Ove le pretese partecipative fossero percepite nei termini indicati, di assoluto affrancamento dalla collaborazione alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico, qualsiasi forma di partecipazione (articolata nel *diritto individuale* di intervenire ad un dibattito pubblico o in quello di presentare osservazioni) risulterebbe verosimilmente idonea a fungere da strumento di espressione ed emersione degli interessi privati nei procedimenti di pianificazione territoriale, che è quanto serve (e quanto basta) alla partecipazione.

ILARIA PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, pagg. 1-299 (LEONARDO FERRARA).

1. Il libro di Ilaria Pagni va segnalato all'attenzione dei giuspubblicisti per più motivi. Intanto perché dedica un apposito capitolo alle «forme di tutela nell'ipotesi di lesione di interessi legittimi». Poi, e soprattutto, perché affronta il tema del rapporto tra «tutela specifica e tutela per equivalente» (così come esso è intitolato), seguendo un approccio metodologico di carattere ampiamente interdisciplinare e, di pari passo (ma anche di riflesso), dichiaratamente teorico-generale: in tal modo dischiude alla vista del lettore (che qui si vuole stimolare) un orizzonte che abbraccia (e quindi stringe a sé) l'intero processo amministrativo, e non solo i rimedi che questo garantisce.

Basterebbe ricordare quanti sono i problemi che si scopre essere comuni al diritto amministrativo e ad altri rami dell'ordinamento giuridico. Infatti, esemplificando, l'alternativa tra il gianniniano modo della separazione e della equiparazione esiste anche nel diritto del lavoro (p. 100); il «generale obiettivo di ripristino della legalità» sussiste altresì nell'azione societaria (p. 131); la distinzione tra interessi qualificati e interessi di fatto ricorre pure nella disciplina *antitrust* (pp. 187, 201 e 203); la questione della rilevanza o meno della finalità di una norma (nella specie di divieto: quello ricavabile dalla disciplina appena menzionata), rispetto all'enucleabilità di una situazione giuridica garantita (di un diritto) a favore di coloro che comunque traggono un vantaggio materiale dalla sua osservanza, sopravanza il tema delle guicciardiane norme di azione (p. 192); la scissione tra illegittimità e antigiuridicità è un fenomeno generalizzabile (p. 194).

Ma procediamo con ordine, riassumendo obiettivi, percorso e risultati dello studio della processualcivilista (in cinque capitoli, più introdu-

zione e osservazioni conclusive), per concentrarci alla fine sulla questione del momento: la cosiddetta pregiudiziale amministrativa.

2. L'introduzione colloca immediatamente la questione del rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente all'interno dell'«interrogativo fondamentale se [...] tra diritto sostanziale e processo sia il secondo a doversi modellare sul primo, approfittando di ogni via di tutela che il principio di atipicità dell'azione sia in grado di aprire, o se non sia vero il contrario, quante volte almeno la tutela di un determinato diritto soggettivo venga indirizzata dal legislatore al solo risarcimento del danno», così come avviene in certi settori dell'ordinamento secondo scelte recenti. La rilevanza del principio di effettività della tutela spinge Pagni ad avvertire subito «della necessità di non arrestarsi dinanzi a previsioni restrittive, insistendo nell'andare alla ricerca di soluzioni interpretative che consentano di trarre il massimo da rimedi contemplati in misura insufficiente».

Soltanto nel tentativo di trovare risposta all'anzidetto interrogativo, «alla luce delle interazioni tra le soluzioni offerte dalle diverse discipline», si può «consegnare all'interprete un filo che gli consenta di districarsi e forse di uscire dal labirinto dei rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente», di fronte al «chiaroscuro» discendente dalla «accidentalità dei modi in cui talvolta si atteggia» tale rapporto.

