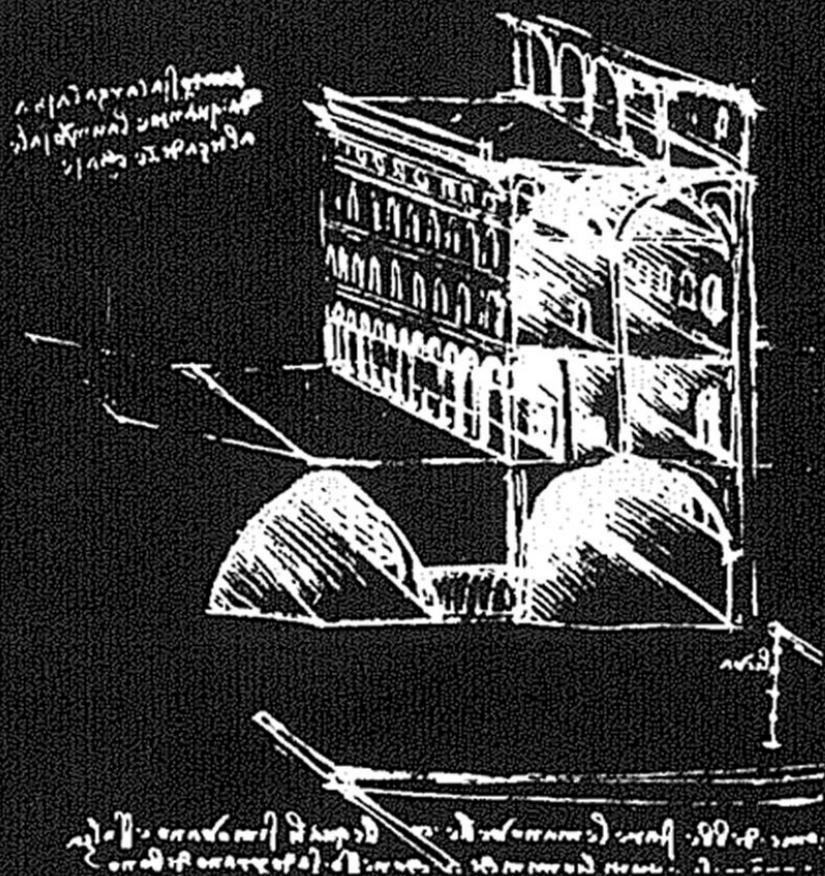


RIVISTA TRIMESTRALE DEGLI APPALTI



2/2006



MASSIMO GIAVAZZI

GLI INTERESSI LEGITTIMI NEGOZIALI (1):
VI SONO, INVERO, SITUAZIONI GIURIDICHE DI VANTAGGIO
DEL PRIVATO COLLEGATE A DIRITTI SOGGETTIVI
(E NON GIÀ A POTESTÀ) DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.
CRITICA ALLA *COMMUNIS OPINIO* CHE ASSOGGETTA
ALLA GIURISDIZIONE ORDINARIA L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sul tema d'indagine e sulle finalità della disamina. – 2. L'emergente problema della legittimità costituzionale dell'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205. – 3. La capacità di diritto privato dell'ente pubblico. – 4. Breve disamina del concetto di potere, ai fini che qui interessano. – 5. L'autoritatività degli atti della procedura di evidenza pubblica, tra finzione e realtà (brevi anticipazioni). – 6. L'evoluzione della disciplina della trattativa privata. – 7. L'autoritatività degli atti della procedura di evidenza pubblica, tra finzione e realtà (approfondimenti). – 8. L'attività negoziale della pubblica amministrazione quale momento di sintesi tra l'autonomia negoziale e la discrezionalità amministrativa. – 9. L'interesse legittimo quale pretesa del privato al corretto esercizio delle funzioni (anche) non autoritative degli enti pubblici. – 10. Gli interessi legittimi nel diritto privato. – 11. Gli interessi legittimi emergenti nella fase di esecuzione del contratto. – 12. Considerazioni conclusive.

1. *Cenni introduttivi sul tema d'indagine e sulle finalità della disamina.* – La recente sentenza della Consulta sui limiti della giurisdizione esclusiva (2) rende oltremodo attuale – come meglio si ve-

(1) La particolare situazione giuridica di vantaggio del privato contraente, che si andrà in seguito a delineare, emerge nel procedimento d'evidenza pubblica nel rapporto giuridico che trae origine dalla deliberazione di quei particolari atti amministrativi, non provvedimenti, che autorevole dottrina ha definito come atti amministrativi negoziali, e in rapporto a ciò, proprio perché attengono alla medesima, complessa, vicenda, pare utile definire, per simmetria, come interessi legittimi negoziali. A tal riguardo, per la formulazione della teoria degli atti amministrativi negoziali v. G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.

(2) Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

drà – l'indagine sulla natura della situazione giuridica soggettiva del privato coinvolto in una procedura di evidenza pubblica ⁽³⁾.

Si tratta, infatti, ora di stabilire se la discrezionalità esercitata dall'ente pubblico nelle trattative precontrattuali e nell'adempimento del contratto di diritto privato sia sintomatica della presenza nella fattispecie di un potere autoritativo, o se, invece, la determinazione unilaterale della pubblica amministrazione di concludere un contratto, o di esercitare un diritto potestativo che su di esso incida, debba intendersi quale espressione di una scelta connaturata alla comune autonomia negoziale. Ciò che – come si avrà modo di meglio spiegare – ci impone il confronto con una figura mitologica del diritto amministrativo ⁽⁴⁾: l'interesse legittimo.

Ci si propone, dunque, di indagare come il rapporto obbligatorio tra il privato contraente e la pubblica amministrazione si realizzi attraverso l'incontro della concatenazione che caratterizza la fase genetica di ogni provvedimento amministrativo: potestà → potere amministrativo → discrezionalità; con la consueta progressione della fase genetica di un contratto: diritto soggettivo → potere negoziale → autonomia privata.

In quest'ambito si vuole, quindi, valutare se l'innesto delle norme sull'evidenza pubblica sul contratto di diritto privato alteri i tratti del rapporto obbligatorio che la pubblica amministrazione stringe con il privato contraente, traghettandolo nell'ambito del diritto pubblico (o se si vuole – ma è lo stesso ⁽⁵⁾ – di un diritto privato speciale), per tale via affievolendo i diritti soggettivi del contraente privato a interessi legittimi; o se, invece, le norme di azione che regolamentano l'attività amministrativa di diritto privato costituiscano mera autoregolamentazione della sfera giuridica dell'ente pubblico.

È indubbiamente una questione di grande complessità – rispetto alla quale si può avere solo l'ardire di sollevare dubbi piuttosto che di suggerire soluzioni –, anche perché si tratta di una problematica assolutamente trascurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che raramente si sono fatte carico di giustificare il tradizionale in-

(3) R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. ammin.*, 2004, p. 839, afferma che "le conseguenze sarebbero assai più rilevanti ove si ritenesse che la prospettiva seguita dalla Corte comporti l'illegittimità dell'art. 6, l. n. 205; ritengo tuttavia che non sia eccessivamente arduo un percorso argomentativo che – poggiando sulla natura del potere esercitato, anche da soggetti formalmente privati, nelle procedure ad evidenza pubblica – salvi la richiamata disposizione da future eventuali eccezioni di legittimità costituzionale".

(4) Cfr. M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, p. 317 ss.

(5) A. AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici di Antonio Amorth*, I, Milano, 1999, p. 341 sostiene, infatti, che "le cosiddette norme di diritto privato speciale ... appartengono al diritto pubblico".

quadramento pubblicistico degli atti dell'evidenza pubblica e il consolidato riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo – al quale sono devolute le controversie sulla fase di formazione del contratto – e autorità giudiziaria ordinaria – alla quale sono, invece, attribuite le controversie attinenti all'esecuzione dei contratti –: arrestandosi sovente entrambe di fronte al rilievo che gli atti della procedura di evidenza pubblica sarebbero provvedimenti amministrativi.

Invero, il complesso tema d'indagine è già stato affrontato, diversi lustri or sono, da autorevole dottrina che, contraddicendo l'opinione (allora e ora) dominante, è giunta alla chiara dimostrazione di “quanto sia poco appropriato parlare di provvedimenti amministrativi, nel caso degli atti di evidenza pubblica formativi della volontà contrattuale e negoziale dell'amministrazione” (6).

Il risultato che si è a tal proposito raggiunto è, certo, utile a schiarire quantomeno il punto di partenza di questa, assai più modesta, disamina, che, per altra via (si confida) giungerà a dimostrare il comune assunto dell'emersione nelle procedure di evidenza pubblica di un interesse legittimo, che si giustappone alla situazione giuridica di diritto soggettivo, che pure permane in capo al privato contraente. E ciò perché l'interesse legittimo negoziale non è il risultato dell'affievolimento del diritto soggettivo del privato contraente al contatto con l'esercizio di un potere autoritativo discrezionale, bensì dell'affrancazione (conseguente alla funzionalizzazione all'interesse pubblico dell'attività amministrativa di diritto privato) della soggezione in cui si trova qualunque contraente privato a fronte dell'esercizio di un diritto potestativo di un altro privato (7).

Anche nel diverso, e certo assai più limitato, ambito d'indagine di questo scritto, vi è, infatti, da stabilire se, a fronte dell'esercizio dell'autonomia negoziale di diritto privato da parte di una amministrazione pubblica nel regime dell'evidenza pubblica (8), la doverosa

(6) G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 95.

(7) G. GRECO, *op. cit.*, p. 103.

(8) Si vuole in tal modo restringere l'indagine all'attività amministrativa di diritto privato della nota tripartizione di A. AMORTH, in *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici di Antonio Amorth*, I, Milano, 1999, p. 281, con esclusione, dunque, della – pur contigua – problematica dell'attività privata della pubblica amministrazione. Non s'ignora, peraltro, che vi è chi (P. CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, in *Giustizia-amministrativa.it*) afferma che “la funzionalizzazione della stessa attività di diritto privato della pubblica amministrazione (anche nella sua manifestazione tradizionale e meno problematica dell'attività contrattuale *jure gestionis* finalizzata all'approvvigionamento di beni e servizi), con il connesso superamento dell'idea di un'attività privata della pubblica amministrazione ...”. Nondimeno, a noi pare ancora attuale la tradizionale tripartizione, perché consente di distinguere l'attività funzionalizzata a un interesse pubblico specifico da quella collegata con il generico interesse pubblico.

funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse collettivo dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione⁽⁹⁾ sia espressione della discrezionalità nell'esercizio di una potestà amministrativa, e, dunque, faccia sorgere, per tale via, in capo al privato contraente un interesse legittimo; o se, invece, i due patiscenti si confrontino sulla linea di confine tra le due contrapposte sfere di autonomia patrimoniale, segnata da norme di relazione, che attribuiscono a entrambi i contraenti la sovranità dei propri diritti soggettivi. In guisa tale che si dovrà, eventualmente, ricercare altrove l'origine dell'interesse legittimo che, nondimeno – in coerenza con la tradizione interpretativa – si volesse rinvenire nella fattispecie.

In particolare, poi, si vuole verificare la (eventuale) metamorfosi del delineato modello dei rapporti tra l'amministrazione pubblica e il privato contraente nel passaggio dalla fase genetica a quella di esecuzione del contratto.

In definitiva, questo è l'interrogativo al quale si vuole rispondere: nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione operi attraverso atti negoziali di diritto privato, si può, ancora, affermare che l'attività di scelta del contraente, e, più in generale, la sua attività di diritto privato siano esercizio di potere autoritativo, e che, di conseguenza, il privato contraente rivendichi, nella particolare vicenda, un interesse legittimo al rispetto delle procedure di evidenza pubblica e al corretto esercizio delle prerogative contrattuali nel migliore perseguimento dell'interesse collettivo?

Questo è il tema d'indagine che, siccome tratteggiato, già rivela la finalità di questo scritto, che è quella – di senso pratico – di verificare la tenuta della consolidata giurisprudenza⁽¹⁰⁾ affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sull'attività di scelta del contraente privato da parte della pubblica amministrazione, alla luce

(9) G. GRECO, *I contratti cit.*, p. 45, afferma che "la funzionalizzazione dell'attività di diritto privato non è desunta da opinabili premesse in ordine alla necessità (quasi ritenuta ipostatica) che di debba dare spazio e rilievo all'interesse pubblico e alla natura del soggetto pubblico", ma deve, invece, trarsi dalla concreta analisi del diritto positivo.

(10) Cfr. Cons. St., 20 dicembre 1996, n. 1577, ove si legge che "I soggetti privati che presentino le caratteristiche richieste dalla disciplina comunitaria e dalla legge interna di adeguamento sono, laddove operino come amministrazioni aggiudicatrici (quindi limitatamente agli atti della serie procedimentale di evidenza pubblica), pubbliche amministrazioni in senso soggettivo, come tali deputate all'esercizio di potestà pubbliche, e i loro atti sono per forza di legge caratterizzati dagli stessi connotati, soggettivi ed oggettivi, degli atti amministrativi classici e devono godere del medesimo trattamento giurisdizionale; per converso, al di fuori dei settori, di stretta interpretazione, in cui detti soggetti operano in modo funzionalizzato, la relativa azione torna ad essere libera, ossia esplicitazione di autonomia negoziale in posizione di parità con gli interlocutori privati, con conseguente destinazione dei relativi atti alla giurisdizione di diritto comune".

di quanto sancito dalla Consulta ⁽¹¹⁾ a proposito del fatto che la giurisdizione amministrativa di legittimità sarebbe “contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità”, facendo, in tal modo, riemergere la stretta dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo al fine di delineare il riparto di giurisdizione.

Come si vedrà al termine della disamina, le conclusioni cui si giungerà in tema influiranno poi – per coerenza di sistema – sull’altra problematica oggetto d’indagine: il riparto di giurisdizione sugli atti d’esecuzione del contratto.

2. L'emergente problema della legittimità costituzionale dell'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205. – All’apparenza il tema d’indagine sopra delineato sembrerebbe non essere attuale e destare, al più, un interesse di carattere storico. Parrebbe, infatti, che ogni questione sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive di coloro che partecipano alla selezione dei contraenti della pubblica amministrazione sia oramai superata dal fatto che l’attribuzione di giurisdizione in materia di procedure di evidenza pubblica prescinde, ora, da ogni considerazione in merito alla situazione giuridica coinvolta, e, per di più, dalla natura dei “soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente ... all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale” ⁽¹²⁾.

