

Dall'altro, il danno subito dal titolare di una situazione soggettiva, qualunque essa sia, può essergli arrecato solo da un comportamento di fatto; si ipotizzi un provvedimento ablativo (illegittimo, e poi annullato dal giudice amministrativo), non seguito dalla materiale sottrazione del bene al proprietario (v., per es., Cass. 4848/97, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Espropriazione per p.i.*, n. 404; e, sia pure in relazione all'indennità di occupazione, Cass., sez. un., n. 128/SU del 1999, *id.*, Mass., 235): dove è qui il danno? E, a ben guardare, in una considerazione sostanzialista di quel che è il bene della vita che l'ordinamento intende tutelare con l'istituto della proprietà, dove è qui la lesione del diritto?

Si dirà: provi il (provvisoriamente ex-) proprietario, a piazzare il bene sul mercato, nella pendenza del giudizio amministrativo di annullamento, e pur nella speranza del ripristino del suo diritto su di esso; e si accorgerà se, anche se avesse mantenuto l'effettiva disponibilità del bene, abbia o no già subito un danno. Ma il deprezzamento del bene stesso, dal punto di vista della sua commerciabilità da parte del proprietario, non è provocato dal trasferimento di proprietà che il provvedimento, illegittimo e perciò solo annullabile, ha *medio tempore* attuato; ma dalle incertezze che il vecchio proprietario la possa recuperare nei suoi confronti; dunque, da un elemento di puro fatto. Più chiaramente, il provvedimento ablativo qui rileva non come causa dell'effetto traslativo che pure produce, ma come mero fatto; tanto vero, che il medesimo deprezzamento comincia a verificarsi, e in modo progressivo, fin dai prodromi della procedura ablativa: quando ancora non ci sono atti formali; o, se ci sono, sono meri atti amministrativi, e non provvedimenti costitutivi di precisi effetti giuridici traslativi.

È proprio la prospettiva adottata dalla sentenza che suggerirebbe un'e-

(\*) Nel ricordo di Carlo Scialoja.

stensione anche a proposito della lesione degli interessi c.d. pretensivi, della ricostruzione della vicenda che la Cassazione stessa ha sostenuto per quelli oppositivi.

Perché anche quando l'interesse legittimo leso, o che appare esserlo stato, ha carattere pretensivo, la controversia ha per oggetto un concreto bene della vita; che, qui, si atteggia come la possibilità di esplicare l'attività subordinata ad autorizzazione (per quella subordinata viceversa a concessione, il discorso sarebbe parallelo, e, perciò, se non altro per brevità, può essere qui tralasciato). Meglio: l'esplicazione, *in casu*, di un generale diritto di libertà, o di iniziativa economica, o di utilizzazione di un bene, ecc.

Questo lo sa bene chi si occupa di processo amministrativo: che è ben conscio che l'articolazione del ricorso anche con una domanda di contenuto annullatorio, può essere necessaria, quando sull'istanza l'amministrazione non è rimasta inerte (s'intende: fuori dai casi di silenzio-assenso, peraltro in continua moltiplicazione), ma ha emesso un provvedimento esplicito di diniego; ma che non dubita più che la sua caducazione, nella vicenda, sia solo un episodio relativamente marginale: perché quel che può soddisfare l'interesse sostanziale di cui il ricorrente chiede tutela, è solo l'emanazione di un provvedimento positivo, e, dunque, anzitutto, una formulazione della decisione di accoglimento che la condizioni il più strettamente possibile. In altre parole, che vi sia un provvedimento negativo esplicito, o che vi sia una mera inerzia dell'amministrazione, è variante irrilevante per la definizione del vero oggetto del giudizio.

Ma anche dal versante che fino al d.leg. 80/98 era devoluto totalmente alla giurisdizione civile, non pare che le cose mutino la loro fisionomia. Si ipotizzi che l'amministrazione respinga l'istanza, ma che l'istante, ciò nonostante, intraprenda l'attività che il provvedimento negativo gli precluderebbe, prima del suo annullamento (poi intervenuto), da parte del giudice amministrativo. Dove è qui il danno? E, nella medesima visione sostanzialista prima accennata, che identifica il bene della vita di cui si controverte nei termini che si è detto, dove è la stessa lesione della situazione soggettiva nella quale si concreta?