3. Il primo capitolo contiene, innanzitutto, la disinvolta (quale effetto di una riflessione che si percepisce sedimentata) illustrazione del dibattito tradizionalmente proprio della dottrina civilistica e processualcivilistica relativamente alle forme di tutela codicistiche. Prima di avventurarsi nella legislazione di settore, dove la distinzione tra diritti a struttura obbligatoria e diritti a struttura reale si affievolisce, Pagni avverte, infatti, l'esigenza di mettere a fuoco gli spazi che il codice civile riconosce alla tutela specifica dei primi. Smontando ogni sproporzione rimediale tra le due tipologie di situazioni giuridiche soggettive (la quale confina nei diritti reali la pienezza della tutela), si dimostra, attraverso la lettura storica, comparatistica e sistematica dell'art. 1218 cod.civ., (l'inesistenza del supposto primato della tutela per equivalente e viceversa) l'esistenza del

principio della priorità dell'adempimento, cosicché «il debitore è tenuto al risarcimento del danno, in luogo dell'adempimento, solo qualora vi sia la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione». Dall'affermazione dell'immanenza al concetto di obbligazione del codice del 1942 del diritto all'attuazione specifica della prestazione si passa all'analisi della tutela inibitoria, di cui si riconosce la valenza atipica o generale, partendo dal «bisogno di tutela preventiva [esistente] laddove rimedi a carattere repressivo non siano sufficienti a *compensare* il danno arrecato al titolare di un diritto, e ciò a prescindere dalla natura assoluta di quest'ultimo»: secondo dunque «ragioni non diverse da quelle per cui è costituzionalmente garantita la misura cautelare innominata in presenza di un pregiudizio irreparabile», ma senza dimenticare il richiamo all'art. 2908 cod.civ., il quale vincola «a ricavare l'obbligo da imporre dal comportamento vietato dalla legge, senza con ciò ampliare il margine della discrezionalità giudiziale al punto da dover parlare di creazione, in via di sentenza costitutivo-determinativa, di obblighi prima inesistenti in capo ai destinatari dell'ordine del giudice».

Incanalata in questo modo la ricerca nel senso del riconoscimento «che l'attribuzione ad un dato interesse della rilevanza giuridica dovrebbe aprire ad esso, potenzialmente almeno, *tutte* le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico», è conseguente l'analisi del significato e del ruolo attribuibili al principio dell'effettività nella ricerca degli equilibri tra la previsione sostanziale e la relativa sanzione processuale. Non il testo costituzionale isolatamente considerato, vista in specie la mancanza di esplicite affermazioni da parte della Corte, epperò l'analisi di diritto comparato e soprattutto la considerazione del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale indicano che «il diritto alla tutela giurisdizionale non può essere inteso in chiave esclusivamente tecnica, come diritto al processo [...] ma deve essere concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto al rimedio adeguato ad assicurare soddisfazione al bisogno di tutela». Se in termini generali può concludersi che la sostanza determina il rimedio processuale, diventa possibile proseguire l'indagine alla ricerca della risposta al quesito

circa l'esistenza di valenza conformativa della stessa sostanza ad opera delle specifiche previsioni, riscontrabili in alcuni settori dell'ordinamento, di alcuni strumenti di tutela (in particolare risarcitori) e non (o con espressa esclusione) di altri (in particolare reali), nella consapevolezza che «le eventuali restrizioni debbano considerarsi un dato ineliminabile» soltanto quando trovino giustificazione «nel limite dell'impossibilità naturale o [della] necessità di un contemperamento di interessi tra valori parimenti da garantire». In assenza di tali giustificazioni, in definitiva, «i principi in gioco nella materia giurisdizionale [sono] tali da legittimare ed imporre ogni operazione interpretativa che cerchi di correggere eventuali difetti di equilibrio tra previsione sostanziale e misura di tutela».

4. La prima disciplina settoriale ad essere affrontata riguarda la tutela del lavoratore illegittimamente licenziato (cap. II). Ricordato il potere che questi ha di rinunciare al rimedio reale (reintegrazione nel posto di lavoro) offerto dallo Statuto dei lavoratori, in cambio di uno per equivalente (consistente in un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto), chiarita l'alternativa tra i due rimedi quale possibilità ad un tempo di «realizzazione degli effetti in via di tutela specifica, pur trattandosi di un rapporto a struttura obbligatoria» e di conversione della prestazione in natura in prestazione per equivalente, «a prescindere dai casi di impossibilità della prestazione originariamente dovuta», Pagni si domanda se il testo dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, novellato dalla legge n. 108 del 1990, il quale prevede che la sentenza che ordina la reintegra stabilisca a titolo di risarcimento un'indennità commisurata alla reintegrazione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, «lasci aperto qualche spazio alla pretesa del lavoratore di ottenere [oltre a tale indennità] il ristoro dei danni effettivi». La risposta positiva all'interrogativo, di rilevante impatto sistematico, consente, da una parte, di ricondurre la disposizione in esame al modello dell'art. 1218 e dell'art. 1453 cod.civ. (confermando che «anche il titolare di un diritto di credito, non avente contenuto esclusivamente pecuniario, può agire per l'esatto adempimento, come il titolare di un diritto assoluto, oltre che per il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'altrui inadempimento»), dall'altra parte, di scongiurare il dubbio che la situazione soggettiva tutelata si esaurisca nel diritto alla retribuzione (evitando altresì al datore ogni calcolo eventuale di convenienza economica).