Secondo la giurisprudenza ⁽¹³⁾, l’art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205, deve, infatti, essere interpretato nel senso che sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il solo fatto che la procedura di gara sia indetta con le regole dell’evidenza pubblica da un soggetto che sia tenuto al rispetto di tali regole, ancorché rivesta la natura soggettiva di società di diritto privato e anche indipendentemente dal vincolo comunitario (che impone l’utilizzo dell’eviden-

(11) Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204.

(12) Cfr. art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205. La necessità del rispetto delle regole di evidenza pubblica, per i soggetti tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria nella scelta dell’altro contraente, è da intendersi regola generale, che vale anche per gli appalti pubblici sotto soglia, come confermato sia dalla Corte di giustizia della Unione europea (in tal senso ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), sia dal Consiglio di Stato, che riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie pertinenti a gare ad evidenza pubblica (ex artt. 33, d.l. 1998, n. 80, e 6, l. n. 205 del 2000) alle società aventi i caratteri sostanziali dell’organismo di diritto pubblico (Cons. St., 2 marzo 2001, n. 1206), ha ritenuto la giurisdizione anche per gare di importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto, a prescindere dalla diretta applicazione della normativa comunitaria sugli appalti di servizi, vanno comunque rispettati i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

(13) Cfr. Cons. St., 15 febbraio 2002, n. 934; TAR Lazio, 12 febbraio 2002, n. 917.

za pubblica solo per gli appalti di valore superiore a una determinata soglia economica), e a prescindere dalle situazioni giuridiche coinvolte. Ciò, in quanto l'elemento determinante la giurisdizione esclusiva sarebbe l'attività oggettivamente amministrativa per la realizzazione di fini di interesse pubblico, essendo di contro irrilevante la natura (pubblica o privata) del soggetto appaltante, in guisa tale che sarebbero attratte alla cognizione del giudice amministrativo tutte le procedure di appalto indette da qualunque soggetto, anche privato, allorché sia costretto al rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

Senonché tale conclusione si muove nell'ambito di un sistema che aveva (apparentemente) abdicato al tradizionale criterio di riparto della giurisdizione imperniato sulla situazione giuridica soggettiva tutelata a favore di quello della separazione per blocchi di materie, e porterebbe ora l'art. 6, l. n. 205 del 2000 (in tal modo inteso) inevitabilmente a configurare con l'art. 103, Cost., siccome interpretato dalla Consulta nella nota sentenza n. 204 del 2004⁽¹⁴⁾.

In tale logica, non si può, dunque, trascurare di considerare la problematica della tenuta dell'art. 6 l. 21 luglio 2000, n. 205 al vaglio di un'eventuale censura d'incostituzionalità che fosse impostata sui medesimi elementi di critica che hanno, di recente, condotto la Consulta ad affermare l'antimonia tra gli artt. 33 e 34, d.l. 31 marzo 1998, n. 80, con l'art. 103, Cost.⁽¹⁵⁾.

(14) Significativa è, a tal proposito, la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del d.l. 31 marzo 1998, n. 80, la quale ha ribadito, per il passato, il proprio orientamento secondo cui le società costituite dagli enti locali per la gestione di pubblici servizi operano nell'ambito della propria autonomia negoziale, come soggetti diritto privato, del tutto privi di collegamento con l'ente pubblico nei cui confronti abbiano assunto l'obbligo di gestire il servizio, perché il rapporto non è riconducibile all'istituto della concessione pubblico servizio; ma ha poi concluso nel senso che, con l'entrata in vigore del d.l. 31 marzo 1998, n. 80, il principio non è più attuale perché tutte le controversie aventi ad oggetto le procedure affidamento di appalti da parte di soggetti tenuti all'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cfr. Cass., 28 agosto 1998, n. 8541). È reso evidente, in tal modo, che l'estensione della giurisdizione esclusiva agli atti della procedura di evidenza pubblica di enti di diritto privato, secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione, non trova la sua giustificazione nella natura dei rapporti intercorrenti tra la stazione appaltante e il privato contraente, che si muovono, pur sempre, su un piano paritario, qualificandosi come atti di esercizio di autonomia negoziale; quanto, piuttosto, nella scelta legislativa di attribuire una determinata materia (quella, appunto, delle procedure di evidenza pubblica) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(15) A tal proposito, v. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. ammin.*, 2004, p. 821, che così si esprime: "... è pacifico che le importanti controversie ... concernenti le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (perché) in ogni caso queste controversie posseggono le caratteristiche che la Corte ritiene necessarie per essere legittimamente attribui-

Di modo che bisogna ora ricercare altrove (e, cioè, nella situazione giuridica soggettiva coinvolta) il fondamento dell'attribuzione di questo genere di controversie alla cognizione del giudice amministrativo.

Il tema d'indagine volto a stabilire quale sia la natura delle posizioni giuridiche di vantaggio del privato contraente coinvolto in una procedura di evidenza pubblica è, poi, rilevante sotto altri profili.

In primo luogo, la giurisdizione esclusiva delineata dall'art. 6, l. 21 luglio 2000, n. 205, attribuisce al giudice amministrativo solo le controversie che insorgono nella fase di scelta del contraente, prima della stipulazione del contratto, lasciando, invece, al giudice ordinario la cognizione delle controversie che insorgono nella fase di esecuzione del contratto, sempre che non coinvolgano posizioni di interesse legittimo, comunque, devolute alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo⁽¹⁶⁾. Con la conseguenza che, quanto meno in quest'ambito, è, certo, ancora di stringente attualità la verifica della natura sostanziale della situazione giuridica soggettiva coinvolta nel contenzioso.

Oltre a ciò, anche all'interno della giurisdizione esclusiva, come noto, la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, se, in effetti, non rileva più al fine del riparto di giurisdizione, nondimeno, conserva la sua importanza al fine di definire la latitudine dei poteri di cognizione e di condanna attribuiti al giudice amministrativo.

3. La capacità di diritto privato dell'ente pubblico. – Costituisce una *communis opinio* l'affermazione che l'attività contrattuale dell'ente pubblico è manifestazione della sua capacità di diritto privato⁽¹⁷⁾. Ma a noi pare vi siano fondati motivi per dubitare dell'assioma. Perlomeno, l'assunto andrebbe chiarito nella sua portata esplicativa.

Crediamo non si possa oramai più dubitare che il contratto di diritto privato della pubblica amministrazione in nulla differisce dal

te alla giurisdizione amministrativa (controversie insorte in esito ad un procedimento amministrativo nel quale si esercita un potere amministrativo: in buona sostanza!)”.

(16) Cfr. R. De NICOLIS, *Affidamenti di lavori, servizi e forniture*, in *Giust. amm.*, I, Milano, 2005, p. 773, ove si legge: “la giurisdizione del giudice amministrativo su atti autoritativi che incidono nella fase di esecuzione dell'appalto... non rientra nella previsione dell'art. 6 l. n. 205 del 2000, ma discende dal generale criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, basato sul tipo di situazione soggettiva lesa... si tratta, pertanto, di giurisdizione generale di legittimità, e non di giurisdizione esclusiva...”.

(17) Cfr., in questo senso, in dottrina, tra i tanti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, p. 305, e, in giurisprudenza, tra le innumerevoli, Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281.

negozio stipulato tra due privati⁽¹⁸⁾. Il contratto, in entrambi i casi, definisce un assetto d'interessi che vincola stabilmente le parti del rapporto obbligatorio, senza che l'ente pubblico che vi si è assoggettato, con sua iniziativa unilaterale, possa sottrarsi alle obbligazioni volontariamente assunte in ragione di sopravvenute esigenze d'interesse pubblico. Ciò che, invece, è sempre consentito per i contratti di diritto pubblico, in riferimento ai quali vi è da realizzare una sintesi tra il principio di diritto comune *pacta sunt servanda* e il principio ispiratore dell'azione amministrativa riassunto nel brocardo *rebus sic stantibus*⁽¹⁹⁾.

Ma stiamo, con ciò, scorrendo del rapporto obbligatorio che per tale via si viene a generare e, dunque, stiamo analizzando solo una parte della complessa vicenda negoziale. Un conto, infatti, è affermare che la pubblica amministrazione ha la facoltà di impiegare strumenti di diritto privato (ai quali, per vero, sempre più frequentemente essa ricorre anche per esercitare la sua capacità di diritto pubblico: si pensi, ad esempio, agli accordi *ex art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241*) i cui effetti sono, in varia misura, disciplinati dal Codice civile. Ciò di cui, appunto, non si dubita. Altro discorso è, invece, sostenere che l'ente pubblico, in tal modo, esercita la sua capacità giuridica di diritto privato, che, nell'ambito contrattuale, si esprime attraverso l'autonomia negoziale: intesa, appunto, quale capacità di un soggetto dell'ordinamento giuridico generale di darsi le regole particolari che lo riguardano (destinate, cioè, a governare la sua sfera giuridica), attraverso un atto di libera volizione.

(18) Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 159, ove, con argomentazione che ben difficilmente può essere recata in dubbio, sostiene che "un contratto di diritto privato (sia esso tipico o atipico), stipulato dall'amministrazione, (non) risulta ontologicamente e quanto a disciplina diverso, a seconda che per esso sia imposta o meno la procedura di evidenza pubblica"; e ciò perché "un contratto d'acquisto di un ente pubblico economico e di un ente pubblico territoriale è identico, anche se nel secondo caso v'è evidenza pubblica; un appalto di servizi è sempre il medesimo, anche se – a seconda che si tratti di appalti dell'All. I ovvero II della Direttiva comunitaria – sia imposta o meno una procedura di evidenza pubblica nella scelta dell'altro contraente; un appalto di lavori, stipulato da un soggetto privato, è sempre il medesimo, anche se in talune circostanze persino il soggetto privato (vuoi perché considerato organismo di diritto pubblico, vuoi perché finanziato con sovvenzioni pubbliche superiori al 50%, vuoi perché impresa pubblica nell'ambito dei settori energetici) è tenuto ad applicare la stessa disciplina pubblicistica degli enti pubblici autarchici, e, dunque, la procedura di evidenza pubblica".

(19) Si veda, a tal proposito l'art. 11, comma 4, l. 7 agosto 1990, n. 241, ove, appunto, si legge che "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato". Ciò che – come afferma G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 79 – impone la "necessità di conciliare la stabilità del rapporto con l'inesauribilità dell'azione amministrativa e con la sopravvenienza di un diverso interesse pubblico".

Il consolidato orientamento non ci sembra, in effetti, possa essere condiviso, se con il richiamo alla capacità di diritto privato della pubblica amministrazione si vuole sostenere che il contratto dell'ente pubblico è espressione della sua autonomia negoziale. L'ente pubblico, infatti, anche quando agisce *iure privatorum*, non esercita autonomia negoziale, bensì discrezionalità amministrativa.

Qui si deve, però, fare una precisazione sul concetto di autonomia che s'intende impiegare. Vi sono, infatti, due accezioni del termine: entrambe valide; ma solo una di esse è utile al fine che qui interessa: che è quello di distinguere gli atti della pubblica amministrazione che sono manifestazione della sua capacità di diritto privato da quelli che, invece, appartengono al novero degli atti di diritto pubblico.

In un significato, con il concetto di autonomia si intende la capacità di un soggetto di regolare la propria sfera giuridica⁽²⁰⁾, e, dunque, il coacervo delle proprie attribuzioni, così come individuato dalla norma di rango legislativo, che segna il confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è. In altre parole, autonomia intesa come signoria della volontà sulla sfera giuridica del soggetto che ha deliberato l'atto. E, così intesa, l'autonomia caratterizza, certo, anche gli atti deliberati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere autoritativo. In guisa tale che non è di alcuna utilità ai fini di discriminare l'atto autoritativo della pubblica amministrazione – esercizio della sua capacità di diritto pubblico – da quello negoziale, che è invece manifestazione della sua capacità di diritto privato. Perché, impiegando il concetto di autonomia nel significato di mera signoria di un soggetto sulla sfera delle proprie attribuzioni, si identifica ciò che accomuna gli atti di diritto pubblico e gli atti di diritto privato. Ma si rinuncia a individuare ciò che, invece, li distingue.

In un diverso significato, invece, si intende per autonomia la capacità di un soggetto di liberamente determinarsi rispetto ai fini che egli intende perseguire attraverso l'esercizio della signoria sulla

(20) G. GRECO, *Argomenti*, cit. Milano, 2000, p. 166, sostiene, di converso, che "si dovrà convenire che l'intera fattispecie riguarda la posizione di autonomia privata dell'amministrazione e non una potestà amministrativa; né la prima risulta incompatibile con l'attività funzionalizzata, una volta che sia chiarito che per autonomia privata si intende non già una libera scelta, ma la semplice autoregolamentazione della propria sfera giuridica". Ma si tratta di un'accezione (autonomia come signoria della propria sfera giuridica) debole del termine, ben diversa da quella (autonomia come eterodeterminazione dei fini) che caratterizza il regime di validità degli atti negoziali di diritto privato. L'illustre autore, altrove, afferma infatti che in siffatto contesto "la posizione spettante all'amministrazione, così come quella spettante al privato, è la posizione di autonomia privata (intesa, ripetesì, come autonomazione per la regolazione dei propri interessi e non come libertà di iniziativa economica o come libertà di scelta)". Si veda, in tal senso, G. GRECO, *I contratti*, cit. p. 91.

propria sfera giuridica. E, in simile accezione, a noi pare si debba escludere che la pubblica amministrazione (quantomeno nell'esercizio della propria attività amministrativa di diritto privato⁽²¹⁾), si esprima attraverso atti di autonomia.

Ciò che, infatti, caratterizza tutta l'attività amministrativa è il suo essere funzione: ovverosia essere finalizzata al perseguimento di concreti interessi pubblici⁽²²⁾. Una volta, dunque, che si convenga che anche l'attività amministrativa di diritto privato è strumentale al perseguimento di un concreto e specifico interesse pubblico (a differenza dell'attività privata della pubblica amministrazione, che si pone rispetto a tale interesse come mera attività accessoria di reperimento dei mezzi patrimoniali utili all'esercizio dell'attività amministrativa), e che proprio (e solo) perciò deve svolgersi attraverso un procedimento amministrativo, che è regolato da precetti (i principi non scritti di buona amministrazione) che vincolano l'attività della pubblica amministrazione (che, dunque, non è libera come quella dei privati) al migliore perseguimento del fine collettivo, si deve altresì convenire che l'attività amministrativa di diritto privato, e, dunque, l'attività negoziale della pubblica amministrazione svolta secondo procedimenti di evidenza pubblica per l'approvvigionamento dei beni e dei servizi necessari all'esercizio della pubblica funzione, è espressione di discrezionalità amministrativa, piuttosto che di autonomia negoziale (intesa quale libertà di scelta dei fini da perseguire attraverso l'esercizio della signoria sulla propria sfera giuridica).