Interesse legittimo e risarcimento del danno appaiono elementi incompatibili: addirittura ontologicamente. Perché la lesione di un interesse legittimo, in termini concettualmente corretti, può essere provocata solo da un provvedimento (illegittimo, e in quanto lo sia). Mentre un danno può essere provocato solo da un comportamento di fatto (o anche da un provvedimento, ma che però rilevi come fatto per la sua stessa emanazione, e non come causa dei suoi effetti tipici). Si è accennato prima all'eventualità che un diritto soggettivo possa essere violato solo da un comportamento di fatto. Ma il problema qui può essere tralasciato: perché qui quel che conta è avere intravisto che solo un diritto soggettivo può essere leso da un simile comportamento: prima ancora che un simile comportamento possa arrecare un danno.

Nella vicenda considerata dalla sentenza, che la situazione lesa sia qualificata come un interesse legittimo (pretensivo), sembra essere l'effetto di un'illusione ottica. Un punto è certo: tale situazione non è un diritto soggettivo. Ma dire che, allora, è un interesse legittimo, costituisce un inaccettabile salto logico. E l'incongruenza è meglio sottolineata con un'aggettivazione del termine con il quale è qualificata la situazione negata: che, certo, non è un diritto soggettivo pieno. Perché si intravede, allora, che, viceversa, è un'aspettativa di un siffatto diritto. È arbitrario identificare le aspettative di diritti con interessi legittimi pretensivi: perché questi interessi si contrappongono a quelli oppositivi, non ai diritti soggettivi pieni; e a questi diritti soggettivi pieni, si contrappongono, viceversa, le loro correlate aspettative. Le due contrapposizioni non possono essere confuse: se non altro, perché si pongono su piani diversi.

È la sentenza stessa che apre questa prospettiva. Quando identifica, molto precisamente e molto esaurientemente, una nutrita serie di aspettative in rapporti tra soggetti privati. Che, proprio per la natura privata di questi soggetti, davvero interessi legittimi non possono dirsi. Perché l'interesse legittimo è nozione insita in rapporti di cui un soggetto sia necessariamente un'amministrazione: che, perciò, risulta non trapiantabile in altri rami del diritto.

È vero che vi sono stati suggestivi tentativi dottrinali di configurare interessi legittimi anche in diritto privato. Ma le realtà che talvolta si è cercato di definire così, devono essere inquadrare, viceversa, in prospettive più ampie, e anche più lineari. Ossia, considerando che il mondo delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, elaborato soprattutto dai privatisti, è ricco di figure tra loro differenziate. Che il diritto soggettivo è solo una di queste. E che, quindi, escludere che una data situazione giuridica soggettiva sia un diritto soggettivo (pieno), non implica affatto l'uscita da quel quadro concettuale.

È anche vero che il punto di vista degli amministrativisti non aiuta certo a comprendere la sua complessità. Perché ad essi, quel che preme, è risolvere il problema del riparto tra le giurisdizioni. E, a tal fine, quel che per loro è sufficiente, è stabilire se una data situazione giuridica soggettiva sia o no un interesse (legittimo), tutelabile dal giudice amministrativo. Perché, una volta escluso che lo sia, per inquadrarla corrispondentemente, a loro basta etichettarla con una generica qualifica di diritto soggettivo; ogni sua ulteriore e più precisa definizione, sempre da tale angolo visuale, appare loro superflua.

3. - B) D'altra parte, è sicuramente assai sentita, anche dagli amministrativisti, l'esigenza di un ampliamento delle situazioni giuridiche individuali che siano da ritenersi risarcibili, se lese illegittimamente (o, meglio: illecitamente), dall'amministrazione. Ma è riduttivo circoscrivere alla superficie l'impostazione del problema: sul solo piano, appunto, della loro risarcibilità. Senza andare alla radice della questione: che affonda nella loro stessa configurazione sostanziale. Senza riconoscere, cioè, che quel che è essenziale, è la loro natura giuridica: che quel che è decisivo, è, come si vedrà, che si atteggiano, o, meglio, sono diventate diritti soggettivi. Dalla quale loro natura, la loro risarcibilità discende pianamente; mentre, come si è accennato, sarebbe altrimenti inspiegabile. Per ulteriori approfondimenti ci sia concesso rinviare a: *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. ammin.*, 1998, I ss.