Quanto alla tutela del lavoratore nell'art. 8, legge n. 604 del 1966, dove al datore di lavoro è data la scelta tra la riassunzione e il risarcimento del danno, la diversa modulazione di «un interesse che in sé considerato sarebbe identico», ancorata al diverso regime di efficacia del potere di licenziamento illegittimo (risolutiva, anziché incidente solo sulla «funzionalità di fatto» del rapporto, come nel caso precedente), si spiega grazie al bilanciamento compiuto dal legislatore processuale «tra l'interesse del lavoratore e l'interesse delle piccole imprese». Il riconoscimento di siffatta possibilità di bilanciamento non vale, però, a escludere, nella disciplina complessiva dell'impugnativa del licenziamento, la riaffermazione del principio che «la tutela generale, da ammettersi anche ove non esplicitamente prevista, è quella specifica»: infatti, «*soltanto una previsione espressa* (volta ad *escludere* la misura specifica in favore di quella per equivalente) può determinare un arretramento dei rimedi dal piano reale al piano obbligatorio, quale quello cui l'art. 8, legge n. 604 del 1966, alla fine perviene».

5. Il capitolo successivo si concentra sul contesto del diritto societario, dove le maggiori suggestioni vengono ricavate dal principio del cosiddetto arretramento della linea di tutela del socio dal piano reale a quello obbligatorio, espresso dall'art. 2054*quater* cod.civ. (dove si fissa l'impossibilità di far valere vizi invalidanti l'atto di fusione, una volta adempiuti gli oneri di pubblicità, statuendo nel contempo la salvezza del diritto al risarcimento del danno per quanti, soci o terzi, fossero stati danneggiati dalla fusione), assunto nella disciplina riformata delle società di capitali (d.lgs. n. 6 del 2003) quale modello per la tutela del socio a fronte dei vizi di altre ipotesi di delibere a contenuto organizzativo potenzialmente in grado di incidere sulla sua partecipazione sociale (artt. 2500*bis* e 2379*ter*, co. 2 e 3, cod.civ.) e «echeggiato in fondo» anche nell'art. 2377 cod.civ., per il caso dei soci che, non rappresentando la parte di capitale necessaria a proporre l'impugnativa, o privi della legittimazione ad impugnare perché privi del diritto di voto, hanno titolo al solo risarcimen-

to del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto.

La tesi sostenuta dall'Autrice è che le differenze in punto di presupposti e di soggetti coinvolti (socio o soci danneggiati, gruppo di controllo, amministratori negligenti, società-organizzazione) non consentono «di porre con tranquillità sullo stesso piano l'azione di invalidità e il rimedio risarcitorio (oltretutto dando per scontata la consistenza meramente patrimoniale dell'interesse del socio)» ma spingono a «ritenere che le previsioni dell'art. 2054*quater* (e le altre consimili che il legislatore della riforma ha immaginato) conservino una loro legittimità, pur alla presenza dell'art. 24 Cost. e delle altre norme che postulano il diritto ad un rimedio effettivo, solo se esse presuppongano una sorta di credito ad una prestazione che, per ragioni di impossibilità (giuridica) [...], non può in alcun modo trovare soddisfazione come tale e la cui linea di tutela, perciò, è costretta ad arretrare ad un piano di equivalenza monetaria, indipendentemente dall'esistenza di un danno già arrecato al socio». Alla luce di questa impostazione «bisognerà che l'esatto adempimento sia davvero impossibile e che, prima di sostituire la prestazione col suo equivalente, si compia ogni sforzo per dare al creditore *tutto quello e proprio quello che avrebbe diritto di ottenere* in base al diritto sostanziale; inoltre, che per ottenere la tutela indennitaria dalla società non debba esser data alcuna prova del dolo, della colpa o dell'abuso, che sarebbero invece necessari per il riconoscimento della responsabilità civile per danni». Ancora una volta è, dunque, in giuoco «un principio analogo a quello che si ricava dagli artt. 1218 e 1256 cod. civ., secondo cui è soltanto l'impossibilità (materiale o giuridica) di attuazione della prestazione iniziale che può produrne la conversione nell'obbligo di pagare una somma di denaro, mentre fin dove è possibile si può e si deve pretendere l'adempimento, salvo in ogni caso – ma si tratta allora di obbligazione accessoria, non sostitutiva – il risarcimento del danno causato dal ritardo o dall'inadempimento qualora l'impossibilità derivi da una causa imputabile al debitore». Quanto all'anzidetta impossibilità giuridica, essa risiede, oltre che nella «difficoltà di ricreare, sebbene con effetto *ex nunc*, lo *status quo* antecedente la fusione», nella irriconoscibilità «all'Autorità giurisdizionale

