
Lecture: schede commenti e riflessioni

IN TEMA DI DIRITTO EUROPEO
E DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO*

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. I possibili significati del sintagma 'diritto europeo'. – 2. Contenuti e caratteri del diritto europeo e del diritto amministrativo europeo. – 3. Ordinamento comunitario e convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella recente giurisprudenza della corte costituzionale. – 4. L'ordinamento comunitario. – 5. Natura giuridica dell'Unione europea. – 6. Natura giuridica dei trattati istitutivi della Comunità e Unione europea. – 7. Il trattato istitutivo di una costituzione per l'Europa. – 8. I fondamenti giuridici e ideologici dell'Unione europea. Il principio di separazione dei poteri nell'ordinamento comunitario. – 9. Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario. – 10. I principi della efficacia diretta e del primato dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento degli stati membri. – 11. Evoluzione dei rapporti tra ordinamento e amministrazione comunitaria ed ordinamento e amministrazione degli stati membri. – 12. Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale.

* A proposito di: J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007; M.P. BACCARI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo* (primo quaderno della rivista "Archivio giuridico"), Modena, 2008; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, III° ed., Milano, 2008; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo. Principi ed istituti*, II° ed., Milano, 2008; D.U. GALETTA - G. BOTTINO, *Materiali per un corso di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2008; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008.

1. I possibili significati del sintagma 'diritto europeo'.

Ormai da tempo l'espressione "diritto europeo"¹ è entrata nell'uso comune con diverse aggettivazioni: diritto *amministrativo* europeo², diritto *costituzionale* europeo³, diritto *privato*⁴ o *commerciale*⁵ europeo, ed altre ancora con riferimento ad ulteriori e più specifiche partizioni secondo l'oggetto di studio di volta in volta considerato⁶.

E tuttavia si tratta di una espressione ambigua, imprecisa e impropria: l'Europa, come tale, non ha un suo diritto, un suo ordinamento giuridico⁷. Allo stato attuale l'Europa è solo una espressione geografica, un territorio dai confini nemmeno ben definiti⁸, nell'ambito del quale insistono molteplici ordinamenti giuridici, che in parte si sovrappongono e si condizionano (e talora si integrano) reciprocamente, e che però rimangono distinti tra loro.

¹ V., tra gli altri, P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1995; C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo*, Torino, 2005; M. G. ZOZ, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: aspetti e prospettive di ricerca*, Torino, 2007; R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. UE*, 2008, p. 1 ss.; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv.it.dir. pubbl.com.*, 2008, p. 37 ss.

² Tra le più recenti, oltre alle opere che vengono qui presentate, v. N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004; E. CHITI - C. FRANCHINI - M. GNES - M. SAVINO - M. VERONELLI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, 2005; S. BATTINI - G. VESPERINI (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006; M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale e Parte speciale*, Milano, 2007.

³ M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo: principi e diritti fondamentali*, 4 voll., Napoli, 2002; H. GAUDIN - D. ROUSSEAU, *Le droit constitutionnel européen en débat*, in *Rev. droit publ.*, 2008, p. 721 ss.

⁴ G. ALPA - M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

⁵ Da ultimo, A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008.

⁶ Così, ad es., L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo: norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla costituzione europea*, Milano, 2005; G. LUCCHETTI - A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti del diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto del Principles Contract Law della Commissione Lando: materiali e commento*, Bologna, 2006; F. CAFAGGI, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 104 ss.; D. KRIMPHOVE, *Diritto bancario europeo e tecniche del legislatore comunitario*, ivi, p. 199 ss.; P. MENGOZZI, *Il manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconcizzazione di un principio di 'interpretazione comparativa orizzontale'*, ivi, p. 63 ss.

⁷ Nel senso che l'espressione 'diritto europeo' fa riferimento ad un luogo geografico v. G. ALPA - M. ANDENAS, *op.cit.*, p. 5, 9. Sulla inesistenza di un ordinamento giuridico europeo S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. XVIII.

⁸ V. GASPARINI CASARI, *L'Europa: definizioni e confini (a cinquant'anni dalla firma del trattato di Roma)*, in *Arch. Giur.*, 2007, p. 491 ss.. Nello stesso senso v., da ultimo, H. GAUDIN, *op.cit.*, p. 726.

L'Europa, in altri termini, è un contenitore (o, se si vuole, un laboratorio⁹) di ordinamenti giuridici, con caratteri, contenuti, finalità ed ambiti di applicazione del tutto diversi: anzitutto, gli ordinamenti degli stati nazionali europei, ma anche diversi ordinamenti sopranazionali, tra cui spiccano (anche per la loro tendenziale coincidenza con il territorio europeo) gli ordinamenti del Consiglio d'Europa¹⁰ e dell'Unione (e Comunità) europea¹¹, nonché – accanto a questi – altri ordinamenti che comprendono anche stati collocati al di fuori del territorio europeo (come la NATO, l'OSCE e così via¹²).

Quando si parla di diritto europeo, dunque, si può fare e si fa, in effetti, riferimento a concetti molto diversi tra loro:

- a) così, ad esempio, storici e comparatisti fanno di frequente riferimento al diritto europeo per evidenziare *i tratti comuni agli ordinamenti*

⁹ Così G. ALPA - M. ANDENAS, *op.cit.*, p. 25; H. GAUDIN, *op.loc.cit.*

¹⁰ Sorto su iniziativa di dieci stati con il trattato di Londra del 1949, si è progressivamente esteso a 47 stati, quindi, in pratica a quasi tutti gli stati situati in Europa (così come viene intesa dalla tradizione), oltre alla Turchia ed agli stati del Caucaso (Azerbaijan, Armenia, Georgia).

Il Consiglio d'Europa (da non confondere con il Consiglio europeo, organo di indirizzo politico dell'Unione europea (su cui v. C.R. CARCHIDI, *Il Consiglio europeo. Evoluzione, competenze e prassi*, Milano, 2007) si propone di favorire la creazione di uno spazio democratico e giuridico comune in Europa, con particolare attenzione alla formazione e difesa della identità culturale comune europea, nonché alla tutela dei diritti dell'uomo (la convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU, sottoscritta a Roma nel 1950, è stato uno dei primi atti promossi dal Consiglio d'Europa ed il primo strumento giuridico internazionale volto al riconoscimento ed alla protezione di questi diritti). In questa prospettiva il Consiglio d'Europa ha promosso la formazione e la sottoscrizione da parte degli stati membri di molteplici trattati e convenzioni, come la carta sociale europea, la carta europea dell'autonomia locale, la carta europea dell'ambiente e così via.

Sul Consiglio d'Europa (con particolare riferimento alle iniziative assunte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali) v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 26 ss.

¹¹ Attualmente, come è noto, sono 27 gli stati membri dell'Unione, ma sono diversi gli stati 'in lista d'attesa'.

La Comunità europea (evoluzione della originaria Comunità economica europea, istituita con il trattato di Roma nel 1957) è oggi uno dei tre 'pilastri' su cui si regge l'Unione europea (ma questa costruzione dovrebbe essere superata con il trattato di Lisbona, per il quale "l'Unione sostituisce e succede alla comunità europea": così il terzo ed ultimo comma dell'art.1).

Sul trattato di Lisbona v. F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona*, Bologna, 2008; V.M. SBRESCIA, *Le competenze dell'Unione europea nel trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2008.

¹² G. DELLA CANANEA, *op.cit.*, p. 1 ss.. Sull'OSCE (da distinguere dall'OCSE) v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 25 seg. (e 20).

- dei diversi stati europei*, sia con riferimento agli ordinamenti del passato¹³, sia con riferimento agli ordinamenti vigenti¹⁴;
- b) altri, invece, fanno riferimento al diritto comunitario, e cioè al *diritto della Comunità europea*, in considerazione non solo delle peculiari caratteristiche e finalità di questo ordinamento e dei rapporti (di reciproco condizionamento, di integrazione e di osmosi) con l'ordinamento degli stati membri, ma anche dei suoi specifici ambiti di applicazione¹⁵;

¹³ Lo *ius commune* europeo del periodo medioevale, ma anche il diritto romano, che, con il diritto canonico, è stato il fondamento dello *ius commune*.

Su questi diversi diritti, in una prospettiva storica, v. in particolare, oltre alle opere citate di C.A. CANNATA, G. LUCHETTI - A. PETRUCCI, M.G. ZOZ, anche G. ASTUTI, *La formazione dello stato moderno in Italia*, I, Torino, 1967; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979; M. LUPOI, *Common law e civil law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, V, 431 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Il diritto nella storia di Europa*, Padova, 1995; Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003; Id., *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007; V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, I, Testi e materiali per un confronto civil law-common law*, Torino, 2006; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007; D. MEMMO, *Le clause generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina italiana in prospettiva romanistica*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 50 ss.

¹⁴ Il diritto europeo è visto allora come una sorta di *ius commune* europeo dell'epoca moderna, quale risulta dalla comparazione tra i diversi ordinamenti e dalla considerazione della loro genesi ed evoluzione in parte comune.

Cfr., oltre al volume già citato di P. STEIN, G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005; AA.VV., *La convergenza dei diritti in Europa*, Milano, 2006; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, PUF, 2006; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007.

¹⁵ Cfr., ad es., S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato ecc.cit., Parte generale*, p. 1 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2008 (sulla definizione di diritto privato comunitario v., in particolare, p. 10 ss.); C. BALDUS, *Il valore del precedente extrastatale nell'applicazione del diritto interno: un punto di vista tedesco di diritto privato comunitario*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 4 ss.; L. ORTEGA, *Derecho comunitario europeo*, Madrid, 2008.

Da ultimo, in senso critico nei confronti di chi identifica il diritto amministrativo europeo con la parte del diritto comunitario che si può considerare come di diritto amministrativo, ovvero con ciò che "*dans le droit communautaire relève non de la production législative, mais de l'exécution, de la mise en œuvre*" (J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 1992; P. CRAIG, *op.cit.*), v. J.-B. AUBY, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *À propos de la notion de droit administratif européen. Introduction à l'ouvrage Droit administratif européen*, in *Rev. franç. d'A.p.*, 2007, 375 seg., che peraltro, pur considerando tale definizione troppo limitata (e nemmeno del tutto giustificata allo stato attuale per il fatto che la distinzione tra normazione ed esecuzione a livello europeo non è così netta come negli stati nazionali), rilevano che essa potrebbe anche avere una sua validità "*pour la simple raison que l'exécution, la mise en œuvre est une question centrale pour des institutions comme le communautés, qui n'ont pas la puissance des États, et doivent compter, pour garantir l'effectivité des politiques*

- c) altri ancora fanno riferimento al *diritto dell'Unione europea*, intesa come una entità più complessa e composita, in quanto comprende la Comunità europea (ma senza esaurirsi in essa, coinvolgendo anche gli altri due 'pilastri' cui si riferisce il TUE, che allo stato attuale rimane distinto dal TCE¹⁶) e gli ordinamenti degli stati membri in uno spazio giuridico comune (lo *spazio giuridico europeo*¹⁷);
- d) altri ancora fanno riferimento ad *un concetto ancora più esteso*, che comprende altresì l'ordinamento derivato dai diversi trattati internazionali promossi dalla (o nell'ambito della) Unione europea (come la

qu'elles définissent, sur de mécanismes juridiques bien habilement et précautionneusement dessinés par le droit».

¹⁶ Dal momento dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona la distinzione tra diritto comunitario e diritto europeo (inteso in senso stretto come diritto dell'Unione europea) dovrebbe ritenersi peraltro definitivamente superato, in quanto, come si è detto, l'Unione dovrebbe succedere e sostituirsi alla Comunità europea. Comunque già ora le due espressioni vengono spesso usate come equivalenti (v. gli AA. cit. alla nota precedente).

È da notare che le norme dei trattati comunitari non fanno riferimento al diritto europeo, ma al diritto comunitario e al diritto dell'Unione europea: per ampi e puntuali riferimenti alla terminologia utilizzata nei singoli trattati sino a quello istitutivo della costituzione europea, v. P. FOIS - R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p.233 ss. In effetti, nella *Introduzione alla prima edizione del Trattato cit.* (a cura di M.P. CHITI e G. GRECO) si pone in evidenza che "l'uso dell'aggettivo 'europeo' rispetto al più preciso 'comunitario e della Unione europea'" è giustificato solo da una esigenza di semplicità espositiva.

¹⁷ Sullo spazio giuridico europeo, come l'unione di ordinamenti giuridici conseguente alla istituzione nel 1992 dell'Unione europea, v. diffusamente M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Id.*, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Clueb, 2003, p. 321 ss., nonché da ultimo, *Id.*, *Diritto amministrativo ecc.cit.*, p. 90 ss.. In particolare, lo spazio giuridico europeo (SGE) è considerato come "una delle connotazioni giuridiche principali dell'Unione europea", in quanto "ordinamento di ordinamenti" o "sistema di sistemi", comprendente non solo l'ordinamento giuridico delle comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal TUE (i 'tre pilastri', che ne sono al fondamento), ma anche gli ordinamenti giuridici degli stati membri. In questo senso, lo SGE è "una cornice istituzionale' entro la quale si svolgono innumerevoli rapporti... Lo SGE è anche un sistema dinamico che consente una costante evoluzione istituzionale attraverso l'uso di strumenti giuridici differenziati".

Sulle caratteristiche distintive rispetto a nozioni affini, ed in specie a quella di Comunità europea (e di ordinamento o diritto comunitario), v. M.P. CHITI, *op.loc. ult.cit.*

Sulle relazioni tra i diritti pubblici nazionali ed il diritto della UE e sulla progressiva formazione di un nuovo diritto comune amministrativo v. anche J.H. JANS - R. DE LANGE - S. PRECHAL - R.J.M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of public law*, Groningen, 2007; F. DE QUADROS, *Droit de l'Union européenne. Droit constitutionnel et administratif*, Bruylant, 2007.

In senso diverso H. GAUDIN (*op.cit.*, p. 726) considera lo spazio giuridico europeo come dagli incerti confini, essendo diviso "notamment entre le deux 'grandes' constructions que sont la CE/UE d'une parte, et la CEDH/Conseil de l'Europe de l'autre".

carta di Nizza¹⁸, gli accordi di Schengen¹⁹, lo spazio economico europeo²⁰) e dal Consiglio di Europa (in particolare, la convenzione europea dei diritti dell'uomo)²¹.

2. *Contenuti e caratteri del diritto europeo e del diritto amministrativo europeo.*

Quest'ultima, in effetti, sembra essere la nozione più frequentemente utilizzata, in particolare dai cultori del diritto amministrativo europeo (anche per le implicazioni che ne derivano per il diritto amministrativo degli stati membri).

E tuttavia, se (come sembra corretto) si intende questo diritto come l'insieme delle norme che hanno incidenza sull'esercizio della funzione amministrativa, sia in ambito nazionale, sia a livello europeo, esso a rigore dovrebbe comprendere, non solo il diritto della Comunità e della Unione euro-

¹⁸ Che dovrebbe poi essere definitivamente incorporata nel trattato di Lisbona (secondo quanto prevede l'art. 6, primo comma: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati").

Sulla carta di Nizza v. M.P. CHITI, *La carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in ID., *Mutazioni ecc.cit.*, p. 243 ss.; F. DONATI, *La tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario*, in E. CASTORINA (a cura di), *op.cit.*, p. 248 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. BASSANINI - G. TIMPERI (a cura di), *op.cit.*, p. 89 ss.

¹⁹ Vale a dire, l'accordo originario firmato nel 1985 e la convenzione sottoscritta nel 1990 ed entrata in vigore nel 1995 e successivamente integrata nel quadro dell'Unione europea con il trattato di Amsterdam.

²⁰ Istituito nel 1992 con il trattato di Oporto, al fine di consentire ai paesi dell'EFTA di aderire al mercato comune, pur senza essere membri dell'Unione.

Sugli accordi tra la Comunità europea e le organizzazioni internazionali v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 30.

²¹ In questo senso v., tra gli altri, H. GAUDIN, *op.loc. ult. cit.*; M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato ecc.cit.*, p. VI; nonché S. VALAGUZZA, che ricomprende nella nozione "l'insieme delle norme, degli istituti, dei principi e dei concetti, contenuti nel diritto scritto o elaborati dalla giurisprudenza comunitaria o dagli organi giurisdizionali europei cui l'Italia ha riconosciuto sovranità (si pensi ad es. alla Corte europea dei diritti dell'uomo), diretti a regolare l'attività dell'Unione europea (in persona dei soggetti istituzionali ad essa ausiliari) per realizzare, concretamente, gli obiettivi dei trattati, attuando le politiche comunitarie, ovvero comunque incidenti sulle regole dell'azione amministrativa e sui diritti dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione (come CEDU e CED)" cfr. *op.cit.*, pp. XXVII, 3, 371. V., però, anche la nota seguente.

Sulla CEDU v., da ultimo, C. Russo, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della corte di Strasburgo*, Milano, 2006; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007.

pea e la convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma tutti i trattati e le convenzioni (come la carta europea dell'autonomia locale, dell'ambiente e così via), adottate a livello sopranazionale in ambito europeo con l'obiettivo di conformare ad esse gli ordinamenti delle istituzioni e degli stati aderenti²².

È vero, infatti, che rispetto a questi trattati e convenzioni la CEDU assume un rilievo particolare, non solo per i suoi particolari caratteri, contenuti e finalità, ma anche per la peculiare collocazione e rilevanza che questa convenzione viene ad assumere nell'ordinamento dell'Unione europea²³ e nell'ordinamento degli stati aderenti (soprattutto attraverso le decisioni della Corte di Strasburgo²⁴). E tuttavia, anche le altre 'carte' o convenzioni promosse dal Consiglio d'Europa e dalla Unione europea, in quanto siano state recepite nell'ordinamento degli stati membri, assumono la rilevanza propria delle norme di diritto interno e come tali debbono essere osservate, in primo luogo da tutte le istituzioni pubbliche ed amministrative chiamate a darvi attuazione ed a conformare ad esse la propria azione.

Ma non sembra il caso di farne una questione di principio. Invero, in assenza di una definizione normativa di diritto europeo (e diritto ammini-

²² In questo senso sembrerebbe anche S. VALAGUZZA, quando propone per il diritto amministrativo europeo "una definizione aperta, cioè potenzialmente capace di comprendere *qualsiasi* atto o decisione ascrivibili alla cooperazione comunitaria ovvero internazionale [ovviamente, è da ritenere, operanti in ambito europeo]", pur limitando la sua analisi principalmente alle influenze del diritto comunitario e della convenzione europea dei diritti dell'uomo e della carta di Nizza sul diritto amministrativo nazionale: *op.cit.*, p. XVIII (ma v. anche la nota precedente).

Sulla rilevanza, ad es., della carta dell'autonomia locale ai fini della nascita in questo settore di un diritto comune europeo v. B SCHÖNDORF-HAUBOLD, *L'émergence d'un droit commun de l'autonomie territoriale en Europe*, in *Rev.franç.d'a.p.*, 2007, p. 205 ss.

²³ In base all'art. 6, secondo comma, del TUE (e del trattato di Lisbona), l'Unione aderisce a questa convenzione e i diritti fondamentali da essa garantiti, "e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

²⁴ E gli effetti che queste decisioni sono in grado di produrre, ed hanno in effetti prodotto, nei confronti di siffatti ordinamenti: basti pensare alle diverse pronunce di condanna dello stato italiano per l'eccessiva durata dei processi, o per il mancato rispetto delle norme della convenzione in materia di tutela del diritto di proprietà, in tema di espropriazione per pubblica utilità (determinando, ad es., il definitivo superamento degli istituti della occupazione appropriativa ed usurpativa) nonché in ordine ai criteri di determinazione dell'indennizzo conseguente all'esproprio. Su quest'ultimo profilo, in particolare, v. le sentenze citate a nota 29.

Sulle iniziative assunte dal nostro stato al fine di ovviare alle conseguenze di tali condanne v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 28 seg.. V. anche il 'pressante invito' rivolto al legislatore (affinchè vengano adottati i provvedimenti opportuni per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo, nel caso di specie, in materia di principi da valere nei processi penali ex art. 6 della CEDU) da corte cost., 30 aprile 2008, n. 129, tra l'altro in *Federalismi.it*, con nota di C. CIUFFETTI, *Prime osservazioni sulla sentenza della corte costituzionale n. 129 del 2008*.

strativo europeo), la nozione viene ad avere un carattere convenzionale e, dunque, può assumere contenuti ed ambiti diversi.

Ciò che importa, per una corretta impostazione scientifica, è che coloro che ne fanno l'oggetto dei propri studi, ne definiscano con chiarezza i confini, nonché le finalità e metodologie di analisi, che possono variare di molto, ovviamente, secondo la nozione accolta²⁵.

Così, se si muove dalla nozione di diritto amministrativo europeo che si è indicata all'inizio del paragrafo, non si può non tenere conto dei caratteri peculiari che questo diritto presenta rispetto ai diritti amministrativi degli stati membri. Invero:

- a) in primo luogo, si tratta di un diritto composito e multilivello, in quanto costituito da più ordinamenti giuridici (in ambito nazionale ed internazionale o, quanto meno, sopranazionale), che si integrano e si condizionano reciprocamente con relazioni di varia natura ed intensità²⁶;
- b) in secondo luogo, si tratta di un diritto disomogeneo, non solo per il fatto che sono disomogenei gli ordinamenti giuridici che lo compongono (si pensi, ad es., ai regimi differenziati riconosciuti a talune regioni dal nostro ordinamento, ma anche a quelli riconosciuti ad alcuni stati da parte dell'ordinamento comunitario, nell'ambito di clausole di *opting out* o delle c.d. cooperazioni rafforzate), ma anche perché si tratta di ordinamenti diversi per origine, natura, caratteri, estensione, finalità e rilevanza²⁷.

3. Ordinamento comunitario e convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nella recente giurisprudenza della corte costituzionale.

Di recente, questa diversità di natura e rilevanza giuridica è stata bene evidenziata dalla Corte costituzionale, proprio con riferimento all'ordinamento della Comunità (e Unione) europea ed alla convenzione europea

²⁵ Sulla varietà di schemi concettuali e sistemi di riferimento per l'analisi del diritto amministrativo europeo nel caso si accolga la nozione 'aperta' proposta dall'A., v. S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. XXVI.

G. DELLA CANANEA (*Le droit administratif européen en débat*, in *Rev. droit p.*, 2008, p. 732), nel rilevare che diversi cultori del diritto amministrativo europeo hanno come oggetto di analisi, non solo il diritto amministrativo dell'Unione ma altresì la sua influenza sui diritti amministrativi nazionali, osserva che "*ils révèlent donc un pluralisme méthodologique, qu'on ne saurait identifier dans toutes les littératures nationales*".

²⁶ S. VALAGUZZA, *op.loc.ult.cit.*

²⁷ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 92; S. VALAGUZZA, *op.loc.ult.cit.*

dei diritti dell'uomo²⁸(ma, per quanto si è detto, le considerazioni che valgono per quest'ultima dovrebbero valere anche per le altre carte o convenzioni stipulate a livello europeo e recepite nel nostro ordinamento, ma non anche nell'ordinamento dell'Unione europea²⁹).

Nota, infatti, la Corte: “con l'adesione ai trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un 'ordinamento' più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materia oggetto dei trattati medesimi, con il solo limite della intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla costituzione”. Di conseguenza, le norme comunitarie devono “avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli stati membri, senza necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni paese della Comunità... Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le nazioni...”.

“La convenzione CEDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale da cui derivano 'obblighi' per gli stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli stati membri”. Di conseguenza, le norme CEDU (così come interpretate dalla Corte di Strasburgo³⁰), “pur

²⁸ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, tra l'altro, in *G.D.A.*, 2008, p. 25 ss., con note di B. RANDAZZO, *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*; V. MAZZARELLI, *Corte costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'azione amministrativa*; M. PACINI, *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza CEDU*, rispettivamente a p. 25 ss., 32 ss., 37 ss.; in *Giur. it.*, 2008, p. 565 ss., con note di B. CONFORTI, *La corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello stato in tema di espropriazione*; e di R. CALVANO, *La corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*. V. inoltre A. FERRARO, *Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di un scontro giudiziario*, *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2008, p. 651 ss.; M. SAVINO, *Il cammino internazionale della corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, *ivi*, p. 747 ss.

²⁹ Giacchè, qualora fossero recepite e fatte proprie da un tale ordinamento, verrebbero ad acquisire la stessa natura e rilevanza propria di quest'ultimo.

³⁰ Nota, invero la sentenza n. 348/2007 che “la CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della convenzione stessa” ex art. 32, par.1. Di conseguenza, “tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di ade-

rivestendo grande importanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto". Fermo restando, peraltro, che la nuova formulazione dell'art. 117, primo comma, della costituzione, "condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo"³¹.

Nondimeno, osserva sempre la Corte, essendo state "comunitarizzate" (per via dell'espresso riferimento ad esso contenuto nell'art. 6.2 del TUE), le norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo acquistano, proprio per questo, la stessa rilevanza immediata e diretta, all'interno dell'ordinamento nazionale, che caratterizza le norme comunitarie, se pure solo negli ambiti (soggettivi ed oggettivi), in cui queste norme trovano applicazione³².

guare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione". Nello stesso senso, Corte cost., 27 febbraio 2008, n. 39, riportata tra l'altro in *Forum dei Quaderni costituz.*, con commenti di R. MASTROIANNI e V. SCARABBA.

³¹ Così la sentenza n. 348/2007. In effetti, secondo la Corte, l'art. 117 cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della seconda parte della costituzione, mentre, per un verso, (confermando il suo precedente orientamento) distingue "in modo significativo i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario da quelli riconducibili agli 'obblighi internazionali'" (e si tratta di "una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale"), per altro verso attrae le norme CEDU "nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti [con leggi nazionali] non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale...di esclusiva competenza del giudice delle leggi". La funzione delle norme CEDU è infatti quella di "concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali che vincolano la potestà legislativa dello stato e delle regioni" e, quindi, di integrare e rendere concretamente operativo il parametro di cui all'art. 117, primo comma, cost.. Con quest'ultima disposizione (precisa ancora la sentenza n. 349/2007) "si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata 'norma interposta'".

È dunque da escludere che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, possano acquistare la forza delle norme costituzionali od essere incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali: invero, "la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della costituzione".

³² Cfr. la sentenza n. 349/2007, che richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea, secondo cui i diritti fondamentali oggetto di disposizioni del-

Dunque, le norme CEDU assumono una rilevanza diversa secondo i casi: sono in sostanza assimilate alle norme dell'ordinamento dell'Unione europea per la parte e per soggetti per i quali questo ordinamento trova applicazione, mentre per il resto sono norme internazionali pattizie, assimilate a tutte le altre norme derivate da trattati e convenzioni internazionali e recepite dal nostro ordinamento.

4. *L'ordinamento comunitario.*

Tra i diversi ordinamenti che rientrano nella nozione accolta di diritto europeo e diritto amministrativo europeo, una rilevanza centrale ed in certo modo trainante nella formazione ed evoluzione di questo diritto compete certamente all'ordinamento comunitario (espressione questa che, per semplicità di esposizione, viene usata qui in senso lato per indicare l'ordinamento sia della Comunità, che dell'Unione europea). Pertanto, pur con le precisazioni svolte nel precedente paragrafo, è del tutto giustificata la particolare attenzione che viene rivolta soprattutto a tale ordinamento, anche in considerazione delle peculiarità che lo contraddistinguono e dei rapporti di reciproco condizionamento con gli ordinamenti degli stati membri.