Di questa evoluzione, l'esempio più chiaro è proprio il caso che si adduce comunemente come prova della risarcibilità degli interessi legittimi: quello degli interessi individuali coinvolti nelle procedure concorsuali per l'affidamento di appalti pubblici.

Sicuramente, il nostro diritto interno, prima dell'irrompere di quello comunitario, li configurava come tali. Perché le nostre vecchie leggi di contabilità pubblica, vincolavano l'amministrazione a ricorrere alle gare e al mercato, perché vedevano in queste lo strumento mediante il quale poteva selezionare il miglior contraente, e spuntare le migliori condizioni possibili. In questa prospettiva, è ovvio che gli interessi delle imprese venivano tutelati solo di riflesso: di rimbalzo, da norme finalizzate anzitutto agli interessi dell'amministrazione; in modo corrispondente, cioè, alla più classica delle definizioni dell'interesse legittimo.

Ma proviamo, adesso, a spiegare alla commissione di Bruxelles e alla corte di Lussemburgo, che tutto l'armamentario delle direttive comunitarie in materia è stato escogitato al solo fine di consentire all'amministrazione di perseguire al meglio i suoi interessi. È evidente la risarcibilità, in quelle sedi, della nostra affermazione. Perché quel che l'ordinamento comunitario tutela in primo luogo, sono gli interessi delle imprese, oggettivati nelle regole di funzionamento del mercato: sono questi interessi, gli interessi che ora vengono tutelati in modo primario e diretto. Il mercato, perciò, da strumento cui l'amministrazione può ricorrere per poter perseguire meglio i suoi fini istituzionali, si è trasformato in limite che la vincola anche in questa sua funzione. Gli interessi delle imprese, così, da subordinati a quelli dell'amministrazione, sono saliti di livello, ponendosi come equiordinati nei loro confronti.

Ora, vi è un tratto di differenziazione della figura dell'interesse legittimo da quella del diritto soggettivo, sul quale credo che tutti possiamo convenire: l'interesse individuale che l'ordinamento tutela (solo) secondo il primo schema, lo è perché l'ordinamento medesimo lo pone come subordinato rispetto a quelli pubblici, che soggettiva nell'amministrazione; mentre quello che tutela (addirittura) secondo l'altro schema, lo è perché lo pone rispetto a questi in posizione paritaria; e addirittura prevalente, entro i limiti nei quali li tuteli come tali. E allora, l'evoluzione della tutela che il nostro ordinamento accordava e accorda agli interessi delle imprese coinvolte nelle procedure concorsuali per l'affidamento degli appalti pubblici, è nel senso che essi, da (meri) interessi legittimi, si sono trasformati in (veri) diritti soggettivi.

Le ipotesi nelle quali questa evoluzione si è verificata, sono numerosissime. Ed una di queste, con tutta probabilità, va ravvisata nella vicenda decisa dalla sentenza in epigrafe. Perché anche le posizioni di vantaggio che il privato consegue attraverso gli accordi, in particolare quelli in materia edilizia, non si accetta più che siano in balla di successive scelte che l'amministrazione compia in un lecito esercizio dei suoi poteri: e sia pure, per altro verso legittime, in quanto finalizzate a scopi pubblici. Oggi, tali posizioni possono essere percepite come diritti soggettivi; e rispetto alla concreta possibilità di edificare, e all'assenso della autorizzazione che lo permette, come loro aspettative: che, rispetto ad essi si è visto essere sostanzialmente omogenee. Certo, da tali accordi l'amministrazione può recedere «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse...», secondo la formula dell'art. 11, 4° comma, l. 241/90. Ma la sopravvenienza di tali interessi, è condizione di esistenza del potere di recesso. Con la conseguenza che se questa sopravvenienza non si verifica (oppure, *id est*, non viene dimostrata), il diritto soggettivo del soggetto permane; se si vuole: l'interesse individuale seguita ad essere tutelato come tale dall'ordinamento.