di un potere non già soltanto di natura, per così dire, rescindente, in quanto teso a porre nel nulla l'assetto organizzativo voluto dai soci delle società partecipanti all'operazione, ma anche all'evidenza di contenuto *determinativo* delle future regole organizzative che dovranno presiedere allo svolgimento delle attività che erano state appunto concentrate con l'atto dichiarato invalido». Laddove, però, «è teoricamente possibile un ritorno allo *status quo ante* anche senza l'intervento dell'assemblea», come è nel caso di emissione di prestiti obbligazionari o di aumento e riduzione del capitale sociale, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, «dovere dell'interprete è far riespandere l'interesse del socio a godere della pienezza di tutela». Il rimedio specifico potrà essere recuperato attraverso «forme [...] che non reagiscano sull'assetto endosocietario [...], ma restino confinate al suo esterno», quali la «correzione del rapporto di cambio incongruo».

6. Il quarto capitolo ragiona delle forme di tutela nell'art. 33, legge n. 287 del 1990, il quale attribuisce alla competenza della Corte d'appello la cognizione delle azioni di nullità e di risarcimento del danno in caso di violazione della normativa *antitrust*, riconoscendole altresì il potere di emettere provvedimenti d'urgenza. Il principale problema è se tale disposizione «abbia la funzione di *escludere* i poteri non riconosciuti espressamente al giudice ordinario o debba invece interpretarsi come norma che, in quanto *solo esemplificativa* dei principali bisogni di tutela dei diritti inerenti alla materia della concorrenza, sia, nonostante ciò, volta a prescrivere per qualunque rimedio esperibile la speciale competenza della Corte d'appello». Individuati i destinatari della tutela civile *antitrust*, distinguendo tra la posizione delle imprese contraenti con l'autore dell'illecito, dei concorrenti in senso stretto, dei lavoratori (sempre dell'impresa autrice dell'illecito) e dei consumatori e utenti finali, «riconosciuta alla previsione dell'azione di nullità la più generale funzione di accertamento ed eliminazione dei comportamenti illeciti (anche di quelli per i quali non è invocabile il rimedio dell'invalidità, non avendo essi natura negoziale, come l'abuso di posizione dominante)», Pagni dà soluzione positiva al suddetto problema, aprendo in particolare «la strada al rimedio inibitorio a carattere definitivo attraverso il ricorso all'analogia». L'inibito-

ria, nel contesto in esame, avrebbe «una funzione non dissimile dall'azione di nullità»: l'una e l'altra conterrebbero, infatti, «un accertamento dell'illiceità della condotta precedentemente posta in essere, da cui si [ricaverebbe] necessariamente anche l'accertamento dell'obbligo di non compiere ulteriori atti lesivi».

7. L'ultimo capitolo è dedicato alle forme di tutela nell'ipotesi di lesione di interessi legittimi. Ripercorsi i tratti salienti del sistema anteriore alla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, analizzata puntualmente quest'ultima, illustrati il nuovo assetto della tutela giurisdizionale a seguito dell'emanazione della legge n. 205 del 2000 e la giurisprudenza successiva, chiarito che nella materia dell'illecito amministrativo il dibattito sui rimedi esperibili «si pone in termini rovesciati rispetto a quanto avviene» in ambito (processual)civilistico (dove, come detto, ci si è interrogati se il titolare di un diritto di credito dovesse limitarsi a pretendere il risarcimento del danno), Pagni affronta «il punto fondamentale e decisivo dell'intera vicenda: se cioè l'impugnazione tempestiva del provvedimento lesivo sia o meno necessaria perché possa dirsi compiutamente formata la fattispecie costitutiva del risarcimento del danno arrecato dalla lesione di interessi legittimi».