L'ordinamento comunitario, invero, se per un verso trova alimento e supporto, tra l'altro, proprio nel diritto degli stati membri (nelle tradizioni comuni di questi stati³³), per altro verso se ne discosta per alcuni suoi tratti originali, rifluendo poi sugli ordinamenti nazionali, che ne vengono così condizionati, sia nei contenuti che nella loro evoluzione, nel senso di un tendenziale ravvicinamento e di una progressiva omogeneizzazione ed integrazione di questi ordinamenti tra loro e con l'ordinamento comunitario³⁴.

Come è noto, la originalità di questo ordinamento si ravvisa, non solo nei caratteri suoi propri e nelle finalità perseguite, ma anche nel metodo con cui tali finalità sono perseguite: un metodo che comporta un pro-

la CEDU sono da considerare come principi generali del diritto comunitario. "Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile".

³³ V., tra l'altro l'art.6, primo e secondo comma, del TUE. Sulla rilevanza dei principi generali comuni, nei trattati comunitari e nella giurisprudenza della Corte di giustizia v. G. DELLA CANANEA, *Le droit ecc. cit.*, p. 734 ss.

³⁴ Sulle affinità con gli ordinamenti nazionali e sulle peculiarità che contraddistinguono l'ordinamento comunitario v., da ultimo, M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. XVIII e 164 ss.; G. DELLA CANANEA, *op.ult. cit.*, p. 738 ss.. Per la dottrina precedente v., tra gli altri, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2003, p. 35 ss.

cesso a tappe progressive³⁵, volto anzitutto alla costituzione di un mercato unico europeo ispirato ad un principio di libera concorrenza (se pur temperato in senso sociale³⁶), e però anche ad una integrazione sempre più stretta tra gli stati membri, non solo sul piano economico (e giuridico), ma anche su quello politico e sociale.

I trattati che via via si sono succeduti nel tempo (a partire dai trattati di Roma del 1957), hanno appunto segnato altrettante tappe di questo processo, che ancora non può considerarsi concluso, né per quanto riguarda l'allargamento a nuovi stati, né per quanto riguarda i settori di intervento della Comunità e Unione europea, e nemmeno per quanto riguarda la disciplina dei profili organizzativi e procedurali, che attengono alle istituzioni ed al governo dell'Unione, nonché ai rapporti con gli stati membri (e con le organizzazioni internazionali e gli stati terzi)³⁷.

Ciò evidenzia un ulteriore carattere che connota il diritto europeo ed il diritto amministrativo europeo, vale a dire il fatto di essere *un diritto in evoluzione* (una evoluzione continua e profonda, se pure con momenti di apparente stasi, se non di riflusso), non solo perché tale è, per sua natura e vocazione originaria, il diritto della Comunità e dell'Unione europea, ma anche per la incidenza che questo diritto è in grado di esercitare, in via diretta o in via indiretta, sulla evoluzione dell'ordinamento degli stati membri³⁸.

³⁵ Così già il preambolo del trattato CECA del 1951, nonché da ultimo quello del TUE e del TCE. Sulla integrazione europea come un "processo" in divenire v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. XVIII seg.

³⁶ V. il mio contributo su "Il servizio universale", negli *Studi in onore di U. Pototschnig*, Milano, I, 2002, p. 559 ss.

³⁷ Per una ricostruzione di questo processo a tappe v. diffusamente M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 61 ss., che tende a distinguere sostanzialmente due periodi: il primo caratterizzato dall'obiettivo della edificazione di un unico mercato a livello comunitario ed al ravvicinamento delle legislazioni e delle politiche economiche degli stati membri per quanto necessario alla realizzazione di un tale obiettivo (in un'ottica, quindi, simile a quella della costituzione delle tradizionali organizzazioni internazionali, se pure con alcune peculiarità che si sono via via accentuate con l'accelerazione del processo di integrazione tra gli stati membri avviato con l'AUE); mentre "un vero e proprio punto di svolta" è rappresentato dal trattato di Maastricht. Con questo trattato, infatti, la Comunità "dalla iniziale impostazione funzionale passa ad una dimensione più schiettamente politico-istituzionale", con conseguente allontanamento definitivo da ogni modello conosciuto di organizzazione internazionale. V. anche V.M. SBRESCIA, *Le competenze dell'Unione europea nel trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2008, p. 33 ss. I trattati successivi hanno confermato ed approfondito questa nuova dimensione, con la estensione delle competenze comunitarie a settori nuovi e tipici di ordinamenti generali (come la cultura o la protezione dei consumatori), o addirittura considerati come una prerogativa esclusiva degli stati (come la politica monetaria, ma anche l'ordine pubblico, la giustizia, le relazioni esterne).

³⁸ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 92 e 100, con l'osservazione di PESCATORE secondo cui "il sistema comunitario è un sistema evolutivo, da intendersi tuttavia a senso unico: vi è transizione nel senso di una progressione; il ritorno all'indietro non è concepibile".

Nel che si ravvisa un ulteriore motivo di difficoltà, ma anche di interesse, nello studio e nella sistemazione di questa materia.

5. *Natura giuridica dell'Unione europea.*

Naturalmente, qualunque sia il tipo di approccio adottato, non possono non essere in qualche modo tenute presenti (e comunque rimangono sempre sullo sfondo) alcune questioni di ordine generale che attengono alla natura ed ai principi fondanti dell'ordinamento comunitario ed ai rapporti con (e tra) gli stati membri.

Il fatto è che, pur traendo origine da trattati di diritto internazionale, la Comunità si è distinta nettamente sin dall'inizio dalle tradizionali organizzazioni internazionali, anzitutto, per la finalità ultima perseguita (realizzare "una unione sempre più stretta fra i popoli europei"), ma anche per le competenze e prerogative sempre più estese e pervasive, per le caratteristiche peculiari dei procedimenti decisionali, per la presenza di istituzioni a tutela degli interessi sopranazionali (la Commissione, ma anche la Corte di giustizia, la BCE ecc.)³⁹.

È stata proprio la Corte di giustizia (cui si deve il maggiore contributo nella definizione dei caratteri e dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario⁴⁰) a rilevare e sottolineare la peculiarità della Comunità e del suo trattato istitutivo, il quale "benché sia stato concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. I trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico a favore del quale gli stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli stati membri, ma anche i loro cittadini. Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali stati, nonché agli stati stessi"⁴¹.

³⁹ M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 51 ss.

⁴⁰ Sul ruolo 'quasi legislativo' e costituzionale della Corte di giustizia v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p.59 e L. AZOULAI, *Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence*, in *Rev.trim.droit eur.*, 2008, p. 29 ss.

⁴¹ Così il parere n.1/91, ma nello stesso senso v. già le note sentenze del 5 febbraio 1963 (*Van Gend & Loos*) e del 15 luglio 1964 (*Costa*), secondo cui "a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rap-

La istituzione dell'Unione europea, ed il suo completamento con i trattati di Amsterdam e di Nizza, ha comportato una ulteriore progressione verso la costituzione di un ordinamento sopranazionale con poteri e prerogative proprie degli ordinamenti a fini generali⁴². E certamente una ulteriore importante 'tappa' in questo senso sarà raggiunta con il trattato di Lisbona, una volta che sarà entrato in vigore dopo la ratifica da parte degli stati membri.

Già oggi, del resto, come è stato notato, "l'area della ingerenza dell'Unione è...estesissima" e la prevalenza quantitativa e qualitativa della normazione dell'Unione su quella interna e, più in generale, l'insieme delle competenze, dei poteri e delle prerogative dell'Unione è tale per cui "l'Unione si colloca nei confronti degli stati membri in una posizione di autorità che supera quella normalmente presente in uno stato a carattere federale"⁴³.

Si può dunque concludere che sussistono "le condizioni per riconoscere l'Unione europea come entità sovrana entro lo spazio definito dai confini comuni"? Ovvero che l'Unione, "se considerata distintamente non è una istituzione sovrana. Ma lo è se si considera come entità unitaria lo stato federale di cui l'Unione è l'organizzazione di vertice e gli stati membri sono le componenti"⁴⁴?

Nonostante l'autorevolezza dell'opinione espressa di recente in tal senso e la dovizia di argomenti addotti a sostegno, questa conclusione non

presentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato, quindi, un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi". Per questi ed altri riferimenti v. E. CHITI - C. FRANCHINI - M. GNES - M. SAVINO - M. VERONELLI (a cura di), *op.cit.*; D.U. GALETTA, G. BOTTINO, *op. cit.*; M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 59 ss., 99 ss.

⁴² V. nota 38.

⁴³ Così G. GUARINO, *Sovranità della legge del Parlamento ed Unione europea. Criticità attuali e prospettive future (l'Unione europea quale stato federale)*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, par.25 seg..

Per una analisi dettagliata delle competenze, normative e non, dell'Unione e degli stati membri, nonché della distribuzione di tali competenze tra le istituzioni di vertice dell'Unione: parlamento, consiglio e commissione) v. I CARLOTTO, *Il riparto delle competenze tra stati membri ed Unione europea alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia*, in *Riv. trim.dir.pubbl.*, 2007, p. 107 ss.; M.P. CHITI, *Diritto ecc. cit.*, p. 263 ss.. Per quanto riguarda il riparto delle competenze secondo il trattato di Lisbona v. G. GUARINO, *op.cit.*, par. 7 e ss. (nonché ID., *L'Unione europea è uno stato federale*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, par. 8 ss.). V. anche; F. PIZZETTI - G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op.cit.*, p. 133 ss.; V.M. SBRESCIA, *op.cit.* (in particolare i capitoli secondo e sesto); U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel trattato di Lisbona*, in *Dir.com.scambi int.*, 2008, p. 245 ss.

⁴⁴ Così G. GUARINO, rispettivamente in *L'Unione europea ecc.cit.*, par. 5 (ma v. anche i parr. 1 e 3) e in *Sovranità ecc. cit.*, par. 27 seg.

ci sembra condivisibile (e nemmeno condivisa dalla dottrina prevalente). Naturalmente si tratta di intendersi anzitutto sul concetto di sovranità.

Certo, una “condizione indispensabile perché una entità possa essere riconosciuta come sovrana entro un ambito territoriale definito è che le sue determinazioni di fatto e in modo durevole si impongano in settori nei quali le decisioni necessariamente coinvolgono nella totalità i soggetti insediati nel territorio”⁴⁵. E tuttavia questa condizione non sembra sufficiente a qualificare questa entità come sovrana⁴⁶, essendo necessario a tal fine, secondo una comune opinione, che ad essa possa essere riconosciuto anche il carattere della originarietà.

E però, l’Unione europea (sia essa intesa in senso lato come ordinamento su due livelli nazionale e sopranazionale, ovvero come la organizzazione di vertice di un siffatto ordinamento) non è una entità originaria, ma derivata dalla volontà degli stati membri di istituirla e di rinunciare a quote crescenti della loro sovranità a suo vantaggio. Essa dunque non può avere una natura diversa da quella che (tutti) gli stati membri hanno inteso riconoscerle attraverso i trattati istitutivi: una natura che certo non è più quella di una tradizionale organizzazione intergovernativa e presenta, anzi, sempre più evidenti e numerosi caratteri propri di una organizzazione di nuovo tipo a carattere *lato sensu* federale, ma che ancora non è quella propria di uno stato federale⁴⁷.

In quanto entità derivata, del resto, l’Unione è limitata nelle sue competenze e prerogative agli ambiti previsti dai trattati. In particolare “l’Unione, a stare alle formule adoperate dal trattato di Lisbona, ... dispone solo di competenze, a ciascuna delle quali è stato attribuito uno specifico obiettivo (art.2, n.6)⁴⁸”; mentre “sovrana è solo l’istituzione che abbia la potestà di regolare autonomamente qualsiasi aspetto o rapporto nell’ambito del suo territorio”. Si dovrebbe, quindi, concludere che, almeno sotto questo aspetto, vi è “una radicale differenza dallo stato”. Viceversa, si

⁴⁵ Così ancora G. GUARINO, *L’Unione ecc.cit.*, par. 3

⁴⁶ In senso contrario G. GUARINO (*op.loc.ult.cit.*), secondo cui “condizione imprescindibile, e forse da sola sufficiente, è l’esistenza di una normazione che nella graduazione delle fonti si collochi al livello più elevato e che sia vincolante per la totalità dei soggetti entro i confini comuni”

⁴⁷ In questo senso v., ad es., J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult. cit.*, p. 385; S. MICOSI, *Un nuovo equilibrio destinato a durare*, in F. BASSANINI - G. TIBERI, *op.cit.*, p. 456.

⁴⁸ Secondo il comma 6 dell’art. 3 (già art.2 del TUE) del trattato di Lisbona “l’Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati”. Ma v. anche il primo comma dell’art.1 dello stesso trattato secondo cui “con il presente trattato le alte parti contraenti istituiscono tra loro un’unione europea, in appresso denominata Unione, *alla quale gli stati membri attribuiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni*” (la parte in corsivo è stata aggiunta al testo dell’art.1 del TUE).

perviene alla conclusione opposta sulla duplice considerazione, da un lato, che il trattato prevede competenze, non solo per l'Unione, ma anche per gli stati membri, e dall'altro che le competenze dell'Unione sono di molto prevalenti, per numero e qualità, su quelle degli stati membri⁴⁹.

Tuttavia, per quanto sostenuta con acute osservazioni e rigore di analisi, questa conclusione non convince. Invero, la particolare evidenza con cui viene ribadito il principio di attribuzione (con i connessi principi di sussidiarietà e di proporzionalità⁵⁰) e la cura con cui sono definiti gli ambiti di competenza dell'Unione, inducono a ritenere che si sia in tal modo inteso ribadire proprio il carattere derivato e limitato di questa istituzione e delle sue competenze e prerogative sovrane⁵¹, riducendo il margine di incertezza nella loro individuazione ed interpretazione proprio a tutela e garanzia delle competenze e prerogative sovrane degli stati membri⁵².

Certo, "l'inserimento nell'ambito del nuovo trattato di un più chiaro e preciso assetto di competenze...rappresenta un passo in avanti nel processo di federalizzazione comunitaria"⁵³, "un'ulteriore tappa sulla via di 'un'unione sempre più stretta'⁵⁴, così che potrebbe a questo punto considerarsi recessiva la prospettiva internazionalistica che vede "negli stati i 'signori dei trattati', ...quali detentori della competenza finale (*Kompe-*

⁴⁹ V. nota 44.

⁵⁰ In base all'art.5, primo e secondo comma, "la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione... In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce *esclusivamente* nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. *Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli stati membri*" (il principio è ribadito anche al primo comma dell'art.4) [le parti in corsivo sono aggiunte rispetto alla formulazione originaria del TUE].

Anche per quanto riguarda i principi di sussidiarietà e di proporzionalità (disciplinati rispettivamente ai commi 3 e 4 dello stesso art.5) la formulazione delle norme è molto più precisa e circostanziata, con rinvio in entrambi i casi all'apposito protocollo sull'applicazione di entrambi questi principi. Per quanto riguarda in particolare il principio di sussidiarietà è previsto che i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio secondo la procedura prevista in detto protocollo.

Viene riproposta all'art. 352 del TFUE la clausola di flessibilità (o sui c.d. poteri impliciti) già contenuta nell'art. 308 del TCE, ma opportunamente limitata al fine di evitare l'uso per certi versi abnorme che ne era stato fatto in precedenza proprio a danno delle competenze e prerogative statali: cfr. F. PIZZETTI - G. TIBERI, *op.cit.*, p. 153 seg.

⁵¹ Solo in senso del tutto generico e descrittivo, quindi, "si può parlare della Comunità europea come pubblico potere a fini tendenzialmente generali" (così M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 348).

⁵² Cfr. F. PIZZETTI - G. TIBERI, *op.cit.*, p. 133 ss.; S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 94 ss., 134 ss.

⁵³ Così V.M. SBRESCIA, *op.cit.*, p. 286 seg.

⁵⁴ G.L. TOSATO, *Il trattato di Lisbona: una riforma completata?*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op. cit.*, p.479 ss., 487.

tenz-Kompetenz)⁵⁵. E tuttavia, da una valutazione complessiva del nuovo trattato, nonché delle vicende e dei dibattiti che ne hanno preceduto ed accompagnato l'approvazione e la ratifica, non può che risultare confermata la natura compromissoria del trattato di Lisbona e la permanente ambiguità di una situazione che vede tuttora contrapposte le "due concezioni che da sempre si confrontano nella costruzione europea: da un lato l'idea di un'Europa politica (non solo economica), federale e comunitaria; dall'altra, quella di un'istituzione confederale, intergovernativa, prevalentemente (se non esclusivamente) dedita alle questioni economiche"⁵⁶.

Il dilemma tra le due concezioni non può dirsi ancora risolto, né tanto meno completato il processo di integrazione in un ordinamento statutale a carattere federale, se pure con proprie caratteristiche originali rispetto ai modelli già noti e sperimentati⁵⁷.

Il che, beninteso, non significa che nell'ambito dell'Unione non possa riconoscersi una funzione (ed anche una organizzazione) amministrativa (predisposta al fine di dare attuazione in concreto alle norme ed agli obiettivi fissati dalle istituzioni titolari delle sue prerogative sovrane) e, quindi, un diritto amministrativo europeo, inteso anzitutto (ma non solo, come si è detto) come l'insieme delle norme che disciplinano una siffatta funzione (ed organizzazione).

Ma per l'appunto (e in questo si evidenzia una ulteriore caratteristica ed un tratto del tutto originale di questo diritto rispetto al diritto amministrativo tradizionale) si tratta ancora di un diritto amministrativo 'senza stato'⁵⁸, in quanto si riferisce ad ambiti nei quali lo stato (membro) può e deve intervenire, ma non già come titolare di prerogative sovrane proprie (tranne che in quei limitati settori nei quali ancora conserva una competenza esclusiva o concorrente), bensì piuttosto come un mero esecutore di

⁵⁵ M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 79 ss, che ricorda come questa prospettiva sia stata accolta dalla Corte costituzionale tedesca nel 1993 (mentre sembrerebbe orientata in senso contrario la Corte di giustizia: ivi p. 80 seg.).

⁵⁶ Così G.L. TOSATO, *op.cit.*, p.486. Cfr. anche M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 78 ss. Per ulteriori riferimenti v. il mio scritto *Europa ecc.cit.*, p. 433 ss.

⁵⁷ "Non si può ancora ritenere che si stia concretizzando il passaggio dall'Europa degli stati nazionali alla sovranità condivisa europea": così V.M. SBRESCIA, *op.cit.*, p. 296. In altri punti del testo, tuttavia, l'A., pur rilevando che i risultati raggiunti dal trattato di Lisbona in tema di competenze non sono particolarmente innovativi, sembra propenso a considerare l'assetto ivi delineato come "un innovativo modello federalistico comunitario,...come un piccolo passo di avvicinamento verso la definizione di un'architettura federale europea, propedeutico alla nascita di una sorta di potere federale comunitario" (ivi, p. 288).

⁵⁸ G. DELLA CANANEA, *Diritto ecc.cit.*, p. 8 ss.. Muovendo evidentemente da una diversa concezione dell'Unione, invece, e con riferimento al diritto costituzionale, H. GAUDIN (*op.cit.* p 729) osserva che "*il ne s'agit pas de penser le droit constitutionnel européen sans l'état, mais de penser l'état autrement*".

decisioni adottate nell'esercizio di poteri e prerogative sovrane trasferite ad una entità di livello superiore, peraltro ancora "non inquadrabile nelle tradizionali categorie della statualità"⁵⁹.

6. *Natura giuridica dei trattati istitutivi della Comunità e Unione europea.*

Quanto si è osservato sopra in ordine alla natura giuridica dell'Unione vale anche in certo modo per quanto attiene alla natura giuridica dell'atto costitutivo originario e di quelli che via via si sono succeduti nel tempo, ad integrazione, modifica o sostituzione di quello. La questione di fondo è: trattato e/o costituzione?⁶⁰

Posta in questi termini, la domanda può trovare risposte diverse, secondo il significato che viene accordato ai due corni del dilemma, ed in particolare alla nozione di costituzione.

La corte di giustizia ha avuto modo in diverse occasioni di affermare la natura e rilevanza costituzionale dei trattati comunitari. Il trattato istitutivo e quelli ad esso successivi sono per la corte la costituzione europea, ovvero "la carta costituzionale di una comunità di diritto", che, negli

⁵⁹ V.M. SBRESCIA, *op.cit.*, p.287.

⁶⁰ Come nota D. ROUSSEAU (*op.cit.*, p. 725 seg.), «*ce n'est pas en effet la même Europe qui est instituée selon qu'elle l'est par les catégories du droit international ou par les catégories du droit constitutionnel. Avec la catégorie traité, les allemands, les italiens, les espagnols se perçoivent comme des étrangers appartenant à des états différents qui marquent leur identité et qui concluent entre eux des accords; avec la catégorie constitution, ils se perçoivent comme des membres d'une même famille aux histoires sans doute différentes mais réunis sous une même loi. Avec la catégorie traité, peut se manifester, au mieux, une opinion publique européenne qui exercera un pouvoir d'influence plus ou moins efficace; avec la catégorie constitution, l'opinion publique européenne est transformée en communauté de citoyens européens et le pouvoir d'influence en pouvoir de décision politique. Avec la catégorie traité, les européens sont pris comme des personnes et des consommateurs; avec la catégorie constitution, ils s'acquiescent la qualité de citoyen, c'est-à-dire d'acteurs politiques*».

Sulla rilevanza che per tale questione viene ad avere la disciplina della revisione dei trattati v. M.P. CHITI, secondo il quale, l'aver previsto nei trattati le procedure e le finalità degli eventuali processi di revisione avvicina tali testi alle costituzioni nazionali" (*op.ult.cit.*, p. 78 seg.). Condivide tale rilevanza anche G. BUSIA, *Revisione del trattato, ammissione di nuovi stati e recesso dall'Unione*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op.cit.*, p. 369 ss., il quale tuttavia osserva che, mentre non sono state accolte le proposte per un 'salto in avanti' verso la configurazione del trattato in termini di costituzione, nel trattato di Lisbona figura una espressa disposizione che consente agli stati membri di recedere unilateralmente dal trattato "conformemente alle proprie norme costituzionali" (art. 50). Con il che ci si allontana nuovamente dall'idea di costituzione "nella quale ben difficilmente si può immaginare la previsione di un diritto di recesso *ad nutum*" (ivi, p. 382).

La questione di cui al testo è stata al centro anche del 47° convegno di studi organizzato dall'Istituto internazionale di studi europei 'A. Rosmini' su "Europa: costituzione o trattato per suo fondamento" (ottobre 2008).

ambiti suoi propri e da essa stessa definiti, stabilisce i principi e gli istituti fondamentali del relativo ordinamento giuridico, vincolando alla loro osservanza tutti coloro che ne sono soggetti: stati membri, singoli individui o persone giuridiche ed, ovviamente e in primo luogo, le stesse istituzioni comunitarie⁶¹.

In questo senso, la nozione di costituzione europea (una 'costituzione in trasformazione' in costante e progressiva evoluzione, come si è detto⁶²) è in certo modo connaturata all'idea della Unione europea come ordinamento giuridico, da intendersi non solo come "un insieme organizzato e strutturato di norme giuridiche provvisto di fonti proprie, di organi e procedure idonee a emetterle, interpretarle, farne constatare e, se del caso, sanzionarne le violazioni"⁶³, ma prima ancora come una comunità di soggetti ordinata ed organizzata, nell'ambito dell'Unione europea, in base e secondo quelle norme giuridiche.

Invero, ogni gruppo sociale o comunità di soggetti organizzata secondo diritto (e, quindi, ogni ordinamento giuridico) è caratterizzata da una sua struttura o assetto fondamentale (o 'costituzione in senso sostanziale', quale si rinviene anche in ogni organismo vivente) che di norma viene formalizzata anche attraverso una 'costituzione in senso formale'. Questa seconda costituisce la *lex fundamentalis* di quella comunità, proprio in quanto traduce in norme giuridiche i principi e gli istituti caratterizzanti l'assetto o la struttura propria (la 'costituzione in senso sostanziale') della comunità medesima⁶⁴. E in questo senso è certamente da ritenere, come viene riconosciuto dalla Corte di giustizia, la natura costituzionale dei trattati istitutivi.

Dal che derivano poi importanti implicazioni che attengono, da un lato, alla collocazione delle norme contenute nei trattati in posizione sovraordinata rispetto ad ogni altra disposizione od atto emanato dalle istituzioni comunitarie e degli stati membri (così da fungere come criterio interpretativo e parametro di legittimità degli stessi atti o disposizioni) e, dall'altro, ai limiti ed alle condizioni per la revisione dei trattati stessi⁶⁵.

⁶¹ Per riferimenti v. F. SORRENTINO, *La costituzione europea*, in M.P. CHITI - G.GRECO (a cura di) *op.cit.*, p. 15 ss.; M.P.CHITI, *Diritto ecc. cit.*, p. 207 ss., 212.

⁶² M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 209 ss.

⁶³ Così la definizione di ISAAC richiamata da M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 99.

⁶⁴ Si tratta di nozioni acquisite sino dalla dottrina più antica v.,infatti, tra gli altri, S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1946, p.1 ss.; G. JELLINEK, V.E.ORLANDO, *La dottrina generale del diritto dello stato*, Milano, 1949, p. 93 ss.; E. CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1955, p. 3 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 30 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Milano, 1985, 127 ss.; F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1992, p. 197 ss.

⁶⁵ M.P. CHITI p. 183 ss.; 209 ss.

7. Il trattato istitutivo di una costituzione per l'Europa.

Se, dunque, i trattati sono essi stessi la costituzione della Comunità e dell'Unione europea, ci si può chiedere per quale ragione si sia ritenuto necessario attivare una apposita convenzione al fine di pervenire ad un trattato 'costituzionale', che istituisce una 'costituzione per l'Europa' (operazione poi definitivamente 'affossata', come noto, dai referendum tenuti in Francia ed Olanda)⁶⁶.

È evidente che qui la nozione di costituzione è stata intesa in maniera ancora diversa, con duplice valenza: ideologica e politica.

Sotto il primo profilo viene in rilievo la nota formula dell'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, approvata dall'assemblea legislativa francese il 26 agosto 1789, secondo cui "*toute société dans la quelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*". Verosimilmente tale era appunto ciò che si voleva anzitutto significare con la espressione 'costituzione per l'Europa' e, cioè, sottolineare che con il nuovo trattato costituzionale venivano sanciti a livello europeo i principi del costituzionalismo liberale ed *in primis*, appunto, la garanzia dei diritti dell'uomo (attraverso l'inserimento della carta di Nizza nel testo costituzionale) e la separazione dei poteri (se pure in modi e secondo criteri diversi da quelli della teoria classica).

Ma il riferimento alla costituzione, in specie se considerato unitamente ad altri elementi di ordine formale o procedurale (come la bandiera o l'inno dell'Unione, e il procedimento 'per convenzione' adottato per la approvazione del trattato costituzionale), o sostanziale (come l'affermazione del primato dell'ordinamento comunitario su quello degli stati membri)⁶⁷, normalmente abbinati al concetto di stato, poteva assumere od essere inteso, appunto, come la espressione della volontà degli stati membri di dare vita ad una entità politica sopranazionale con i caratteri propri di uno stato federale, se pure rivisitati secondo una formula del tutto nuova ed originale.

E verosimilmente sono state proprio le implicazioni politiche connesse alla proclamata natura costituzionale del trattato, ed i timori che esse hanno suscitato in una parte dell'opinione pubblica e degli stati più 'eurosceettici', che hanno determinato il suo affossamento e l'abbandono, nel

⁶⁶ Per ampi riferimenti v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p.96.