La conclusione, a nostro avviso, s'impone, salvo si voglia affermare che l'esercizio discrezionale della capacità di diritto privato dell'ente pubblico sia in nulla differente dalla libera ricerca della migliore realizzazione dei propri diritti soggettivi da parte del privato, escludendo, perciò, la ricorrenza nella fattispecie di un interesse legittimo del privato contraente alla verifica dell'uso di tale discrezionalità da parte dell'ente pubblico, e costruendo, dunque, l'attività di negoziazione del contratto quale mero rapporto dialettico tra autonome sfere giuridiche, che si fronteggiano sul confine del *neminem laedere*, che delinea gli ambiti delle rispettive autonomie negoziali⁽²³⁾ e che si esprime nel consueto binomio diritto soggettivo/dovere⁽²⁴⁾.

(21) Diverso discorso si pone, invece, per l'attività privata della pubblica amministrazione.

(22) A. ROMANO, *Introduzione a AA.Vv., Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 5.

(23) Al riguardo del diverse regime degli atti espressione di discrezionalità amministrativa, v. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 34, ove si afferma che la "compenetrazione tra fini pubblici e privati, non (è) più precisamente riconducibile ... ad una pura esigenza di rispetto di limiti tra le diverse sfere soggettive".

(24) In tal senso, là dove vi è indebita interferenza nella sfera giuridica altrui vi è un fatto illecito, quale espressione della violazione di un diritto soggettivo. V.,

Ma così non è. Il privato contraente e colui che partecipa senza successo alla procedura di selezione sono, senz'altro, titolari di un interesse legittimo. Almeno ciò costituisce il risultato acquisito dalla consolidata giurisprudenza; e – come è stato autorevolmente affermato – “davanti all'incompletezza della disciplina legislativa, l'interesse legittimo non può assumersi come positivamente vigente in modo diverso da come lo ha, sia pure implicitamente, determinato la giurisprudenza” (25).

Del resto, se così non fosse, a volere intendere la partecipazione dell'ente pubblico al contratto di diritto privato quale espressione di autonomia negoziale (così come da noi intesa), si dovrebbe, allora, affermare che “ciò che è contrattuale è giusto” (26), di modo che – una volta riconosciuto che le norme di diritto pubblico non sono norme imperative (27) – si dovrebbe, altresì, ammettere che il contratto tiene luogo della legge per chi lo ha concluso (cfr. art. 1372, cod. civ.), e di conseguenza, solo rinvenendo nella fattispecie la violazione di altre norme imperative (diverse, appunto, dalle regole dell'evidenza pubblica: che tali non sono), si potrebbe contestare la validità della regola di autonomia (*id est*: il contratto) che la pubblica amministrazione si è data, senza che la doverosa funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato all'interesse pubblico possa, in qualche misura, diversamente rilevare.

Ma ciò, all'evidenza, non è ammesso, salvo, appunto, recare in dubbio il fondamento stesso (la funzionalizzazione) dell'attività amministrativa di diritto privato, uniformando, per tale via, l'attività negoziale della pubblica amministrazione a quella che un privato qualsiasi deve svolgere per la cura e il buon rendimento del suo patrimonio (28). Ciò che si è ritenuto possibile solo per l'attività pri-

al proposito, quanto afferma. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 81, il quale sostiene, appunto, che, di converso, “l'interesse legittimo ... è in funzione del fatto illegittimo, non del fatto illecito”.

(25) Cfr. M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 229 s.

(26) Così R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto*, 2002, I, p. 518, che sostiene inoltre che “il contratto diventa simbolo dell'autonomia; e in un certo senso – accontentandosi di una lata approssimazione – ne diventa anche la misura”.

(27) G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 138, afferma che “per quanto sforzi, infatti, si facciano per inquadrare le norme sull'esercizio del potere nell'ambito delle norme imperative ... è certo che non possono in alcun caso rientrarvi quelle norme (scritte o non scritte) e quei principi, che costituiscono i limiti esterni della discrezionalità e la cui violazione configura il nostro vizio di eccesso di potere: i canoni che presiedono alla scelta discrezionale (norme di principio, di indirizzo, autolimitazione, ecc.) costituiscono, infatti, l'esatto contrario di una norma imperativa (come tale contenente un precetto compiuto, di ordine proibitivo o di comando, che sia)”.

(28) Cfr. A. AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., p. 281.

vata delle pubbliche amministrazioni, in considerazione del fatto che la stessa non è strumentale al raggiungimento della finalità costitutiva della pubblica amministrazione, e che male si concilierebbe con i pubblici appalti, che, invece, sono strettamente indispensabili per assicurare la realizzazione e il buon funzionamento di un pubblico servizio.

4. *Breve disamina del concetto di potere, ai fini che qui interessano.* – Quale che sia la definizione di interesse legittimo cui si voglia aderire, certo è che, per consolidata tradizione interpretativa, si tratta sempre di “una situazione soggettiva che consente il dialogo con l'amministrazione in quanto dotata di poteri” (29). Bisogna, dunque, anzitutto, accertare se, nella fase genetica e di esecuzione del contratto, vi sia esercizio di potere amministrativo, per verificare, poi, se ad esso si accompagni, nel particolare rapporto giuridico, una situazione soggettiva sostanziale del privato giuridicamente tutelata.

Ci si deve, però, intendere sul concetto di potere, perché, certo, il problema non si porrebbe se si volesse accedere alla teorica che ricollega il potere al diritto soggettivo, nell'ambito del concetto di signoria della volontà (30). Se si intende, infatti, il potere come attitudine a determinare un effetto giuridico mediante un atto volitivo, e si riconduce, dunque, il concetto di potere a quello di capacità giuridica (31), affermando, di conseguenza l'esistenza di un potere di concludere contratti, la ricerca sarebbe di nessuna utilità ai fini della qualificazione della situazione giuridica di vantaggio del privato contraente, considerato che si dovrebbe affermare l'esistenza di un “potere di autonomia contrattuale” (32), che bene è compatibile, anzi, connaturato a rapporti di carattere paritetico.

(29) Cfr. F.G. SCOCA, *Ma cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, p. 317 ss. Allo stesso modo, M. NIGRO, *op. cit.* afferma che “l'interesse legittimo (e il rapporto amministrativo) sono mezzi di partecipazione del singolo all'esercizio del potere”.

(30) Cfr. G. JELLINEK, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, p. 46 (*Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it. di G. VITAGLIANO, Milano, 1912, p. 49), ove, appunto, si legge che “il diritto subiettivo pertanto è la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolto ad un bene o ad un interesse”.

(31) Si usa il concetto di capacità giuridica in luogo di quello, in apparenza più pertinente, di capacità di agire, perché si intende qui riferirsi alla titolarità del potere piuttosto che alla dinamica del potere, e “la scissione del suo esercizio (del potere) dalla sua titolarità permette ... di ascrivere questa alla capacità giuridica e non a quella di agire, del soggetto cui spetta”. Così si esprime A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *AA.Vv.*, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 178.

(32) Cfr. A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, che definisce tale quel “potere del soggetto (che) trova riscontro in poteri contrapposti, o quanto meno, corrispondenti degli altri soggetti; e, dunque, o si può esercitare in forma consensuale oppure dispiega i suoi effetti in virtù di un accordo previo o di una

Per vero, ai fini che qui interessano, non rilevano i così detti poteri di diritto comune, che, in quanto tali, possono essere esercitati solo in forma consensuale. Ai fini della definizione del potere (nell'accezione qui rilevante), interessano, infatti, non già i rapporti fondati sul principio d'eguaglianza dei soggetti interagenti, all'interno dei quali la soggezione costituisce, appunto, la conseguenza di un previo atto di disposizione, bensì quelli nei quali la norma attribuisce direttamente a uno dei soggetti del rapporto una posizione di supremazia nei confronti dell'altro, al fine di realizzare il migliore perseguimento dell'interesse collettivo. Il potere che interagisce con l'interesse legittimo nasce, infatti, da una situazione di disuguaglianza⁽³³⁾.

In buona sostanza, il potere che trae seco l'interesse legittimo è la capacità di definire in via unilaterale un determinato assetto d'interessi, che non si riferisce solo alla sfera giuridica del soggetto agente, ma coinvolge anche interessi alieni. Si tratta, cioè, di una particolare accezione del potere: l'autoritatività.

5. *L'autoritatività degli atti della procedura di evidenza pubblica, tra finzione e realtà (brevi anticipazioni)*. – Si è, però, affermato che “riesce difficile comprendere quali siano gli effetti autoritativi di una decisione di un Comune di affidare in appalto la costruzione di un'opera pubblica (perché) a ben guardare si tratta di comportamenti del tutto simili a quelli che pone in essere una persona giuridica privata che decida di affidare in appalto l'esecuzione di lavoro di proprio interesse”⁽³⁴⁾.

Anche senza volersi appiattare su un semplicistico *ipse dixit* (cioè che l'autorevolezza della citazione renderebbe agevole), vero è che il rilievo è difficilmente contestabile: “gli atti amministrativi negoziali

adesione successiva oppure, infine, è quantomeno, reciproco, nel senso che ad esso corrisponde un analogo potere della controparte”.

(33) Cfr. F. BASSI, *Divagazioni sulla nozione di interesse legittimo*, in *Diritto amministrativo*, 1994, p. 111, ove si legge: “L'interesse legittimo può delinarsi come situazione giuridica soggettiva solo in un ordinamento statutale a diritto amministrativo. Stante il suo carattere strumentale, si richiede la sussistenza di una situazione di disuguaglianza tra autorità amministrativa e soggetto privato. Più precisamente occorre che il potere amministrativo sia in grado di incidere unilateralmente la sfera giuridica dell'amministrato”.

(34) Cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2003, p. 1624 s. Allo stesso modo, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 89, afferma che “gli atti dell'evidenza pubblica ... non sono dissimili contenutisticamente dall'articolazione dei procedimenti di scelta dell'altro contraente, che qualunque cittadino potrebbe adottare ... è poiché non è dato ai privati di incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui e contro l'altrui volere, altrettanto è a dirsi per la pubblica amministrazione nell'esercizio dell'attività di diritto privato”.

non incidono unilateralmente sulla sfera giuridica altrui e non hanno capacità degradatoria degli altrui diritti" (35).

Si consideri, a tal proposito, che non si può nemmeno sostenere che la pubblica amministrazione, attraverso il provvedimento d'evidenza pubblica, incida sulla sfera giuridica del privato contraente, attribuendogli un diritto (a effettuare la prestazione oggetto del contratto) che egli prima non aveva, in tal modo rinvenendo il carattere autoritativo del provvedimento di evidenza pubblica nel suo unilaterale effetto costitutivo: così come accade ogni qual volta l'esercizio dell'autorità soddisfi un interesse legittimo pretensivo (36).

Infatti, se è vero che vi è autoritatività anche rispetto agli interessi legittimi pretensivi (rispetto ai quali vi è una sollecitazione dell'esercizio della potestà da parte del privato, in guisa tale che il suo effetto non è, certo, imposto, bensì, all'evidenza, condiviso), vero è, però, che, in simili ipotesi, l'effetto costitutivo nella sfera giuridica del privato è la conseguenza della capacità del provvedimento di produrre unilateralmente l'effetto voluto (37), mentre nel caso del contratto di evidenza pubblica l'effetto costitutivo del rapporto non consegue al provvedimento amministrativo, bensì è l'effetto dell'incontro delle volontà espresse dalla pubblica amministrazione e dal privato nel confronto paritario delle reciproche sfere giuridiche. Dimodoché, in simili evenienze, non si può affermare che il consenso manifestato dal privato resta esterno alla fattispecie genetica del rapporto negoziale, così come invece si sostiene con riferimento alla

(35) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., Milano, 2000, p. 171.

(36) R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Leggi civ. comm.*, 2005, p. 769, sostiene a tal proposito che si possa affermare l'esercizio di un potere autoritativo in senso lato, anche "in funzione della realizzazione dell'interesse privato sulla base di valutazioni di carattere discrezionale tipiche dell'interesse pubblico da assicurarsi da parte dell'amministrazione (con provvedimenti ampliativi)".

(37) Cfr. R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2005, I, p. 784, ove si legge: "... una volta identificata l'imperatività del provvedimento con l'idoneità a modificare unilateralmente - per forza propria - le situazioni giuridiche altrui, non rileva più che all'esercizio del potere l'amministrazione sia sollecitata dal destinatario dei futuri effetti; risulta invece qualificante la circostanza che la produzione dell'effetto sia dovuta interamente alla statuizione unilaterale innovativa dell'amministrazione, mentre resta esterno alla medesima il consenso manifestato dai privati". V., pure: F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 24, ove si legge che "il potere amministrativo (o potestà) ha infatti come caratteristica essenziale quella di essere situazione giuridica unilaterale (il cui titolare è la sola amministrazione) e di coinvolgere nel suo esercizio non solo interessi del suo titolare ma anche interessi di altri soggetti"; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, il quale afferma che l'interesse legittimo "è inserito in un quadro di interessi la cui concreta disciplina è nel potere di un altro soggetto"; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 109 ss., il quale rinviene l'elemento caratterizzante dell'interesse legittimo nel fatto che un "determinato assetto di rapporti (o di interessi) dipende dall'altrui attività giuridica".

volontà espressa dal privato titolare di un interesse legittimo pretensivo al rilascio di un provvedimento favorevole.

Nemmeno in questa peculiare accezione, si può, dunque, attribuire carattere autoritativo all'atto negoziale della pubblica amministrazione, che resta, pur sempre, un atto paritetico, anche se inserito all'interno di una procedura di evidenza pubblica.

6. L'evoluzione della disciplina della trattativa privata. – Si pensi, a riprova di ciò, all'evoluzione giurisprudenziale in tema di riparto di giurisdizione sulla trattativa privata che, inizialmente, era attribuita alla cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, sul presupposto che si controvertesse sui limiti (esterni) dell'autonomia della pubblica amministrazione, e che, ora, invece si ritiene coinvolga situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, perciò devolute al sindacato di legittimità del giudice amministrativo⁽³⁸⁾, impostando, dunque, il contraddittorio sulla asserita violazione dei vicoli funzionali (interni) all'autonomia della pubblica amministrazione.