A questi fini viene innanzitutto esclusa la sussistenza, accreditata in particolare da alcuni orientamenti dottrinali, di una «specificità della fattispecie, caratterizzata dalla presenza in essa dell'atto amministrativo» e dalla conseguente necessaria annullabilità di questo: si rileva, infatti, che «il ragionamento seguito per affermare la necessarietà dell'annullamento sembra afflitto da un vizio di partenza, consistente nell'essersi concentrati sul fatto che il giudizio di legittimità è interamente tarato sull'annullabilità dell'atto e non sul mero accertamento dei suoi vizi, trascurando che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sul rimedio risarcitoria poteva implicare anche il riconoscimento di tutti i poteri di tutela che l'ordinamento consente».

Si procede poi smontando l'idea che al superamento del termine decadenziale «si ricolleghi qualche effetto sulla validità dell'atto o sulla sua legittimità, quasi fosse una forma di convalida per il decorso del tempo»: la possibilità della disapplicazione da parte del giudice ordinario e dell'annullamento da parte dell'amministrazione dimostrano che «il decorso del tempo agisce soltanto sulla possibilità di chiedere al giudice una determinazione dell'autorità (mediante annullamento) sull'assetto degli interessi in conflitto, disposto dal provvedimento amministrativo, ma non sana l'eventuale illegittimità dell'azione amministrativa». Né le cose cambiano spostandosi «dalla teoria dell'atto amministrativo ad un piano di teoria generale», laddove si considerino la mancata impugnazione del licenziamento illegittimo o la mancata denuncia dei vizi della cosa acquistata: a tale proposito si rileva, ad esempio, che l'anzidetta mancata impugnazione produce la risoluzione del rapporto di lavoro (o il consolidamento dell'effetto finale dell'atto datoriale), senza che questo «discenda dalla riscontrata presenza dei presupposti di esercizio del diritto potestativo di licenziamento», tanto che la Suprema corte ritiene che la preclusione della reintegrazione nel posto di lavoro e del risarcimento ai sensi dell'art. 18, legge n. 300 del 1970, non esclude l'esperibilità della normale azione risarcitoria in base ai principi generali che governano tale azione, sempre che ricorrano e siano dal lavoratore allegati i relativi presupposti. Del resto, non è diverso il caso del danno da illegittimità della delibera societaria, dove «non si è mai messo in dubbio non solo che la mancata proposizione dell'impugnativa non faccia diventare legittimo un atto illegittimo, ma neppure che l'azione risarcitoria – nel caso in cui non sia soggetta anch'essa ad un termine di decadenza – non possa valere come tardiva contestazione degli effetti dell'atto asseritamente illegittimo da parte di colui che da tale contestazione sia ormai decaduto».

L'inserimento del «tema della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo nella più generale speculazione in tema di effetti della mancata proposizione dell'impugnativa nel termine decadenziale e di rapporti tra azione di adempimento e tutela per equivalente» porta infine l'Autrice a sostenere, per un verso, che «il tipo di cognizione sull'antigiuridicità dell'azione amministrativa, da demandarsi al giudice (sia esso ordinario o speciale) una volta escluso il principio di pregiudizialità, non deve qualificarsi quale ipotesi di disapplicazione, non dovendosi affatto prescindere dagli effetti giuridici prodotti dal provvedimento amministrativo quando si accerti *incidenter tantum* l'esistenza dei vizi nell'atto

lesivo», per altro verso, che «non esiste un principio generale che subordina l'un rimedio all'altro (anzi, al contrario, la tutela risarcitoria è sempre ammessa, quando non sia o non sia più possibile quella demolitoria)».