⁶⁷ M. P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 96 ss.; 183 ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul trattato di Lisbona tra costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in *Dir.com scam-bi int.*, 2008, p. 205 ss. 227 ss.

successivo trattato di Lisbona, di ogni elemento che potesse essere addotto a sostegno di siffatte implicazioni.

Ciò che, nell'ambito di un'analisi realistica della situazione attuale, supporta ulteriormente la conclusione che mancano a tutt'oggi le condizioni per riconoscere all'Unione (se pure riformata secondo le norme del trattato di Lisbona) la natura ed i caratteri propri di una entità statale di tipo federale. Così come difettano tuttora le condizioni per riconoscere a questo trattato (come a quelli che l'hanno preceduto) la natura ed i caratteri di una costituzione intesa in senso proprio e compiuto (e però ancora diverso da quelli sopra considerati), e cioè come la espressione del potere costituente di una comunità che si costituisce in ordinamento sovrano (il quale è, e si può considerare tale, non solo in quanto titolare di poteri sovrani, ma soprattutto in quanto ordinamento che trova in sé stesso il titolo di legittimazione della propria esistenza e sovranità)⁶⁸.

La stessa determinazione manifestata dagli stati membri, in occasione del trattato di Lisbona, nell'evitare ogni riferimento verbale al termine 'costituzione' ed ai simboli identificativi di uno stato sovrano, evidenzia la mancanza (anche, in primo luogo, a livello di stati e di governi) di una volontà comune intesa a dare vita ad una entità sopranazionale a carattere statale. Così come le ripetute 'bocciature' dei trattati comunitari, in sede di referendum per la ratifica (da ultimo, del TCE da parte di Francia e Olanda e del trattato di Lisbona da parte dell'Irlanda) confermano la permanente mancanza di una comunità, o se si vuole di un *demos* europeo, coeso e determinato a costituirsi in entità originaria e sovrana⁶⁹.

⁶⁸ Sulla distinzione tra sovranità costituente e sovranità costituita v. G. GUARINO, *L'Unione ecc.cit.*, par.6.. Sulla concezione tradizionale che ravvisa il potere costituente nel popolo (o, in passato, della nazione) v. C. MORTATI, *op.cit.*, p. 70 ss., 79; A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, nel volume dallo stesso titolo a cura dello stesso A., Bari, 1997, p. 4, 23 ss.; D. ROUSSEAU, *op.cit.*, p. 727 ss. (che ricollega tale concezione alle dottrine di Sieyès ed all'art. 16 della dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 sopra cit.).

Quest'ultimo A., tuttavia, ritiene che tale concezione debba essere rivista. Infatti, «*si le droit a une force propre, c'est celle d'instituer, c'est-à-dire de faire exister, de donner vie a ce qu'il nomme... Le peuple n'est donc pas avant ou au-dessus de la constitution, il en est l'horizon, il en est la résultante car le processus constituant est ce moment de dramaturgie sociale où des individus, étrangers les uns aux autres, prennent conscience qu'ils forment une société par la multiplication des discussions, débats et confrontations sur l'ordre politique désirable, sur l'imaginaire collectif que la constitution met en forme. Apprendre à penser la notion de constitution sans l'état et avec le peuple comme projet, est le travail théorique auquel invite le droit constitutionnel européen*».

Su questa linea sembra muovere anche M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 212 seg.

⁶⁹ Cfr. *amplius* il mio scritto *Europa ecc.cit.* Per quanto riguarda l'Italia, peraltro, M.P. CHITI (*Diritto ecc.cit.*, p. 213 seg.) ricorda che il quesito referendario sulla condivisibilità della partecipazione ad un ordinamento europeo fortemente integrato e caratterizza-

È dunque in questa direzione che si deve muovere per portare a compimento il processo di integrazione comunitaria iniziato con il trattato di Roma del 1957, nel senso cioè di costruire una volontà comune anzitutto a livello di stati e di governi, ma anche e soprattutto una identità europea ed un senso di appartenenza e di adesione ad una unica comunità sopranazionale in capo a tutti i cittadini europei, utilizzando a questo fine, pragmaticamente⁷⁰, gli strumenti normativi e le grandi potenzialità insite nei recenti trattati, senza improbabili ‘fughe in avanti’ o forzature sul piano normativo od interpretativo che tra l’altro, come si è visto, possono risultare del tutto controproducenti.

8. *I fondamenti giuridici e ideologici dell’Unione europea. Il principio di separazione dei poteri nell’ordinamento comunitario.*

Secondo l’art. 6, primo comma, del TUE “l’Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli stati membri”.

Per quanto attiene, dunque, all’assetto giuridico-istituzionale⁷¹, questa disposizione conferma sul piano del diritto positivo che i diversi ordinamenti che fanno parte del diritto europeo trovano un fondamento comune, sul piano storico-ideologico nella concezione dello stato democratico di diritto tipica del costituzionalismo moderno: in sostanza, nell’idea che il potere, ed in particolare il potere pubblico, debba essere limitato

to da una formale costituzione (di cui alla legge cost. n. 2 del 1989) ebbe un esito decisamente favorevole.

⁷⁰ È questa, in sostanza, la tesi di E. CANNIZZARO, *La riforma costituzionale dell’Unione europea e il trattato di Lisbona*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, secondo cui “lo sviluppo dell’ordinamento dell’Unione è un processo delicato e complesso, sia nelle proprie dinamiche che nei suoi contenuti. Esso procede attraverso dinamiche di tipo sociale piuttosto che attraverso decisioni politiche autoreferenziali; si fonda sul consenso diffuso e sul successo delle sue soluzioni, sovente sperimentate prima ancora di essere formalmente adottate. È essenzialmente attraverso questo processo sotterraneo che si è formato il patrimonio costituzionale europeo: un insieme di principi, prassi concordate e sensibilità giuridiche, non immediatamente riconducibili agli usuali schemi dell’analisi giuridica e nondimeno ‘funzionanti’, in quanto adeguati alla singolare realtà giuridica del processo di integrazione... Se un peccato originale può essere rinvenuto nel tormentato processo di revisione... questo sembra allora risiedere precisamente nell’abbandono del patrimonio costituzionale europeo a favore di schemi e concezioni proprie del panorama giuridico statalista, ma scarsamente adeguate ai bisogni e alle cadenze dell’integrazione europea” (ivi par.2).

⁷¹ Per quanto attiene, invece, all’assetto economico, v. le osservazioni svolte in *Stato e mercato: le resistenze al cambiamento. Note a margine della tavola rotonda di Parma (ottobre 2006)*, in *Dir. econ.*, 2006, 867 ss.

dal diritto (in quanto espressione, in via diretta o indiretta, della volontà popolare), in funzione di garanzia contro l'esercizio arbitrario del potere stesso ed a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁷².

Di conseguenza, sono comuni a questi ordinamenti anche i fondamenti giuridici, vale a dire i principi fondamentali, che si pongono alla base degli ordinamenti che compongono il diritto europeo: in particolare, per quanto concerne il diritto pubblico ed amministrativo, i principi di legalità e di separazione dei poteri⁷³.

Anche questi principi, tuttavia, nell'ordinamento dell'Unione europea si presentano con modalità e contenuti in parte diversi rispetto agli ordinamenti degli stati membri, in funzione delle particolari caratteristiche e finalità che connotano l'ordinamento comunitario.

È così, in particolare, per il principio di separazione dei poteri, che (se pure con declinazioni diverse secondo la diversa forma di governo adottata) si considera come una componente essenziale dello stato di diritto strettamente connessa e conseguente al principio di legalità, quasi come il necessario completamento di esso, come prima e imprescindibile garanzia contro gli sconfinamenti e gli arbitri dei pubblici poteri.

Invero, un tale principio trova applicazione nell'ordinamento comunitario, a rigore, solo per quanto riguarda la separazione tra funzione e potere giurisdizionale, da un lato, e funzione e potere diverso (normativo ed esecutivo)⁷⁴, dall'altro, mentre per questi ultimi opera piuttosto un principio di separazione di ruoli e di competenze⁷⁵. E ciò, secondo un criterio

⁷² Sul costituzionalismo ed i suoi principi v., tra gli altri, S. ROMANO, *Istituzioni ecc. cit.*, p. 33 ss.; N. MATTEUCCI, voce "Costituzionalismo", in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, p. 270 ss.; A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche ecc. cit.*.

⁷³ Sui principi di legalità e di separazione dei poteri v., anche per altri riferimenti, il mio *Considerazioni sull'azione e l'attività amministrativa*, in V. ITALIA (a cura di) *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, p. 5 ss.

Sulla rilevanza dei principi per l'ordinamento comunitario, sul ruolo della Corte di giustizia per la loro individuazione e definizione, nonché per un catalogo dei diversi principi individuabili in base alla giurisprudenza ed al diritto positivo v. M. P. CHITI, *op.ult. cit.*, p. 214 ss.; G. DELLA CANANEA, *op.ult. cit.*, p. 13 ss.; S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 30 ss.

⁷⁴ Sulla assenza nel sistema comunitario di una chiara distinzione delle competenze e funzioni pubbliche (e sulle ragioni di essa), in particolare, per quanto concerne la separazione tra normazione ed amministrazione v. J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult. cit.*, p. 376; M. P. CHITI, *op.ult. cit.*, p. 264 ss.; G. DELLA CANANEA, *Diritto ecc. cit.*, p. 12 seg., 17 seg.; S. CASSESE - M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *op.ult. cit.*, p. 178 ss., 199 ss.. In particolare sulla 'bicefalia' del potere esecutivo v. *op.ult. cit.*, nonché M. P. CHITI, *op.ult. cit.*, p. 350 seg.

⁷⁵ Così si può dire, ad es., ma solo in via tendenziale, che spetta al consiglio europeo un ruolo di governo in senso lato, al consiglio un ruolo normativo, alla commissione un ruolo esecutivo, ed al parlamento europeo un ruolo consultivo e codecisorio con il consiglio (M. P.

di riparto che privilegia l'esigenza di rappresentanza dei diversi interessi e delle diverse componenti presenti nell'Unione (gli stati, le nazioni, la comunità europea, la politica e l'economia), in modo da rispecchiare i rapporti in essere e la loro evoluzione in relazione ai progressi conseguiti nel processo di integrazione europea⁷⁶.

Va peraltro osservato che comunque, se non il principio in sé (che del resto anche negli stati nazionali trova applicazione solo in via del tutto tendenziale), viene assicurata nella sostanza la finalità che il principio di separazione dei poteri mira a garantire. Ed invero, la garanzia contro gli sconfinamenti e gli abusi del pubblico potere trova riscontro, da un lato, in un sistema di pesi e contrappesi tra le diverse istituzioni comunitarie e tra queste e gli stati membri, mentre dall'altro, una garanzia di ultima istanza (se così si può dire) è affidata alla Corte di giustizia, che svolge un ruolo *in primis* (ma non solo) di corte costituzionale, volto ad assicurare al massimo livello "il rispetto del diritto nella interpretazione e nell'applicazione" dei trattati (e della normativa derivata). E ciò appunto anche per quanto riguarda le norme di attribuzione e delimitazione delle competenze e delle prerogative delle istituzioni comunitarie e degli stati membri⁷⁷.

9. *Il principio di legalità nell'ordinamento comunitario.*

Anche il riferimento al principio di legalità assume nell'ordinamento comunitario, in relazione alla sua origine, natura e finalità, un significato del tutto particolare e diverso da quello degli stati membri.

In primo luogo, per questi ultimi (in quanto appunto stati *democratici* di diritto) il principio di legalità si concreta nel primato della legge (ed in particolare nel primato della legge fondamentale, e cioè della costituzione), in quanto espressione della volontà popolare o dei suoi rappresentanti in parlamento. In questo senso, il principio di legalità coinvolge (e, in certo modo si identifica con) il principio democratico (e il primato della volontà popolare nella normazione e, più in generale, nel governo del paese)⁷⁸.

CHITI, *op.ult.cit.*, p. 267 ss., 275, 280), mentre ad altri organi, come la BCE spettano specifiche funzioni inerenti ai particolari settori ad essi affidati (M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 385).

⁷⁶ Sul quadro istituzionale dell'Unione europea v. G. STROZZI, *Le istituzioni dell'Unione europea*, in M.P. CHITI - G. GRECO, *op.cit.*, p. 199 ss.; per quanto concerne il trattato di Lisbona v. L. CARBONE - L. COZZOLINO - L. GIANNITI - C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di) *op.cit.*, p. 223 ss.

⁷⁷ Art. 220 ss. TCE.

⁷⁸ Sul principio di legalità, come principio chiave, o 'principio dei principi' nello stato di diritto, e sulle sue ragioni e specificità nell'ordinamento comunitario, v. diffusamente da ultimo, anche per riferimenti, A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in

L'ordinamento CE ed UE, tuttavia, come non ha una costituzione in senso proprio, così non poggia sul primato della legge: le fonti di questo ordinamento sono i trattati e le fonti secondarie o derivate (regolamenti, direttive, decisioni) adottate da organi che non sono direttamente eletti dal popolo, così come invece lo sono il parlamento europeo ed i parlamenti nazionali⁷⁹.

Invero, nonostante il crescente ruolo attribuito a questi parlamenti nella formazione delle fonti comunitarie, queste ultime (e più in generale, il governo della CE e UE) sono il risultato delle decisioni di organi che non sono eletti democraticamente: *in primis*, il consiglio e la commissione⁸⁰.

Va da sé che, in quanto sono approvati da stati ordinati secondo il principio democratico, e sulla base di norme e principi previsti dalle rispettive costituzioni (per lo stato italiano, in particolare dagli artt. 11 e 117 cost.), gli ordinamenti CE e UE possono dirsi in qualche modo espressione di tale principio (che, del resto, viene espressamente e ripetutamente richiamato dai trattati⁸¹), ma appunto la democraticità di questi enti e dei loro ordinamenti è una democraticità [solo] indiretta, in quanto derivata da quella degli stati membri: non a caso si parla, proprio per questo, di un permanente *deficit* democratico della CE e dell'UE⁸².

Il principio di legalità, dunque, nell'ordinamento CE ed UE non si concreta nel primato della legge, ma nel primato del diritto, della *rule of law*, nel senso che le competenze ed i poteri delle istituzioni comunitarie ed i rapporti di queste istituzioni tra loro e con i soggetti dell'ordinamen-

Dir.com.scambi int., 2008, p. 1 ss.; S. CASSESE - M. SAVINO, *op.cit.*, p. 189 ss.; S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 41 ss.; 74 ss.; 94 ss.; 143.

⁷⁹ Sulle fonti dell'ordinamento comunitario v. G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI - G. GRECO, *op.cit.*, p. 147 ss.

⁸⁰ È ricorrente il rilievo circa il crescente, ma ancora limitato, ruolo dei parlamenti (e quindi del *demos* europeo), ed il ruolo centrale assegnato invece ai governi ed agli organismi tecnici, come la BCE.

In particolare, sulla necessità di restaurare la piena sovranità del parlamento europeo al fine, non solo di assicurare la piena democraticità dell'Unione, ma anche di assicurare ad essa una effettiva autorità a livello planetario e consentire la piena esplicazione di tutte le sue enormi potenzialità, v. G. GUARINO, *Sovranità ecc. cit.*

Sul perdurante e preminente ruolo del consiglio e della commissione nella formazione degli atti normativi anche nel trattato di Lisbona v. L. GIANNITI - R. MASTROIANNI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, e L. CARBONE - L. COZZOLINO - L. GIANNITI - C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op.cit.*, rispettivamente a p. 175 ss.; 224 ss.

⁸¹ S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 92; F. CHALTIEL, *Droit constitutionnel européen*, in *Rev. trim droit eur.*, 2008, p. 339 ss., 347 ss.

⁸² S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 20.

to sono regolati dalle norme e dai principi dell'ordinamento medesimo in conformità alle caratteristiche e finalità sue proprie⁸³.

Sempre in relazione alle caratteristiche e finalità dell'ordinamento comunitario sono da mettere, poi, anche altre peculiarità che attengono al modo di porsi del principio di legalità con riguardo alla stessa attività normativa.

Anzitutto, manca una disciplina formale di tale attività sufficientemente precisa ed esaustiva. Ed invero, se è possibile rinvenire nei trattati "un nucleo sufficientemente distinto di funzioni [e di atti] di carattere normativo", per altro verso "gli atti normativi comunitari mancano tuttora di un quadro organico di riferimento e non è sempre facile la loro distinzione dagli atti amministrativi". Essi, comunque, non si esauriscono con i regolamenti e le direttive: esistono, infatti, numerosi atti il cui carattere è incerto e necessita, quindi, di una analisi dei loro contenuti e caratteri sostanziali⁸⁴.

In secondo luogo, per essere aderente alle esigenze proprie dell'ordinamento comunitario (siccome rivolto anzitutto a stabilire un quadro normativo certo ed uniforme per lo svolgimento delle attività economiche) l'attività normativa deve caratterizzarsi per la non arbitrarietà, la chiarezza, la coerenza, la trasparenza e la prevedibilità degli effetti delle norme, così come in genere delle decisioni, adottate dalle istituzioni comunitarie. Ciò che spiega, ad es., la necessità di motivazione degli atti normativi comunitari, a differenza di quanto si riscontra nell'ambito dei paesi membri⁸⁵.

10. *I principi della efficacia diretta e del primato dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento degli stati membri.*

Tuttavia, è sul piano della rilevanza ed efficacia, nonché dei modi e mezzi per la sua esecuzione od attuazione in concreto, che l'ordinamen-

⁸³ M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 480 seg.; G. DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, p. 26 ss.; S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 46 ss.; 372 ss.

⁸⁴ M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 527 ss. Sul generico concetto di atti giuridici dell'Unione e sulla sua disciplina giuridica nel trattato di Lisbona, v. V. CERULLI IRELLI - F. BARAZZONI, *Gli atti dell'Unione*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op.cit.*, p. 309 ss.

⁸⁵ S. VALAGUZZA in particolare, sottolinea la strumentalità del principio di legalità alle esigenze del mercato (è in relazione a queste esigenze che si spiega anche e si giustifica l'obbligo di motivazione di tutti gli atti giuridici dell'Unione e il principio di tutela dell'affidamento): cfr. *op.cit.*, p. 115 ss.; 142 ss. Sull'obbligo di motivazione e sul principio di affidamento v. anche G. DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, p. 36 ss., 47 ss.; M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 485 ss.

Sull'obbligo di motivazione degli atti giuridici nel nuovo TFUE (art. 253, par.2) v. V. CERULLI IRELLI - F. BARAZZONI, *op.cit.*, p.311.

to comunitario si distingue nettamente rispetto sia ai trattati internazionali che all'ordinamento degli stati membri.

Vengono in rilievo sotto questo aspetto i principi della efficacia diretta e del primato dell'ordinamento comunitario rispetto a quello degli stati membri. Principi, che pure trovano fondamento e giustificazione nella stessa natura e nella *mission* originaria di tale ordinamento, vale a dire la "integrazione mediante il diritto" degli ordinamenti degli stati membri, al fine della edificazione di un unico mercato assoggettato a regole, principi ed istituti uguali per tutti gli stati medesimi⁸⁶.

Proprio per questo, a differenza di quanto vale di norma per i trattati internazionali, che vincolano gli stati aderenti alla loro osservanza, ma possono avere effetto al loro interno solo in via mediata per effetto del recepimento disposto nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, le norme ed i principi dell'ordinamento comunitario hanno diretta rilevanza ed efficacia all'interno degli stati membri, creando diritti ed obblighi, non solo per tutte le istituzioni pubbliche, ma anche per i soggetti privati, siano essi persone fisiche o giuridiche⁸⁷.

Tale efficacia assume poi una rilevanza particolare per via della assoluta preminenza giuridica (il c.d. primato), che le norme ed i principi dell'ordinamento comunitario vengono ad assumere, negli ambiti ad esso spettanti, rispetto alle norme ed ai principi degli ordinamenti nazionali⁸⁸, per cui questi ordinamenti sono tenuti a conformarsi all'ordinamento co-

⁸⁶ M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 100 ss., 158 ss. (come nota l'A., si tratta di principi che non trovano equivalente nel diritto internazionale: p. 130); G. DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, p. 22 ss., 26 ss.

⁸⁷ Come è noto, questa efficacia opera anche per i principi elaborati dalla Corte di giustizia: cfr. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 105 ss.; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 14 ss.

L'efficacia diretta non opera, invece, per le direttive non autoesecutive e per gli altri atti che hanno gli stati come propri destinatari. Per le direttive *self-executing* essa vale, invece, ma solo 'in senso verticale': M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 106 ss., 195 ss.. Per la rilevanza del diritto comunitario sul piano interpretativo v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 113 ss.

Sulla disciplina delle fonti del diritto dell'Unione nel trattato di Lisbona, v. ancora M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 113 ss.

⁸⁸ Sul primato dell'ordinamento comunitario secondo la Corte di giustizia e la Corte costituzionale italiana v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 101 ss., 138 ss..

Sulla recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale francese al riguardo, in particolare per l'avvicinamento alla giurisprudenza italiana e tedesca sul punto dei c.d. 'controlimiti' v. B. MATHIEU, *Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récents de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français*, in *Rev. franç. droit const.*, 2007, 675ss.; S. PINON, *L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la constitution*, in *Rev.trim.droit eur.*, 2008, p. 263 ss.

Sul principio del primato dell'ordinamento comunitario nel trattato di Lisbona v. V. CERULLI IRELLI, *op.cit.*, p. 383 ss.

munitario, mentre devono essere disapplicate (o comunque rimesse in discussione) le norme, le sentenze o gli atti pubblici posti in essere in difformità rispetto all'ordinamento comunitario, in modo da consentire la concreta attuazione di tale ordinamento⁸⁹.

Non rilevano tanto i modi (per lo più rimessi alla discrezione degli stati membri), quanto il risultato nel senso, appunto, che l'attuazione dell'ordinamento comunitario deve essere piena ed effettiva: per cui, mentre non possono essere frapposti ad essa ostacoli di sorta da parte (od all'interno) degli stati membri, così per altro verso questi ultimi devono ritenersi impegnati a realizzare un siffatto risultato coinvolgendo tutti i soggetti e gli apparati preposti alle diverse funzioni pubbliche: quindi, non solo l'amministrazione, ma anche la legislazione e la stessa giurisdizione⁹⁰.

Invero, come negli stati membri in quanto stati di diritto, così nell'ordinamento comunitario il principio di legalità trova il suo naturale completamento nel principio di giustiziabilità degli atti (o delle indebite omissioni) posti in essere dalle istituzioni comunitarie o dagli stati membri (intesi nel senso più lato, comprensivo di tutti i soggetti e le istituzioni pubbliche in essi operanti). Di conseguenza, il principio di pienezza ed effettività di attuazione dell'ordinamento comunitario implica il principio di pienezza ed effettività di tutela giurisdizionale (anche nei confronti delle istituzioni pubbliche nazionali e comunitarie) delle situazioni giuridiche riconosciute da un tale ordinamento, sia che questa tutela spetti alle giurisdizioni comunitarie, sia che spetti alle giurisdizioni degli stati membri⁹¹.

⁸⁹ Per una recente conferma del principio di supremazia dell'ordinamento comunitario e dell'obbligo di disapplicazione delle norme in contrasto con norme comunitarie (purché ad efficacia diretta) v. le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 sopra richiamate.

Sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare ogni disposizione di legge nazionale contraria ad una direttiva che in materia di rapporti di lavoro applica il principio comunitario di non discriminazione, anche quando il termine per la trasposizione della direttiva non sia ancora scaduto, v. Corte di giustizia, 22 dicembre 2005 in *Guida dir.*, 2006, p. 61 ss., con nota di A. CORRADO, *Disapplicabile dal giudice nazionale la disciplina interna in conflitto*, p. 70 ss.

⁹⁰ È il principio fissato dall'art.10, primo e secondo comma, del TCE.

Sulla responsabilità dello stato per violazione o mancata attuazione dell'ordinamento comunitario v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 129 ss. In particolare, sulla responsabilità dello stato-giudice v. A. BARONE, *op.cit.*, p. 99 ss.

⁹¹ Sul principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche riconosciute dall'ordinamento comunitario v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 577 ss., 698 ss.; G. DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, p. 28 ss.; M. GNES, *Le garanzie*, ivi, p. 125 ss.; S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p. 50, 89.

Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche comunitarie v. già R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, p. 313 ss.; da ultimo, ID., *La tutela giurisdizionale (italiana sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI - G. GRECO, *op.cit.*, p. 1031 ss.; S. MORETTINI, *L'effettività del diritto comunitario e il processo amministrativo negli stati membri*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2007, p. 723 ss.;

Appunto in relazione a questo modo di porsi del principio di legalità nell'ordinamento comunitario si avverte soprattutto la 'sovranità' di tale ordinamento rispetto agli stati membri, ridotti ormai, negli ambiti di sua competenza, a meri esecutori delle norme e determinazioni adottate a livello comunitario: non più, quindi, (in questi ambiti) stati sovrani, ma veri e propri "stati amministrativi" in quanto appunto, nella loro interezza, strumenti per l'attuazione dell'ordinamento comunitario nel proprio territorio⁹².

11. *Evoluzione dei rapporti tra ordinamento e amministrazione comunitaria ed ordinamento e amministrazione degli stati membri.*

Con la progressiva affermazione ed evoluzione dell'ordinamento comunitario, il suo primato nei confronti degli ordinamenti nazionali ha conosciuto sempre nuove e significative conferme⁹³, talora anche in deroga a consolidati principi e istituti⁹⁴. Così come si sono evidenziate modalità, ta-

nonché Corte di giustizia, 13 marzo 2007, in *Guida dir.*, 2007, p. 100 ss. con commento di M. CASTELLANETA.

⁹² In questi ambiti "lo stato membro, anche se si è avuto cura di conservarne le apparenze, non è più sovrano, è un esecutore" (G. GUARINO, *Sovranità ecc.cit.*, par. 27).

Naturalmente la definizione qui proposta dello stato come 'stato amministrativo' o 'stato amministrazione' non ha nulla a che vedere con l'uso che di questo termine viene fatto talora in dottrina, per indicare lo stato in cui l'esecutivo assume un ruolo del tutto preponderante nel governo dello stato (cfr., da ultimo, A. BARONE, *op.cit.*, p. 52 ss.) oppure lo stato 'a regime amministrativo' (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 8).

⁹³ Sull'impegno a mantenere e rispettare (l'insieme delle regole e dei principi che costituiscono) l'*acquis* comunitario ed a svilupparlo ulteriormente v. gli artt. 2 e 3, primo comma, del TUE.

⁹⁴ Sulla disapplicazione degli atti amministrativi, pur se divenuti definitivi od inoppugnabili, v. da ultimo G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Dir. U.e.*, 2007, p. 747 ss.; A. BARONE, *op.cit.*, p. 149 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv.it.dir.p.com.*, 2008, p. 433 ss.; M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 542 ss., 550 ss.; ID., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv.it.dir.p.com.*, 2008, p. 477 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, *ivi*, p. 505 ss.

Per la giurisprudenza v., tra le altre, Corte di giustizia, 19 settembre 2006 (con commento di L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *G.D.A.*, 2007, p. 477 ss.), secondo cui la manifesta illegittimità comunitaria di un atto amministrativo impone alle autorità pubbliche ed ai giudici di rimuoverlo, pur se definitivo (in specie se non viene sacrificato l'affidamento legittimo di terzi), utilizzando a questo fine gli strumenti previsti dall'ordinamento nazionale.

Sulla disapplicazione di sentenze passate in cosa giudicata v., da ultimo A. BARONE, *op.cit.*, p. 190 ss.; M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 102; 553 seg, 561; S. VALAGUZZA, *op.cit.*, p.

lora nuove e diverse da quelle previste originariamente, di ingerenza e incidenza di tale ordinamento su quello degli stati membri⁹⁵.