La riferita evoluzione giurisprudenziale è la conseguenza della mutazione sostanziale che l'istituto della trattativa privata – specie sotto l'influsso della normativa comunitaria – ha subito, perdendo le sue originarie caratteristiche di libera attività negoziale svincolata da qualsivoglia onere procedimentale, finendo con l'essere assoggettata a un sistema di garanzie volte a rendere trasparente e sindacabile la scelta dell'amministrazione, e, dunque, in ultima istanza, a un procedimento amministrativo di evidenza pubblica.

A noi pare, perciò, che l'evoluzione della trattativa privata, per l'effetto, appunto, dell'influenza comunitaria, scivoli in tal modo sul

(38) Cfr., tra le tante, Cons. St., 5 agosto 1999, n. 1018, ove si legge: "L'orientamento giurisprudenziale secondo cui in tema di trattativa privata non vi sono interessi legittimi, svolgendosi la stessa esclusivamente sul piano dell'autonomia negoziale privata, è stato da gran tempo abbandonato dalla giurisprudenza amministrativa, con riferimento ai casi di trattativa privata in cui la stazione appaltante si sia autolimitata, attraverso la indizione di gare ufficiose che precedono la trattativa privata (Cons. St., Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3; Cons. St., Sez. V, 23 marzo 1971, n. 242; Cons. St., Sez. VI, 5 febbraio 1994, n. 118; Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 1997, n. 192). L'autolimitazione, con la previsione di regole procedurali, è stata ritenuta fonte di interessi legittimi per i partecipanti alle gare informali". La Suprema Corte di cassazione afferma, invece, che nella trattativa privata la pubblica amministrazione "... agisce *iure privatorum*, senza fare uso di poteri in qualche modo autoritativi, in posizione del tutto paritetica con il privato, ponendo in essere un'attività negoziale assolutamente libera e svincolata da un qualsiasi schema procedimentale, (e) non sono, in tali casi, nel procedimento di formazione del contratto, configurabili interessi legittimi in capo al privato candidato alla conclusione del contratto medesimo ... attesa, appunto, la mancanza di norme precostituite che, proteggendo in maniera indiretta e mediata la posizione del privato, determinano il sorgere, in capo allo stesso, di interessi legittimi al corretto e regolare svolgimento del procedimento di formazione del contratto ..." (Cfr. Cass., 5 dicembre 1995, n. 12523).

piano inclinato della funzionalizzazione, passando inevitabilmente dall'attività di diritto privato, preordinata al perseguimento di un generico interesse collettivo, all'attività amministrativa di diritto privato, strutturalmente connessa al perseguimento di un concreto e specifico interesse pubblico.

Si tratta, a nostro avviso, di circostanza oltremodo significativa ai fini che qui interessano, perché l'inserimento dell'attività negoziale di diritto privato all'interno di un procedimento di evidenza pubblica non può, certo, determinare una mutazione dei rapporti tra ente pubblico e contraente privato, attribuendo al primo poteri autoritativi che prima difettavano nella fattispecie.

L'attività di negoziazione del contratto è sempre un atto paritetico. L'evoluzione dell'istituto della trattativa privata non segna, infatti, il passaggio dall'esercizio paritetico di diritti soggettivi all'esercizio autoritativo di pubbliche potestà. Ora come prima, trattando con il privato contraente la definizione di un contratto di diritto comune, l'ente pubblico è privo della capacità di incidere autoritativamente sulla sfera giuridica di colui che gli offre una fornitura, un servizio, un'opera.

L'evoluzione segnata dall'istituto della trattativa privata negli ultimi anni ha, più semplicemente, l'obiettivo di comporre all'interno di un procedimento amministrativo i vari interessi (pubblici – primari e secondari – e privati) coinvolti nell'esercizio dell'autonomia negoziale di diritto privato dell'ente pubblico.

L'atto amministrativo di scelta del contraente privato è, pur sempre, un atto paritetico; solo che – nella nuova configurazione dell'istituto – il privato contraente e coloro che sono rimasti, loro malgrado, estranei alla contrattazione sono legittimati alla verifica del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa e del regolare incedere del procedimento d'evidenza pubblica.

L'atto di negoziazione del contratto in sede di trattativa privata conserva dunque la sua natura di atto paritetico, nel senso che l'ente pubblico è privo della capacità d'immutare la sfera giuridica del privato contraente, appropriandosi unilateralmente dei beni e dei servizi di cui ha necessità. È, invece, il privato che, nella nuova versione della trattativa privata procedimentalizzata, acquista la possibilità di interferire con le scelte dell'ente pubblico. Ciò che originariamente gli era interdetto.

Il privato non ha, dunque, di fronte a sé una situazione attiva, quale la potestà, intesa come attribuzione di "autorità per limitare la libertà dei singoli in ragione del bene comune" (39), ma, invero, una situazione passiva, simile all'onere del diritto privato (40): la pub-

(39) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1999, p. 70.

(40) F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 30, afferma che "la differenza fondamentale tra interesse legittimo e diritto di credito sta ...

blica amministrazione, infatti, per esercitare la sua autonomia privata, deve osservare le regole che limitano la sua libertà di azione, a tutela degli interessi costituzionali della trasparenza, del buon andamento, della salvaguardia della libera concorrenza e della libera iniziativa economica.

Se, dunque, l'attività di diritto privato dell'ente pubblico, pure inserita all'interno di un procedimento di evidenza pubblica, mantiene le sue caratteristiche di atto paritetico di esercizio di autonomia negoziale (41), bisogna allora ricercare l'origine dell'interesse legittimo del privato contraente in qualcosa di diverso dall'affievolimento del suo diritto soggettivo esposto all'esercizio di un potere autoritativo (sia pure correttamente inteso quale mera metafora della più complessa interazione tra la situazione giuridica soggettiva del privato e il potere dell'ente pubblico che sta all'origine degli interessi legittimi oppositivi).

Solo in questo modo, difatti, si può coniugare l'affermazione della natura paritetica dell'atto di negoziazione del contratto di diritto privato della pubblica amministrazione con il consolidato orientamento giurisprudenziale, a mente del quale "l'attività di scelta del terzo contraente negli appalti pubblici, in virtù dei limiti procedurali e dei vincoli funzionali cui è soggetta (così detta evidenza pubblica), anche quando è posta in essere da soggetti formalmente privati,

nelle situazioni soggetti che all'uno e all'altro si contrappongono: nel primo caso vi è un potere (o potestà), nel secondo un obbligo". Invero, ciò bene si attaglia all'attività amministrativa intesa quale esercizio del potere. Diversamente, là dove l'attività amministrativa si riferisca all'esercizio, su un piano paritetico, di diritti soggettivi dell'ente pubblico, l'interesse legittimo si contrappone, più propriamente, a un onere. Del resto, lo stesso autore ritiene che l'interesse legittimo possa collegarsi a un diritto soggettivo, piuttosto che a una potestà: e ciò sia con riferimento alle concessioni di godimento di beni demaniali, sia, appunto, ai contratti della pubblica amministrazione (ivi, p. 31). A tal proposito, è, forse, utile il richiamo a quanto afferma G. MIELE, *Introduzione al tema*, in *Convegno sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 19 ss., secondo cui l'interesse legittimo costituisce "al pari del diritto soggettivo, una categoria di diritto sostanziale, consistente anch'essa in una posizione giuridica di vantaggio in ordine a un bene della vita, ma non autonoma, come il diritto soggettivo, bensì dipendente da un potere giuridico altrui o da un dovere imposto ad altri nel pubblico interesse; e la posizione giuridica di vantaggio è data dalla necessità che il potere sia esercitato legittimamente, o che il dovere sia regolarmente adempiuto". Allo stesso modo, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 455 ss., sostiene che l'interesse legittimo è "una situazione giuridica sostanziale, consistente in una posizione di vantaggio, non autonoma come il diritto soggettivo, ma dipendente da un potere o un dovere giuridico altrui".

(41) Cfr., tra le tante, Cass., Sez. un., 20 ottobre 1995, n. 10924, ove si legge: "... la pubblica amministrazione che affida all'appalto... a trattativa privata agisce *iure privatorum*, senza fare uso di poteri autoritativi e in posizione del tutto paritetica con l'affidatario, in favore del quale non sono configurabili interessi legittimi, bensì soltanto posizioni di diritti soggettivi riconducibili all'attività negoziale in concreto sviluppatasi tra le parti".

non è espressione di attività negoziale, ma di attività amministrativa pubblica, a fronte della quale vi sono posizioni soggettive di interesse legittimo” (42).

L'attività negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione – si ponga essa all'interno di una procedura di evidenza pubblica o (ammesso che ciò sia ancora possibile) fuori da ogni vincolo procedimentale – costituisce sempre esercizio di un'attività paritetica, rispetto alla quale, per definizione, non vi è esercizio di poteri autoritativi: non essendo in tal modo configurabili gli atti della procedura di selezione dei contraenti.

Vi è dunque da ricercare altrove (in un luogo che non sia il confronto dialettico tra pubblica potestà e privata soggezione) l'origine di tale interesse legittimo, che, nella fattispecie, certo, non è il risultato – per quanto si è detto – dell'affievolimento dei diritti soggettivi del privato contraente, e non costituisce, dunque, una parziale emancipazione dalla soggezione di colui che, in difetto dei limiti posti all'esercizio della pubblica potestà, subirebbe, altrimenti, passivamente la volontà dei pubblici poteri, in guisa tale da essere l'emersione dell'interesse legittimo – anche nella vicenda in esame – il risultato della “... trasformazione della soggezione correlativa alla potestà del pubblico potere” (43).

In realtà, i privati che partecipano a una procedura pubblica di selezione del contraente non subiscono, infatti, un detrimento del fascio dei diritti soggettivi di cui si compone la loro sfera giuridica, bensì acquistano una nuova situazione giuridica di vantaggio (l'interesse legittimo, appunto) che li legittima al sindacato di come l'ente pubblico esercita la sua autonomia negoziale di diritto privato.

Il privato contraente con la pubblica amministrazione si trova, dunque, in una situazione di vantaggio rispetto a quella (di soggezione) in cui egli si troverebbe se dovesse contrattare con un altro privato, esonerato dal rispetto delle regole dell'evidenza pubblica (44). Ciò che è reso evidente dal fatto che il privato coinvolto in una trattativa privata è oggi maggiormente tutelato di quanto lo fosse nel passato, quando il riferito esercizio di autonomia negoziale si svolgeva all'esterno del procedimento amministrativo di evidenza pubblica: l'attrazione della trattativa privata agli strumenti pubblici di azione costituisce, invero, un progresso sulla via della tutela del privato contraente nei rapporti con l'ente pubblico.

(42) Cfr. Cons. St., 27 ottobre 1998, n. 1478 e Cons. St., 9 maggio 2000, n. 2681.

(43) Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 79.

(44) Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 1 ss., il quale afferma che l'interesse legittimo “rappresenta una garanzia che non ha riscontro, in materia analoga, nel diritto privato, in cui (a parte le ipotesi di obbligo a contrarre) il proprietario di un bene ne dispone a suo piacimento e non deve – ai sensi di legge – giustificare il proprio operato, per cui l'iniziativa economica di un altro soggetto non può che arrestarsi di fronte ad un diniego”.

Se, dunque, l'interesse legittimo del contraente privato nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica è l'espressione figurata della soggezione del privato all'esercizio dell'atto di autonomia negoziale dell'ente pubblico, il diritto soggettivo di quel medesimo contraente privato nei normali rapporti di diritto comune con altri privati (o – se ancora ammesse – nelle trattative private non procedimentalizzate) costituisce qualcosa di meno rispetto al riferito interesse legittimo, invertendo in tal modo le proporzioni tra le due situazioni giuridiche di vantaggio, che normalmente disegnano l'interesse legittimo come un diritto soggettivo incompleto (45).

7. *L'autoritatività degli atti della procedura di evidenza pubblica, tra finzione e realtà (approfondimenti).* – Il carattere autoritativo di taluni atti amministrativi si esprime nel fatto che essi "impongono a soggetti anche non consenzienti di osservare i precetti in essi contenuti, sotto comminatoria di sanzioni" (46). Si può, dunque, affermare che l'atto amministrativo è espressione di autorità, nella misura in cui attraverso di esso la pubblica amministrazione "produce ... un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive ... indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che la

(45) Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1981, p. 259, ove si legge che "nei confronti dell'autorità amministrativa vi sono alcuni soggetti ai quali la norma conferisce una situazione soggettiva attiva minore rispetto al diritto soggettivo, che è appunto l'interesse legittimo ...". Per vero, si tratta, però, di una opinione in gran parte superata: S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, p. 1938, afferma che fu "inevitabile, agli inizi, vedere l'interesse legittimo con l'occhio del civilista; e rilevare così che esso offriva una tutela apparentemente minore di quella offerta dal diritto soggettivo, suo indiscusso fratello maggiore (ma) oggi l'interesse legittimo è in grado di offrire, nei confronti dell'amministrazione, una tutela addirittura maggiore di quella del diritto soggettivo, in quanto consente di penetrare all'interno del meccanismo di formazione della volontà amministrativa". In questo senso si è espressa anche la Corte cost., 21 luglio 1988, n. 867, anche se, per vero, il significato innovatore della pronuncia si rinviene in quanto altrove scrive il suo relatore: cfr. G. PESCATORE, *Attualità dell'interesse legittimo tra ripensamenti della dottrina ed indicazioni della giurisprudenza*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione*, II, Roma, 1989, p. 551; ciò che ha indotto i suoi commentatori (G. VIRGA, *Interessi legittimi e diritti soggettivi: una distinzione ancora utile per conseguire una maggiore tutela*, in *Lexitalia.it*) ad affermare che la Consulta avrebbe sancito "l'equivalenza (o, addirittura, la prevalenza, come ha lasciato intendere lo stesso relatore dell'ordinanza ...) della tutela giurisdizionale accordata agli interessi legittimi rispetto a quella offerta dall'Autorità giudiziaria ordinaria", così concludendo che "con l'individuazione e l'espansione delle categorie degli interessi pretensivi e partecipativi, parallela al processo di progressiva erosione della autoritarietà dell'azione amministrativa e del suo atteggiarsi come una un'attività di servizio e genericamente comunitaria, l'interesse legittimo si è preso una rivincita sul diritto soggettivo, scrollandosi di dosso la posizione sudditanza o comunque d'inferiorità nella quale si trovava".