Restano a questo punto sul campo «alcuni snodi problematici», dai quali possono eventualmente emergere «altre ragioni di natura sistematica che si oppongono all'abbandono del cosiddetto principio di pregiudizialità»: vi è, infatti, da tenere in debito conto, da una parte, «il principio per cui, finché il diritto esiste (e fatto salvo perciò quanto dispone l'art. 1256 cod.civ. in caso di impossibilità sopravvenuta dell'obbligazione), il creditore deve esigere l'adempimento, né può rinunciarvi per il risarcimento» (cosicché la necessità del previo annullamento del provvedimento potrebbe presentarsi come «l'espressione, nel diritto amministrativo, del più generale principio del cosiddetto primato dell'adempimento in natura»), dall'altra, il principio enunciato dall'art. 1227 cod.civ., che esclude dal risarcimento i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Alla processualcivilista «il profilo più delicato» appare il secondo, dal momento che: «non è affatto chiaro se il principio che la norma esprime sia riferibile anche all'agire giudizialmente a tutela del proprio credito»; «la tutela specifica dell'interesse legittimo offerta dall'annullamento non ha di per sé funzione di riparazione del danno»; «l'attitudine della tutela specifica a ridurre il danno si arrest[a] dinnanzi ad un provvedimento che abbia esaurito i propri effetti pregiudizievoli e questi siano irreversibili»; «l'esperimento dei rimedi specifici non [deve] considerarsi un onere per il danneggiato, nell'ipotesi che in cui questi non abbia impugnato e, per ragioni sopravvenute, il conseguimento di quanto a suo tempo illegittimamente negato non presenti alcuna utilità per l'interessato». Ma il «criterio orientativo nel definire i modi di influenza dell'art. 1227 cod.civ. può venire dal richiamo» all'altro principio sopra citato: quello della priorità dell'adempimento, non «applicabile direttamente alla materia dell'illecito amministrativo (stante il fatto che tra l'azione di adempimento del diritto civile e l'azione di annullamento dell'atto amministrativo si inserisce il diaframma rappresentato dal potere della p.a., sicché l'interessato, con la tutela demolitoria, ottiene sì il ripristino dell'ordine giuridico violato, ma non necessariamente il bene della vita che aveva di mira)», epperò invocabile «in sede di determinazione del danno risarcibile *ex* art. 1227 cod.civ., per stabilire la correttezza o meno della scelta del privato di agire per il solo risarcimento dei danni da inadempimento, rinunciando all'invalidazione dell'atto amministrativo».

In definitiva, «mutuando i principi sia dagli artt. 1218 e 1256, sia dagli artt. 1453 ss. cod.civ., si potrebbe ritenere che anche nella materia dell'illecito amministrativo vi sia un *favor* dell'ordinamento per la tutela specifica finché il *credito* esista, ed assegnare al giudice il compito di effettuare una valutazione comparativa degli interessi in gioco (vale a dire, per esempio, della gravità dell'inadempimento del *debitore* e dell'interesse del *creditore* alla prestazione) analoga a quella che si effettua nel giudizio di risoluzione del contratto, assegnando il giusto peso, *inter alia*, al fatto che la pubblica amministrazione è sempre in grado di rimediare alla propria violazione (rimuovendo la fonte di lesione attraverso il potere di annullamento d'ufficio), e tenendo conto che, stando ai principi generali, il ricorso al rimedio specifico non può essere imposto dall'ordinamento quando il *creditore*, a motivo del protrarsi nel tempo dell'adempimento altrui, di fatto abbia finito per smarrire qualsiasi residuo interesse alla prestazione *ex parte pubblica*».

8. In sede di osservazioni conclusive Pagni, dopo avere fatto il punto sulla «possibilità di invocare *in via generale*, dinanzi alla lesione, il rimedio specifico», torna sull'«interrogativo fondamentale» sin dagli inizi segnalato circa i rapporti tra diritto e processo. Riconosciuta l'esistenza di un «condizionamento sottile e pervasivo» esercitato dal processo sul diritto sostanziale (e viceversa), si esclude di potere leggere «una monetizzazione dell'interesse leso nell'opzione per la tutela per equivalente», osservando che «se una situazione soggettiva è originariamente il diritto al bene dovuto, non si trasforma in un diritto diverso per il fatto di cedere dinanzi ad interessi contrapposti, giudicati meritevoli di maggior tutela». «Il sacrificio del bene protetto ad un bene considerato superiore, in questi casi, non implicherà una modificazione della natura dell'interesse protetto, ma semmai una sorta di esproprio *indennizzato*, dovuto a ragioni

diverse, ma ricollegabili pur sempre ad una maggior valenza dei valori in gioco».

9. Al termine di questa esposizione non si può non rilevare come uno dei maggiori pregi del libro in esame risieda nel riuscito gioco tra particolare e generale: l'aspirazione (e lo sforzo costante) di portare il primo sotto il secondo assegna al livello dei principi il ruolo di «chiave di lettura», attraverso cui finisce per trovare senso e giustificazione una diversificata legislazione settoriale, mentre l'analisi di quest'ultima a sua volta porta a scoprire e parimenti a confermare la sussistenza di comuni e inderogabili esigenze di tutela giurisdizionale.