Così, ad es., accanto alle forme di convergenza delle normazioni nazionali già previste dai trattati, come effetto dell'azione di armonizzazione tra queste normazioni promossa a livello comunitario⁹⁶, altre se ne sono evidenziate, talora come naturale conseguenza degli stessi principi comunitari coesenziali alla finalità di creazione di un unico mercato tra gli stati membri (come ad es. il principio del mutuo riconoscimento⁹⁷, o la previ-

144 ss.. Per la giurisprudenza della Corte di giustizia v., in particolare, le sentenze del 18 luglio 2007 (Lucchini spa) e 12 febbraio 2008 (Kempter) rispettivamente, tra l'altro, in *Guida dir.*, 2007, p. 106 ss. (con commento di G. MERONE) e *Guida dir. (dir.com. e int.)*, 2008, p. 52 ss., con commento di M. CASTELLANETA.

La prima sentenza, pur riconoscendo la rilevanza del principio dell'autorità della cosa giudicata (di cui all'art. 2909 cod.civ.), ha affermato che tale principio non vale nel caso in cui vengano disattesi i principi di riparto delle competenze tra Comunità e stati membri fissati dai trattati. Pertanto, quando sia prevista la competenza esclusiva di una istituzione comunitaria (come nel caso di specie, a favore della commissione CECA, in materia di recupero di aiuti di stato concessi in violazione del diritto comunitario) la decisione di questa istituzione, divenuta definitiva per non essere stata impugnata dal beneficiario dell'aiuto, prevale sul giudicato dei giudici nazionali che si siano pronunciati in senso contrario alla decisione comunitaria, superando così i limiti della propria competenza e giurisdizione.

La sentenza Kempter ha ribadito, peraltro, che il principio di certezza del diritto figura tra i principi generali riconosciuti dal diritto comunitario. Di conseguenza, "il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato carattere definitivo", qualora tale decisione sia stata assunta sulla base di una erronea applicazione del diritto comunitario. Tuttavia, "in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte" (v. le sentenze Kühne e Arcor del 2004 e 2006). In tale ipotesi "il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame della decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza".

⁹⁵ Sulle diverse modalità di incidenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrati nazionali v. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *op.cit.*, p. 8 ss.. Sul c.d. diritto dell'integrazione v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 181 ss.

Sulle fonti atipiche c.d. di *soft law* v. M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 181, 202, 235 seg.; nonché G. DE MINICO, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *op.cit.*, p. 327 ss.

⁹⁶ Secondo quanto prevede l'art. 3.1, lett. h) e gli artt. 94 ss. del TCE in tema di "ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune".

⁹⁷ Il principio del mutuo riconoscimento ("secondo cui ogni prodotto legalmente fabbricato e posto in vendita in uno stato membro deve essere, in linea generale, ammesso sul mercato di ogni altro stato membro": così M.P. CHITI, *diritto ecc.cit.*, p. 482) è stato elaborato dalla giurisprudenza sulla base del principio di eguaglianza e, quindi, del divieto di di-

sione di regole processuali comuni per l'azione diretta a conseguire la restituzione dei beni culturali illecitamente trasferiti dal territorio di uno stato membro⁹⁸), talora per effetto di iniziative assunte spontaneamente dagli stati membri per conformare il proprio ordinamento alle norme ed ai principi dell'ordinamento comunitario anche al di là degli obblighi derivanti dalla appartenenza a questo ordinamento⁹⁹, ovvero per cogliere i vantaggi od evitare i rischi connessi alla possibilità di scelta da parte di individui o imprese del regime giuridico, di volta in volta ritenuto più conveniente, tra quelli presenti negli stati membri della Unione europea¹⁰⁰.

Anche in ordine ai modi e mezzi per la esecuzione ed attuazione in concreto dell'ordinamento comunitario si è avuta nel tempo una evoluzione notevole¹⁰¹.

Invero, "nella fase iniziale del processo di integrazione europea il principio che ha regolato l'amministrazione comunitaria è stato quello della esecuzione indiretta, detta anche, alla tedesca, federalismo di esecuzione

scriminazione sulla base della nazionalità, su cui v. anche G. DELLA CANANEA, *op.ult.cit.*, p. 6 ss., 21 seg..

Sulla procedura di mutuo riconoscimento per le autorizzazioni all'immissione in commercio di medicinali v. S. CASSESE - M. SAVINO, *op.cit.*, p. 248 seg.

⁹⁸ Cfr. *amplius* M.P. CHITI, *op.ult.cit.*, p. 692. Per una analisi dettagliata dell'azione di restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dall'Italia (ex artt. 9 seg. della legge 30 marzo 1998, n. 88, e artt. 80 seg. del t.u. approvato con d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), nonché dell'azione di restituzione di beni culturali illecitamente usciti dal territorio di uno stato membro dell'Unione europea (ex artt. 73 ss. dello stesso t.u.) rinvio ai miei commenti in AA.VV., *La circolazione dei beni culturali*, Milano, 1998, p. 56 ss.; e in M. CAMELLI (a cura di), *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, Bologna, 2000, p. 226 ss.

⁹⁹ Si veda, ad es., il riferimento ai principi generali del diritto comunitario contenuto nell'art.1, primo comma, della legge 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, che crea un vincolo per l'azione amministrativa al rispetto di tali principi anche al di fuori degli ambiti di applicazione dell'ordinamento comunitario; ma lo stesso vale anche per le decisioni e le norme che di recente hanno ammesso in via generale la risarcibilità degli interessi legittimi, superando una antica e consolidata tradizione in senso contrario, e per tanti altri casi ancora.

¹⁰⁰ "L'armonizzazione, il mutuo riconoscimento e la scelta del diritto sono tecniche alternative ma, al contempo, complementari. La scelta del diritto è facilitata sia dall'esistenza di norme di armonizzazione minima, sia dal principio del mutuo riconoscimento. Le prime riducono il rischio di contrasti tra diritti nazionali diversi, il secondo consente di formulare un giudizio comparativo sui differenziali di regolazione esistenti tra gli stati membri, determinando un'apertura laterale degli ordinamenti nazionali" (così S. CASSESE - M. SAVINO, *op.cit.*, p. 249).

¹⁰¹ Una evoluzione che, per certi aspetti, richiama quella subita nel nostro ordinamento dalle regioni: concepite e disciplinate dai costituenti come 'enti di governo', privi di una propria amministrazione e operanti di norma per il tramite delle amministrazioni locali, sono divenute poi esse stesse titolari di proprie funzioni e strutture operative. La ragione di tale evoluzione, per le regioni e le Comunità, è in effetti la stessa: "c'est de mécanismes de droit administratif que dépend... la réalisation effective de leurs objectives", come notano (per queste ultime) J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult.cit.*, p. 385.

(*Vollzugföderalismus*). Secondo questo principio la realizzazione delle politiche comunitarie è di regola affidata alle amministrazioni nazionali che operano come branche operative della Comunità, mentre a quest'ultima fa capo una struttura quanto più snella ed essenziale possibile¹⁰².

Con l'affermarsi dell'ordinamento comunitario e con l'espandersi delle competenze della Comunità, si è però resa necessaria, in specie per taluni settori, la istituzione di appositi apparati, poteri e procedure di esecuzione diretta da parte della stessa Comunità¹⁰³, nonché la previsione di procedure coordinate a livello comunitario e nazionale e di organismi di raccordo tra le rispettive amministrazioni, così che "negli ultimi due decenni si è realizzato un sistema di amministrazione europea integrata, in senso sia organizzativo che procedimentale. Un sistema complesso di amministrazioni – composto dalle amministrazioni comunitarie, dirette ed indirette, dalle amministrazioni nazionali operanti per finalità comunitarie e dagli organismi a composizione mista – che si può definire a pieno titolo quale 'amministrazione comune dell'ordinamento europeo'"¹⁰⁴.

¹⁰² M.P. CHITI, *Diritto ecc. cit.*, p. 345 seg.. La base normativa di tale principio, in positivo ed in negativo, poteva essere, ed era difatti, rinvenuta nell'art.5 del trattato istitutivo (oggi art. 10 del TCE) secondo cui "gli stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato".

Sul ruolo delle amministrazioni nazionali in funzione di attuazione dell'ordinamento comunitario v. da ultimo, in particolare, F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari*, Giappichelli, Torino, 2007; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007.

¹⁰³ Sui poteri autoritativi di istituzioni comunitarie (già previsti sino dai primi trattati a favore della commissione per il rispetto delle regole di concorrenza) v. B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2006, p. 909 ss.; S. CASSESE - M. SAVINO, *op.cit.*, p. 218 ss.; G. DELLA CANANEA, *Diritto ecc.cit.*, p. 9.

¹⁰⁴ J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult.cit.*, p. 379; M.P.CHITI, *op.ult.cit.*, p. 343 seg..

Per una analisi dettagliata degli apparati che fanno capo all'esecutivo comunitario (in senso lato) e dei procedimenti di esecuzione v., da ultimo, ID., p. 349 ss., 473 ss.. Ma v. anche E. CHITI - C. FRANCHINI, *Le figure organizzative* e E. CHITI - G. DELLA CANANEA, *L'attività amministrativa*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto ecc. cit.*, p. 61 ss.; 97 ss.; S. CASSESE - M. SAVINO, *op.cit.*, p. 199 ss.

Una espressa disciplina della funzione amministrativa dell'Unione è contenuta nell'art. 254 bis del TFUE, secondo cui "nell'assolvere i loro compiti, le istituzioni, gli organi e le agenzie dell'Unione si basano su un'amministrazione aperta, efficace ed indipendente". V. anche l'art. 41 della carta di Nizza dei diritti fondamentali che prevede il diritto di ogni cittadino ad una buona amministrazione.

Sul principio di buona amministrazione e sul diritto ad una buona amministrazione v. A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2008, p. 237; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita*,

Si può ben dire, a questo punto, che ci troviamo di fronte non solo ad una “Comunità di diritto”, ma ad una “Comunità di diritto amministrativo”¹⁰⁵.

12. Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale.

Quanto si è osservato nei precedenti paragrafi, se per un verso consente di parlare di un diritto amministrativo europeo, per altro verso pone in evidenza la difficoltà nel fornire una definizione precisa e condivisa del suo oggetto¹⁰⁶.

Se si accoglie la definizione a suo tempo proposta, il diritto amministrativo europeo¹⁰⁷ risulta costituito da un insieme complesso e composto di molteplici elementi che si muovono in direzioni diverse, secondo un rapporto circolare di reciproco condizionamento¹⁰⁸:

- in primo luogo, i diversi modi in cui, a livello normativo, il diritto comunitario ed europeo viene ad incidere sul diritto (ed in particolare sul diritto amministrativo) degli stati membri; e viceversa i modi attraverso i quali questo secondo è in grado di condizionare ed influenzare il primo.
- in secondo luogo, il diritto amministrativo comunitario in senso stretto, ovvero quella parte del diritto comunitario che attiene propriamente alla esecuzione o attuazione in concreto dell'ordinamento comunitario e avente come oggetto le diverse forme di attuazione od

nel 60° anniversario della costituzione, in *Costituzionalismo.it*, 2008; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI - G.GRECO (a cura di) *op.cit.*, p. 49 ss.

¹⁰⁵ J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult.cit.*, p. 379; M.P. CHITI, *op.ult. cit.*, p. 158.

¹⁰⁶ La esistenza e configurabilità di un diritto amministrativo europeo è stata talora contestata in passato. Per una disamina degli argomenti a favore e contro v. M.P. CHITI, *Diritto ecc.cit.*, p. 158 ss.; G. DELLA CANANEA, *Le droit administratif ecc.cit.*, p. 733 ss..

¹⁰⁷ Come insieme delle norme e degli istituti che, in ambito ed a livello europeo, hanno attinenza o incidenza in ordine all'esercizio ed alla organizzazione della funzione amministrativa, intesa questa in senso lato, come funzione di attuazione delle norme e degli obiettivi indicati dall'ordinamento comunitario ed europeo, sia da parte della Comunità che da parte degli stati membri (cfr. par.2).

¹⁰⁸ In sostanza negli stessi termini v. J.-B. AUBY - J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, *op.ult. cit.*, p. 377, che nel diritto amministrativo europeo ricomprendono «*l'analyse de toutes les facettes du brassage multilatéral des droits administratifs e du droit communautaire, faisant émerger et donnant un place déterminante à des principes que l'on peut qualifier de communs. L'assemblage de ces diverses séries d'éléments constitue un ensemble assez complexe de problèmes, un dossier constitué de pièces assez riches et diverses*».

Nello stesso senso, ma con prospettive e metodi di approccio in parte diversi, v. anche M.P.CHITI, *op.ult.cit.*; G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto ecc.cit.*

esecuzione di tale ordinamento, in via diretta, in via indiretta o per il tramite delle diverse forme di raccordo e di coamministrazione di cui si è detto sopra¹⁰⁹;

- infine, gli adattamenti e i condizionamenti reciproci tra gli ordinamenti degli stati membri (per ciò che attiene ai profili di diritto amministrativo), vuoi per effetto della influenza diretta od indiretta dell'ordinamento comunitario ed europeo, vuoi per spontanea iniziativa degli stati stessi.

Fermo restando ovviamente, come si è detto, che in ogni caso non si può prescindere dalla considerazione della natura e dei principi e istituti fondamentali dell'ordinamento comunitario ed europeo, come necessaria premessa per un corretto inquadramento dei profili più specificamente connessi alla sua attuazione in concreto.

I molteplici collegamenti e condizionamenti reciproci con il diritto amministrativo europeo pongono anche un problema di individuazione e definizione dell'oggetto proprio del diritto amministrativo degli stati membri (tra cui il nostro).

A questo proposito occorre tenere presente che il diritto amministrativo (in senso proprio e moderno) nasce in stretto collegamento con lo stato, ma non in quanto stato nazionale, bensì come ente sovrano ordinato secondo i principi di legalità e di separazione dei poteri propri dello stato di diritto¹¹⁰. In questa prospettiva, in effetti, il diritto amministrativo assume come proprio oggetto la pubblica amministrazione (considerata nel suo profilo oggettivo e soggettivo e nei suoi rapporti con le altre pubbliche istituzioni e con i soggetti privati), in quanto strumento di attuazione della sovranità dello stato quale si manifesta per il tramite della legge, e insieme come espressione essa stessa di tale sovranità, nel momento in cui si presenta ed agisce come autorità investita del pubblico potere¹¹¹.

Nel momento, quindi, in cui lo stato nazionale entra in crisi ed il potere sovrano (e pubblico, in genere) si frammenta, trasferendosi in parte

¹⁰⁹ Cfr. gli AA. cit. a nota 16.

In un senso ancora più ristretto, E. CASSETTA (*op.cit.*, p. 24) considera diritto amministrativo comunitario in senso proprio "soltanto quello avente ad oggetto l'amministrazione comunitaria", intesa come "l'insieme degli organismi e delle istituzioni dell'Unione europea...cui è affidato il compito di svolgere attività sostanzialmente amministrativa e di emanare atti amministrativi".

¹¹⁰ È certo dovuta ad un errore di prospettiva storica l'opinione di coloro che hanno considerato il diritto amministrativo come legato indissolubilmente al concetto di stato, traendo da ciò la (altrettanto erronea) conseguenza della impossibilità di configurare un diritto amministrativo 'senza stato' come quello della Comunità e Unione europea. Per riferimenti v. gli AA. cit. alla nota 107.

¹¹¹ Sulla autoritatività della pubblica amministrazione (in specie negli stati 'a diritto amministrativo') e sulla sua evoluzione v. E. CASSETTA, *op.cit.*, p. 8 ss.

presso altre istituzioni a livello infra e sovrastatale¹¹², il diritto amministrativo non può non adeguarsi al cambiamento, frammentandosi a sua volta in diverse discipline, che hanno sempre per oggetto la funzione amministrativa (di attuazione in concreto delle determinazioni assunte dai titolari del potere sovrano), ma si distinguono per la diversa prospettiva da cui tale funzione viene considerata in relazione al livello di allocazione del potere sovrano ed ai modi di rapportarsi rispetto ad esso di tale funzione¹¹³.

Per quanto riguarda il diritto amministrativo nazionale, la rilevanza e pervasività del diritto amministrativo europeo è tale da costituirne ormai una componente strutturale (almeno per la parte in cui riguarda o condiziona il modo di essere e di operare della pubblica amministrazione all'interno dello stato, nonché i rapporti tra questa e i soggetti privati e le altre istituzioni pubbliche)¹¹⁴, la quale peraltro si affianca, senza sostituirsi *in toto*, ai principi ed agli istituti della tradizione.

Come per il diritto amministrativo europeo, dunque, anche per il diritto amministrativo nazionale si può dire che esso risulta costituito da un insieme composito (ed in continua evoluzione) di molteplici elementi che interagiscono e si condizionano reciprocamente.

Spetta ai cultori di queste discipline il compito non facile, non solo di procedere all'analisi di tali elementi con metodologie adeguate e nel rispetto delle loro specifiche peculiarità, ma anche tentare almeno di ricomporli in una sintesi coerente e aderente alla nuova realtà¹¹⁵.

¹¹² Sulla crisi dello stato e le sue implicazioni, v. già M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1992, nonché, per ampi riferimenti, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, p. 1 ss., 147 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Mercato e istituzioni*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, II, Napoli, 2005, p. 1153 ss.; M.P. CHITTI, *Diritto ecc.cit.*, p. 39 ss.

¹¹³ Sulla possibilità di configurare un diritto amministrativo 'globale', in conseguenza dei mutamenti intervenuti negli ultimi anni, v. M.P. CHITTI, *op.ult.cit.*, p. 186 ss.; S. CASSESE, *Oltre lo stato*, Bari, 2006, p. 38 ss.

¹¹⁴ In effetti, i condizionamenti che il diritto amministrativo europeo (inteso in senso lato, come comprensivo anche del diritto degli stati membri) è in grado di esercitare, direttamente od indirettamente, sul diritto interno (anche al di fuori degli ambiti, pure assai vasti, di competenza dell'Unione europea, per i molteplici effetti indotti dalla appartenenza ad essa) non riguardano ormai più solo singoli settori od istituti, ma l'intera parte generale nei suoi diversi profili (l'organizzazione, l'attività, le obbligazioni, le situazioni soggettive e la loro tutela).

¹¹⁵ Sottolinea la necessità, per gli studiosi del diritto amministrativo, di adeguare il proprio linguaggio e le proprie metodologie di analisi al cambiamento in atto S. CASSESE, *Lo spazio giuridico ecc.cit.*, p. 161.

*Convegni e seminari: relazioni,
interventi e note a margine*

RESOCONTO DEL CONVEGNO

“L’AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA”

(Modena, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, 23 maggio 2008)

a cura di ILARIA LOMBARDINI

Il giorno 23 maggio 2008 la cattedra di diritto processuale civile della facoltà di giurisprudenza, in collaborazione con il dipartimento di scienze giuridiche dell’università di Modena e Reggio Emilia, con il consiglio dell’ordine degli avvocati di Modena e con la fondazione forense modenese, nella cornice della locale camera di commercio, ha richiamato l’attenzione di studiosi e professionisti del diritto sul tema dell’azione collettiva risarcitoria, oggetto di un convegno a cui hanno contribuito autorevoli relatori con relazioni di grande spessore ed interesse, tali da suscitare nel folto pubblico numerosi spunti di riflessione.

Dopo i saluti del prof. Mario Vellani, in rappresentanza del rettor prof. Gian Carlo Pellacani, il prof. Borghesi, ordinario di diritto processuale civile della facoltà di giurisprudenza dell’Università degli studi di Modena e Reggio Emilia, che ha organizzato e presieduto l’intero convegno, ha focalizzato l’attenzione dell’uditorio sull’istituto dell’azione collettiva risarcitoria, inserito recentemente nel nuovo art. 140-*bis* del codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206) dall’art. 2, comma 446, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) e divulgato nei mezzi di comunicazione di massa come *class action* all’italiana. Il nuovo strumento giudiziario entrerà però in vigore soltanto il 1° luglio 2009, come previsto dall’art. 19 del c.d. «decreto Milleproroghe»: il d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, in l. 27 febbraio 2009, n. 14. Come noto, soggetti legittimati ad agire in forma collettiva sono le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, iscritte nell’apposito elenco presso il ministero delle attività produttive, nonché le associazioni e i comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere (art. 140-*bis*, comma 2, cod. cons.). Tali associazioni e comitati possono avviare azioni legali in forma collettiva per ot-

tenere la restituzione di somme di denaro o il risarcimento del danno subito da consumatori o utenti contro le imprese nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., o in conseguenza di illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, che abbiano cagionato un danno ai suddetti consumatori o utenti.

Il primo relatore (prof. Andrea Mora, ordinario di diritto privato della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia) ha innanzitutto chiarito quali sono le situazioni soggettive sostanziali protette e, più precisamente, i diritti tutelabili con l'azione collettiva risarcitoria.

La questione preliminare, secondo il prof. Mora, riguarda il fatto che l'illecito, da intendersi in senso ampio, deve essere plurisoggettivo, in quanto si fa riferimento ad una pluralità di consumatori o utenti. *Ex art. 1342 c.c.* la "pluralità" attiene al metodo: riguarda formulari, moduli, contratti che siano utilizzati da una pluralità di soggetti. Un primo aspetto qualificante ed innovativo della nuova disciplina concerne il disposto dell'art. 140-*bis*, comma 1, cod. cons. che distingue chiaramente tra professionisti e consumatori, a differenza di quanto tradizionalmente fa l'art. 1342 c.c. Quindi l'art. 1342 c.c. va inteso nel senso che a contrarre con un professionista (impresa) nel contratto per adesione deve essere un consumatore e non può invece essere un altro professionista.

Resta il mistero del perché il sopra citato art. 140-*bis* si limiti a richiamare l'art. 1342 c.c. e non faccia invece nemmeno un cenno all'assetto normativo sulle clausole vessatorie.

Relativamente agli illeciti extracontrattuali, l'implicito riferimento è all'art. 2043 c.c. e, in particolare, all'interessante profilo dell'onere della prova. Naturalmente il richiamo all'illecito extracontrattuale riporta a pieno titolo nel novero della responsabilità civile.

Il codice del consumo soccorre poi ai sensi degli artt. 18 lett. d) e 20 cod. cons. per descrivere quali sono le pratiche commerciali scorrette, con valutazione già *ex ante* della scorrettezza della pratica. Dal punto di vista della qualificazione se rientra nella definizione è un diritto tutelato in base all'art. 140-*bis* cod. cons.

Quanto alle pratiche commerciali ingannevoli, sono tali quelle che contengono informazioni non rispondenti al vero (ad esempio sulla natura del processo di vendita, sull'esistenza del prodotto, sulle caratteristiche essenziali del prodotto ecc.). L'art. 23 cod. cons. contiene poi un lungo elenco delle pratiche considerate ingannevoli in ogni caso, mentre l'art. 24 cod. cons. riguarda le pratiche commerciali aggressive.

Un altro profilo è poi quello degli illeciti e dei comportamenti anticoncorrenziali, che attengono ad intese fra le imprese che si possono riflet-

tere sui diritti dei consumatori. La cosa che interessa di più il civilista concerne la *ratio* per cui dalla nullità di queste intese deriva il risarcimento del danno. È da notare che l'abuso di posizione dominante rientra anch'esso nel vasto *genus* dei comportamenti anticoncorrenziali, che incide sui diritti dei consumatori *ex art. 2*, comma 2, cod. cons., se rientra nell'ambito dei diritti tutelati dall'*art. 140-bis* cod. cons., nella misura in cui vengano violati diritti dei consumatori. Resta fermo che i diritti dei consumatori sia di natura contrattuale, sia di natura extracontrattuale, sono diritti soggettivi e sono esclusi gli interessi legittimi, perché è esclusa dalla legittimazione in giudizio la pubblica amministrazione.

Il prof. Mora ha rimarcato altresì che il danno patrimoniale comporta il risarcimento del danno stesso e la restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti. Il danno va dimostrato nell'*an* e poi, eventualmente, nel *quantum*. Il problema si pone con riferimento al danno non patrimoniale (che oggi a norma dell'*art. 2059* c.c. viene disancorato dal reato). Se il danno non patrimoniale attiene all'individuo, come si giustifica un danno di tipo collettivo ad esempio biologico o esistenziale? Peraltro il danno patrimoniale non è mai *in re ipsa*, quello biologico va provato. Va infine considerato che, sempre con riguardo al profilo del danno, viene espunto dalla tutela collettiva risarcitoria l'ambito dei danni punitivi che pure hanno in qualche modo ingresso nel nostro ordinamento (v., ad esempio, la clausola penale, in quanto, come conferma la più recente giurisprudenza (v. *ex multis* cass. n. 183/2007) non sono risarcibili i danni punitivi, avendo il risarcimento del danno solo una funzione compensativa nel nostro sistema e non anche una valenza punitiva, diversamente dall'ordinamento statunitense).

A seguire il prof. Borghesi è nuovamente intervenuto per offrire un'introduzione del tema "L'azione risarcitoria di cui all'*art. 140-bis* del codice del consumo tra accertamento collettivo e accertamenti individuali".

Il prof. Borghesi ha incisivamente rilevato come il testo del nuovo *art. 140-bis* del codice del consumo, in un certo senso, rappresenti una sfida perché apre prospettive indubbiamente nuove. A suo parere certo non si tratta di *class action* (neppure nella versione più casalinga della "*class action* all'italiana"), tuttavia c'è il tentativo di distaccarsi dallo schema individualistico cui è ispirato il nostro sistema di giustizia civile. Tentativo che non si innesta nell'antico percorso dell'azione popolare, la cui filosofia, tutto sommato, si sarebbe prestata ad una trasposizione della *class action*, con la quale ha in comune la capacità del singolo di farsi portatore oltre che del proprio diritto, anche di quello appartenente ad una piú o

meno numerosa comunità. Si punta invece sul gruppo organizzato, la cui affidabilità è garantita dal riconoscimento della pubblica autorità. Tuttavia si legittimano anche gruppi spontanei, la cui rappresentatività deve essere vagliata dal giudice. Forse questo può essere interpretato come una cauta apertura alla legittimazione del singolo “adeguatamente rappresentativo” a proporre la *class action*.

Comunque sia, è importante sottolineare che, in questo caso, il gruppo non fa valere un diritto proprio (o anche proprio), ma solo i diritti che fanno capo ai singoli consumatori che aderiscono all’azione. La cosa avviene in modo abbastanza paradossale perché la domanda, in teoria, può essere proposta anche se nessun consumatore ha aderito e sembrerebbe poter procedere, senza rappresentare nessuno, fino alla precisazione delle conclusioni in appello. Tuttavia, il tribunale, se nessuno ha aderito quando la causa è messa in decisione in primo grado, dovrà dichiarare l’azione inammissibile perché priva di interesse ad agire o di legittimazione.

La riflessione del prof. Borghesi pone in luce altresì che qualunque sia il limite ultimo entro il quale ai consumatori è consentito aderire, resta fermo che l’azione collettiva è una “scatola vuota” (qualcuno dice una mera azione) che acquista contenuto se e nella misura in cui ottiene l’adesione dei singoli aventi diritto.

Si può discutere sulla natura giuridica del rapporto tra associazione e consumatore; se si tratti cioè di rappresentanza di carattere puramente processuale (in deroga all’art. 77 c.p.c.) o anche di carattere sostanziale o ancora – come più corretto – di sostituzione processuale che riguarda potenzialmente tutti i consumatori aventi diritto, ma che diventa effettiva solo nel momento in cui ognuno di essi comunica la propria adesione.