(46) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 279.

subisce" (47); in guisa tale che è rinvenibile un momento autoritativo dell'attività della pubblica amministrazione, solo là dove sia rinvenibile in capo al privato una situazione giuridica di vantaggio, suscettibile d'essere sacrificata dall'ente pubblico per propria determinazione unilaterale.

In altre parole, l'esercizio dell'autorità permette alla pubblica amministrazione di produrre la costituzione, la modificazione, o l'estinzione di diritti soggettivi altrui, a prescindere dal consenso del titolare della sfera giuridica ove tali effetti sono destinati a prodursi. E dal confronto dialettico tra autorità e libertà, e, dunque, attraverso la sintesi del potere autoritativo della pubblica amministrazione con il diritto soggettivo del privato, emerge la posizione giuridica di vantaggio che viene definita di interesse legittimo.

Nella tradizione interpretativa, due sono, dunque, gli elementi perché si possa rinvenire in un rapporto giuridico un interesse legittimo: la configurabilità di una situazione giuridica di vantaggio (attuale o potenziale) nella sfera giuridica del privato e la possibilità della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente su tale situazione giuridica di vantaggio, attribuendola o sottraendola alla sfera giuridica del privato, a prescindere dal suo consenso.

Ora, è evidente la difficoltà di rinvenire la dialettica: scelta discrezionale della pubblica amministrazione → immutazione della sfera giuridica del privato in via unilaterale, nelle procedure d'evidenza pubblica; perché il privato contraente si assoggetta pur sempre volontariamente alle obbligazioni che discendono dal contratto con l'ente pubblico, di modo che la costituzione, la modificazione, o l'estinzione dei diritti soggettivi del privato (o, in altre parole, il rapporto giuridico obbligatorio) non possono prescindere dal consenso del titolare della sfera giuridica ove tali effetti sono destinati a prodursi.

È, dunque, arduo rinvenire il momento dell'autorità nelle procedure d'evidenza pubblica, sembrando, quantomeno, che la pubblica amministrazione in simile ambito disponga, per vero, della propria

(47) M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 279. L'autore afferma, poi, a p. 78 che "a ben considerare ci si avvede che l'interesse legittimo è la trasformazione della soggezione correlativa alla potestà del pubblico potere". Si tratta, però, a nostro avviso, di un concetto storicamente datato: importante là dove descrive il procedimento d'evoluzione democratica di un ordinamento; ma che non è in grado di dare una sistemazione dogmatica a evenienze – sempre più frequenti – nelle quali l'ente pubblico non si pone, esclusivamente, come autorità minacciosa della sfera patrimoniale del privato, quanto, invece, erogatore di provvidenze varie. A ben vedere l'interesse legittimo inteso quale evoluzione della soggezione, nella fase di crescita dell'ordinamento democratico, certo, si attaglia al così detto interesse legittimo oppositivo, ma solo con difficoltà può essere esteso agli interessi legittimi pretensivi.

sfera giuridica ⁽⁴⁸⁾: verrebbe da dire alla stregua di qualsiasi privato nell'esercizio della sua capacità negoziale di diritto comune.

Ma allora, se non vi è esercizio d'autorità, intesa, appunto, quale capacità d'immutare in via unilaterale la sfera giuridica altrui, non vi sarebbe, nemmeno, interesse legittimo: essendo, dunque, l'attività amministrativa di diritto privato mera attività di disposizione di propri diritti, e, quindi, in ultima analisi, libero esercizio della sovranità di ciascun soggetto sulla propria sfera giuridica. Con ciò che, confrontandosi le due sfere giuridiche (quella del privato e quella dell'ente pubblico) su un piano di reciproca indipendenza nell'ambito di un rapporto giuridico paritetico, la violazione delle regole dell'evidenza pubblica – che neppure in simile contesto diverrebbero norme imperative ⁽⁴⁹⁾ – sarebbe destinata a restare priva di sanzione, se non nell'ambito dell'autotutela, non potendo, in simili ipotesi, rivendicare il privato alcuna situazione giuridica soggettiva che lo abiliti a sindacare l'esercizio della sovranità sulla sfera giuridica dell'ente pubblico.

Ma sappiamo che così non è: almeno per l'inveterata tradizione interpretativa. E allora bisogna cercare altrove la risposta ai nostri quesiti, trascurando il binomio autorità-soggezione, che nella fattispecie non rileva.

8. *L'attività negoziale della pubblica amministrazione quale momento di sintesi tra l'autonomia negoziale e la discrezionalità amministrativa.* – Per quanto si è sin qui scritto, a noi pare difficile affermare che l'attività negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione sia espressione di autonomia privata. Coglie, infatti, nel vero chi ⁽⁵⁰⁾ afferma che mentre la capacità negoziale del privato è espressione di autonomia, e, dunque, sinonimo di libertà, di contro, il necessario collegamento tra gli atti amministrativi della procedura di evidenza pubblica e il contratto dell'ente pubblico connoterebbe la capacità di diritto privato della pubblica amministrazione quale esercizio di discrezionalità amministrativa ⁽⁵¹⁾: l'ente pubblico, nel-

(48) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 165, sostiene, infatti, che “non si può parlare in questo caso di provvedimenti amministrativi, a differenza di quanto comunemente si opina in dottrina e in giurisprudenza. Infatti, non si tratta di esercizio di potestà pubbliche, dato che l'amministrazione non si presenta, nel complesso dell'intera fattispecie, in veste di autorità”.

(49) Ma v. G. GRECO, in *Accordi amministrativi*, cit., p. 138.

(50) Cfr. A. BARDUSCO, in *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, atti amministrativi e negozio di diritto privato*, p. 79.

(51) R. De NICOLIS, *Affidamento di lavori, servizi e forniture*, in *Giust. amm.*, Milano, 2005, I, p. 778, di recente, riassume gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, e, a tal proposito, afferma che “... il procedimento di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato, articolandosi invece attraverso due serie di

l'uso della sua capacità di diritto privato, sarebbe, dunque, obbligato all'adempimento di doveri e non al solo rispetto del divieto del *neminem laedere*, come, invece, accade, appunto, nell'esercizio dell'autonomia negoziale da parte del privato⁽⁵²⁾.

Detto con altre parole, le manifestazioni di autonomia negoziale della pubblica amministrazione sono soggette a un duplice parametro di valutazione: quello della loro liceità, alla stregua di qualsiasi soggetto privato; e quello della loro legittimità⁽⁵³⁾.

A nostro avviso, il contratto di diritto privato dell'ente pubblico è, quindi, manifestazione della sua capacità di diritto comune⁽⁵⁴⁾, ma si esprime attraverso atti discrezionali di diritto amministrativo⁽⁵⁵⁾. Ma

atti: la cosiddetta serie negoziale, che consta di atti privatistici, e la cosiddetta serie procedimentali, che consta di atti amministrativi, quali la deliberazione a contrarre, l'approvazione o il diniego o la revoca dell'approvazione, la registrazione e il visto, o il diniego degli stessi ...".

(52) L'atto di autonomia negoziale trova, infatti, il suo limite nel confine esterno della sfera giuridica di colui che agisce, siccome tracciato dal principio del *neminem laedere*; di converso, l'esercizio della potestà amministrativa consente all'ente pubblico di superare tale limite, sol che si osservino le norme di azione contenute nella legge attributiva del potere. Difatti, ciò che caratterizza il potere è che esso "non trova limite al suo modo di esplicarsi nei diritti e nelle libertà altrui, ma soltanto nelle norme che lo disciplinano" (cfr. F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989). A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, p. 234, sostiene, d'altro canto, che la differenza strutturale tra diritto soggettivo e interesse legittimo "si spiega anche mediante la considerazione che, nel diritto amministrativo, diversamente che nel diritto privato, l'interesse protetto, lungi dall'avere un contenuto meramente negativo – nel senso di presentarsi con i caratteri di una situazione, il cui rispetto negativo esige un comportamento meramente negativo dell'altro soggetto del rapporto – ha invece un contenuto – se così si può dire – positivo, nel senso in cui appunto si assume che tale situazione funzionalmente e strutturalmente si connette, per definizione, ad un comportamento positivo dell'altra parte del rapporto, vale a dire ad un dovere d'agire del titolare del potere".

(53) A. ROMANO, *Introduzione a Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, p. 11, afferma che "questa finalizzazione è caratteristica delle autonomie delle amministrazioni, e non la si ritrova in quella dei soggetti di diritto privato. Con questa conseguenza: i loro comportamenti non solo sono soggetti anzitutto al quel primo parametro di valutazione della loro liceità, il quale è comune anche per quelli di questi ultimi; ma, inoltre lo sono anche ad un ulteriore parametro di valutazione che è particolare per quei loro comportamenti medesimi: la loro corretta funzionalizzazione. I loro provvedimenti, così, e in fondo, anche i loro contratti, devono essere, oltre che leciti, anche legittimi".

(54) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 158, sostiene che l'ente pubblico contraente esercita la propria "autonomia privata, intesa quest'ultima in termini di autoregolamentazione della propria sfera giuridica con strumenti privatistici".

(55) Ciò affermato, non si ritiene di convenire con quanto sostenuto da S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?*, in *Cons. St.*, 2004, I, p. 767, là dove afferma che le procedure di evidenza pubblica avrebbero "legittimato l'introduzione, con un'operazione di manipolazione genetica, dei principi di discrezionalità amministrativa propri del diritto pubblico nel nucleo di alcuni stru-

per sostenere ciò dobbiamo cercare di comporre in un medesimo rapporto obbligatorio due manifestazioni della capacità giuridica apparentemente antitetiche: l'autonomia del soggetto privato, sinonimo di libertà, e la discrezionalità dell'ente pubblico, espressione di eterodeterminazione dei fini. In tal modo riallacciando tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo i termini (quantomeno) di uno dei rapporti obbligatori che germogliano dal contratto.

In tal senso, si è autorevolmente affermata "l'ammissibilità di un incontro di volontà, pur espressione di situazioni eterogenee: la diversa posizione di partenza condiziona infatti il modo di formazione delle rispettive volontà e il relativo regime giuridico, ma non impedisce certo l'*in idem placitum consensus*"⁽⁵⁶⁾.

Amnesso questo, vi è, però, allora, da superare gli angusti limiti di prospettiva di chi ritiene l'interesse legittimo quale mero surrogato del diritto soggettivo estinto dall'esercizio autoritativo della potestà amministrativa, e rinviene, perciò, l'interesse legittimo solo nel rapporto con il potere, nella sua accezione di autorità⁽⁵⁷⁾.

Difatti, nelle procedure di evidenza pubblica, l'interesse legittimo si pone in una relazione dialettica con il diritto soggettivo⁽⁵⁸⁾.

È, allora, evidente che la convivenza nel medesimo rapporto giu-

menti di diritto privato, svuotandoli del loro contenuto originario di autonomia privata". In realtà, il contratto concluso all'esito della procedura di evidenza pubblica – come si è dinanzi affermato – in nulla differisce dal comune contratto di diritto privato.

(56) G. GRECO, in *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 117.

(57) Nel senso che l'interesse legittimo si pone sempre in una relazione giuridica con il potere, si legge in M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., p. 229 ss., che nella teorica amministrativa vi è una "semplice verità ... l'interesse legittimo ha come termine correlato un potere (e, quindi, un atto) della pubblica amministrazione". Vi si afferma però, poi, che "i provvedimenti si caratterizzano per il fatto di essere affermazione del momento dell'autorità nei riguardi del momento della libertà; per essere cioè espressione del potere dell'amministrazione di imporre unilateralmente la propria valutazione dell'interesse pubblico nei confronti degli amministrati" (*ivi*). Ma in tal modo intesa, nell'ambito dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, l'autoritatività è mera espressione dell'autonomia negoziale, là dove si consideri che l'amministrazione, attraverso il negozio di diritto privato, realizza (quale proprio) l'interesse pubblico, e che, perciò, attraverso l'atto di evidenza pubblica, definisce (autoritativamente, nel senso qui impiegato) il proprio interesse. In guisa tale che l'autoritatività del provvedimento, in questo senso, altro non è che la signoria della volontà, ovvero la capacità di interpretare autonomamente i propri bisogni e di deliberare gli atti giuridici attraverso i quali (nel rispetto dell'altrui sfera giuridica) soddisfarli. Ciò che, appunto, corrisponde al concetto di autonomia negoziale.

(58) In senso contrario, si veda, invece, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, cit., p. 1 ss., il quale, appunto, sostiene che "l'interesse legittimo del cittadino ... non può essere collegato con situazioni contrapposte al diritto soggettivo; il coordinamento si compie con il potere".

ridico della discrezionalità amministrativa dell'ente pubblico e dell'autonomia negoziale del privato impedisce che l'esercizio della potestà amministrativa si riverberi sulla sfera giuridica del privato, producendo l'estinzione del suo diritto soggettivo e determinando per questa via la nascita, in suo luogo, di un interesse legittimo. Nondimeno, le procedure d'evidenza pubblica si esprimono attraverso atti discrezionali e generano, senz'altro, in capo al privato contraente situazioni giuridiche di vantaggio che lo abilitano a partecipare al procedimento amministrativo e gli attribuiscono poteri di reazione agli atti a lui pregiudizievoli. Ciò che, appunto, corrisponde all'essenza dell'interesse legittimo⁽⁵⁹⁾.

9. *L'interesse legittimo quale pretesa del privato al corretto esercizio delle funzioni (anche) non autoritative degli enti pubblici.* – La Corte costituzionale, nella sua nota sentenza n. 204 del 2004, traccia una relazione, si potrebbe dire biunivoca, tra la “pubblica amministrazione-autorità (e) la giurisdizione generale di legittimità”⁽⁶⁰⁾. Parrebbe, dunque, che, in questo senso, si possa affermare l'esistenza di un interesse legittimo solo là dove vi sia esercizio d'autorità. Ciò che equivarrebbe a restringere la sfera della giustizia amministrativa alle sole ipotesi in cui la pubblica amministrazione, esercitando la sua autorità, incida in via unilaterale sulla sfera giuridica del privato⁽⁶¹⁾.