Sarebbe impossibile in questa sede discutere i risultati che, grazie al metodo utilizzato, Pagni raggiunge nei contesti disciplinari indagati. È viceversa possibile soffermarsi sul contributo offerto nel settore a noi più vicino rispetto a una questione che, come appunto dimostra lo studio in oggetto, si rivela assai complessa dal punto di vista giuridico, in assenza di una chiara scelta legislativa (anche volendo, dunque, prescindere, come si deve, da questioni di opportunità e di ispirazione culturale): quella della cosiddetta pregiudizialità amministrativa.

Ebbene, l'Autrice toglie egregiamente dal campo alcuni degli argomenti tuttora in uso per sostenere la necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo: tra gli altri, e in particolare, la proiezione di ogni fenomeno antigiuridico perpetrato in occasione dell'esercizio del potere sul provvedimento (e sulla sua annullabilità); la traduzione dell'inoppugnabilità in fattispecie di *validazione* dello stesso provvedimento (anziché di preclusione al disconoscimento dei meri effetti regolatori, la cui esistenza è causa del danno); l'attitudine dell'istituto della decadenza a coprire ogni forma di tutela. Al tempo stesso, la processualcivilista evidenzia alcuni aspetti della questione, su cui non sembra la dottrina in genere abbia ancora sufficientemente riflettuto: si tratta della circostanza che l'emanazione del provvedimento amministrativo si ricollega sia all'esercizio di un potere (o di un diritto potestativo) sia all'esistenza di un diritto di credito (l'interesse legittimo). La soluzione avanzata nel libro in discussione cerca di comporre la duplicità del profilo rilevante, ma si presta nondimeno a qualche obiezione.

Sembra doversi osservare (esprimendo ancora acerbi pensieri) che, se ci si muovesse nella sola logica del potere, come istintivamente (ma non per questo correttamente) si verrebbe spinti a fare riferendosi esclusivamente ai provvedimenti ablatori, la demolizione degli argomenti a favore della pregiudiziale potrebbe portare all'accoglimento di un sistema analogo a quello vigente nel diritto del lavoro, in virtù dell'art. 18, legge n. 300 del 1970 (dove è in giuoco un diritto potestativo che incide su un preesistente rapporto obbligatorio, anziché su un diritto assoluto, come è nel caso dell'espropriazione): seppure in tal modo si sarebbe (probabilmente in modo ingiustificato) rinunciato a trovare un comune denominatore, per esempio, con il regime di cui all'art. 2377 cod.civ. (dove sempre un potere è in giuoco). La legge n. 205 del 2000 avrebbe così riconosciuto l'alternativa (rimessa alla scelta del soggetto privato) tra rimedio specifico e rimedio risarcitorio-indennitario, da esercitare nel termine di decadenza, salva sempre la generale azione di risarcimento del danno. Pagni, però, senza abbandonare completamente, come detto, il profilo del potere, assume come punto di partenza la prospettiva del rapporto obbligatorio: il che sembra particolarmente congeniale ai provvedimenti ampliatori, dove l'esercizio del potere, non solo non incide sull'esistenza di un preesistente diritto (assoluto o di credito), ma è (in modo più vistoso) il mezzo attraverso il quale si soddisfa un diritto di credito (l'interesse legittimo, l'aspettativa o la pretesa del provvedimento: andiamo al fondo delle cose, senza rimanere ingabbiati nelle parole). Ora, in questa prospettiva sembra che a mettersi di traverso all'abbandono della pregiudiziale, più che l'art. 1227 cod.civ., sia il cosiddetto primato della tutela specifica o principio di priorità dell'adempimento (entrambi argomenti, si noti incidentalmente, che, se utilizzati, richiedono coerentemente che la responsabilità della p.a. sia ascritta al genere contrattuale, anziché extracontrattuale). Non si può, infatti, concordare con l'Autrice, dove sostiene che tale principio non è nel nostro caso applicabile direttamente, poiché il riconoscimento del bene della vita postula l'esercizio del potere amministrativo: si trascurerebbe sia, in caso di attività vincolata, l'esistenza ormai di un'azione di adempimento (nella forma del ricorso avverso il silenzio o sotto la veste, giusta o sbagliata che sia, della reintegra-