Non è, dunque, che gli interessi legittimi, o, almeno, alcune loro categorie, siano diventati risarcibili. È che gli interessi legittimi, o, meglio, alcune loro categorie, si sono trasformati in diritti soggettivi. E solo per questo mutamento della loro natura, sono diventati risarcibili.

In tutta la vicenda della risarcibilità dei c.d. interessi legittimi, vi sono aspetti sconcertanti. Per esempio, essa viene sostenuta in nome di principi dell'ordinamento comunitario, o di quelli che vigono in altri ordinamenti interni europei, ai quali ci dobbiamo adeguare. Ma chi propugna questo esito, porta a suo sostegno argomentazioni contraddittorie. Perché, da un lato afferma la risarcibilità suddetta; ma, dall'altro, rileva, e per di più in modo quanto mai critico nei confronti dei nostri interessi legittimi, che la loro figura in tali ordinamenti è sconosciuta. Come è possibile, allora, che questi prevedano la risarcibilità di situazioni soggettive che ignorano? Perché dire che, dal loro punto di vista, noi dobbiamo rendere risarcibili tali nostri interessi legittimi? E non che, viceversa, dobbiamo considerarli come diritti soggettivi, o, almeno, come divenuti tali?

Tanto più che nella giurisprudenza comunitaria sulle situazioni giuridiche soggettive risarcibili, queste vengono definite come diritti soggettivi. Certo, non ci si può fermare a considerare le sole etichette con le quali vi vengono contrassegnate: senza valutare quale sia il loro reale contenuto che vi viene individuato. Ma è proprio dall'esame di questo, che risulta che i requisiti della situazione giuridica soggettiva che tale giurisprudenza comunitaria ritiene necessari per la sua risarcibilità, corrispondono a quelli dei nostri diritti soggettivi, e non certo a quelli dei nostri interessi legittimi. Si prenda *Hedley Lomas* (Corte giust. 23 maggio 1996, causa C-5/94, *id.*, Rep. 1997, voce *Unione europea*, n. 764), notissima perché ha statuito sulla responsabilità dell'amministrazione per un suo atto; e vi si legge a tutte lettere, che il primo requisito perché una situazione del genere sia risarcibile, è che «... la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli...» (e, come nota la sentenza, l'affermazione è ricorrente almeno da *Franovich* in poi). Qui, si ripete, non conta l'etichetta di «diritto soggettivo» che vi viene data; conta la finalizzazione della norma che vi è richiesta. La quale davvero non è coerente con quella delle disposizioni che tutelano interessi individuali solo di riflesso: conferendo loro la mera consistenza dei nostri interessi legittimi.

Ma quel che colpisce di più, nella tesi che siano gli interessi legittimi in quanto tali ad essere risarcibili, non è che chi la sostiene si sforzi di percorrere una via che concettualmente sembra impervia: è che, in tal modo, mira a raggiungere un risultato che è solo parziale. E quel che sorprende di più, è che respinga una prospettiva che non solo è molto più lineare; ma che soprattutto è anche la più adatta per valutare l'ampiezza e la profondità dell'evoluzione in atto.

Evoluzione, che può essere così definita: una gamma sempre più ampia di interessi individuali, che l'ordinamento in precedenza subordinava a quelli collettivi che soggettiva nell'amministrazione, ora li contrappone ad essi. Nel senso che l'ordinamento medesimo media tra gli uni e gli altri, dettando l'assetto delle loro relazioni reciproche: stabilendo fin dove devono prevalere tali interessi collettivi, ossia limitando in modo corrispondente i poteri che attribuisce all'amministrazione per il loro perseguimento; e fin dove, viceversa, devono essere salvaguardati gli interessi individuali contrapposti, limitando in modo corrispondente i diritti soggettivi che così attribuisce al riguardo ai loro titolari.

Evoluzione, che può essere sintetizzata, col richiamo del titolo di un non recente, ma sempre attuale studio di BENVENUTI: *Verso un diritto amministrativo paritario*.

4. - C) Infine, quella della risarcibilità degli interessi legittimi è prospettiva che appare davvero superata dal d.leg. 80/98.