In altri termini, chi aderisce, per un verso, rinuncia a far valere il suo diritto individualmente e, per altro verso, contribuisce a dare vita all’azione collettiva, la quale quindi non è semplicemente la somma (ottenuta con la tecnica del cumulo) di più azioni individuali, ma piuttosto la loro sintesi.

Questa è, secondo il prof. Borghesi, la chiave di lettura dell’intero sistema sul quale l’azione collettiva risarcitoria si basa: l’azione collettiva ha cioè una sua *causa petendi*, collettiva appunto, (che non è la somma delle *causae petendi* delle azioni dei singoli consumatori aderenti) ed è riservata a quei diritti al risarcimento o alla restituzione che possono essere fatti valere in maniera unitaria. A sostegno di ciò sta, in primo luogo, il meccanismo stesso dell’adesione, scelto dalla legge come modalità normale per collegare l’azione collettiva alle posizioni individuali, in modo da consentire al giudicato ottenuto tramite la prima di estendersi alle seconde. Meccanismo che non è certo tale da garantire che tutti i fatti costitutivi delle

singole domande individuali siano trasfusi in quella collettiva, non fosse altro perché con l'adesione, a suo avviso, il consumatore non diventa parte in senso processuale e perché l'adesione stessa può essere comunicata sino alla precisazione delle conclusioni in appello, quando l'allegazione di nuovi fatti dovrebbe essere fuori tempo massimo.

Vengono poi esaminati criticamente i profili della comunicazione dell'adesione e dei suoi effetti, dell'intervento del consumatore nell'azione collettiva risarcitoria, del controllo di ammissibilità di quest'ultima, oltre che sotto il profilo della manifesta infondatezza e del conflitto di interessi, anche sotto quello dell'«esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela» ai sensi dell'art. 140-*bis*. Dopo aver analizzato la disciplina processuale dell'ordinanza con la quale il tribunale dichiara ammissibile o meno l'azione collettiva, il prof. Borghesi fa approdare la riflessione sulla centrale questione del giudicato "collettivo".

Quanto detto sino ad ora si riflette anche sul giudicato "collettivo", i cui confini paiono particolarmente incerti, soprattutto in relazione alle azioni di quantificazione del danno o della restituzione, per la cui proposizione si passa dal livello collettivo a quello individuale.

Per ritrovare la bussola bisogna, a parere del prof. Borghesi, ritornare al testo dell'art. 140-*bis*, comma 5, il quale fornisce indicazioni abbastanza precise quando stabilisce testualmente: «La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva». La formulazione della legge cioè è chiara nello stabilire che, con l'emanazione della sentenza che accoglie la domanda proposta dall'associazione, viene definita ogni questione relativa all'*an* del diritto al risarcimento, restando impregiudicato solo il *quantum*, da determinare secondo le modalità previste dall'ultimo comma dell'art. 140-*bis*.

Tuttavia il dato normativo non sembrerebbe conciliarsi con altre caratteristiche procedurali dell'azione collettiva risarcitoria. Soprattutto non è chiaro come possa essere accertata la titolarità del diritto al risarcimento in capo ad ogni singolo consumatore aderente, dato che l'adesione può essere data anche quando le preclusioni poste all'allegazione e alla prova dei fatti di causa sono ormai scattate.

Per uscire dall'*impasse*, non pare al relatore che si possa svuotare di contenuto la disposizione di legge, ritenendo che in realtà il giudicato collettivo non accerta in modo incontrovertibile la titolarità del diritto in capo ad ogni singolo consumatore aderente, che quindi può essere rimessa in discussione nelle procedure individuali di liquidazione.

Per rispettare la lettera dell'art. 140-*bis*, ultimo comma, in primo luogo, bisogna tenere presente che, tramite il meccanismo della sostituzione

processuale, il diritto di ogni singolo consumatore è fatto valere dal gruppo già prima dell'adesione e poi che il diritto deve avere le caratteristiche che lo rendono idoneo ad essere accertato in modo collettivo. La qual cosa, per un verso, esclude molti diritti dal novero di quelli che possono essere fatti valere tramite l'azione risarcitoria collettiva e, per altro verso, consente che il giudicato vincoli il consumatore sostituito, quali che siano il momento e le modalità della sua adesione.

Va da sé che la soluzione sopra suggerita regge solo se si ritiene che l'azione collettiva sia riservata alla tutela dei diritti che consentono un accertamento collettivo e se si dà all'impresa convenuta la possibilità di contestare la legittimazione del consumatore aderente, anche se l'adesione avviene a istruttoria chiusa o addirittura in appello. Tuttavia una simile anomalia è ben poca cosa di fronte alla falla che si aprirebbe nel sistema creato dalla legge se si ritenesse che i consumatori non possono trarre alcun beneficio dal giudicato ottenuto tramite il gruppo, ma devono ricominciare da capo in sede di quantificazione, essendo costretti a dimostrare l'esistenza di quello stesso diritto che è stato accertato tramite l'azione collettiva. Insomma, il giudicato si formerebbe solo contro di loro, quando l'azione collettiva è respinta nel merito. Cosa questa, la cui legittimità costituzionale sarebbe – a dir poco – dubbia.

Quanto all'intervento, il discorso vale ovviamente a maggior ragione, non essendo pensabile che il giudicato non produca i suoi effetti nei confronti di chi è stato parte della procedura ed essendo altresì essenziale – se si vuole che l'azione collettiva abbia una qualche funzionalità – che gli intervenuti non allarghino la materia del contendere, spostando l'accertamento del giudice su una miriade di circostanze non allegate dal gruppo.

Se non si ritiene accettabile la soluzione appena prospettata, non si può che raccogliere il suggerimento di chi ritiene che il giudice possa decidere dell'azione collettiva con riserva delle eccezioni personali dei singoli consumatori aderenti. Eccezioni che potranno essere proposte nelle cause individuali, consentendo al giudice delle stesse di conoscere non solo della quantificazione, ma anche dell'esistenza del diritto.

Inutile aggiungere che, così ragionando, si finisce, se non per svuotare di contenuto, per ridimensionare notevolmente la disposizione secondo la quale la sentenza collettiva fa stato anche nei confronti dei consumatori che hanno manifestato la loro adesione.

Ancora meno chiaro è se il giudicato collettivo ottenuto da un'associazione precluda alle altre di riproporre la stessa azione per conto di altri consumatori.

Se si ragiona applicando le normali categorie processuali e si parte dal presupposto secondo il quale l'associazione che non ha preso parte al

processo collettivo è un terzo qualsiasi, al quale il giudicato *inter alios* non può né giovare né nuocere, è giocoforza concludere che qualsiasi associazione sia legittimata, perché iscritta all'albo ministeriale o adeguatamente rappresentativa, a riproporre l'azione anche nel caso in cui sia stata precedentemente respinta perché infondata.

È chiaro che questa soluzione apre prospettive inquietanti in quanto mette l'impresa nella condizione di subire un numero indeterminato di azioni collettive per fatti identici, senza poter opporre l'eccezione di cosa giudicata.

Per evitare che si possa creare la spirale di cui si è detto, qualcuno ha suggerito di considerare l'azione collettiva come esperibile una sola volta, come sarebbe peraltro confermato dal fatto che il comma 5 dell'art. 140-*bis* estende gli effetti del giudicato ai consumatori che hanno aderito o sono intervenuti, facendo salva l'azione individuale di quelli che non l'hanno fatto, ma non l'azione collettiva esperibile da altri legittimati.

L'appiglio testuale indubbiamente c'è, anche se non sembra solidissimo. Il punto critico sta nello stabilire il criterio sulla base del quale si seleziona l'associazione che ha titolo per portare avanti l'azione collettiva, a preferenza delle altre, in caso di più procedimenti contemporaneamente pendenti.

La relazione del prof. Sergio Chiarloni (ordinario di diritto processuale civile della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Torino) ha invece riguardato il problema se l'azione collettiva risarcitoria rappresenti una novità rivoluzionaria o, invece, un'evoluzione di istituti vigenti.

La riflessione, che si è conclusa con un'opzione del relatore per la seconda tesi prospettata, è partita dalla considerazione che l'azione collettiva risarcitoria, prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons., sia uno sviluppo, non molto lodevole, delle azioni collettive già disciplinate dal codice del consumo, "qualcosa di peggio di un semilavorato" da modificare con l'apporto di dottrina e giurisprudenza.

Un punto focale, anche se preliminare, riguarda la differenza fra azioni di classe ed azioni collettive, definizione necessaria perché spesso le due nozioni, secondo il prof. Chiarloni, vengono confuse e talora scambiate: le prime (azioni di classe) vengono instaurate da un singolo individuo nell'interesse anche di una pluralità di soggetti – la classe – che si trovano in una comune situazione giuridica bisognosa di tutela giurisdizionale. In tal caso si tratta di azioni che sono soggette ad un necessario vaglio preventivo di ammissibilità, in quanto, nell'ipotesi di ammissione, l'esito finale (a prescindere dal fatto che sia un provvedimento di accoglimento, di rigetto, o una conciliazione) vincola, a certe condizioni, tutti componenti della clas-

se. Quanto alle azioni collettive, invece, esse vengono instaurate da associazioni nate ed affermatesi come “centri di imputazione” di interessi che fanno capo ad una collettività di individui spesso più ampia rispetto agli associati e non legati fra loro da alcun rapporto giuridico. L’azione, di cui questi c.d. enti esponenziali sono titolari, è volta ad ottenere la tutela giurisdizionale degli interessi comuni, mediante provvedimenti che accertino l’illegittimità di comportamenti dell’impresa convenuta in grado di pregiudicare quegli interessi, ne inibiscano la reiterazione ed eventualmente adottino misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Dopo aver profilato il problema dello scambio delle nozioni nella progettazione legislativa e degli inconvenienti che derivano, a suo parere, dall’eventuale importazione nel nostro ordinamento di un’azione di classe nordamericana, il prof. Chiarloni ha palesato il suo favore verso le proposte di legge che erano incentrate su un’evoluzione dell’azione collettiva delle associazioni dei consumatori, indirizzate cioè ad un perfezionamento della disciplina vigente alla data in cui si è svolto il convegno (la normativa sull’azione collettiva risarcitoria sarà operativa solo dal 1° luglio 2009) e volte al risarcimento dei danneggiati, per il tramite di un accertamento di responsabilità efficace a loro favore, e alla determinazione dei criteri per la liquidazione dei singoli crediti quando non siano necessari accertamenti di fatto relativi alle singole posizioni individuali (cioè quando i criteri di determinazione siano a tutti comuni o in altre parole abbiano sostanza collettiva), seguita da istanze conciliative opportunamente strutturate, nonché, per il caso di fallimento di queste ultime, da giudizi individuali veloci e semplificati. La si sarebbe potuta introdurre, a suo parere, con un semplice perfezionamento della disciplina già oggi vigente, senza le complicazioni e ambiguità del nuovo art. 140-*bis*. Il relatore ha poi rilevato che l’azione di cui all’art. 140-*bis* cod. cons. nasconde due insidie: in primo luogo è probabile una fioritura di controversie in regime di conflitto di interesse tra l’attore, che dovrebbe rappresentare l’universo dei consumatori, e questi ultimi, conflitto di cui difficilmente potrà accorgersi il giudice in sede di vaglio di ammissibilità della domanda. In secondo luogo l’ammissibilità è rilevabile solo se l’azione è infondata in punto di diritto, in quanto, invece, i fatti devono, al momento della pronuncia di ammissibilità, ancora essere accertati e in tale fase resta possibile una transazione. Il giudizio di ammissibilità è simile alla *certification* americana, ma quest’ultima è più seria ed approfondita. Il prof. Chiarloni ha in seguito precisato che l’adesione dei singoli consumatori è “un simulacro di *opt-in*” (facoltà di inclusione nel processo), in contrapposizione all’*opt-out* (diritto di auto-esclusione) del sistema statunitense, e non richiede l’intermediazione di un legale, oltre ad essere un atto unilaterale recettizio diretto al proponente. Secondo il

prof. Chiarloni parlare di "litisconsorzio aggregato" è una "superfetazione inutile", è sufficiente vedere il proponente come ente esponenziale di questioni comuni ai danneggiati che hanno aderito all'azione. Il giudicato a seguito di una scelta legislativa a suo avviso discutibile è ad esclusivo favore, nel caso di vittoria, degli "autoinvitati di pietra" che abbiano aderito. Soltanto essi infatti potranno avvalersi degli effetti della sentenza di accertamento positivo sull'insieme delle questioni comuni (variabile, a seconda della tipologia delle controversie). Pertanto l'art. 140-*bis*, dalla prospettiva dell'oggetto del processo e del contenuto del provvedimento, rappresenta uno sviluppo delle azioni collettive già presenti nell'ordinamento e in particolare dell'inibitoria generale, con notevoli passi in avanti, ma anche con un deplorabile passo indietro dato dal fatto che, come già precisato, il comma quinto del nuovo art. 140-*bis* recita, con la massima chiarezza: "la sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio". Dal che bisogna desumere, *a contrario*, che non fa stato nei confronti dei consumatori o utenti non intervenuti né aderenti. Conclusione confermata dalla previsione immediatamente successiva, secondo cui "è fatta salva l'azione individuale" di questi ultimi. La contraria opinione secondo cui anche i consumatori estranei al giudizio possono avvalersi della sentenza favorevole, secondo l'autorevole relatore, purtroppo non può essere accolta. A parte l'argomento letterale va sottolineato infatti che "se così davvero stessero le cose, non sarebbe fatta propria da alcuno la scelta di aderire all'azione risarcitoria. Si tratterebbe di una scelta suicida, visto che con l'adesione si corre il rischio di subire gli effetti della sentenza di rigetto, che il consumatore estraneo non subirebbe affatto".

Un ulteriore tassello della tematica proposta dal convegno è stato posto dall'inquadramento, compiuto dal prof. Paolo Biavati (ordinario di diritto processuale civile della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bologna), che ha effettuato una interessante disamina delle prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea.

In primis, per esigenze di chiarezza, il prof. Biavati ha ritenuto opportuno anticipare le due conclusioni del suo ragionamento, per darne poi una compiuta dimostrazione.

A suo parere, il diritto europeo non impone oggi a nessuno stato membro di introdurre nel proprio ordinamento un'azione collettiva risarcitoria, e tanto meno specifica quali modalità una tale azione debba assumere. Nel contempo, l'azione collettiva risarcitoria costituisce una soluzione razionale e coerente con la politica dell'Unione europea in materia

di diritto della concorrenza e con l'attuazione da parte dei privati dell'iniziativa europea *antitrust*.

In via del tutto preliminare, va precisato che la tutela giurisdizionale interna al diritto europeo, proponibile dinanzi agli organi di Lussemburgo, ammette la possibilità di ricorsi collettivi e di ricorsi presentati da enti esponenziali. Tuttavia, non ha alcuno spazio la fattispecie di azione risarcitoria conseguente a violazioni del diritto *antitrust*, per il semplice motivo che non esistono azioni dirette fra privati. Una causa di questo tipo potrebbe giungere alla corte di giustizia solo *sub specie* di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale. Quindi, l'azione collettiva risarcitoria può svilupparsi solo negli ordinamenti dei singoli stati membri.

Le azioni collettive risarcitorie non appartengono storicamente al patrimonio giuridico europeo. È opportuno sottolineare che, ad oggi, nessuna fonte di diritto dell'Unione europea compie una scelta diretta, nel senso di imporre l'adozione di forme di tutela collettiva risarcitoria agli stati membri. La seconda indispensabile premessa riguarda la collocazione delle azioni collettive risarcitorie nel contesto della politica europea della concorrenza.

Come è ben noto, l'attuazione delle regole poste dagli artt. 81 e 82 del trattato CE (che, dopo il trattato di Lisbona, entrano a fare parte del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come artt. 101 e 102) viene sviluppata, in primo luogo, attraverso l'attività di controllo della commissione europea, coadiuvata dalle autorità nazionali. Il regolamento n. 1 del 2003 fissa le linee operative di questa azione amministrativa, che può essere sinteticamente chiamata *public enforcement*. In questo ambito, vanno collocate le sanzioni comminate alle imprese che commettano atti in violazione delle disposizioni in materia *antitrust*. Secondo le istituzioni europee, però, il *public enforcement* non basta. "In un mercato interno aperto" – così si esprime il Libro verde della commissione europea sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust*, del 19 dicembre 2005 – "una concorrenza forte rappresenta la migliore garanzia per l'aumento della produttività e della capacità d'innovazione delle imprese europee". Occorre quindi, in questa prospettiva, facilitare l'applicazione delle regole di concorrenza del trattato agevolando l'introduzione di domande risarcitorie presentate dai consumatori e dalle imprese danneggiate dalla violazione di norme *antitrust*. Si tratta di quello che viene definito *private enforcement* e che consiste nel complesso delle iniziative giudiziarie, promosse da singoli soggetti contro le imprese che abbiano infranto la disciplina europea della concorrenza.

La commissione europea ha sviluppato da anni una significativa riflessione sullo sviluppo del *private enforcement*. In questo senso, è neces-

sario avere presenti soprattutto il citato Libro verde, l'annesso documento di lavoro e il recentissimo Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazioni delle norme antitrust comunitarie, del 2 aprile 2008, anch'esso corredato da un ampio documento di lavoro e da altri studi accessori. È basilare comprendere, attraverso questi testi, quali siano gli scopi del *private enforcement* e, quindi, della politica europea che lo sostiene e lo promuove.

I testi della commissione europea collocano sullo stesso piano due finalità di fondo: da un lato, quella di risarcire i soggetti danneggiati e, dall'altro, quella di fungere da deterrente nei confronti delle imprese, le quali comprendono come la violazione delle regole di concorrenza le espone non soltanto alla sanzione pubblica, ma anche ad un'ampia serie di azioni private, destinate a procurare la perdita dei vantaggi illecitamente acquisiti attraverso le pratiche anticoncorrenziali. Al riguardo, è interessante segnalare come l'adesione delle imprese ai programmi di clemenza (vale a dire, all'attenuazione o all'eliminazione delle sanzioni pubblicistiche attraverso comportamenti di collaborazione con le autorità *antitrust*) non implichi l'esclusione della legittimazione passiva al *private enforcement*.

In realtà, un'attenta lettura dei testi porta ad una conclusione almeno parzialmente diversa. Il vero obiettivo del *private enforcement* è quello di costituire un completamento dell'azione sanzionatoria amministrativa. La funzione pubblicistica delle azioni risarcitorie prevale, in definitiva, su quella privata. Nell'ottica della commissione europea, il *private enforcement* è essenzialmente l'altro braccio della tenaglia, destinata a stringere le imprese che abbiano violato le regole della concorrenza. La reintegrazione dei diritti lesi ovvero l'accesso alla giustizia sono scopi strumentali rispetto alla tutela del mercato. Ci si può domandare a questo punto se sussiste una base giuridica europea per la proposizione delle azioni risarcitorie. Il punto può non destare l'interesse del giurista italiano, che trova senza difficoltà nell'art. 2043 c.c. una disposizione ampiamente idonea a ricomprendere la tutela risarcitoria conseguente a violazione di norme imperative. La necessità di avere un quadro di riferimento unitario e valido per tutti gli ordinamenti dei paesi membri impone, però, di compiere una verifica complessiva nel diritto dell'Unione europea. La risposta è comunque affermativa. La base giuridica è data dall'art. 10 tr. CE, dal generale principio dell'effettività della tutela discendente dalla violazione del diritto dell'Unione europea e dal *case law* della corte di giustizia.

In questo senso, una menzione particolare va data alla sentenza *Courage* del 20 settembre 2001. In questa pronuncia, si è affermato l'obbligo per i giudici nazionali di assicurare una tutela risarcitoria in caso di danni conseguenti a violazioni del diritto europeo *antitrust*.

La corte di giustizia, del resto, è di nuovo intervenuta sulla questione nel caso Manfredi, ribadendo, da un lato, la legittimazione di ogni singolo a fare valere in giudizio la violazione delle norme europee in tema di concorrenza, ma anche confermando, per quanto attiene al tema qui in discussione (salvo il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività) l'appartenenza ai singoli ordinamenti nazionali del compito di modulare le forme della tutela.

Successivo al Libro verde, il regolamento n. 864 del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, dedica un'apposita attenzione alle azioni risarcitorie derivanti da atti di concorrenza sleale o da restrizioni della concorrenza. L'idea del *private enforcement* come pilastro della politica europea della concorrenza è certamente il postulato di partenza su cui si fondano le azioni risarcitorie, individuali o collettive che siano.

Che le azioni collettive risarcitorie siano un'opzione compatibile con il diritto europeo, pure nella prospettiva del *private enforcement*, è assunto di facile dimostrazione. Si può rilevare immediatamente, ad esempio, che l'art. 6 del citato regolamento n. 864 del 2007 menziona "gli interessi collettivi dei consumatori".

Il Libro verde e il documento di lavoro della commissione europea osservano che queste azioni costituiscono una ragionevole forma di attuazione del diritto *antitrust*. Il Libro bianco compie, ad avviso del prof. Biavati, qualche passo ulteriore, suggerendo apertamente che gli stati membri introducano forme di tutela collettiva. L'azione collettiva risarcitoria è dunque uno strumento possibile per il diritto europeo. Si tratta, ora, di verificare se sia uno strumento razionale e possa costituire una risposta soddisfacente anche dal punto di vista dell'autonomia procedurale dei paesi membri.

Indubbiamente, in via immediata, è appena il caso di notare che questo schema, raccogliendo una molteplicità di posizioni individuali in un solo, pur se complesso, contenitore processuale, realizza l'obiettivo di rispettare meglio le necessità organizzative dei vari sistemi. Un solo processo collettivo, per quanto complesso, consente una gestione giudiziaria più efficace, rispetto a centinaia di singoli giudizi, forse diffusi sul territorio. L'azione risarcitoria collettiva sembra più razionale del *private enforcement* diffuso anche dal punto di vista degli aspetti probatori e, in specie, della valutazione del nesso di causalità e della quantificazione del danno.

Inoltre, l'azione collettiva razionalizza il *private enforcement* anche nell'ottica di altri due profili importanti: quello della competenza giurisdizionale (interna ed europea) e quello della legge sostanziale applicabile.

Sul piano della competenza giurisdizionale, va detto che il regolamento n. 44 del 2001, quando si occupa di foro del consumatore, allo scopo di organizzare un sistema di competenza ad esso favorevole (coinciden-

te, nella sostanza, con il foro del domicilio), ha davanti agli occhi il modello del soggetto singolo. Le azioni risarcitorie conseguenti ad atti di concorrenza sleale e le azioni inibitorie proposte da associazioni di consumatori sembrano invece doversi orientare, secondo la lettura della corte di giustizia, nel senso dell'applicazione dell'art. 5, n. 3, vale a dire il foro del luogo in cui l'evento dannoso si è verificato o può verificarsi. Per ciò che concerne la legge sostanziale applicabile, entra in gioco l'art. 6 del regolamento n. 864 del 2007 in materia di obbligazioni extracontrattuali. Senza scendere ad un commento analitico di questa disposizione, ricca di implicazioni, va rilevato che essa detta una norma speciale, atta a meglio precisare il criterio generale dell'art. 4, par. 1° (legge del paese in cui si verifica il danno). Ora, guardando insieme il dato della competenza giurisdizionale e quello della legge applicabile, ne risulta evidente che un'azione risarcitoria collettiva presenta un duplice innegabile vantaggio. Da un lato, essa concentra tutte le domande dei consumatori nel foro dell'evento dannoso, *ex art. 5, n. 3*, evitando la dispersione che potrebbe verificarsi qualora venisse utilizzato da ogni singolo il foro speciale *ex artt. 15 ss.* del regolamento n. 44 del 2001. Dall'altro lato, essa permette l'applicazione della legge sostanziale del medesimo luogo, uniformando criteri come quello del calcolo dei danni o dei termini di prescrizione e decadenza.

In questo senso, si può affermare che le norme positive in tema di competenza giurisdizionale e di legge sostanziale applicabile, pur non imponendola, rendono però l'azione collettiva risarcitoria particolarmente adatta a garantire un'efficace attuazione del diritto *antitrust*.

In definitiva, il diritto dell'unione europea non impone attualmente agli stati membri di introdurre azioni collettive risarcitorie. Nel contempo, queste azioni sono non soltanto compatibili con l'ordinamento europeo, ma possono costituire una soluzione più razionale rispetto all'attuazione a pioggia del *private enforcement*.

Resta da capire come la pratica verrà a forgiare le azioni collettive risarcitorie nei paesi che, come l'Italia, le hanno introdotte nella loro legislazione.

Prima di tutto, va notato che il quadro di applicazione dell'art. 140 *bis* è più ampio della tutela *antitrust*: ad esempio, comprende una possibile gamma di azioni risarcitorie promosse da collettività occasionali di utenti, in un'ottica non identica a quella prefigurata dall'Unione europea. Ci si può domandare, per ora senza dare risposta, se il terreno di applicazione prevalente dell'azione collettiva risarcitoria sarà quello collegato alle violazioni *antitrust* o no. Alla vigilia delle prime applicazioni, sembra che la sensibilità sociale sia più sensibile alla protezione di gruppi di utenti ovvero di consumatori lesi da prestazioni difettose.

In secondo luogo, rimane una profonda incertezza sulla capacità aggregante, a livello sociale e politico, delle associazioni dei consumatori. Invocare l'esperienza del sindacato nel processo del lavoro è, secondo il prof. Biavati, fuorviante, perché, al di là delle valutazioni di merito, non vi è dubbio che le organizzazioni dei lavoratori abbiano una capacità di consenso di ben altro spessore. Nello stesso tempo, la maturata esperienza americana, oltre alle profonde diversità culturali, segue pur sempre il modello dell'iniziativa individuale e non quello associativo caratteristico del diritto europeo. Certo, si potrebbe pensare che saranno le azioni collettive a generare o a rafforzare i soggetti associativi che le devono gestire: tuttavia, il meno che si possa fare è lasciare la questione aperta, con un vistoso punto interrogativo.

Infine, il relatore solleva il sospetto che il *private enforcement* sia più un fenomeno che le autorità europee cercano di promuovere per ragioni di deterrenza, che non la risposta ad autentici bisogni sociali di tutela di consumatori. Il singolo consumatore finisce per conferire il danno, spesso modesto, che ha subito, a favore di una finalità che trascende ampiamente il vantaggio concreto che ne ricaverà, in altre parole, realizza *in primis* la tutela del mercato e, solo mediatamente, quella dei consumatori.

Nella sua densa relazione il prof. Giussani (straordinario di diritto processuale civile della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Urbino) ha focalizzato l'attenzione dell'uditorio sul fatto che l'art. 140 *bis* cod. cons. introduce un'azione collettiva risarcitoria a tutela di diritti individuali omogenei isomorfi e non di interessi superindividuali e che la nuova disciplina è il veicolo per l'esercizio cumulativo di tali diritti individuali. Ha rilevato altresì che l'interesse collettivo non forma oggetto del giudizio di merito e che l'azione collettiva risarcitoria non è incompatibile con le garanzie costituzionali, neppure se si prevede un onere di recesso individuale in luogo dell'onere di adesione individuale. Secondo il prof. Giussani l'adesione individuale all'azione collettiva non costituisce un rapporto negoziale di mandato. L'istituto è invece riconducibile alla sostituzione processuale, se pur intesa in senso lato. L'aderente equivale alla parte contumace ma non disinteressata alla pronuncia sul merito e l'adesione produce gli effetti della domanda giudiziale. È inoltre sempre ammesso l'intervento come modalità di partecipazione al procedimento dell'aderente. Quanto alle eccezioni personali il cui accoglimento sia incompatibile con l'accertamento della responsabilità del convenuto, esse possono e debbono sollevarsi prima della pronuncia della relativa sentenza. Resta fermo che in mancanza di adesioni il procedimento è definito con ordinanza. Quest'ultima, anche in fase di reclamo, non è assoggettabile al giudicato

e produce un effetto preclusivo endoprocedimentale. L'adeguatezza della rappresentatività del proponente, ai fini della sua abilitazione in sede giurisdizionale all'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria, effettuata dal giudice in chiave prognostica, dipende dalle risorse economiche ed organizzative di cui il proponente dispone. È possibile la contemporanea pendenza di più azioni collettive risarcitorie nei confronti di uno stesso convenuto per il medesimo illecito.