(59) Cfr. F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 25, ove, appunto, si legge: “I titolari degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo non possono realizzare la soddisfazione di tali interessi se non attraverso il comportamento dell'amministrazione. Sia la soddisfazione di nuovi interessi sia la conservazione di interessi già riconosciuti dipende dal modo in cui il potere viene esercitato. Pertanto, prima del provvedimento, nel corso dell'esercizio del potere, tali interessi, anche se per avventura fossero riconosciuti come diritti soggettivi, non possono presentarsi come tali: si presentano invece come interessi legittimi. Nel procedimento, a fronte del potere amministrativo, e lungo tutto l'arco del suo esercizio, non ci sono (o non rilevano) diritti soggettivi: non c'è pertanto alcuna differenza, nel modo in cui gli interessi privati sono rappresentati e protetti nel procedimento, tra interessi che, fuori di esso, siano meri interessi di fatto o veri e propri diritti soggettivi”.

(60) Si veda, a tal proposito, quanto di recente sostenuto da R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Leggi civ. comm.*, 2005, p. 763, che a commento della sentenza della Corte cost., n. 204 del 2004, ha affermato che “la situazione giuridica normalmente giustiziabile avanti al giudice amministrativo con la giurisdizione di legittimità è appunto quella che la stessa Costituzione ha qualificato come interesse legittimo, cioè la situazione giuridica che per definizione si contrappone all'autorità... giacché fa parte dell'essenza stessa della figura dell'interesse legittimo la correlazione a poteri autoritativi della pubblica amministrazione”.

(61) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 229, afferma, a tal proposito che, “quando l'amministrazione pubblica agisce come autorità, non può non comprimere, ridurre, estinguere situazioni giuridiche dei privati; tali oggetti dell'agire amministrativo non sono volontari: non è che l'amministrazione può vo-

Vi sarebbe, dunque, un interesse legittimo solo là dove l'ente pubblico esercita la propria autorità per limitare le libertà dei singoli in ragione del bene comune, in guisa tale che la giurisdizione amministrativa dovrebbe, allora, essere riservata all'attività di diritto pubblico della pubblica amministrazione, con esclusione, dunque, dell'attività amministrativa di diritto privato.

Ma così non è: vi sono, infatti, situazioni, per così dire, antitetiche, ove è, invece, il privato che (esercitando prerogative che la legge gli attribuisce) interferisce nelle scelte discrezionali dell'ente pubblico, quando esso esercita la sua capacità di diritto comune, senza rivendicare alcuna autorità, e operando, di conseguenza, all'interno della propria sfera giuridica, sulla quale, appunto, incide, di converso, il privato con i propri atti di volizione. E anche in simili situazioni si rinviene, per vero, in capo al privato un interesse legittimo, che, difatti, non è solo soggezione all'altrui autorità, ma, è più propriamente "la posizione di vantaggio ... risultante dalle norme che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso; niente di più e di diverso" (62).

A noi pare che una simile concezione dell'interesse legittimo, intesa quale pretesa giuridicamente rilevante al rispetto delle norme che disciplinano l'esercizio di un potere, diverga dalla definizione che si ritrae dall'insegnamento della Corte costituzionale, ove si afferma l'esistenza dell'interesse legittimo solo a fronte dell'esercizio di un'autorità.

Solo tracciando un'equivalenza semantica tra potere e autorità le due concezioni teoriche, difatti, coincidono. In realtà, però, si tratta di due concetti solo in parte coincidenti, nel senso, cioè, che l'autorità è sempre esercizio di potere, ma non sempre l'esercizio del potere è espressione d'autorità.

Come si è dinanzi affermato, il potere, infatti, è la mera capacità di un soggetto di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche soggettive (63): in altre parole, la così detta signoria della volontà. Ed è una situazione giuridica soggettiva trasversale che appartiene tanto al diritto privato quanto a quello pubblico. Il potere diviene, invece, esercizio d'autorità solo quando l'immutazione delle situazioni giuridiche incide, per determinazione unilaterale della pubblica amministrazione, sulla sfera giuridica altrui.

In simile prospettiva, la potestà non è, dunque, necessariamente, esercizio di autorità, essendo, per vero, il suo elemento caratte-

lerli o non volerli. Sono effetti necessari (fatali, si è detto talora metaforicamente): autorità significa incidenza necessaria in situazioni soggettive del privato".

(62) G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1952, p. 56. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 80 afferma che "l'interesse legittimo serve a contenere l'esercizio delle potestà (è indifferente che siano pubbliche o private) nei limiti della norma".

(63) A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, 1984, p. 117, afferma che "il potere

rizzante esclusivamente il fatto di essere il mezzo attraverso il quale realizzare un interesse collettivo (64). In tal senso, a proposito dell'attività amministrativa di diritto pubblico, si è, appunto, affermato che "una volta espunto dall'atto amministrativo il connotato necessariamente unilaterale e autoritativo ... ed individuato viceversa nel potere di scelta funzionalizzato il suo elemento caratterizzante, non sussistono ostacoli ad ammettere la partecipazione dell'amministrazione ad una fattispecie bilaterale" (65). Ciò che vale, *a fortiori*, per l'attività amministrativa di diritto privato.

Il *proprium* della potestà amministrativa è il fatto di essere la manifestazione di una volontà volta a produrre effetti giuridici a vantaggio di una collettività organizzata.

Essendo, perciò, l'esercizio della potestà sempre funzionalizzato alla cura di un interesse collettivo, il titolare della potestà (sia esso un ente pubblico o una società di diritto privato operante nell'interesse collettivo, nell'esercizio di un potere autoritativo o nel paritario confronto tra autonomie negoziali) deve costantemente rendere conto alla collettività organizzata di come persegue l'interesse collettivo che gli è stato affidato. Ciò che è reso possibile solo dall'inserimento degli atti di esercizio della potestà all'interno di un procedimento amministrativo, teleologicamente orientato al migliore perseguimento dell'interesse pubblico. Di modo che il sindacato giurisdizionale sull'esercizio della potestà (intesa, appunto, quale

consiste, infatti, nella possibilità di produrre mediante un atto giuridico modificazione nel mondo giuridico ... vale a dire la nascita, il mutamento, l'estinzione di situazioni giuridiche". In questo stesso senso, L. GALATERIA e M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, p. 72, affermano che "il potere si può definire come quella particolare situazione giuridica soggettiva attiva che si concreta in una vis, in un'energia idonea a produrre delle modificazioni nella sfera giuridica altrui, unilateralmente, con o senza l'assenso dei soggetti interessati", e soggiungono, poi, che "non sempre e necessariamente la modificazione è prodotta autoritativamente (perché) a volte, infatti, il potere giuridico si limita a concorrere alla produzione di una modificazione giuridica, in quanto essa si avvera anche in virtù del concorso dei soggetti interessati".

(64) Cfr. L. GALATERIA e M. STIPO, *op. cit.*, p. 73, ove si legge, appunto, che "autoritativa o non che sia, oggi, nell'ordinamento democratico, la potestà ha carattere strumentale, cioè è il mezzo destinato alla realizzazione di un dato fine ed è attribuita ad un soggetto per la realizzazione di un interesse altrui o di un interesse oggettivo, comunque di un interesse non pertinente al titolare della potestà medesima". Allo stesso modo, F.G. SCOCA, *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 9, sostiene che "il potere amministrativo (o potestà) ha infatti come caratteristica essenziale quella di essere situazione giuridica unilaterale (il cui titolare è la pubblica amministrazione) e di coinvolgere nel suo esercizio non solo interessi del suo titolare ma anche interessi di altri soggetti".

(65) G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., p. 45. E ciò in coerenza con la tesi che la "funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico ... sarebbe il connotato caratterizzante il pubblico potere, assai più e in luogo dell'autorità, tradizionalmente ritenuta come tale".

strumento, eteronomamente controllato, di perseguimento dell'interesse pubblico) non si limita ai momenti di autorità, ma si estende a ogni manifestazione di essa.

In altre parole, ciò che caratterizza la potestà non è l'autorità, bensì il dovere: correttamente definito come "il primo elemento dinamico che collega l'interesse alieno ... all'attività dei soggetti della pubblica amministrazione chiamati a realizzare tale interesse" (66). E l'interesse legittimo altro non è che la pretesa del privato al rispetto del vincolo teleologico che, attraverso la così detta norma di azione che conforma il comportamento della pubblica amministrazione, lega l'esercizio della potestà al perseguimento dell'interesse collettivo. Ma si tratta, appunto, di una situazione giuridica di vantaggio che non si accompagna necessariamente a una contemporanea condizione di soggezione.

Coglie, dunque, soltanto parzialmente nel vero il comune sentire che conduce a rinvenire la differenza tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo, nella possibilità del privato, nella prima sola ipotesi, di opporsi all'unilaterale e autoritativa immutazione della propria sfera giuridica ad opera dell'ente pubblico; e che perciò il diritto soggettivo non può interagire in un rapporto giuridico con l'autorità, essendovi in tale ambito spazio solo per l'interesse legittimo.

Ciò, difatti, è vero: nel senso che il privato, in difetto di una previsione di legge che consenta alla pubblica amministrazione di deliberare unilateralmente l'assetto d'interessi in una particolare vicenda giuridica, bene può reagire al comportamento (illecito, perché privo di giustificazione normativa) dell'ente pubblico prevaricatore, convenendolo in giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria sulla doglianza della violazione del principio del *neminem laedere*, per fare accertare l'esistenza del suo diritto soggettivo e, dunque, l'inesistenza di un potere autoritativo della pubblica amministrazione.

Eppure è vero che, là dove l'ente pubblico operi all'interno della propria sfera giuridica nell'esercizio della sua autonomia d'azione senza interferire con l'altrui sfera giuridica, e in tal modo interagisca con il privato su un piano paritario esercitando i propri diritti soggettivi (ciò che, in effetti, avviene in ogni procedura di evidenza pubblica volta alla conclusione di un contratto), non si contrappongono due autonome sfere giuridiche, definite attraverso il fascio di egoistici diritti soggettivi in relazione biunivoca con doveri e obbligazioni, ben potendo il privato vantare, oltre alla signoria sulla propria sfera giuridica, e dunque sui propri diritti soggettivi, un interesse giuridicamente rilevante (l'interesse legittimo, appunto) al rispetto della procedura che consente di realizzare il migliore collegamento tra

(66) Cfr. L. GALATERIA e M. STIPO, *op. cit.*, p. 74.

l'attività dell'ente pubblico e l'interesse collettivo alla cui cura esso è preposto ⁽⁶⁷⁾.

Certo è che non vi è diritto soggettivo nel rapporto con l'autorità, essendovi in tale ambito spazio solo per l'interesse legittimo. Non vi è, però, un'ontologica inconciliabilità tra l'interesse legittimo e il diritto soggettivo all'interno di un rapporto giuridico paritario. Esiste, infatti, una relazione biunivoca tra interesse legittimo e potestà, ma di mera ricorrenza statistica tra interesse legittimo e autorità.

In tale logica, la pubblica amministrazione interagisce con il privato nell'ambito di un rapporto giuridico eretto sul confronto tra diritti soggettivi e obbligazioni solo in una situazione statica. Quando, cioè, l'ente pubblico abbia già definito il migliore assetto degli interessi coinvolti nell'esercizio della sua funzione, attraverso un procedimento amministrativo all'interno del quale si sia realizzata la corretta sintesi tra l'interesse pubblico primario, gli altri interessi collettivi rilevanti e l'interesse del privato; e tale sintesi si sia già tradotta in un atto giuridicamente rilevante e vincolante. Si pensi, ad esempio, all'ente pubblico che – dopo avere scelto il contraente privato con una procedura di evidenza pubblica e con esso concluso il contratto di diritto privato – esercita i diritti e adempie le obbligazioni che discendono pianamente dal rapporto obbligatorio: in questi casi, infatti, nessuno dubita che si controverta di diritti soggettivi, e, sul lato passivo, si richieda l'adempimento di obbligazioni.

Di contro, nella fase dinamica dell'esercizio della potestà, la pubblica amministrazione (eserciti o no poteri autoritativi) adempie sempre la propria funzione del migliore perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'adozione di un atto amministrativo che individua la migliore forma di coesistenza giuridica tra interessi pubblici e privati ⁽⁶⁸⁾, in guisa tale che il privato acquista, nell'ambito del rapporto con l'ente pubblico, un interesse legittimo, ovvero una pretesa giuridicamente rilevante a che la pubblica amministrazione eserciti il potere (inteso quale capacità della volontà da essa espressa di produrre effetti giuridici) attribuitele nel rispetto della legge, e, dunque, in ultima analisi, del procedimento amministrativo.

(67) F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 2003, p. 179, afferma che "l'essenza dell'interesse legittimo sta soltanto nella pretesa a che la pubblica amministrazione eserciti legittimamente il potere conferitole dalla legge". Allo stesso modo, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, cit., p. 1 ss., sostiene che "l'interesse alla legittimità risulta in tal modo qualificato come interesse legittimo, diretto cioè, sempre, ad un'azione amministrativa imparziale ed efficiente. È attraverso la legittimità, siccome comprensiva anche del buon andamento, che l'interesse per cui agisce il privato può risultare soddisfatto dal provvedimento amministrativo, che disponga un dato assetto di interessi".

(68) Cfr., in questo senso, A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, p. 248.

10. *Gli interessi legittimi nel diritto privato.* – Autorevole dottrina⁽⁶⁹⁾ ha affermato che, alle volte, anche nel diritto privato emergono situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, che attengono al rispetto di regole del procedimento attraverso il quale si esprime l'autonomia negoziale.

Il privato contraente è, infatti, libero di esercitare la signoria sulla propria sfera giuridica, e, a differenza dell'ente pubblico, non è, di solito, condizionato al rispetto di una procedura di negoziazione, non essendo la sua attività negoziale funzionalizzata al perseguimento di un interesse altrui, sicché egli è libero di scegliere i fini che si prefigura di perseguire e le modalità attraverso le quali cercare di realizzarli.

Talvolta, però, il privato contraente si assoggetta *sua sponte* a una procedura di negoziazione, che lo costringe poi ad accettare l'eterodeterminazione del contenuto del contratto, quantomeno con riferimento al profilo soggettivo del rapporto, senza potersi in alcun modo sottrarre agli esiti della procedura da lui volontariamente scelta.

Ciò accade, in primo luogo, quando il privato impiega una procedura d'incanto per giungere alla conclusione di un contratto con una varietà di soggetti potenzialmente interessati.

Orbene, là dove il contraente determini taluni soltanto degli elementi del contratto e i partecipanti alla licitazione siano, dunque, chiamati a specificare gli ulteriori elementi del sinallagma, l'offerta di colui che ha assunto l'iniziativa si configura come un mero invito a proporre, che provoca una serie di offerte, a fronte delle quali colui che assume l'iniziativa conserva nondimeno la libertà di non accettarle.