Il cui art. 35, 1° comma, richiede che i danni arrecati dall'amministrazione, che essa deve risarcire, siano valutati come «ingiusti»: con evidente richiamo della formula dell'art. 2043 c.c.

Cosa si debba intendere per «danno ingiusto», dal punto di vista del diritto amministrativo, richiederà grandi sforzi di analisi e di sintesi. Certo, anzitutto da parte degli amministrativisti: i quali dovranno portarvi il contributo della ricostruzione da tale punto di vista dei rapporti tra amministrazione e soggetti individuali, che rientra in primo luogo nella loro competenza specifica. Ma anche, e per altro verso soprattutto, da parte dei privatisti: i quali, dal canto loro, dovranno portarvi il contributo della ricostruzione del fondamento, o dei fondamenti, della responsabilità civile; che hanno molto sviluppato in questi decenni, anche se con pluralità di scuole, di metodi e di voci, le quali, tuttavia, più o meno tutto trascendono i nostri più angusti angoli visuali.

Però, il concetto di danno ingiusto che ne risulterà, avrà scarsi rapporti col problema che noi oggi dibattiamo in termini di risarcibilità degli interessi legittimi, o presunti tali. O, quanto meno, sarà di scarsa utilità stabilirvi un nesso.

Si potrebbe pensare, anzitutto, che la violazione di un interesse legittimo costituisca di per sé «danno ingiusto». Ma è tesi che per prima già la sentenza odierna respinge. Data l'eterogeneità degli interessi individuali la cui rilevanza giuridica è contrassegnata dalla nozione di interessi legittimi, infatti, potrebbero essere considerati risarcibili solo quelli appartenenti ad alcune loro categorie. Si tratterebbe, allora, di selezionarli. Ma l'individuazione dei loro caratteri, che sarà svolta a tal fine, allora, potrebbe essere utilizzata direttamente per la valutazione dell'applicabilità nei loro confronti dell'art. 2043 c.c.: per stabilire se i danni provocati dalla loro lesione possano essere oppure no considerati ingiusti alla sua stregua; ossia, indipendentemente da ogni loro previa classificazione all'interno della nozione di interesse legittimo.

Si potrebbe pensare di percorrere, allora, l'*iter* logico inverso. Al fine di accertare se l'interesse individuale, i danni provocati dalla cui lesione siano stati valutati come «ingiusti» secondo la norma civilistica, sia qualificabile come un interesse legittimo, o come un interesse legittimo di una particolare categoria. Ma una volta che il risultato essenziale sia stato raggiunto, con la valutazione di risarcibilità di tali danni, a che pro procedere a questa ulteriore analisi?

Si intravede, così, che la questione della qualificabilità o meno come interesse legittimo, della situazione ritenuta per altra via risarcibile, presto diventerà del tutto teorica. O del tutto dottrinale. Se non addirittura accademica, nel significato meno nobile del termine.