Per quanto attiene ai giudizi individuali di completamento, e, in particolare, alla liquidazione delle somme dovute ai singoli consumatori, il prof. Giussani ha rilevato che l'offerta di pagamento di somme successiva alla sentenza di accoglimento della domanda è atto a contenuto plurimo. Si formano cioè tanti titoli esecutivi autonomi. Va poi segnalato che non è esclusa la conciliazione collettiva e che, a parere del relatore, il procedimento dinanzi alla "camera di conciliazione" costituita ad opera del presidente del tribunale è un arbitrato amministrato, in quanto il verbale di conciliazione è sottoscritto dal solo presidente e non anche dalle parti, come sempre si prevede quando si ha conciliazione in senso proprio. Pertanto al "verbale di conciliazione" emanato dalla "camera" costituita ad opera del presidente del tribunale deve attribuirsi natura di lodo rituale (non irrituale perché il lodo irrituale non potrebbe essere titolo esecutivo). Ovviamente tutta questa ricostruzione comporta un problema: tale arbitrato può ritenersi liberamente scelto dai consumatori, ascrivendo all'adesione ed all'intervento tardivo, corredati dalla specifica domanda di partecipazione al procedimento prevista dal comma 6 dell'art. 140 *bis*, una manifestazione di volontà idonea alla conclusione di un compromesso, ma non dal convenuto; rispetto a quest'ultimo, dunque, si configura un arbitrato obbligatorio per legge di cui è del tutto evidente l'illegittimità costituzionale. Per risolvere il problema, però, non può ovviamente bastare l'espedito lessicale di qualificare il fenomeno come conciliazione (benché tale scelta sia assai probabilmente dovuta proprio a tale preoccupazione): la facoltà del convenuto di pretendere che la determinazione del *quantum* sia compiuta dal giudice non può essere conculcata in questa maniera.

Tuttavia ciò non esclude che il metodo alternativo di risoluzione della lite divisato dal legislatore abbia qualche spazio applicativo: alla luce degli artt. 817 e 829 c.p.c., persino l'inesistenza della convenzione di arbitrato deve essere dedotta a pena di decadenza *in limine litis*. Pertanto, ancorché non possa rinvenirsi un'accettazione del compromesso per fatti concludenti già attraverso la nomina, da parte del convenuto, del suo arbitro (tale manifestazione di volontà non è infatti inequivoca: ancorché la nomina non possa, in caso di rifiuto del convenuto, essere compiuta dal giudice ex art. 810 c.p.c., posta la manifesta inesistenza del compromesso, il suo

compimento potrebbe ritenersi diretto anche solo a far dichiarare direttamente dagli arbitri tale inesistenza), può senz'altro escludersi che la questione possa sollevarsi utilmente dopo la prima difesa dinanzi al collegio di cui al comma 6 dell'art. 140 *bis*.

La liquidazione della pretesa ad opera di tale collegio potrà dunque validamente avvenire in tutti i casi in cui il convenuto ritenga conveniente anche per lui avvalersi di tale meccanismo semplificato: può anzi ammettersi che anche quei consumatori che non abbiano aderito e non siano intervenuti possano utilizzare il procedimento *de quo*, purché il convenuto non si opponga tempestivamente, e purché – è opportuno sottolinearlo – anche i componenti del collegio accettino (nei modi di cui all'art. 813 c.p.c.) di svolgere le loro funzioni arbitrali rispetto a tali ulteriori controversie. L'impossibilità di assoggettare al procedimento il convenuto in caso di sua opposizione, però, reagisce sugli incentivi delle parti a concludere previamente vere e proprie conciliazioni, e rende seriamente criticabili due scelte legislative: quella di escludere la possibilità di conseguire comunque la liquidazione delle pretese individuali nella pronuncia sull'azione collettiva, e quella di permettere la conciliazione di quest'ultima senza alcun controllo giudiziale della sua equità.

Al termine di una giornata tanto ricca di spunti di riflessione e di sollecitazioni all'approfondimento dell'istituto dell'azione collettiva risarcitoria il prof. Borghesi ha ringraziato gli illustri relatori e l'uditorio e ha ripreso brevemente le fila della riflessione sottolineando che a suo parere la determinazione delle modalità di liquidazione e dei minimi non segna un passaggio dal mero accertamento alla condanna provvisoria e non consente quindi ai consumatori di usare la sentenza collettiva come titolo esecutivo. Tuttavia fa parte del giudicato ed estende i suoi effetti ai singoli consumatori, semplificando la fase di liquidazione.

Se poi ci si chiede come funzioni in concreto la camera di conciliazione istituita (non si sa ad istanza e a spese di chi) dal presidente del tribunale che ha emanato la sentenza collettiva le conclusioni possono essere due.

Si potrebbe in primo luogo ritenere che gli avvocati indicati dalle parti della causa collettiva e quello nominato dal presidente del tribunale operino come un collegio arbitrale che quantifica il diritto al risarcimento o alla restituzione ai consumatori che abbiano aderito o siano intervenuti, con una determinazione avente efficacia di titolo esecutivo. Ma allora è inutile perdere il proprio tempo a studiarne il funzionamento perché una sua prossima dichiarazione di incostituzionalità non sarebbe una possibilità, ma una certezza. È infatti noto quale sia il costante atteggiamento della consulta a proposito dell'arbitrato obbligatorio.

Oppure – e questa tutto sommato sembra l'unica valida alternativa – si può pensare che quello istituito presso il tribunale sia effettivamente un organo di conciliazione – così come peraltro risulta dalla denominazione – e allora al verbale dotato di efficacia esecutiva si arriva soltanto se c'è accordo tra consumatore e impresa. Va da sé che, se si accetta questa impostazione, il verbale va sottoscritto anche da questi ultimi e il fatto che l'ultimo comma dell'art. 140-*bis* menzioni solo la sottoscrizione del presidente si spiega considerando tale locuzione come riferita al presidente del tribunale, il cui intervento è funzionale a che l'accordo acquisti efficacia di titolo esecutivo.

Oppure ancora, sempre nella logica della conciliazione, gli avvocati delle parti della causa collettiva potrebbero essere considerati come dotati del potere di disporre dei diritti facenti capo ai consumatori aderenti o intervenuti. Con la conseguenza che quelle poste in essere dalle commissioni istituite presso i tribunali sarebbero vere e proprie conciliazioni, che, come tali, si perfezionerebbero solo con l'accordo dei rappresentanti delle parti, "facilitato" dal terzo nominato dal presidente del tribunale. Mentre resterebbe ovviamente esclusa la possibilità che la quantificazione fosse decisa dall'avvocato nominato dal presidente del tribunale o da una maggioranza raggiunta tra questo e il rappresentante di una delle parti.

Premessa di questa soluzione è che, con l'adesione o con l'intervento, il consumatore conferisca all'associazione titolare dell'azione collettiva, non solo la potestà di agire in giudizio, ma anche quella di disporre del diritto controverso o che comunque conferisca questo potere formulando la richiesta di attivazione della camera di conciliazione.

Fallito, o non esperito, il tentativo di conciliazione al consumatore si apre la via del giudizio individuale che può essere promosso prima del passaggio in giudicato della sentenza collettiva e nonostante la pendenza dei termini fissati all'impresa per formulare la proposta o per dare corso ad uno dei procedimenti conciliativi previsti dal comma 6 dell'art. 140-*bis*.

Le vie percorribili sono quella ordinaria e quella monitoria. Sulla prima ben poco vi è da dire se non che riprendono vigore le norme procedurali ordinarie, a cominciare da quelle sulla competenza.

Sulla seconda si può notare che ben difficilmente il diritto avrà ad oggetto "una somma liquida di danaro", così come richiesto dall'alinea dell'art. 633 c.p.c. Non rientra infatti tra i compiti del giudice dell'azione collettiva quello di liquidare il credito dei singoli consumatori aderenti o intervenuti.

Conseguentemente l'emanazione del decreto ingiuntivo potrà essere ottenuta quando la sentenza collettiva avrà accertato l'esistenza di un diritto alla restituzione di una somma il cui ammontare è esattamente deter-

minato e che può essere provato tramite la semplice produzione di una ricevuta.

Oppure quando il giudice abbia determinato la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente e questo ritenga di far valere in via individuale soltanto tale somma minima.

È appena il caso di aggiungere che se il consumatore basa l'azione individuale (ordinaria o monitoria che sia) su di una sentenza collettiva non passata in giudicato, la procedura potrà essere sospesa ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., nel quale – come è noto – è previsto che “quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata”.

*Convegni e seminari: relazioni,
interventi e note a margine*

LE NUOVE FRONTIERE
DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
LA GIURISDIZIONE

VITTORIO GASPARINI CASARI

SOMMARIO: 1. Evoluzione della nozione di giustizia amministrativa: a) gli strumenti di tutela alternativi alla giurisdizione. – 2. b) Le giurisdizioni sopranazionali ed internazionali. – 3. c) Il 'sistema' di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a. – 4. Rilevanza della costituzione e dell'ordinamento comunitario nella evoluzione del sistema. – 5. La sentenza 500/1999 delle sezioni unite e le implicazioni sui rapporti tra giudici ordinari ed amministrativi. – 6. Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi secondo la corte costituzionale e il consiglio di stato. – 7. La posizione delle sezioni unite della corte di cassazione. – 8. Le questioni implicate dal contrasto giurisprudenziale in atto. – 9. Divergenze sulla giurisdizione e *translatio iudicii*. – 10. Prospettive *de iure condendo*. – 11. Segue: la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. 12. La sentenza delle sezioni unite n. 30254 del 2008.

1. *Evoluzione della nozione di giustizia amministrativa: a) gli strumenti di tutela alternativi alla giurisdizione.*

Il tema proposto richiama l'idea di un movimento in atto verso nuovi territori e nuove prospettive (le nuove frontiere, appunto) nel campo della giustizia amministrativa.

In realtà, tutto il diritto pubblico ed amministrativo (si potrebbe dire, tutto l'ordinamento) è in profonda evoluzione. Una evoluzione che si è accentuata soprattutto negli ultimi 20 anni, come conseguenza di fenomeni di rilievo epocale: la globalizzazione e la crescente influenza dell'ordinamento comunitario ed europeo, nonché l'inevitabile confronto che ne consegue con gli ordinamenti di altri paesi, hanno finito con il mettere in

discussione o addirittura in crisi, principi ed istituti profondamente radicati nella tradizione, sia nel campo del diritto sostanziale che in quello processuale e (*lato sensu*) ‘giustiziale’.

La stessa nozione di giustizia amministrativa si è profondamente modificata nei suoi contenuti e nei suoi confini.

Un tempo, in effetti, l’accento era posto su (la tutela del)l’interesse pubblico al rispetto dei limiti posti all’azione amministrativa, così che l’espressione era usata “per designare l’insieme delle guarentigie predisposte per assicurare la legalità ed il buon uso dei suoi poteri discrezionali da parte dell’amministrazione”, anche se taluni adottavano una nozione più ristretta (comprensiva delle sole guarentigie affidate ad organi amministrativi o giurisdizionali afferenti al potere esecutivo), mentre altri si riferivano ad una nozione più ampia, in cui facevano rientrare tutto “il complesso degli istituti di qualunque natura, diretti ad assicurare l’osservanza da parte dell’amministrazione dei limiti imposti all’esercizio della sua attività” (Guicciardi).

Oggi, viceversa, l’accento viene posto sulla tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi riconosciuti come giuridicamente rilevanti dall’ordinamento.

È un cambiamento di prospettiva cui ha certamente contribuito in maniera determinante la costituzione repubblicana, in particolare con il rilievo dato al diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione. Ed è stato certamente un cambiamento di prospettiva assai rilevante, anche per i riflessi che esso ha avuto sulla evoluzione del contenuto e dei modi della tutela, non solo in sede giurisdizionale, ma anche in sede extragiudiziale.

Invero, proprio la esplosione del contenzioso in sede giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione ha dato l’incentivo a trovare altre strade per risolvere le controversie con la pubblica amministrazione, o addirittura per prevenirle, valorizzando per quanto possibile la funzione intrinsecamente ‘giustiziale’ della stessa pubblica amministrazione.

Non è dubbio, infatti, che nel momento in cui essa fa buon uso dei suoi poteri, nel pieno rispetto della legge e delle norme di buona amministrazione, fa anche un’opera di giustizia, con il giusto temperamento e riconoscimento degli interessi pubblici e privati che vengono in rilievo nelle singole fattispecie (Nigro).

Sotto questo profilo, ad es., non si può non rilevare la funzione *lato sensu* garantista delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte (e quindi di prevenzione di un eventuale contenzioso), sottesa alla disciplina del procedimento amministrativo di cui alla legge 241 del 1990 e successive modificazioni ed integrazioni; così come è stata da varie parti evidenziata

la connotazione in senso paragiurisdizionale delle autorità amministrative indipendenti, sia per la loro condizione strutturale di indipendenza e competenza tecnica nel proprio settore di intervento, sia per la disciplina dei procedimenti a carattere contenzioso e sanzionatorio ad esse spettanti.

Si deve anche sottolineare la crescente rilevanza dei rimedi alternativi a quelli giurisdizionali, come appunto le c.d. ADR (in particolare, difensore civico, conciliazione ed arbitrato), ed il rinnovato interesse per i procedimenti amministrativi contenziosi a carattere giustiziale, siano essi previsti per settori particolari (come l'ordinamento sportivo) o per l'ordinamento generale, come i tradizionali ricorsi amministrativi (ed, in particolare, il ricorso straordinario al capo dello stato, che proprio per la sua riconosciuta natura 'quasi giurisdizionale' sembra conoscere una sorta di seconda giovinezza).

Si tratta, peraltro, di strumenti introdotti spesso al di fuori di un disegno organico e coerente, che creano talora delicati problemi di raccordo con gli strumenti di tutela giurisdizionale, al cui sindacato comunque sono sempre da ritenere in qualche modo soggetti. E, tuttavia, proprio per la loro crescente importanza (anche, ma non solo, come strumenti deflativi di un contenzioso giurisdizionale ormai pervenuto a livelli di guardia), meriterebbero forse una maggiore attenzione e considerazione.

2. b) Le giurisdizioni sopranazionali ed internazionali.

Anche nell'ambito dei rimedi propriamente giurisdizionali posti a tutela delle situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento sono da registrare importanti novità, che aprono nuove prospettive e nuovi territori (o 'frontiere') da esplorare.

Anzitutto va ricordata la crescente importanza che, sotto questo profilo, deve essere riconosciuta ad organi giurisdizionali che operano a livello sopranazionale ed internazionale, come la corte europea dei diritti dell'uomo ed i giudici comunitari.

Questi ultimi, in particolare, sono da ritenere parte integrante del nostro sistema di giustizia amministrativa, non solo per il ruolo, che viene riconosciuto in via esclusiva alla corte di giustizia per la risoluzione in via incidentale delle questioni di interpretazione delle norme comunitarie, ma anche come strumento di tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive riconosciute e protette da queste norme nei confronti delle determinazioni assunte dalle istituzioni comunitarie. In effetti, cedendo parte della sua sovranità con l'adesione ai trattati istitutivi della comunità e unione europea, l'Italia è entrata far parte, come ha precisato di recente la corte costitu-

zionale, di un vero e proprio ‘ordinamento’ sopranazionale che, negli ambiti di sua competenza, comporta la diretta rilevanza e la preminenza delle norme, nonché delle determinazioni e decisioni adottate dagli organi deliberativi e giurisdizionali della Comunità, sulle norme, determinazioni e decisioni adottate dalle autorità interne degli stati membri.

A rigore, invece, la corte europea dei diritti dell’uomo (così come altri organismi giurisdizionali previsti da trattati internazionali per la loro interpretazione ed applicazione) rimane estranea al nostro sistema di giustizia amministrativa. Come ha precisato anche qui di recente la corte costituzionale, per la corte di Strasburgo “non si può parlare... di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello stato italiano, ma [solo] di una funzione interpretativa eminente” delle norme della convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU), “da cui derivano ‘obblighi’ per gli stati contraenti, ma non l’incorporazione dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi [e giurisdizionali] possano promanare norme [e decisioni] vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne agli stati membri”.

E tuttavia anche i pronunciati di questa corte hanno assunto, di fatto, nel nostro ordinamento una rilevanza tale (quasi come rimedio di ultima istanza all’esito insoddisfacente dei ricorsi interni), per cui non si comprende il motivo della scarsa (o nulla) considerazione dedicata ad essa nei trattati e manuali di giustizia amministrativa (così come, a maggior ragione, non si giustifica la mancata, o comunque inadeguata, considerazione dedicata alla corte di giustizia ed agli altri giudici comunitari), se non per la perdurante inerzia di logiche ‘domestiche’ non più al passo dei tempi.

3. c) *Il ‘sistema’ di tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*

Novità importanti sono da segnalare anche nell’ambito del tradizionale assetto delle giurisdizioni preposte alla tutela nei confronti delle pubbliche amministrazioni delle situazioni giuridicamente rilevanti, in particolare proprio per quanto attiene alla questione centrale di ogni ordinamento ‘a giurisdizione duplice’, vale a dire, la definizione dei criteri di riparto delle competenze (e, più in generale, del rapporto) tra i due ordini principali di giudici.

È proprio a questo assetto ‘a giurisdizione duplice’, che ci si riferisce solitamente quando si parla del sistema di giustizia amministrativa vigente nel nostro ordinamento. Ma c’è da dubitare (anche alla luce delle osservazioni svolte in precedenza) che possa parlarsi con fondamento di un ‘sistema’ in senso proprio, vale a dire, di un insieme di principi e istituti ordi-

nato secondo un disegno razionale e coerente, funzionale ed adeguato rispetto alle esigenze di tutela delle situazioni soggettive riconosciute e tutelate dall'ordinamento. Ed anzi, a ben considerare, forse un vero e proprio sistema non lo è mai stato, nemmeno nel suo nucleo centrale costituito dai due ordini giurisdizionali principali (od 'ordinari').

Ed invero, nonostante la apparente razionalità della distinzione operata tra diritti soggettivi ed interessi (che poteva sembrare in astratto idonea a 'coprire' tutta l'area delle situazioni giuridicamente rilevanti) e del riparto delle competenze in ordine ad essi (nel rispetto del principio della separazione dei poteri, allora principio di costituzione materiale), già all'origine del 'sistema' si potevano riscontrare alcune vistose lacune (ad es., non era previsto alcun rimedio contro l'inerzia dell'amministrazione, né alcuno strumento per l'ottemperanza al giudicato amministrativo), mentre la stessa distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, che pure era alla base del sistema, era tutt'altro che chiara e definita, e soprattutto di non facile applicazione in concreto, come apparve subito così evidente (in specie per talune materie, come il contenzioso sul pubblico impiego), da indurre il legislatore ad introdurre per esse una 'giurisdizione esclusiva' del giudice amministrativo per la tutela congiunta di interessi e diritti soggettivi da parte dello stesso giudice.

Questa novità è stata considerata in seguito come un completamento ed una razionalizzazione del sistema, ma in realtà ne ha costituito la prima grave 'rottura': anzitutto per il fatto che comportava una vistosa deroga (tra l'altro gravida di rilevanti conseguenze, come si dirà) al criterio generale di riparto, in secondo luogo perché la competenza del giudice amministrativo non era poi così esclusiva come si poteva ritenere, lasciando in parte irrisolto il problema della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi (problema che si riproponeva all'interno della stessa giurisdizione esclusiva), infine perché dava ai diritti compresi in tale giurisdizione una tutela del tutto incompleta e inadeguata rispetto a quella offerta dal giudice ordinario.

Se, dunque, ad un certo punto l'assetto della tutela giurisdizionale è parso assurgere a dignità e consistenza di sistema, il merito non va certo al legislatore, ma alla giurisprudenza (ed in specie a quella del consiglio di stato) che attraverso una serie di interventi in via pretoria è riuscita a superare le lacune e le incongruenze della normazione, o quanto meno a limitarne gli effetti negativi. Ed è sempre per merito della giurisprudenza (ed in particolare, dell'intesa raggiunta tra i presidenti del consiglio di stato e della corte di cassazione con il famoso 'concordato giurisprudenziale' degli anni '30), che si è data una soddisfacente e pressoché definitiva soluzione al problema del criterio da valere per il riparto tra i due ordini di giurisdizioni (che tan-

te discussioni e controversie aveva determinato in passato): criterio imperniato, come è noto sul c.d. *petitum* sostanziale (ovvero sulla *causa petendi*, o ancora sulla situazione sostanziale fatta valere in giudizio), quale risulta non dalla prospettazione delle parti, ma dalla sua disciplina positiva.

E proprio per la relativa stabilità e coerenza così acquisita dal sistema, e per la sua (apparente) idoneità a fornire comunque una qualche tutela, se pure non del tutto soddisfacente, alle situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento, esso ha finito con l'essere recepito nella sostanza dagli stessi costituenti (contro l'opinione di chi, come Calamandrei, avrebbe preferito il ritorno ad un sistema di giurisdizione unica).

4. Rilevanza della costituzione e dell'ordinamento comunitario nella evoluzione del sistema.

La costituzione repubblicana, peraltro, se per un verso ha confermato e consolidato nei suoi capisaldi fondamentali il sistema vigente, ponendo un serio ostacolo alla sua modifica (per le note difficoltà di una revisione costituzionale), per altro verso è stato anche un potente fattore di cambiamento. Ciò, in particolare per quanto qui interessa, sotto un duplice profilo:

- in primo luogo, con il ripetuto accostamento degli interessi legittimi ai diritti soggettivi, ha fornito un argomento decisivo per il riconoscimento della natura sostanziale di questi interessi e il definitivo superamento della tesi che sosteneva la loro rilevanza esclusivamente sul piano processuale;
- in secondo luogo, con la estensione della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione prevista dall'art. 113, primo e secondo comma, e con la rottura del monopolio del giudice amministrativo per l'annullamento degli atti amministrativi (e il superamento, sotto questo profilo, del principio di separazione dei poteri ex art. 113, ultimo comma), ha creato le premesse per un riassetto delle competenze e dei poteri dei giudici ordinari ed amministrativi secondo un principio di pienezza ed effettività di tale tutela, così come poi è stato affermato (a partire dagli anni '80) dalla giurisprudenza, in specie della corte costituzionale: un principio che oggi può sembrare ovvio e scontato, ma che tale non era prima di allora, ed anche in seguito ha faticato non poco per essere riconosciuto e recepito dal legislatore.

Nel senso del riconoscimento e della compiuta affermazione dello stesso principio, del resto, ha inciso in maniera rilevante anche l'ordinamento comunitario che pure, per il tramite della corte di giustizia, ha co-

stituito un importante fattore di cambiamento del nostro 'sistema' di tutela giurisdizionale.

In effetti, per la sua stessa natura e *mission* (la integrazione mediante il diritto dell'ordinamento degli stati membri in funzione della edificazione di un unico mercato a livello europeo), questo ordinamento postula necessariamente la sua completa ed effettiva attuazione all'interno degli ordinamenti nazionali, che sono tenuti a conformarsi ad esso anche a costo, come è accaduto in diverse occasioni, di rimettere in discussione istituti e principi consolidati nel tempo.

Così è stato, in particolare, per l'orientamento giurisprudenziale che in precedenza aveva costantemente affermato la non risarcibilità degli interessi legittimi in base ad una lettura dell'art. 2043 cod.civ., secondo la quale il 'danno ingiusto', che la stessa norma pone a fondamento della responsabilità aquiliana, doveva essere inteso come danno *contra ius*, ovvero appunto come danno lesivo di un diritto soggettivo in senso proprio.

In effetti, con il pretendere il risarcimento del danno per violazione delle norme che in ambito europeo regolano le procedure dei pubblici appalti (tipiche norme di azione, da cui derivano nel nostro ordinamento dei meri interessi legittimi), proprio al fine di assicurare la pienezza ed effettività di tutela degli interessi tutelati da queste disposizioni, l'ordinamento comunitario ha aperto un primo varco nel consolidato orientamento della nostra giurisprudenza. Ed anche su questo varco, poi, ha fatto perno la 'storica' sentenza delle ss.uu. della corte di cassazione n. 500/99, per ribaltare un siffatto orientamento attraverso una completa rilettura dell'art. 2043 c.c. (ed, in particolare, del concetto di danno ingiusto, inteso non più come danno *contra ius*, ma come lesione arrecata *non iure* ad un bene della vita ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento, indipendentemente dalla sua consistenza come diritto soggettivo od interesse legittimo).

5. La sentenza 500/1999 delle sezioni unite e le implicazioni sui rapporti tra giudici ordinari ed amministrativi.

La sentenza n. 500/99 delle ss.uu. ha costituito anche un momento importante nel processo di riassetto degli equilibri tra giudici ordinari ed amministrativi ('ordinari') che, iniziato negli anni novanta, è tuttora in corso e ancora ben lontano da una soddisfacente conclusione.

Una prima importante tappa di questo processo, in effetti, si era già avuta nel 1993 con la privatizzazione (di gran parte) dei rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione e con la conseguente devoluzione al giudice ordinario, come giudice del lavoro, delle controversie inerenti a tali

rapporti e già attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: se si considera che queste controversie costituivano all'incirca il 50 % dell'intero contenzioso affidato a quest'ultimo, si comprende come ne sia risultato fortemente ridotto e ridimensionato il campo di intervento.

Da qui il tentativo operato dal legislatore di ristabilire un certo equilibrio nelle competenze tra i due ordini di giudici, facendo perno sulla giurisdizione esclusiva (che la costituzione ha recepito e costituzionalizzato all'art. 103 cost.) ed anche su una certa parte della dottrina, che non ravvisava praticamente limiti alla sua estensione, se non per il divieto di devoluzione *in toto* al giudice amministrativo della tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione.

Tuttavia, dopo la previsione di alcune ipotesi di giurisdizione esclusiva riferite a specifiche materie, con il d.lgs. n. 80 del 1998, il legislatore ha ricompreso nella giurisdizione esclusiva due nuove materie (i pubblici servizi e l'urbanistica ed edilizia) subito definite dalla dottrina, in contrapposizione alle prime, come 'macromaterie' per via della estensione e indeterminazione dei relativi confini. Ciò che, per un verso, comportava una nuova situazione di squilibrio (questa volta a tutto vantaggio della giurisdizione amministrativa, anche in considerazione e per effetto della lettura latamente estensiva della materia dei pubblici servizi data dall'adunanza plenaria del consiglio di stato con la ordinanza n. 1 del 2000), mentre, per altro verso, confermava e accentuava la tendenza (che già si era riscontrata con la legge sulla privatizzazione dei rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione e con altre ancora) ad una sostanziale alterazione del tradizionale criterio di riparto (basato su clausole generali di competenza riferite alle situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio), a vantaggio di un diverso criterio di riparto per specifiche materie affidate in via esclusiva all'uno od all'altro ordine giurisdizionale.