In quest'ambito vi sono solo diritti soggettivi e correlativi doveri. Colui che propone l'affare esercita la signoria sulla propria sfera giuridica, e coloro che entrano con lui in relazione per la conclusione del contratto sono soggetti al suo libero arbitrio. In simili ipotesi vi è spazio soltanto per l'emersione di una responsabilità da fatto illecito (la responsabilità precontrattuale) che legittima colui che sia stato ingiustamente pregiudicato dall'altrui atto di autonomia a rivendicare il diritto al risarcimento dell'interesse contrattuale negativo. Il contraente deluso non ha, di contro, alcuna possibilità di sindacare la scelta di colui che lo ha indotto a partecipare alla procedura di negoziazione.

Altre volte, invece, l'offerta è già sufficientemente specificata, e, allora, essendo la scelta della controprestazione legata a criteri oggettivi, il contratto si stipula con la dichiarazione del concorrente alla gara che in base agli elementi prefissati debba essere preferito;

(69) Cfr. P. RESCIGNO, *Ma cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, p. 317 ss.

in maniera tale che la dichiarazione di chi ha assunto l'iniziativa si configura come una offerta al pubblico ⁽⁷⁰⁾.

È in questo diverso ambito che emergono situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Il contraente deluso può, infatti, insorgere contro l'*electio*, emancipandosi dunque dall'altrui arbitrio, ma il *petitum* della sua azione non potrà essere altro che la richiesta di annullamento della scelta effettuata dal promittente in spregio alle prescrizioni cui egli aveva subordinato la propria offerta, realizzando, perciò, solo in via indiretta ed eventuale, l'interesse a ricevere il divisato bene della vita. Il contraente leso nella sua aspettativa, in simile eventualità, agisce, infatti, per la tutela di un interesse individuale, che tuttavia trova protezione solo nella misura in cui esso coincide con l'interesse collettivo di tutti coloro ai quali l'offerta è rivolta al rispetto della procedura ⁽⁷¹⁾. Ciò che, appunto, corrisponde alla struttura dell'interesse legittimo di diritto pubblico.

A noi pare che ciò dimostri che l'interesse legittimo (privato o pubblico che sia) non è necessariamente correlato all'esercizio di un potere autoritativo, bensì al fatto che l'inserimento del processo di formazione della volontà in un procedimento sorvegliato *ab extrinseco*, consente a colui che subisce gli effetti di questa volontà di emanciparsi dalla situazione di mera soggezione (rapportata, talvolta, a poteri autoritativi, altra, a diritti soggettivi) in cui egli altrimenti si troverebbe, dovendo subire, senza possibilità alcuna di reazione, l'altrui libero arbitrio.

Nella particolare vicenda negoziale, non vi è, infatti, esercizio di potestà: intesa quale determinazione autoritativa di un assetto d'interessi capace di imporsi nella sfera giuridica aliena. Il rapporto giuridico si instaura, infatti, tra contrapposte sfere di autonomia patrimoniale, che si confrontano sul confine del *neminem laedere*; e si esprime nella dialettica diritto soggettivo/dovere. Ne consegue che, in tale ambito, l'interesse legittimo del contraente leso nella sua aspettativa si rapporta al diritto soggettivo del promittente, ed è l'effetto di una mutazione della soggezione all'arbitrio dell'altrui determina-

(70) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, 1970, p. 199.

(71) In modo oltremodo significativo, a tal proposito, Cass., 19 febbraio 1987, n. 1804, al proposito di una selezione di lavoratori effettuata da una società di diritto privato ha, infatti, affermato che "è ben evidente, infatti, che tutte le attività rivolte alla selezione sono rette da due finalità che corrispondono a precisi interessi (che non possono neppure definirsi contrapposti, essendo in realtà concomitanti, almeno in linea di principio) del gruppo dei partecipanti al concorso e dell'azienda, che ha bandito il concorso; a) assicurare la parità giuridica dei partecipanti, con esclusione di criteri preferenziali diversi da quelli indicati nel bando e fatta salva la discrezionalità di scelta finale, se, e nei limiti nei quali, è prevista; b) pervenire alla scelta dei maggiormente idonei allo svolgimento delle mansioni per le quali la offerta è stata formulata".

zione, che si viene a realizzare attraverso la procedimentalizzazione della scelta negoziale.

Orbene, si consideri a tal proposito che il giudice di legittimità afferma che, "nei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con il sistema dell'asta pubblica, l'atto di aggiudicazione ... rappresenta un atto di accertamento della offerta migliore e, di conseguenza, dell'avvenuta formazione dell'accordo in virtù dell'incontro della proposta dell'amministrazione contenuta nel bando, e costituente proposta al pubblico ai sensi dell'art. 1336, cod. civ., con quella del miglior offerente" (72).

L'acclarata esistenza di un interesse legittimo di diritto privato nella procedura di negoziazione di un contratto *ex art.* 1336, cod. civ., avvalorata la qualificazione della situazione giuridica soggettiva del privato che contrae con l'amministrazione all'esito di una procedura di evidenza pubblica quale interesse legittimo di diritto pubblico. Solo che, in questo caso, la particolare qualificazione della situazione giuridica soggettiva del privato contraente segna il passaggio alla giurisdizione amministrativa e, dunque, ha una rilevanza senz'altro diversa da quella che l'analoga problematica pone sul piano del diritto privato.

Quali che siano le (diverse) conseguenze giuridiche, *l'ubi consistam* di entrambe le vicende è questo: la relazione giuridica diritto/dovere, che regge il rapporto dialettico tra autonome sfere patrimoniali, una volta che sia inserita all'interno di un procedimento (che impone il rispetto di regole auto/etero determinate) di negoziazione, provoca la mutazione dell'autonomia negoziale in discrezionalità, e determina la contemporanea emancipazione del dovere alla poziore situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo.

Ciò che caratterizza l'interesse legittimo nelle procedure di negoziazione dei contratti (tra privati o con enti pubblici) è dunque, non già la sua relazione con la potestà, e, quindi, con l'autoritarità del provvedere, (rapportandosi esso, di converso, su un piano paritetico con il diritto soggettivo), bensì la discrezionalità, intesa quale scelta di (auto/etero limitata) autonomia negoziale, suscettibile di essere controllata *ab extrinseco* da un soggetto che, nondimeno, potrà ottenere soddisfazione del suo interesse sostanziale solo in via mediata ed eventuale, attraverso la riedizione del procedimento secondo le regole che saranno all'uopo stabilite dall'autorità giudiziaria (civile o amministrativa) adita. E, in tal senso, l'interesse legittimo è ridotto alla sua reale essenza di interesse "a determinare una azione altrui" (73).

(72) Cass., 11 giugno 2004, n. 11103.

(73) Così S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s.d., p. 158 ss., come riportato da F. PATRONI GRIFFI, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei Paesi membri: quali prospettive?* in *Riv. it. dir. pubbl. communit.*, 1993, p. 373.

11. *Gli interessi legittimi emergenti nella fase di esecuzione del contratto.* – La delineata problematica interessa, anzitutto, il regime delle procedure di evidenza pubblica nella fase precontrattuale; ma non solo. L'interferenza degli atti amministrativi negoziali giunge, infatti, a lambire la fase di esecuzione del contratto, in relazione alla quale l'ente pubblico si riserva l'esercizio di atti unilaterali che incidono direttamente sul sinallagma negoziale, finanche determinando la risoluzione del contratto: si pensi, ad esempio, alla rescissione dell'appalto, ai sensi dell'art. 340, l. 20 marzo 1865, n. 2248, o, altrimenti, alla revisione dei prezzi.

Senonché, la consolidata giurisprudenza afferma, in questo caso, che non vi sarebbe spazio per l'interesse legittimo, essendo la vicenda attratta alla relazione giuridica tra diritto soggettivo e dovere⁽⁷⁴⁾.

È, però, difficile ammettere che l'atto della pubblica amministrazione sia esercizio di un potere autoritativo, là dove incida – in un regime di consensualità con il privato – sulla fase genetica del contratto; e, in ogni altro caso, s'inserisca, invece, in un normale rapporto obbligatorio paritetico, nonostante determini, talvolta, l'unilaterale modificazione dell'assetto d'interessi convenzionalmente stabilito, immutando *invito domino* la sfera giuridica del privato: in tal modo tale atto configurandosi, quanto a struttura, similmente a un provvedimento autoritativo⁽⁷⁵⁾.

Si pensi, al proposito, all'esercizio dei diritti potestativi (risoluzione, recesso, disdetta, ecc.) emergenti nella fase di esecuzione del contratto.

Orbene, se è vero che non si può discutere della fondatezza delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto mere costruzioni concettuali che disegna l'interprete al fine di rappresentare i contenuti di un ordinamento; potendosi, dunque, eventualmente, solo discutere della loro utilità: certo è che la validità di qualsiasi costruzione concettuale è segnata dal rispetto del principio della sua coerenza interna⁽⁷⁶⁾.

(74) Cfr., in questo senso, da ultimo, proprio la sentenza oggetto di commento.

(75) G. GRECO, in *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 252, sostiene, a proposito dei contratti di diritto pubblico, che la pubblica amministrazione esercita senz'altro poteri amministrativi in sede di esecuzione, e afferma, a p. 256, che "strutturalmente (quanto ad effetti) non vi può essere differenza tra provvedimento ed esercizio di diritto potestativo (nell'uno e nell'altro caso vi è manifestazione unilaterale di volontà)". E, pure nella sostanziale diversità degli istituti negoziali, tale assunto può, certo, essere esteso anche all'esecuzione dei contratti di diritto privato. Come, pure, per il suo carattere generale, può essere qui utilmente richiamata la distinzione di regime dei due tipi di atto: "l'esercizio, infatti, di un diritto potestativo può essere contestato solo in ordine alla sussistenza dei presupposti (la cui mancanza produce inefficacia), ma non già sul modo di operare la scelta, che è libera e non assoggettata ai limiti della discrezionalità amministrativa" (*ivi*, p. 255).

(76) Cfr. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, I, p. 177.

Bisogna, dunque, cercare un diverso criterio interpretativo che possa rispondere a questa necessità di coerenza della soluzione, proposta invece contraddittoriamente dalla consolidata giurisprudenza.

A ben vedere, quanto si è dinanzi scritto in merito agli atti amministrativi negoziali della fase precontrattuale, consente ora di affrontare, con minore affanno, anche il secondo, e forse più ambizioso, tema d'indagine, volto a stabilire se sia condivisibile la *communis opinio* che siano coinvolti nella fase di esecuzione del contratto sempre e solo diritti soggettivi, con la conseguenza che, in tale ambito, vi sarebbe sempre e soltanto la giurisdizione del giudice ordinario. E ciò nonostante nella fase di esecuzione del contratto emergano atti sicuramente amministrativi, regolati da procedimenti di evidenza pubblica; tanto da indurre autorevole dottrina ad affermare il carattere di provvedimento amministrativo, ad esempio, della risoluzione del contratto (77), dell'esecuzione d'ufficio (78) e del recesso unilaterale (79).

Invero, il consolidato orientamento non è – almeno così a noi pare – condivisibile (80): quantomeno non nella sua assolutezza.

Vero è che nella fase di esecuzione del contratto la pubblica amministrazione non può esercitare poteri autoritativi, potendo, invero, operare solo all'interno della propria sfera giuridica, esercitando la propria autonomia privata (intesa quale signoria sui propri diritti soggettivi). Ed è, perciò, altrettanto vero che l'ente pubblico, in sede di esecuzione del contratto, con l'esercizio dei propri diritti potestativi non può provocare la degradazione dei diritti soggetti del privato contraente.

Si è, però, dinanzi dimostrato come anche la fase precontrattuale sfugga alla relazione: potere autoritativo/interesse legittimo; e, nondimeno, per costante interpretazione giurisprudenziale coinvolge situazioni giuridiche soggettive del privato contraente riconducibili all'interesse legittimo.

Una volta acclarato che ciò che caratterizza le procedure di evidenza pubblica e, soprattutto, ciò che fa emergere in capo al privato contraente situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo non è l'autoritatività dell'atto amministrativo, bensì la costrizione del-

(77) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 769.

(78) M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 769.

(79) O. RANELETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 388.

(80) G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 78, che per primo ha sottoposto a critica il consolidato orientamento giurisprudenziale, si è così espresso: "contrariamente a quanto comunemente riconosciuto, a me pare che anche nella fase di esecuzione e di estinzione dell'assetto contrattuale sussistano taluni profili pubblicistici e che tali profili consistono in manifestazioni di evidenza pubblica".

l'autonomia privata (intesa, questa volta, come libertà di scelta) nei limiti della discrezionalità amministrativa (intesa, appunto, quale eterodeterminazione dei fini), non vi è più alcuna ontologica inconciliabilità tra l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di diritti potestativi di origine contrattuale e l'emersione in capo al privato contraente (in luogo di una mera soggezione e in aggiunta ai suoi diritti soggettivi) di un interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura di evidenza pubblica, che, appunto, presidia il corretto esercizio delle scelte negoziali dell'ente pubblico anche nella fase di esecuzione di un contratto già concluso.

In tema di riparto di giurisdizione sugli atti amministrativi della fase di esecuzione di un contratto della pubblica amministrazione, a nostro avviso, non vi è una soluzione univoca.

Bisogna, infatti, analizzare ogni singola vicenda negoziale per verificare se l'esercizio dei diritti nascenti dal contratto sia l'inevitabile conseguenza di quanto già espresso nel sinallagma; o se, invece, l'atto del rapporto obbligatorio sia l'effetto (non prefigurato) di determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione all'esito di un procedimento amministrativo, attraverso il quale l'ente pubblico sintetizzi *ex novo* in un atto discrezionale una pluralità di interessi pubblici (primari e secondari) e privati emergenti nella fase di esecuzione del contratto, nel doveroso rispetto dei principi di buon andamento e d'imparzialità della pubblica amministrazione *ex art. 97, Cost.*, e dunque del canone di ragionevolezza, economicità, efficacia ed efficienza della sua attività amministrativa di diritto privato⁽⁸¹⁾.

Ciò affermato, a ben vedere, l'elemento discriminante le due fattispecie di atti amministrativi negoziali è semplice da individuare, essendo quello stesso collaudato criterio che consente di distinguere un atto amministrativo discrezionale da uno vincolato, e che, in tale ambito, permette, appunto, talvolta, di discriminare la giurisdizione cui devolvere la controversia⁽⁸²⁾.