zione in forma specifica), sia, in caso di attività discrezionale, la portata dell'effetto ordinatorio-conformativo (di condanna) dell'azione di annullamento, la quale equivale alla restituzione al soggetto privato della *chance* garantitagli per legge, la quale pure costituisce un bene della vita (senza, tuttavia, dimenticare che sui confini del concetto di *chance* il dibattito è aperto; e lasciando fuori dalla discussione i beni diversi da quelli contenuti nell'atto-prestazione). Sennonché, il medesimo principio, anche in teoria generale, e sin nell'analisi fatta, sembra tutt'altro che pacifico nella sua assolutezza. Invero, Pagni in più occasioni afferma l'esistenza di un altro principio (sicuramente ricavabile dall'art. 1453 cod.civ.): quello secondo cui il rimedio specifico non può essere imposto dall'ordinamento quando il creditore, a seguito dell'inadempimento altrui, ha perso interesse alla prestazione. Ma allora dovrebbe dirsi che la priorità dell'adempimento sussiste sempre (anche, cioè, laddove la fonte dell'obbligazione non è il contratto) fino alla scadenza del credito, ma non anche dopo di essa: il che, riportato sul piano del rapporto tra p.a. e soggetto privato (che pure non è a prestazioni corrispettive e non abbisogna pertanto di alcuna risoluzione), equivarrebbe a dire che il secondo deve utilizzare l'azione costitutiva entro il termine di decadenza (che significa altresì scadenza del credito), ma la consumazione di questo non fa perdere la possibilità di agire in via risarcitoria.

Ammesso che in siffatti ragionamenti vi sia un minimo di plausibilità, sembra doversi concludere che è ancora aperta la questione del rapporto tra azione di annullamento dell'atto amministrativo e azione di risarcimento: epperò, se così è, il merito va ancora al libro in esame, che ha spostato il tiro della riflessione sul piano della teoria generale.

BARDO FASSBENDER, *Der offene Bundesstaat. Studien zur auswärtigen Gewalt und zur Völkerrechtssubjektivität bundesstaatlicher Teilstaaten in Europa*, Jus Publicum, Bd. 161, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pagg. XVIII + 1-495 (GIORGIO REPETTO).

Vi sono diverse ragioni per segnalare all'attenzione del lettore italiano la monografia di abilitazione di Bardo Fassbender su «*Lo Stato federale aperto. Studi sul potere estero e sulla soggettività internazionale degli Stati membri di Stati federali in Europa*».

Lo studio è rivolto ad analizzare l'evoluzione, la consistenza e l'inquadramento della potestà dei *Länder* tedeschi di stipulare trattati internazionali e, più in generale, di operare come soggetti del diritto internazionale ma, lungi dall'esaurirsi ad una disamina del diritto vigente, esso solleva importanti interrogativi, di ordine sia metodologico che di contenuto.

La tesi fondamentale è che – come si desume anche dal richiamo alla metafora häberliana della *Offenheit* nel titolo – sia rinvenibile nell'esperienza costituzionale europea un modello *aperto* di federalismo in cui agli Stati membri (*Länder*, cantoni, comunità) è spettato, a differenza di quanto è avvenuto altrove (in primo luogo negli Stati uniti), una variabile ma pur sempre significativa sfera d'azione sulla scena internazionale.

La tenuta di questa tesi è vagliata dall'autore, *Privatdozent* di diritto internazionale, diritto comparato e storia costituzionale presso la Facoltà giuridica della Humboldt Universität di Berlino, sulla base di almeno tre linee direttrici del lavoro che, corrispondendo ad altrettanti approcci metodologici, destano un primo e rilevante motivo di interesse anche per il lettore italiano.

La prima e più rilevante direttrice di analisi è quella storico-comparativa. Il primo capitolo (*Lo Stato federale aperto in Europa*) è dedicato infatti ad individuare, anche al di là dell'area tedesca, i caratteri essenziali dell'apertura dei sistemi federali e regionali negli ordinamenti spagnolo, belga ed italiano, con un'incursione sul terreno delle competenze esterne dell'Unione europea. La storicità del metodo porta tuttavia l'autore a ricercare prevalentemente nell'esperienza tedesca la matrice originaria dell'*offener Bundesstaat*. È nei successivi quattro capitoli, infatti, che viene