In questo contesto si è inserita, appunto, la sentenza n. 500/99 delle ss.uu., che (coerentemente, sul piano sostanziale, con la nuova lettura dell'art. 2043 c.c. e, sul piano processuale, con i principi della legge sul contenzioso amministrativo) ha riconosciuto al giudice ordinario, come giudice istituzionalmente competente per la tutela dei diritti soggettivi, la competenza in via esclusiva a conoscere delle controversie relative al risarcimento del danno conseguente a lesione anche degli interessi legittimi: spostando così nuovamente il pendolo, ancora una volta, a vantaggio della giurisdizione ordinaria.

Il rischio di un sostanziale svuotamento (o, quanto meno di una marginalizzazione) della stessa competenza generale di legittimità di spettanza del giudice amministrativo e, quindi, di un ulteriore squilibrio nei rapporti tra i due ordini di giurisdizioni, è apparso subito così evidente da indurre

il legislatore ad approvare rapidamente, con la legge n. 205/2000, la riforma del processo amministrativo tenuta sino allora nel cassetto, con il duplice obiettivo (per quanto qui interessa) di confermare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le due macromaterie (accanto ad altre di nuova istituzione), e però di attribuire allo stesso giudice anche il potere di condannare al risarcimento del danno “nell’ambito della sua giurisdizione” e, quindi, anche in materia di interessi legittimi. Con una ulteriore forzatura rispetto al sistema originario.

6. Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi secondo la corte costituzionale e il consiglio di stato.

Per quanto riguarda la giurisdizione esclusiva, è poi intervenuta la corte costituzionale, con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, a ridimensionare e circoscrivere, non solo il contenuto delle due ‘macromaterie’, ma anche il potere del legislatore di introdurre nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva (ammesse dalla corte solo per quelle materie nelle quali l’amministrazione si presenta ed agisce come autorità investita di pubblici poteri).

E tuttavia, è rimasta ferma ed anzi si è consolidata la tendenza del legislatore ad accrescere il numero delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, così che il criterio generale di riparto, basato sulla distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive fatte valere in giudizio, risulta sempre più marginale rispetto a quello per materie, che nel disegno originario doveva avere, invece, un carattere del tutto eccezionale (e limitato alla sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Tanto da sollevare da parte di taluno seri dubbi sulla stessa costituzionalità della situazione (complessivamente considerata), che si è venuta di fatto a determinare.

Dubbi di compatibilità con il sistema delineato dalla costituzione si pongono del resto anche per quanto concerne l’attribuzione al giudice amministrativo del potere di condanna al risarcimento del danno in caso di lesione di interessi legittimi.

Invero, se tale potere si collega ad un vero e proprio diritto al risarcimento del danno (in presenza ovviamente di tutti i requisiti indicati dall’art. 2043 cod.civ. per l’illecito aquiliano), così come ritenuto dalle sezioni unite della corte di cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, una devoluzione generalizzata al giudice amministrativo di questo diritto dovrebbe a rigore ritenersi in contrasto con l’art. 103 cost., che consente a questo giudice di avere giurisdizione sui diritti soggettivi solo in particolari materie indicate dal legislatore.

Per essere compatibile con quanto disposto dalla costituzione, occorre dunque che il potere di condanna al risarcimento del danno non sia connesso ad un diritto autonomo e distinto dalla situazione di interesse legittimo, di cui si chiede la tutela in via principale al giudice amministrativo, ma risulti essere solo un completamento della tutela di tale situazione (sul piano appunto del risarcimento del danno subito, anche eventualmente attraverso una reintegrazione in forma specifica), in linea con il principio della pienezza (o completezza) di tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute e protette dal nostro ordinamento.

La corte costituzionale, con le richiamate sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, si è mossa, come era prevedibile, in questa seconda direzione: escludendo, quindi, che la attribuzione del potere di condanna al risarcimento del danno configuri una nuova materia di giurisdizione esclusiva, e considerando l'attribuzione di un tale potere, appunto, come un completamento della tutela accordata all'interesse legittimo e, più in generale, alle situazioni soggettive affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Su questa linea, l'adunanza plenaria del consiglio di stato ha affrontato e risolto anche il problema del rapporto tra azione risarcitoria ed azione di annullamento dell'atto in caso di lesione di interessi legittimi, secondo la nota tesi della pregiudiziale amministrativa: l'azione (o la pronuncia) di annullamento si pone come pregiudiziale rispetto alla azione (e pronuncia) di condanna al risarcimento del danno. E ciò appunto in quanto questa seconda si presenta come preordinata ad un completamento della tutela tradizionale dell'interesse costituita dall'annullamento dell'atto.

7. La posizione delle sezioni unite della corte di cassazione.

In senso contrario si sono mosse, invece, le sezioni unite della corte di cassazione, con tre importanti sentenze del giugno 2006, riferite a fattispecie diverse, ma risolte tutte con identica motivazione sul punto in questione. Tre sono i punti da sottolineare:

- 1) anzitutto, è stato chiarito in via definitiva, che il potere di condanna al risarcimento del danno è stato attribuito in via esclusiva al giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione. E ciò per una esigenza di concentrazione della tutela giurisdizionale in capo ad un unico giudice (e, quindi, per una maggiore completezza, tempestività ed effettività di tale tutela rispetto alla situazione precedente, che richiedeva per la sua compiuta attuazione il ricorso a due distinte giurisdizioni).

Non rimane, quindi, un concorrente potere di condanna del giudice ordinario, come pure si poteva ritenere, sulla scorta della lettura data all'art. 2043 c.c. dalle stesse sezioni unite.

- 2) L'azione di condanna è del tutto autonoma rispetto all'azione di annullamento e può, quindi, essere esercitata anche indipendentemente da questa, nell'ordinario termine di prescrizione. Al contrario, la tesi della pregiudiziale amministrativa è da respingere, in quanto, assoggettando l'azione risarcitoria al breve termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione di annullamento, finisce con il comprimere in maniera eccessiva il diritto al risarcimento, in contrasto proprio con il principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (oltre che con il principio di parità di trattamento rispetto ad ogni altra situazione protetta in rapporto alla tutela risarcitoria).

Proprio per questo, a giudizio delle sezioni unite, secondo "una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno" è da ritenere che, ove l'azione risarcitoria sia esercitata in via autonoma, quando il provvedimento lesivo dell'interesse sia ormai divenuto inoppugnabile per mancata impugnazione nei termini di legge, il giudice amministrativo sarebbe tenuto comunque a decidere sull'istanza del privato, previa verifica della 'ingiustizia' del danno e, quindi, della illegittimità dell'atto che lo ha provocato.

- 3) Un eventuale rifiuto, da parte del giudice amministrativo a concedere la tutela risarcitoria esercitata in via autonoma, motivato con riferimento alla sopravvenuta inoppugnabilità dell'atto, sarebbe quindi sindacabile attraverso il ricorso alle stesse sezioni unite della corte di cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ex art. 111 cost., e precisamente per mancato esercizio da parte del giudice amministrativo di una giurisdizione che gli appartiene.

Come si vede, proprio su una questione centrale, e per definizione pregiudiziale rispetto ad ogni altra, come quella della giurisdizione, si è determinata una netta e grave divergenza, per non dire un vero e proprio conflitto tra giudici ordinari ed amministrativi (per ora, a quanto risulta, solo allo stato virtuale), che non trova riscontro in alcun precedente. E soprattutto, che non sembra destinato a rientrare, attraverso un ripensamento da parte dei due ordini di giudici, e nemmeno attraverso un concordato giurisprudenziale come quello prima ricordato degli anni '30, dato che, salvo alcune isolate posizioni, le più recenti decisioni sembrano confermare questa divergenza di posizioni tra le due giurisdizioni.

È possibile ed auspicabile, naturalmente, che sulla questione possa intervenire il legislatore, attraverso una interpretazione autentica della

norma che contempla il potere di condanna al risarcimento del danno da parte del giudice amministrativo. Ma anche così sarà difficile evitare che la corte costituzionale debba occuparsi della questione, dato che essa coinvolge in ogni caso norme e principi di rilievo costituzionale.

8. *Le questioni implicate dal contrasto giurisprudenziale in atto.*

Allo stato attuale vengono in rilievo, in sostanza due distinte questioni: e, cioè, da un lato, quale rapporto (di pregiudizialità o di autonomia) tra l'azione risarcitoria e l'azione di annullamento possa ritenersi compatibile con la costituzione e, dall'altro, quali sono i limiti del sindacato spettante alle sezioni unite della corte di cassazione nei confronti delle decisioni del consiglio di stato (e della corte dei conti) per motivi attinenti alla giurisdizione (ex art. 111, ultimo comma, cost.).

Per quanto concerne la prima questione, si può osservare che già la corte si è pronunciata in termini molto chiari sulla compatibilità con la costituzione dell'attribuzione al giudice amministrativo del potere di condanna al risarcimento del danno, appunto, come *completamento* della tutela delle situazioni giuridiche assegnate alla sua giurisdizione (e la *complementarietà* della tutela risarcitoria, a rigore, dovrebbe comportarne anche la *consequenzialità* rispetto alle altre forme di tutela già spettanti al giudice amministrativo).

Ma certo, sul rapporto tra questo potere e gli altri già spettanti allo stesso giudice, la corte forse potrebbe dare indicazioni più precise (anche muovendo dalla connotazione strutturale dell'interesse legittimo, come rilevato in altra occasione), così da risolvere una volta per tutte ogni residuo motivo di equivoco.

Per quanto concerne la seconda questione (sui limiti del sindacato sulla giurisdizione spettante alle ss.uu. della corte di cassazione ex art. 111 cost.), per consolidata tradizione tali limiti sono ravvisati nel sindacato sui limiti "esterni" della giurisdizione, quali risultano dalla *causa petendi* e dal *petitum*, ovvero (per quanto concerne giudice ordinario e giudice amministrativo) dalla natura e consistenza della situazione soggettiva fatta valere in giudizio e dai poteri di cognizione e di decisione spettanti ai due ordini di giudici.

È questione del tutto nuova, invece, se spetti alle sezioni unite anche un sindacato sul rapporto tra i diversi poteri spettanti nell'ambito della stessa giurisdizione e, prima ancora, sulle condizioni ed i presupposti per il loro esercizio.

Va da sé, comunque, che ove tale sindacato venga fatto conseguire ad una interpretazione 'costituzionalmente orientata' delle norme vigenti, in

ordine alla quale, tuttavia, difetti una inequivoca indicazione in senso conforme da parte della corte costituzionale ed un orientamento pacificamente condiviso in dottrina e in giurisprudenza, logica vorrebbe che la questione fosse rimessa al vaglio della stessa corte costituzionale proprio per un chiarimento definitivo.

E poiché, nel caso di specie, non solo non risulta, da parte della corte costituzionale, una indicazione espressa a sostegno dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, mentre vi è piuttosto una chiara sottolineatura del carattere 'completivo' della prima rispetto alla seconda (quale strumento tradizionale e tipico di tutela dell'interesse legittimo), ci sembra che questa dovrebbe essere la strada da seguire (da parte della suprema corte o eventualmente anche da parte dei giudici amministrativi) prima che la rilevata divergenza di interpretazione, da conflitto 'virtuale' si tramuti in conflitto 'reale' tra le due giurisdizioni. E ciò, tanto più in quanto si tengano presenti le considerazioni svolte, sia pure in sede di *obiter dictum*, dalla corte costituzionale nella sentenza n. 77 del 2007 (in tema di *translatio iudicii*) sul fatto che "il supremo organo regolatore della giurisdizione, la corte di cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, ottavo comma, cost., vincolare il consiglio di stato e la corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione".

9. Divergenze sulla giurisdizione e *translatio iudicii*.

La corte costituzionale (con la sentenza n. 77/2007) e le sezioni unite della cassazione (con la sentenza n. 4109/2007) hanno in sostanza riconosciuto, se pure muovendo da diverse premesse e prospettive, la valenza generale e la immediata operatività dell'istituto della *translatio iudicii*, anche al di fuori delle ipotesi in cui esso è espressamente previsto, e quindi, nel caso in cui sia stato rilevato il difetto di giurisdizione del giudice adito, la possibilità che la controversia sia trasferita al giudice munito di giurisdizione (secondo la corte costituzionale, anche con la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, fermo restando che spetta al legislatore il compito di disciplinare la concreta applicazione del principio negli aspetti operativi e di dettaglio).

Si è quindi posto rimedio (almeno in parte) al "diffuso disagio per i gravi (e non di rado irreparabili) inconvenienti" provocati da una disciplina positiva che prevede espressamente la *translatio iudicii* solo in casi limitati, così da indurre a ritenere esistente (secondo un orientamento giu-

risprudenziale consolidato prima della recente sentenza delle sezioni unite) un tassativo divieto per l'applicazione dell'istituto fuori dalle ipotesi espressamente previste. In effetti, nota la corte, "una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta".

E tuttavia, non si può non rilevare che, se pure attenuato e ridimensionato per effetto di queste recenti conquiste giurisprudenziali, permane ancora 'un diffuso disagio' per le ripetute, frequenti e gravi divergenze che in ordine al riparto di giurisdizione si rinvergono tuttora tra giudici ordinari ed amministrativi, nonché tra giudici amministrativi ('ordinari' e speciali), causa di incertezze, costi, complicazioni e ritardi nella conclusione del giudizio, con implicazioni negative sulla funzionalità, economicità e affidabilità del 'servizio-justizia'.

Volendo, quindi, cercare di trarre qualche conclusione da questa sommaria ricostruzione della evoluzione del nostro sistema di giustizia amministrativa (si tratta di quasi 150 anni di storia!), si può osservare che tale 'sistema' (uso questo termine, ovviamente, in senso del tutto generico e descrittivo) ha certamente conseguito dei notevoli progressi negli ultimi anni, sia sul piano degli strumenti di tutela *lato sensu* giustiziale, sia sul piano del completamento e della maggiore efficacia ed incisività degli strumenti giurisdizionali, in particolare per quanto concerne i poteri (di cognizione, di decisione e di esecuzione) a disposizione dei giudici. Esso, tuttavia, non sembra ancora pervenuto ad una situazione di stabile equilibrio, ma è ancora alla ricerca di una soddisfacente e definitiva sistemazione, in particolare proprio sulla questione centrale del riparto (e dei rapporti) tra le diverse giurisdizioni (ma anche tra queste e gli altri strumenti *lato sensu* giustiziali).

Da qui le difficoltà di adattamento del sistema alle nuove esigenze, con effetti negativi, se non anche potenzialmente devastanti sul piano della certezza del diritto e, quindi, della effettività di tutela delle situazioni giuridicamente rilevanti.

Da qui la necessità di un ripensamento di tale sistema, dei suoi stessi caratteri e fondamenti, per un riassetto coerente con le nuove esigenze. Ma non è facile: la stessa costituzione repubblicana che pure, come si è visto, ha dato un impulso notevole (e in senso positivo) alla evoluzione del sistema, costituisce però anche un freno al suo cambiamento.

10. *Prospettive de iure condendo.*

La legislatura appena iniziata si presenta come una legislatura costituente. Sembra dunque possibile ipotizzare che una qualche attenzione possa essere data anche a questo problema non certo secondario, magari nel quadro di un completo riassetto dell'intero 'sistema giustizia'.

Le prospettive di riforma possono muovere in due direzioni opposte: l'affinamento del sistema vigente in linea di sostanziale continuità con quello della tradizione, ovvero la sua completa revisione e la sostituzione con un 'modello' (o sistema) del tutto nuovo.

Vengono in rilievo soprattutto tre diverse questioni:

- a) la natura ed i caratteri della giurisdizione amministrativa ('ordinaria');
- b) i criteri di riparto rispetto alla giurisdizione ordinaria;
- c) le modalità di risoluzione dei conflitti tra le due giurisdizioni.

a) Per quanto riguarda la prima questione, si tratta di valutare se confermare alla giurisdizione amministrativa il carattere di giurisdizione speciale (nella logica tradizionale, recepita anche a livello di costituzione repubblicana, della "giustizia nell'amministrazione", ispirata al modello ed alla esperienza francese, quali sono stati fatti propri anche dall'ordinamento comunitario), ovvero considerare tale giurisdizione come una giurisdizione specializzata nell'ambito della giurisdizione ordinaria secondo il modello di giurisdizione unica (adottata, ad es., nel sistema tedesco), così come era stato già ipotizzato nel progetto di revisione della seconda parte della costituzione varato dalla commissione bicamerale (che aveva previsto anche la netta separazione tra funzione consultiva, confermata al consiglio di stato, e funzione giurisdizionale, affidata ad un collegio di nuova istituzione).

La questione ovviamente non può non essere condizionata anche dalle scelte operate sul piano del diritto sostanziale. La conferma del diritto amministrativo come ordinamento distinto, per i suoi propri caratteri e principi di fondo, dal diritto comune (si veda, in particolare, la recente riforma del procedimento amministrativo), dovrebbe orientare verso la prima soluzione. Nell'ambito della quale, tuttavia, potrebbero ipotizzarsi (ed anche auspicarsi) taluni cambiamenti all'ordinamento giurisdizionale amministrativo, per rendere tale ordinamento sempre più autonomo rispetto alla amministrazione, e soprattutto rispetto al governo, in modo da offrire le più ampie garanzie di efficienza e di terzietà nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

b) Per quanto riguarda i criteri di riparto, si tratta di scegliere se confermare quello basato su una clausola generale di competenza, o fare perno su un riparto per materie individuate dal legislatore.

Questo secondo criterio, già adottato per la giurisdizione esclusiva (e prima ancora per i tribunali del contenzioso amministrativo), è stato in effetti accolto anche dal progetto di revisione costituzionale approvato dalla bicamerale. Esso, tuttavia, postula una capacità del legislatore di delimitare con precisione inequivoca l'ambito delle singole materie attribuite alla giurisdizione amministrativa (ipotizzando come generale la competenza giurisdizionale dei giudici ordinari) e delle controversie ricomprese in queste materie. Mentre proprio le recenti esperienze acquisite in materia di giurisdizione esclusiva, inducono a guardare con qualche sospetto ed apprensione l'adozione di un siffatto criterio. In ogni caso, dovrebbe rimanere ferma la indicazione della corte costituzionale, secondo la quale dovrebbe comunque trattarsi di materie in cui l'amministrazione si presenta ed opera come pubblica autorità.

Un criterio di riparto per clausole generali di competenza, tuttavia, non dovrebbe più basarsi sulla distinzione tra diritti ed interessi, che tanti problemi ed incertezze continua a suscitare ancora oggi. E ciò tanto più in quanto si consideri che una tale distinzione è del tutto ignota agli altri ordinamenti europei e soprattutto allo stesso ordinamento comunitario (ciò che ha creato, e può creare ancora, dei problemi per il nostro ordinamento).

Sembra, quindi, opportuno porre l'attenzione su un criterio diverso che, tuttavia, non dovrebbe fare perno sulla pubblica amministrazione come soggetto (come pure è stato proposto da taluno), ma sulla pubblica amministrazione come funzione. Si potrebbe allora pensare ad una sorta di generalizzazione del criterio (già utilizzato dalla giurisprudenza per la distinzione tra diritti ed interessi) basato sulla formula "carenza di potere-cattivo esercizio del potere", che corrisponde in sostanza a quello adottato in Germania (con riferimento alle norme di diritto pubblico) e in Francia (con riferimento alla nozione di servizio pubblico).

Un tale criterio, del resto, sarebbe coerente con la naturale (e tradizionale) vocazione del giudice amministrativo (come giudice del corretto esercizio della funzione e quindi del potere della p.a. come autorità) ed avrebbe il vantaggio di consentire la possibilità di utilizzare gran parte della giurisprudenza e della esperienza già acquisita sul campo.

11. (segue) *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione.*

c) Per quanto riguarda infine, le modalità ed i criteri di risoluzione dei conflitti, la soluzione può variare di molto, come è naturale, in relazione al modo con cui viene risolta la questione della natura e dei caratteri della giurisdizione amministrativa.

Allo stato attuale di evoluzione del sistema in base alla normativa vigente, il primato accordato sotto questo profilo al giudice ordinario, per il tramite delle sezioni unite della cassazione, come giudice sulla giurisdizione, non sembra avere più alcuna giustificazione alla luce della piena maturità ed autorevolezza acquisita dai giudici amministrativi come ‘veri giudici’ e della ‘pari dignità’ dei diversi ordini giurisdizionali riconosciuta anche di recente dalla corte costituzionale.

Un modo per risolvere le divergenze ed evitare che queste si traducano in gravi contrasti e tensioni (od eventualmente in situazioni di stallo: Ferroni), con conseguenze negative sulla funzionalità e sulla credibilità stessa del sistema nella sua interezza, è certamente anche quello dell’accordo informale tra i giudici delle giurisdizioni interessate. In passato in effetti, questa soluzione ha dato esiti soddisfacenti (si pensi, ad es., al ‘concordato giurisprudenziale’ degli anni ’30). Ma non è stato così per i recenti e ripetuti tentati operati in questa direzione.

Sembra, quindi, più che opportuno, necessario pensare ad una soluzione legislativa che preveda, anche sulla scorta delle esperienze straniere, appositi organismi o procedure di coordinamento ed arbitrato per il caso di divergenze o contrasti tra i diversi ordini giurisdizionali ‘per motivi attinenti alla giurisdizione’. E ciò tanto più in quanto si tenga conto quanto rilevato di recente, sia dalla corte costituzionale con la sentenza n. 77/2007 (secondo la quale, la pluralità dei giudici “non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale”), sia dalle stesse sezioni unite della cassazione con la recentissima sentenza del 9 ottobre 2008, n. 24883, in tema di *translatio iudicii*. Notano, infatti, queste ultime, come “l’evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l’affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione della esigenza di sburocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l’efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti, di concorrenza degli ordinamenti giuridici)”.

Proprio in questa logica, la soluzione ottimale ci sembrerebbe la istituzione di un apposito tribunale dei conflitti, autonomo e distinto dalla corte di cassazione (che, però, richiederebbe una modifica della costituzione), composto in maniera paritaria da giudici appartenenti alle giurisdizioni coinvolte nel conflitto oggetto del giudizio (almeno in parte, quindi, secondo il modello francese) e preposto istituzionalmente alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione (ed eventualmente anche, con opportuni fil-

tri e cautele, ad una funzione di nomofilachia di ultima istanza a tutela dell'unità di indirizzo giurisprudenziale sulle materie comuni o di confine). Ma non ci sentiremmo nemmeno di escludere la possibilità di un intervento 'a costituzione invariata', consistente in una modifica dell'ordinamento della suprema corte, al fine di istituire al suo interno una apposita sezione composta secondo gli stessi criteri e dotata delle stesse funzioni ipotizzate per il tribunale dei conflitti.

12. *La sentenza delle sezioni unite n. 30254 del 2008.*

Durante la correzione delle bozze è stata pubblicata la sentenza delle sezioni unite della corte di cassazione del 23 dicembre, n. 30254, che in sede di ricorso ex art. 111, ultimo comma, cost. nei confronti della sentenza n. 12 del 2007 dell'adunanza plenaria del consiglio di stato, ha confermato *in toto* l'orientamento assunto dalle stesse sezioni unite (già con le ordinanze del giugno 2006) a favore dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, ed in senso contrario alla tesi della pregiudiziale amministrativa sostenuta ancora da ultimo dalla sentenza impugnata.

Il principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c. è il seguente: "proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento".

La motivazione della decisione è molto ampia e articolata e non è certo questa la sede per una sua analisi approfondita. In gran parte sono riproposte le argomentazioni già addotte dalle ordinanze del 2006, ma vi sono anche diverse considerazioni nuove che meritano una attenzione adeguata e che potranno semmai essere oggetto di riflessione in altra occasione.

Qui, a prima lettura, è il caso solo di rilevare un punto di convergenza ed uno di divergenza con la sentenza della suprema corte. Il primo concerne l'affermazione, secondo cui prioritariamente "la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale". Il punto di divergenza concerne, invece, l'affermazione secondo la quale il fatto "che la tutela risarcitoria autonoma rientri tra quelle che secondo l'ordinamento pertengono all'interesse legittimo, deriva dalla natura sostanziale di tale situazione giuridica soggettiva".

Ed invero, è anche proprio nella natura e connotazione sostanziale dell'interesse legittimo (e dal suo stretto collegamento con l'interesse ed il potere pubblico) che trova giustificazione e fondamento, a giudizio di chi scrive, la tesi della necessaria pregiudizialità dell'(azione di) annullamento dell'atto rispetto alla decisione sul risarcimento del danno derivato dall'atto medesimo (come ho rilevato nel mio più recente contributo sul tema della pregiudizialità, più volte richiamato in questa sede, cui rinvio per una più ampia illustrazione).

D'altra parte, mentre tale tesi trova giustificazione anche sul piano del diritto positivo, dato che nell'art. 7, quarto comma, della legge sui TAR (nel testo vigente dopo le successive modifiche) è prevista e disciplinata espressamente la tutela risarcitoria come completamento di quella di annullamento (come si ricorda anche nella sentenza delle sezioni unite al par. 13.2), viceversa non risulta alcuna norma che affermi la esistenza di una tutela risarcitoria autonoma degli interessi legittimi alla quale si aggiunga altra forma di tutela, come quella di annullamento (cfr. par. 12.3). Al contrario, la stessa ricostruzione storica delle vicende che hanno portato a riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi porta semmai a concludere che è la tutela risarcitoria ad aggiungersi a quella tradizionale di annullamento, e non viceversa. Ed in effetti, il dato normativo appare del tutto coerente con la evoluzione del sistema sotto questo profilo.

È dunque (anche) proprio il dato normativo e la mancanza in esso di una espressa previsione di una tutela risarcitoria autonoma (accanto a quella 'completiva' della tutela mediante l'annullamento dell'atto), che ci induce a dissentire dalle conclusioni della sentenza in questione.

Riferimenti dottrinali e giurisprudenziali

1. Lo studio (destinato agli studi in memoria di Roberto Marrama) è derivato dalla relazione conclusiva (opportunosamente rivista ed integrata di riferimenti essenziali) tenuta dall'A. al seminario che si è svolto a Reggio Emilia nel maggio 2008, per il corso di perfezionamento su 'politica e diritto amministrativo', sul tema "Le nuove frontiere della giustizia amministrativa". Viene presentato in questa sede come approfondimento ed aggiornamento di altri studi dedicati ai recenti problemi della giustizia amministrativa e già pubblicati, tra l'altro, proprio su questa rivista.

Nel corso del seminario sono state svolte anche le relazioni di Gianluigi Pellegrino (Processo amministrativo e infrastrutture. Tutela della concorrenza e tempi di realizzazione), Vincenzo Antonelli (Intorno ad alcune forme di giustizia non giudiziaria nell'amministrazione pubblica), Raffaele Iannotta (Analisi di alcune prospettive di riforma dell'attuale assetto della giustizia amministrativa), Giulio Napolitano (Le origini giureconomiche delle autorità indipendenti), Paolo Colombo (Giustizia amministrativa e giustizia sportiva), Giuseppe Morbidelli (Le origini storiche delle authorities), Mauro Bonaretti (*Policies* e giustizia amministrativa). Al seminario è seguita una tavola rotonda su "il paradosso della giustizia" con Domenico Caopardo, Loris Mazzetti e Alberto Melloni (promotore ed organizzatore dell'iniziativa).

In occasione del seminario è stato presentato anche il volume degli atti del convegno di Lecce su "*Le nuove frontiere del giudice amministrativo*" a cura di G. PELLEGRINO (Milano, 2008), che tuttavia, come emerge dal titolo, non è riferito all'insieme della giustizia amministrativa, ma solo a taluni tra i problemi più rilevanti e attuali della giurisdizione amministrativa ordinaria (soprattutto, risarcimento del danno arrecato in violazione di interessi legittimi, pregiudiziale amministrativa e *translatio iudicii*).