(81) A tal proposito, G. GRECO, *op. cit.*, p. 73 e 77, afferma, appunto che non è sempre vero che "una volta precisato l'assetto contrattuale in coerenza con l'interesse pubblico e con i principi di corretto esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, la successiva fase riguarderebbe la mera esecuzione di tale assetto e, pertanto, non implicherebbe una nuova valutazione dell'interesse pubblico (sicché) la volontà negoziale dell'amministrazione risulta soggetta ad un procedimento del tutto - o in gran parte - simile a quello di evidenza pubblica della fase precontrattuale e soggetta altresì al medesimo regime".

(82) Per tutti, v. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, I, Milano, 2000, p. 673, ove, appunto, si legge che "tra i vari criteri con i quali la giurisprudenza ha cercato di individuare la natura della situazione soggettiva, infatti, vi è quello basato sulla natura discrezionale del provvedimento: in presenza di attività discrezionale, il privato è titolare solo di un interesse legittimo, situazione che non garantisce il soddisfacimento dell'interesse sottostante; all'attività vincolata, invece, corrisponde un diritto soggettivo, in quanto l'azione dell'amministrazione è già prefigurata in tutti i suoi elementi, ed essa non può esimersi dal soddisfare l'interesse del privato". L'autore, peraltro, soggiunge che "per la giurisprudenza

In entrambi i casi, si tratta, infatti, di verificare se il conflitto d'interessi (che è sempre latente in ogni rapporto giuridico) sia già stato definitivamente risolto *ex ante* in un atto giuridico presupposto all'atto amministrativo, in guisa tale che al verificarsi di un concreto fatto giuridico l'atto presupposto già abbia prefigurato l'inevitabile sua concreta conseguenza; o se, invece, l'atto presupposto lasci alla pubblica amministrazione un qualche margine di valutazione sulla scelta delle modalità attraverso le quali dare un assetto concreto e puntuale agli interessi emergenti nel caso concreto, di perciò che gli effetti del fatto giuridico derivano (sono mediati) piuttosto dall'atto amministrativo.

L'unica differenza tra le due vicende è che per i provvedimenti amministrativi l'atto presupposto è la norma, mentre per gli atti amministrativi negoziali esso è il contratto (che, del resto, "suole apparire come una norma giuridica, cioè come una piccola legge destinata a governare in un'occasione o in un piccolo numero di occasioni, i comportamenti di un soggetto o di un piccolo numero di soggetti" ⁽⁸³⁾).

Per il resto, ricostruzioni teoriche e conseguenze concrete in tema di riparto di giurisdizione sono, a ben vedere, le stesse.

Così, ad esempio, è espressione di una scelta discrezionale, e, perciò – secondo quanto sostenuto – coinvolge posizioni di interesse legittimo del privato contraente, l'atto unilaterale di rescissione dell'appalto, ai sensi dell'art. 340, l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, che per consolidata giurisprudenza è invece devoluto alla giurisdizione ordinaria sui diritti soggettivi ⁽⁸⁴⁾.

Allo stesso modo, ma, in questo caso, in coerenza con i consolidati orientamenti giurisprudenziali ⁽⁸⁵⁾, incide su interessi legittimi

questa corrispondenza non è piena, in quanto all'attività vincolata corrisponde un diritto soggettivo soltanto quando le norme che disciplinano compiutamente l'attività stessa sono volte a tutelare in via primaria l'interesse privato, e non quello pubblico".

(83) Così R. Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto*, 2002, I, p. 51.

(84) Cfr., tra le innumerevoli, Cass., Sez. un., 23 dicembre 2003, n. 19787, ove si afferma che "in materia di appalto di opere pubbliche, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo le controversie derivanti dalle procedure di affidamento dei lavori, mentre per quelle che traggono origine dall'esecuzione del contratto non è stata introdotta alcuna deroga alla giurisdizione del giudice ordinario. Pertanto, poiché il provvedimento di rescissione in danno, ancorché rivestito delle forme dell'atto amministrativo, costituisce una forma di autotutela della pubblica amministrazione incidente su posizioni di diritto soggettivo, le contestazioni che investono il legittimo esercizio di tale forma di autotutela appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario".

(85) Cfr., tra le tante, da ultimo, TAR Emilia-Romagna, Parma, 19 gennaio 2004, n. 13, ove si legge che "il criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in materia di revisione prezzi relativa a contratti di appalto di opere pubbliche, si fonda sul discrimine tra controversie attinenti all'*an* della pretesa revisionale e controversie relative al *quantum* del compenso revisionale: le prime afferenti all'esercizio di un potere amministrativo discrezionale ed incidenti quindi su posizioni di interesse legittimo, come tali appar-

la controversia sul diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi, e attiene, invece, alla giurisdizione ordinaria la causa sulla misura della revisione, una volta che il suo diritto sia stato riconosciuto dall'ente appaltante.

Per coerenza di sistema, a noi pare debbano dunque essere devolute alla giurisdizione amministrativa di legittimità tutte le controversie che abbiano ad oggetto le scelte discrezionali della pubblica amministrazione di esercitare uno dei diritti potestativi (risoluzione, recesso, disdetta, ecc.) che il contratto le attribuisce. E ciò perché si tratta sempre di un atto amministrativo negoziale di carattere discrezionale, che coinvolge dunque – per quanto si è affermato – situazioni giuridiche soggettive d'interesse legittimo del privato rapportate a diritti soggettivi della pubblica amministrazione⁽⁸⁶⁾.

12. Considerazioni conclusive. – A questo punto si debbono trarre le necessarie conseguenze da quanto si è sin qui tentato di dimostrare. A noi pare, infatti, che siano emersi alcuni elementi utili a una riflessione sulla opportunità di affrontare la complessa questione degli atti amministrativi delle procedure di evidenza pubblica e delle situazioni giuridiche soggettive in esse coinvolte, andando quantomeno alla ricerca della giustificazione teorica dei consolidati *arrêts* giurisprudenziali, se non addirittura spingendosi sino a una loro rivisitazione critica.

Una volta che si condivida l'assunto che gli atti delle procedure di evidenza pubblica non sono provvedimenti amministrativi e non sono, perciò, espressione dell'esercizio di un potere autoritativo, a volere inquadrare – come a noi pare si debba – la situazione giuridica di vantaggio del privato contraente nel novero degli interessi legittimi pretensivi, si deve, a nostro avviso, necessariamente ricerca-

tenenti alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, le seconde (conseguenti al riconoscimento comunque operato dalla pubblica amministrazione) coinvolgenti questioni patrimoniali riconducibili al sinallagma contrattuale e concernenti, quindi, posizioni di diritto soggettivo devolute alla cognizione del giudice ordinario”.

(86) A tal proposito, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 80, ha risolto l'obiezione fondamentale che si può esprimere a una siffatta ricostruzione del fenomeno. Egli, infatti, riconosce che nella fattispecie non vi sono provvedimenti autoritativi capaci di produrre l'affievolimento dei diritti soggettivi del privato contraente, sibbene diritti potestativi contrattualmente riconosciuti, in guisa tale che il diritto soggettivo del privato contraente non può trasformarsi in interesse legittimo, ma, nondimeno, ciò “non esclude che, accanto alle normali correlazioni in termini di diritto soggettivo e di obbligo giuridico possano emergere – a causa dell'evidenza pubblica – altre correlazioni che fanno capo al potere discrezionale dell'amministrazione e all'interesse legittimo: si tratta di correlazioni che non contraddicono le prime ... ma che vengono ad arricchire i rapporti tra le parti, proprio in quegli aspetti che il normale assetto di rapporti tra privati lascia liberi da ogni sorta di disciplina”.

re in un luogo diverso, appunto, da quello del confronto dialettico autorità/libertà, l'emersione di detta situazione giuridica soggettiva all'interno delle procedure di negoziazione dei contratti di diritto privato dell'ente pubblico.

In tale ambito, si possono, forse, condividere alcuni altri assunti, da intendersi, ovviamente, quali meri spunti di riflessione piuttosto che come impensabili ambizioni di sistemazione dogmatica del complesso fenomeno.

Quando in riferimento a un bene della vita coesistono interessi pubblici e privati, la legge impone alla pubblica amministrazione di realizzare la migliore sintesi (nel rispetto del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa) dei contrapposti interessi all'interno di un procedimento amministrativo, e sorge, pertanto, in capo al privato un interesse legittimo, che deve essere inteso quale facoltà di influire, all'interno del procedimento amministrativo, sul corretto esercizio della funzione, e eventualmente di reagire in sede giudiziaria alla sua trasgressione.

L'interesse legittimo è, dunque, il coacervo di facoltà (procedimentali e processuali) che l'ordinamento riconosce al privato per tutelare la sua posizione di vantaggio rispetto a un determinato bene della vita, la cui soddisfazione è mediata da un procedimento amministrativo.

L'esercizio di un potere, inteso quale capacità di immutare unilateralmente la sfera giuridica del privato, è, perciò, solo una delle ipotesi in cui può emergere (nella dialettica libertà/autorità) l'interesse legittimo. E, allora, in questo caso si può, forse, immaginare che l'interesse legittimo (oppositivo) sia un *minus* rispetto al diritto soggettivo.

Quando, però, il privato chiede all'amministrazione un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, e, dunque, là dove si controverte di un interesse legittimo pretensivo, questo si configura come una situazione giuridica di vantaggio di più ampio spettro rispetto al diritto soggettivo, perché consente al suo titolare il sindacato sulla scelta di un terzo (la pubblica amministrazione: ma – come abbiamo visto – non solo) delle modalità con cui egli intende perseguire i suoi obiettivi: vale a dire l'esercizio della discrezionalità. Perché altrimenti, là dove si confrontassero sul confine del *neminem laedere* due sfere giuridiche tra loro impermeabili, vi sarebbe (insindacabile) esercizio di autonomia negoziale.

Ciò vale a dire che è configurabile un interesse legittimo anche là dove l'atto amministrativo si risolve in una manifestazione di volontà paritetica dell'amministrazione nel quadro di un rapporto contrattuale.

L'atto della pubblica amministrazione di gestione del rapporto negoziale (ma – è lo stesso – il provvedimento di genesi del contrat-

to) ha senz'altro la sostanza di un atto amministrativo⁽⁸⁷⁾, perché ciò che caratterizza il regime degli atti di diritto pubblico, e li distingue dagli atti di autonomia negoziale di diritto privato, non è già l'esercizio di un potere autoritativo, inteso quale capacità di conformare *invito domino* l'altrui sfera giuridica, quanto, piuttosto, il fatto che gli atti amministrativi sono l'espressione di una scelta, operata dalla pubblica amministrazione, all'interno di un procedimento che consente di funzionalizzare l'attività dell'ente pubblico alla migliore cura degli interessi collettivi, nel rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento *ex art. 97, Cost.*, e che costringe la scelta di autonomia negoziale della pubblica amministrazione all'interno degli schemi della discrezionalità amministrativa⁽⁸⁸⁾.

In altre parole, là dove vi è attività funzionalizzata alla migliore cura dell'interesse collettivo, e l'atto di autonomia negoziale (*rectius*: l'atto amministrativo negoziale⁽⁸⁹⁾) non sia la piana esecuzione di precedenti determinazioni della pubblica amministrazione, ma comporti scelte discrezionali da assumere all'interno di un procedimento amministrativo nel quale si confrontino interessi pubblici e privati, nel doveroso rispetto dei principi di buon andamento e d'imparzialità della pubblica amministrazione *ex art. 97, Cost.*, e dunque del canone di ragionevolezza, economicità, efficacia ed efficienza, vi è sempre un interesse legittimo (negoziale), sia nella fase genetica del rapporto, sia in quella esecutiva, e quale che sia la natura giuridica del soggetto che agisce nell'interesse della pubblica amministrazione per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico. Ed è per questo che, in simili evenienze, vi è la giurisdizione amministrativa (di legittimità).

Ci sia, dunque, consentito concludere con il richiamo di autorevole dottrina, che – sul riparto di giurisdizione – si è così pronunciata: “alla duplicazione ... dei piani di valutazione della giuridicità degli atti e dei comportamenti delle amministrazioni ... corrisponde... pure una duplicazione delle giurisdizioni ... rispettivamente il giudice civile ... per la tutela dei diritti soggettivi dei privati; e, in

(87) G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 165, parla di “atti amministrativi negoziali” (ciò che ci induce a individuare nella fattispecie interessi legittimi negoziali), caratterizzati dal fatto che “si tratta, infatti, di atti a regime amministrativo e ad effetti privatistici ... ma si tratta anche e soprattutto di atti a contenuto negoziale, di autoregolamentazione della sfera di disponibilità di diritto privato dell'amministrazione”.

(88) In questo senso, pare di trovare conforto in quanto afferma R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., p. 851, là dove sostiene che “... allorché l'amministrazione pubblica opera scelte, nell'ambito della sua attività di cura di interessi collettivi, queste scelte risultano funzionalizzate e devono rispettare i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento: in altre parole, si ha discrezionalità e regime degli atti amministrativi, non dei poteri privati ...”.

(89) G. GRECO, *op. cit.*, p. 165.

genere, per i limiti dell'autonomia delle amministrazioni, che sono in un certo senso analoghi a quelli dei soggetti di diritto privato ... e il giudice amministrativo, il giudice degli interessi legittimi, il giudice che per le amministrazioni è loro particolare, per i vincoli funzionali intrinseci alla loro autonomia, che sono per loro specifici" (90).

Orbene, a noi pare che quanto qui affermato corrisponda esattamente a ciò che si è tentato sin qui di dimostrare: il riparto di giurisdizione sui contratti si fonda, non già, sul rinvenimento nel procedimento di evidenza pubblica di poteri autoritativi, che, in effetti, non vi sono; quanto, piuttosto, sul fatto che l'attività amministrativa di diritto privato è funzionalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo. Conseguentemente, l'amministrazione pubblica, nell'esercizio della sua autonomia di diritto privato, è costretta a rispettare oltre ai limiti che segnano il confine esterno della propria sfera giuridica e individuano ciò che è, dunque, lecito anche ulteriori vincoli funzionali che individuano ciò che è legittimo: in guisa tale che, quando si controverte di un profilo di liceità, vi è la giurisdizione del giudice civile, e, di contro, quanto si discute di un profilo di legittimità, emerge la giurisdizione del giudice amministrativo.

(90) A. ROMANO, *Introduzione a AA.Vv., Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 14.