ALBERTO ROMANO

\* \* \*

### L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria.

1. - *La svolta: il giudice ordinario accerta in via principale l'illegittimità dell'atto amministrativo.* Quando negli Stati Uniti nella celebre causa *Marbury v. Madison* nel febbraio del 1803 il giudice Marshall riconobbe il potere della Supreme Court di procedere al controllo di costituzionalità delle leggi, non vi era alcuna norma che lo prevedesse, ma soltanto la clausola di supremazia della Costituzione, ed il lontano precedente del *Dr. Bonham case*, in Inghilterra nel 1610, in cui il giudice Coke aveva affermato il principio dell'incostituzionalità delle leggi contrarie ai principi basilari del *common law*. La sentenza della Corte suprema si collocava nel sistema, era interpretazione e non produzione del diritto, in quanto il principio che affermava era conseguenza dell'esistenza di una Costituzione scritta, ma ha prodotto una innovazione nell'ordinamento cui il legislatore costituzionale dell'Europa continentale ha dovuto rispondere, dopo più di un secolo, disciplinando in modi differenziati il controllo di costituzionalità (accentrato in una corte in Austria, misto, con elementi di controllo diffuso, in Italia, più accentuatamente diffuso in Portogallo e Grecia, e così via). Anche la sentenza della Corte di cassazione, a sezioni unite, 22 luglio 1999, n. 500/SU, che riconosce la risarcibilità del danno per violazione degli interessi legittimi, si muove nell'ambito del sistema, ma i suoi effetti sull'assetto della giurisdizione sono dirompenti, e una, o più reazioni del legislatore (ordinario, ma anche costituzionale) sono probabilmente inevitabili. Ancora una volta, come per il caso *Marbury v. Madison*, alla base vi è il rapporto fra il cittadino ed il potere (il potere legislativo, qui quello amministrativo). Che la giurisprudenza abbia retto per decenni, nonostante il contrario avviso per un quarantennio della dottrina, ha una ragione precisa, e non è imputabile ad una sorta di ortodossia, ad un atto di fede verso un dogma. Non è un caso che la decisione sia giunta dopo che ormai diffuso era il sentore della tendenza alla modifica dei criteri di riparto della giurisdizione (l'ultima commissione bicamerale per le riforme costituzionali ancorava il criterio a un blocco di materie omogenee; ma ricordiamo anche il d.leg. 80/98, su cui a breve). Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi ha una ricaduta formidabile sul ruolo stesso della giustizia amministrativa. Caduto quel muro, gli effetti sull'ordinamento paiono un fiume in piena, in cui solo il legislatore può probabilmente porre degli argini. La sentenza in epigrafe proietta la sua luce molto in là, sulla storia e il concetto stesso di diritto amministrativo, per come in Italia (ma diciamo anche in Europa continentale) lo conosciamo. L'imponenza dell'apparato argomentativo garantisce a sufficienza la funzione nomofilattica di una pronuncia, che, è bene ricordarlo, non è stata resa dalle sezioni unite in sede di composizione di conflitti interpretativi fra sezioni della corte o in ragione dell'importanza della questione, ma nella più modesta sede del regolamento preventivo di giurisdizione.

La svolta in dottrina era ormai sentita come imminente (MONATERI, *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un «prospectiva overruling» verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 1998, 829) e già affiorava la preoccupazione di prevenire il rischio di una apertura indiscriminata di giudizi risarcitori (BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, *id.*, 1997, 269 ss.; *Id.*, *La responsabilità civile dello Stato*, *id.*, 1999, 10, che all'uopo fa riferimento ad una responsabilità da affidamento; MORELLI, *Alla frontiera del «danno ingiusto» fermati ancora una volta gli interessi legittimi. Ma...*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1769, richiama quali criteri limitativi minimi la patrimonialità del danno ed il nesso eziologico, cui, peraltro, le stesse sezioni unite sembrano fare riferimento). Vi è stata comunque una significativa evoluzione legislativa, che la sentenza si preoccupa di tratteggiare, il cui ultimo passo è stato il d.leg. 31 marzo 1998 n. 80. Per il vero, che dal conferimento delle controversie risarcitorie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (per le materie previste dagli art. 33 e 34 del provvedimento legislativo, ovvero per l'intero ambito della giurisdizione esclusiva, secondo la doppia possibilità interpretativa; ma v. il d.d.l. C5956/S2934, approvato dal senato il 22 aprile 1999, al momento di chiusura di questa nota alla camera in prima lettura, che prevede l'attribuzione dei giudizi risarcitori al giudice amministrativo nelle materie deferite alla sua giurisdizione) si ricavasse un principio di risarcibilità degli interessi legittimi violati era questione discussa. La relazione governativa al provvedimento parlava di una condanna al risarcimento anche per posizioni non riconducibili al diritto soggettivo, il Consiglio di Stato, nel parere n. 30/98, reso all'adunanza del 12 marzo 1998 (*Foro it.*, 1998, III, 350, con osservazioni di A. ROMANO), propendeva per il rinvio all'interpretazione del giudice amministrativo (nel senso del riconoscimento legislativo della risarcibilità degli interessi, MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. ammin.*, 1998, 817; per la tesi invece del rinvio all'interpretazione dell'art. 2043 c.c., CARINGELLA-GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il d.leg. 80/98*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 303; per Tar Lombardia 10 luglio 1999, n. 2585, *ibid.*, 1123, l'art. 35 d.leg. 80/98 è una norma puramente processuale relativa al riparto, inidonea a mutare il regime