Alla nota e felice formula kennediana delle 'nuove frontiere' si è fatto riferimento, di recente, in diverse occasioni nel campo del diritto, proprio al fine di evidenziare il grande cambiamento in atto a tutti i livelli ed in tutti i settori dell'ordinamento (v., ad es., da ultimo, il fascicolo monografico dedicato alle "*Nuove frontiere del diritto internazionale*", in *Ars interpretandi*, Carocci, Roma, 2008). Sul cambiamento in corso a livello europeo v. l'altro mio lavoro pubblicato in questo fascicolo "*In tema di diritto europeo e diritto amministrativo europeo*".

Le frasi virgolettate riferite alla dottrina meno recente sono di E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, p. 1 (ma nello stesso senso v. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 21). Per la dottrina più recente v., tra i tanti, G. BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2007; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2007; F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2007; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 2003.

Sulla funzione intrinsecamente 'giustiziale' della p.a. v. M. NIGRO, *op.cit.*, p. 32 ss.. Sugli aspetti giustiziali e di garanzia del procedimento amministrativo v., ad es., G. BERTI, *op.cit.*, p. 63 ss.; 81 ss..

La connotazione 'paragiurisdizionale' delle autorità amministrative indipendenti, in specie della generazione più recente, è segnalata in genere dagli AA. che se ne sono occupati. V., ad es., E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 223 ss.; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in M. CLARICH - G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Sole 24 ore, 2007, p. 86 ss.; A. POLICE, *I "nuovi" poteri dell'autorità garante della concorrenza e le prospettive di tutela giurisdizionale*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, IV, Milano, 2007, p. 345 ss..

Sulle ADR v., ad es., da ultimo, A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004; A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?* In *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2008, p. 1353 ss..

Sul ricorso straordinario al capo dello stato, v., da ultimo, L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al presidente della repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano, 2008.

2. Per quanto riguarda la corte di giustizia e la corte europea dei diritti dell'uomo e la loro rilevanza per l'ordinamento italiano v., per ampi riferimenti, l'altro contributo (sul diritto amministrativo europeo) in questo stesso fascicolo.

Il ricorso ai giudici comunitari, anche da parte di qualsiasi persona fisica e giuridica, è disciplinato dagli artt. 230 e 232 (ricorso contro gli atti illegittimi o l'inerzia delle istituzioni comunitarie), 235 (per il risarcimento dei danni ex art. 288) e ss. del TCE. Su di esso si pronuncia il tribunale di primo grado (art. 225) ed in grado di appello la corte di giustizia. Sulla legittimazione e sulle condizioni per il ricorso individuale diretto contro un atto della commissione v., da ultimo, corte di giustizia, sez. IV, 13 marzo 2008 (causa C-125/06), in *Guida dir.*, 2008, p. 90 ss.

Sui ricorsi individuali alla corte europea dei diritti dell'uomo v. gli artt. 34 ss. della CEDU. Secondo l'art. 35, primo comma, la corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne.

3. Sui caratteri dei diversi sistemi a 'giurisdizione duplice' v. M. NIGRO, *op.cit.*, p. 39 ss.; W. WADE - H. RAGNEMALM - P.L. STRAUSS, *Administrative law. The problem of Justice*, 3 voll. Milano, 1991; G. RECCHIA (a cura di), *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* (dir. G. SANTANIELLO), Padova, 1996; G. BERTI, *op.cit.*, p. 123 ss.. In particolare, sul modello francese v., A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, 1995; M. PROTTO, *Le riforme del contentieux administratif*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2117; nonché, da ultimo, H. PAULIAT, *Le modèle français d'administration de la justice: distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative*, in *Rev. franç. d'A.P.*, n.125, p. 93 ss.. Sul processo amministrativo nell'ambito del modello tedesco v. A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milano, 1991.

In particolare, sulle caratteristiche del sistema dualista in Italia e sulla sua evoluzione v., da ultimo, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 1 ss. Sulla formazione del sistema in Italia v. M. NIGRO, *op.cit.*, p. 67 ss.; G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, in *Trattato ecc.cit.*, Padova, 2001, p. 5 ss. Sul ruolo della giurisprudenza pretoria del consiglio di stato v. G. PASQUINI - A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del consiglio di stato*, Milano, 2001. In particolare, con riferimenti al periodo precedente alla costituzione repubblicana: v. AA.VV., *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano, presidente del consiglio di stato*, Torino, 2004 (sul 'concordato giurisprudenziale', in particolare, v. R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, ivi, p. 169 ss.).

Sulla difficoltà di distinguere i diritti soggettivi dagli interessi legittimi v. M. NIGRO, *op.cit.*, p. 115 ss.; G. BERTI, *op.cit.*, p. 25 ss.

Sulla giurisdizione esclusiva e la sua evoluzione v. gli atti del convegno di Varenna su *L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Milano, 2004; nonché, da ultimo, per ampi riferimenti, i miei contributi su *Le materie ed i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della corte costituzionale n. 204 del 2004*, in questa *Rivista*, 2004, p. 719 ss.; *Utilizzo senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e giurisdizione esclusiva*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, p. 527 ss.; *Ancora in tema di giurisdizione esclusiva (in particolare in materia di espropriazione per pubblica utilità)*, in questa *Rivista*, 2006, p. 377 ss.; *Annulamento dell'atto e risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2006, p.801 ss.

4-7. Sulla giustizia amministrativa nella costituzione repubblicana, oltre agli AA. cit. sopra v. A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in Atti del convegno di Varenna su "La pubblica amministrazione nella costituzione. Riflessioni e indicazioni

di riforma”, Milano, 1995, p. 137 ss.; F.G. SCOCA, *La giustizia amministrativa nella costituzione repubblicana*, in *Dir.e proc.amm.*, 2007, p. 13 ss.

Sul principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale nell’ordinamento repubblicano ed in quello comunitario v., per riferimenti, l’altro mio contributo in questo stesso fascicolo. Sulle vicende relative alla redistribuzione delle competenze giurisdizionali a partire dagli anni ’90, nonché per una analisi critica delle sentenze (della corte costituzionale, della corte di cassazione e dell’adunanza plenaria del consiglio di stato) richiamate in questi paragrafi rinvio ancora, per riferimenti, alle mie note sopra citate.

Per ampi riferimenti sulla dottrina e sulla giurisprudenza più recente dei giudici ordinari ed amministrativi in ordine alla questione della ‘pregiudiziale’ v. F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007 (con ampi riferimento anche di diritto comparato all’ordinamento comunitario ed ai principali ordinamenti europei); M. MAZZAMUTO, *op.cit.*; nonché gli atti del convegno di Lecce su *Le nuove frontiere ecc.cit.*

8. Sul ricorso in cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, cost., v. ampiamente, anche per riferimenti di diritto comparato, M.V. FERRONI, *Il ricorso in cassazione avverso le decisioni del consiglio di stato*, Padova, 2005. V. anche, da ultimo, V. FANTI, *La “rivoluzione” operata dalla corte di cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo in tema di pregiudiziale amministrativa*, in *Dir e proc.amm.*, 2007, p. 145 ss.; S. BACCARINI, *I conflitti di giurisdizione*, in *Dir.proc.amm.*, 2008, p. 1053 ss.

In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., ss. uu., 10 ottobre 2007, n. 21129, in *Lexitalia.it*, 11/2007; Cass., ss. uu., 17 marzo 2008, n. 7063, *ivi*, 4/2008.

Sulla rilettura (o ‘riscrittura’) dell’art. 37 del c.p.c. in ordine alla rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo v. la recentissima decisione di Cass., ss. uu., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Federalismi.it*, dicembre 2008, ed i commenti di R. VACCARELLA, A. LAMORGESE e M.A. SANDULLI.

9. Per riferimenti sulle più recenti questioni attinenti al riparto di giurisdizione tra giudici ordinari ed amministrativi, v., da ultimo, F. CARINGELLA - R. DE NICCOLIS - R. GAROFOLI - V. POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Milano, 2008; nonché il volume cit. di atti del convegno di Lecce. In particolare, in ordine alla annosa e controversa questione della sorte del contratto dopo l’annullamento della aggiudicazione, v. Cons. st., ad.pl., 30 luglio 2008, n. 9, in *Lexitalia.it*, n. 7-8 2008.

Sulla *translatio iudicii* secondo le sentenze delle sezioni unite della cassazione e della corte costituzionale citate nel testo (e riportate, tra l’altro, in *Guida dir.*, n. 13/2007, p. 89 ss., 94 ss.), v. tra i tanti il commento di M.A. SANDULLI, *I recenti interventi della corte costituzionale e della corte di cassazione sulla translatio iudicii (in federalismi.it., 2007)*; nonché le note di A. SCOGNAMIGLIO, *Translatio iudicii, giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 2007, 2109 ss. e R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le corti o virtuosa coincidentia oppositorum?* In *Giur. it.*, 2008, p. 693 ss.

Per la giurisprudenza dei giudici amministrativi in ordine alla applicazione dell’istituto al processo amministrativo v. Cons. stato, sez. VI, 13 marzo 2008, n. 1059, in *Lexitalia.it*, n.3/2008; Cons. stato, sez.VI, 13 maggio 2008, n. 2231, in *Federalismi.it*, n. 12/2008.

Sul recente progetto di legge per una disciplina degli aspetti operativi e di dettaglio dell’istituto, così come richiesto dalla corte costituzionale, v. M. LIPARI, *La translatio del processo nel disegno di legge governativo approvato dalla camera dei deputati (AS-1082): certezze e dubbi*, in *Federalismi.it* 23/2008; F. VOLPE, *Translatio iudicii: una proposta di disciplina legislativa*, in *Lexitalia*, 10/2008.

10. Sui progetti di riforma del processo amministrativo e della giustizia amministrativa v. G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *op.cit.*, p. 40 ss.; A. PAJNO, *op.cit.*, p. 147 ss. (in particola-

re sulle proposte della commissione bicamerale); V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002)*, Torino, 2002, p. 477 ss.

Per una soluzione innovativa nei rapporti tra diritto privato e diritto pubblico con riferimento al regime giuridico dell'attività amministrativa v. V. CERULLI IRELLI, *op.cit.*, p. 412 ss. ed ivi il progetto di legge che prevedeva, all'art. 2 il principio generale per cui "Salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti dalla legge o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato". Per una conferma del tradizionale regime pubblicistico dell'attività svolta in via autoritativa dalla p.a. v. il testo di legge effettivamente approvato ed il mio commento nella voce "*Attività amministrativa*", in *Atti, procedimenti, documentazione* (dir. V. ITALIA), Milano, 2007, p. 177 ss., 187 ss.

Sui criteri di riparto della giurisdizione v. gli AA. cit. al paragrafo precedente. Per un superamento del criterio basato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi v., ad es., A. PAJNO, *op.cit.*, p. 164 ss.. Lo stesso A. si pronuncia a favore di "un sistema che opera tale distinzione [tra le giurisdizioni maggiori] sulla base delle *materie* dalla legge attribuite a ciascun giudice, se non addirittura in relazione alla presenza in giudizio di una parte pubblica". Per cui "potrebbe rivelarsi utile una modifica costituzionale volta ad affidare normalmente al giudice amministrativo la giurisdizione sulle controversie con l'amministrazione, salve quelle, nelle materie indicate dalla legge, affidate alla giurisdizione del giudice ordinario" (ivi, p. 165).

11. Sui ripetuti tentativi operati di recente per una soluzione in via informale delle divergenze tra i massimi collegi delle due giurisdizioni 'ordinarie' attraverso il 'dialogo' tra qualificati esponenti delle stesse v., ad es., la *Relazione di sintesi dei lavori della commissione di studio istituita dai presidenti della corte di cassazione e del consiglio di stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione*, in *Foro it.*, V, 2004, p. 18 ss.; nonché, da ultimo, lo stesso convegno di Lecce, nonché gli atti cit., ed ivi la *Introduzione* di P. DE LISE, la relazione di G. ABBAMONTE, *Alcune riflessioni sull'evoluzione di concetti e indirizzi sulla giustizia nell'amministrazione e sulla cooperazione tra giurisdizioni*, e le *Conclusioni. Per un migliore servizio giustizia*, di V. CARBONE.

Per una analisi di diritto comparato sui modelli francese, tedesco e spagnolo, v. M.V. FERRONI, *op.cit.*, p. 340 ss., 356 ss., 366 ss.. In particolare, sulla istituzione di un apposito tribunale dei conflitti, ivi, p. 394 ss.. Secondo questo A. "la soluzione del tribunale dei conflitti non può prescindere dalla introduzione della cassazione nel giudizio amministrativo" (ivi, p. 394, 399). Ma, a giudizio di chi scrive, si tratta di questioni che vanno tenute distinte, non essendovi alcun rapporto di presupposizione sul piano logico e giuridico tra l'una e l'altra.

Sul tribunale dei conflitti in Francia v. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, 2004, p. 35 seg. In senso critico sulla soluzione francese (che in ogni caso, a differenza dell'ordinamento tedesco caratterizzato da un pluralismo giurisdizionale, muove da "una contrapposizione binaria tra due sole giurisdizioni") v. M.V. FERRONI, *op.cit.*, p. 400 ss.

Sulla necessità, o quanto meno sulla opportunità, di un giudice ad hoc per la soluzione dei conflitti v. anche A. PAJNO, *op.cit.*, p. 191. Sulla necessità di "una composizione paritaria, assicurando pari dignità di espressione e di concorso alla decisione, ai rappresentanti di ciascuna delle giurisdizioni" cfr. M.V. FERRONI, *op.cit.*, p. 402.

12. La sentenza delle sezioni unite richiamata nel paragrafo si legge in *federalismi.it* del 7 gennaio 2009.

Il mio precedente contributo ("*Annullamento ecc. cit.*") si legge in questa *Rivista*, 2006, p.801 ss.

Riassunto di articoli, studi e rassegne (abstracts)

SANDRO AMOROSINO

WATERS OF THE HIGHEST QUALITY: THE ADMINISTRATIVE
LEGAL SYSTEMS GOVERNING MINERAL AND SPA WATERS.

Mineral and spa waters are subject to special regulations, different from those applied to “common” types of water since they are not distributed via distribution networks (aqueducts or irrigation channels) but are either bottled (mineral waters) or used at their source (spa waters), in spa structures.

They are different most of all because they are waters of a high quality, with a value in terms of consumption (mineral waters) or use (spas).

Mineral waters are subject to a double series of regulations because they are both public waters – mineral resources – and food products.

As mineral resources a permit is required for their research and development on the part of private enterprises.

As food products, they are governed by the regulations of the European Union concerning foodstuffs.

Spa waters are also public resources, so a permit is required for their exploitation.

They are used in spa structures governed by special hygiene-health regulations.

GIOVANNI CORDINI

INFORMATION PROVIDED TO CITIZENS AND THEIR
PARTICIPATION REGARDING THE THEME OF THE
PREVENTION AND MANAGEMENT OF INDUSTRIAL RISKS

The Author examines the juridical nature of the information provided to citizens and their participation regarding the theme of industrial risk. In dealing with this problem, first of all, an analysis is made of the notions of safety and risk. Secondly, a distinction is made between education, information, consultation and participation with reference to the prevention and precautionary model for civil protection and to the in-

structions that must be given to citizens during an emergency. In the first case, pluralistic societies set up various measures for both educating the general public and for providing precautionary information which, in order to be effective, must ensure maximum involvement of the populations subject to industrial risks. In the second case, the aim is to organise, over a period of time, an effective response process. In this context it's necessary to establish the chain of command and responsibilities, also with regard to the information that must be given to the citizens directly involved. The information and the precautionary actions to be adopted must be brief, clear and easily understandable, and originate from the sole authority responsible for the management of the emergency. Finally, the Author focuses on access to environmental information at European Community and national levels.

ARISTIDE POLICE

BANKING FOUNDATIONS, BUSINESSES UNDER THEIR CONTROLS AND ADMINISTRATIVE LAW

The paper is composed of an analysis of real cases and experiences that operators in banking Foundations and their controlled businesses have expounded in an ACRI seminar. A case-study approach is then used to examine the theme of the obligations that administrative law imposes on these entities, both in terms of their activities and in terms of their organisation. The central part of the paper then concentrates on the relationship between banking Foundations and business activities. This analysis leads to the conviction of the necessity to apply the principles of reasonableness and good faith with regards to this context. A series of public law limitations relating both to the activities of Foundations and businesses under their control, and to the organisational choices made by them, have come to light. The analysis then continues with an examination of the relationships between Foundations, businesses under their control and the beneficiaries of financial operations. Finally, the paper deals with those restrictions and obligations of a procedural nature that jurisprudence imposes on the Foundations' contractual activities.

VALENTINA GIOMI

THE ADOPTION OF ORDINARY CIVIL LAW ON THE PART
OF BANKING FOUNDATIONS

This paper considers the development of banking foundations towards an ordinary civil-law system and the problems associated with the “gaps” in the rulings of the Constitutional Court in 2003, especially with regards to the effects of subsequent legislation and, more generally, to the limitations in the influence of the general legislator over the regulation of special private law.

The paper then seeks to analyse a number of critical areas encountered by banking foundations during the complex process of transforming from public banks to entities governed by civil law, with particular attention, in the final part of the work, to the changes that could result from the pending approval of the reform of volume I of the civil code, as set out in the latest draft prepared by the research commission set up in the ministry.

MICHELA PASSALACQUA

ADMINISTRATIVE INSPECTIONS FOR MONITORING
ENVIRONMENTAL OBLIGATIONS AFTER
LEGISLATIVE DECREE NO. 152/2006

The recent attempt to codify environmental legislation, culminating in the approval of Legislative Decree no. 152/2006, has inevitably involved consideration of environmental inspections. At times this approach has been confined to a mere “readjustment” of the existing regulatory framework, and at other times new elements have been introduced.

Specifically, with the implementation of Directive 04/35/CE, the national legislator has been compelled to establish a new field of application of administrative inspections, also within the sphere of the regulation of environmental damage, since, in order to comply with the well-established principle of “whoever pollutes pays”, the means for “identifying the operator that has caused the damage or the imminent threat of damage” have had to be set up.

The new art. 312, para. 4, of Legislative Decree no. 152/2006, however, implies that an inspection can be carried out by the national administrative body only in the event that environmental damage has already

occurred. This is somewhat perplexing, given the importance of the inspection process, also for carrying out assessments aimed at identifying the party responsible for the risk of imminent damage, besides the possible censures that could be raised at European level with regards to correct compliance with European Community obligations.

On the other hand, the fact that, in introducing a new type of environmental inspection, the Consolidated Law has set out rules to regulate the inspection process, suitable for ensuring correct procedures, governed by the principles of making records and of full knowledge of the preliminary and cross-examination proceedings, is to be welcomed.

What is criticizable, however, is that the new regulations have failed to take advantage of the opportunity to provide a unified regulatory framework for environmental controls carried out through inspection.

Moreover, the opportunity to impose a compulsory programme of inspection checks, often left to the discretion of administrations, has also been wasted. As a result, it's therefore impossible to guarantee any form of coordination of the activity. What is more, in a press release of 14 November 2007, the European Commission expressed the need to issue a directive on environmental inspections, able to introduce a method of programming, to align different national contexts, and to guarantee access to environmental information acquired through the assessment process.

In effect, this last proposal also contained significant critical areas highlighted by the author, with regards to the ability of the 2006 Consolidated Law to align itself with Community acts that guarantee access to the environmental information contained in the inspection reports.

SILVIA CANTONI

THE ECONOMIC PARTNERSHIP AGREEMENTS (EPAs)
BETWEEN MULTILATERALISM AND DEVELOPMENT:
SOME CONSIDERATIONS AFTER THE SIGNING
OF THE FIRST FULL CARIFORUM-EU EPA

Since 2002, the EU and ACP countries have been engaged in negotiating Economic Partnership Agreements (EPAs). These negotiations are based on the Cotonou Agreement and aim at achieving sustainable development by establishing a trade partnership which promotes regional integration and gradual integration of ACP countries into the world economy, consistent with WTO obligations. The recent decision by fourteen out of the fifteen CARIFORUM countries to sign the first comprehensive EPA – involving goods, services, some trade-related issues and develop-

ment cooperation – must be considered part of a heated debate at national and international level.

This article reflects whether the Economic Partnership Agreements (EPAs) are really the best choice for the regional integration and economic development of ACP countries. The flexibility and asymmetry in negotiating EPAs, furthermore, deviate from the principle of reciprocity and consequently from WTO compatibility, in particular from GATT Article XXIV and the Enabling Clause that does not authorize differences in developing countries preferences except for those classified as least developed countries (LDCs). The developmental aspects of regional trade agreements turn out one of the most relevant challenge that the Doha Round must face.

MARIO ANGIULLI

LEGITIMACY PROFILE OF THE
“*PER RELATIONEM*” TRIBUTARY INVESTIGATION

The study deals with the issue of the tributary investigation with reference to the requirement to motivate the tributary investigation especially with regard to the setting of limits and conditions of validity of the motivation underpinning the “*per relationem*” tributary investigation.

A critical examination is made of various recent juridical sentences with the aim of highlighting the contradictory elements. Despite not being entirely exhaustive, the examination of these sentences appears to be sufficient to justify the need for clarification on behalf of the legislator with regard to the legitimacy of the “*per relationem*” motivation of tributary investigations.

SILVIA SALARDI

THEORETICAL/JURIDICAL PROFILES OF THE PRINCIPLE OF
INTEGRATION AS A MEANS OF IMPLEMENTING SUSTAINABLE
DEVELOPMENT IN THE NATIONAL AND COMMUNITY
NORMS OF ITALY AND SWITZERLAND WITH REFERENCE
TO WATER, BIODIVERSITY AND FOREST RESOURCES.

There are many ways to implement sustainable development through politics, economics and law. This paper focuses on the legal approach to sustainable development.

The legal implementation of sustainable development is best achieved, according to many scholars of international law, through the principle of integration. The integration principle is both the conceptual framework and the practical tool to implement sustainable development. As a conceptual framework, the integration principle highlights how to balance conflicting interests. As a practical tool, the integration principle shows how and to what extent rules can incorporate sustainable development requirements: 1) categories and 2) regimes of integration.

Categories and regimes, as developed at international level, have been applied in this study to the regional (EU) and national level (Italy and Switzerland) to find out to what extent sustainable development considerations have been incorporated in regional and national rules concerning natural resources (water, biodiversity and forests) and what kind of integration is taking place in these sectors.

MONICA MATTONE

THE CASE OF FOREIGN LANGUAGE ASSISTANTS BEFORE THE ECJ

The working conditions of foreign language *lettori* in Italy have been object of several cases in front of the European Court of Justice which has pointed out either with interpretative judgment or guilty sentences of non-fulfillment, the subsistence of national rules of a potentially discriminatory character which hinder workers' full and free movement.

STEFANO MONTALDO

OIL POLLUTION OF THE SEA: THE JUDGEMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON THE TANKER ERIKA CASE

The article provides the reader with an exhaustive analysis of the main aspects of the recent judgement of the European Court of Justice on the highly-debated tanker Erika case.

On the one hand, the Court of Justice concentrates on the definition of waste. In the light of the relevant European directive, the oil spilt into the ocean and blended with water and sand can be considered as waste, because it has completely lost its economic and material value and cannot be destined to any profitable utilization.

On the other hand, the article, while sketching a brief comparison between this judgement and the verdict delivered a few months before by the Tribunal de Grande Instance of Paris, deals with the issue of liability for the economic and environmental damages occurred after the shipwreck of the oil tanker Erika, in 1999. The matter is exhaustively regulated by some international conventions, which the European Community is not part in. According to these international rules, in case of accidents and damages, the charterer and other subjects involved in the management and operation of the ship benefit from favourable exemptions from liability. However, the Court of Justice finds the international conventions inapplicable to the case in point and enforces instead the European directive on waste, thus establishing the responsibility of the charterer – the oil company Total International ltd – for the material and environmental damages occurred. In particular, the company Total International ltd is bound to refund the costs borne by the French municipality of Mesquer in order to deperate the coastal areas from the “black wave”.

ANNALISA PALOMBA

PLEA OF PRESCRIPTION, FUMUS BONI IURIS
AND PREVENTIVE ATTACHMENT IN AN
ADMINISTRATIVE-ACCOUNTING JUDGEMENT

Judgement regarding liability for fiscal damage has recently been augmented by introducing the precautionary custody phase, very useful for protecting the Public Administration's right to credit in cases of delay in the assessment of alleged accounting wrongdoing. The typical premises for the granting of credit protection procedures, in particular preventive attachment, are in fact formulated in different ways, making reference to the position of the “victim” of the fiscal wrongdoing. The relationship between precaution and merit in a judgement regarding liability for fiscal damage may therefore be appraised in a singular manner, also in consideration of the particular public interests affected by the claimed credit position arising from an illicit act. Two very recent and original rulings by the Court of Accounts develop these themes in a comprehensive and interesting manner.

VITTORIO GASPARINI CASARI

ON THE THEME OF EUROPEAN LAW AND
EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW

The expression "European law" has entered into common usage in Italian and European jurisprudence, albeit in different forms (European administrative law, European private law etc.). Different meanings and contexts, however, apply to this expression, which need to be clarified. Taking cue from a number of recent treaties, works and essays dealing with this topic, the paper sets out, first of all, to identify these meanings, particularly with reference to the expression: "European administrative law".

Secondly, the paper considers the characteristics particular to this law (intended as referring specifically to the regulations of the European union, but also to the various international treaties promoted by the European Council and, in particular, to the European Convention on human rights) and implications regarding the regulations of member states.

VITTORIO GASPARINI CASARI

THE NEW FRONTIERS OF ADMINISTRATIVE JUSTICE.
THE PROBLEM OF JURISDICTION

The paper describes the development of the administrative justice system in Italy and the different "distortions" which have arisen with respect to the original project, in order to give a response to the question: is it still possible today to talk of a "system" of administrative justice?

The question is tackled specifically with reference to the problem (at the heart of every system with "double" jurisdiction like ours) of jurisdiction and of the criteria and means of allotment between the two principal orders of jurisdiction. The problem today is particularly serious, due to the contrasting positions assumed by the leading jurisdictional bodies, in particular with regards to the question of the relationship between the cancellation of an administrative act and compensation for damage caused by the act itself.

Note sui collaboratori del presente fascicolo

SANDRO AMOROSINO, *Professore ordinario di diritto dell'economia nell'università degli studi "La Sapienza" di Roma.*

MARIO ANGIULLI, *Dottorando di ricerca in pubblica amministrazione dell'economia e delle finanze nell'università degli studi di Bari.*

SILVIA CANTONI, *Professore associato di diritto internazionale nell'università degli studi di Torino.*

GIOVANNI CORDINI, *Professore ordinario di diritto pubblico comparato nell'università degli studi di Pavia.*

VITTORIO GASPARINI CASARI, *Professore ordinario di diritto amministrativo nell'università degli studi di Modena e Reggio Emilia.*

VALENTINA GIOMI, *Ricercatore di diritto amministrativo nell'università degli studi di Pisa.*

ILARIA LOMBARDINI, *Dottore di ricerca in diritto processuale civile e borsista dell'università degli studi di Modena e Reggio Emilia.*

MONICA MATTONE, *Professore a contratto di diritto dell'Unione europea nell'università degli studi di Torino.*

STEFANO MONTALDO, *Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'università degli studi "Bicocca" di Milano.*

ANNALISA PALOMBA, *Dottore di ricerca in diritto amministrativo nell'università degli studi "Bicocca" di Milano.*

MICHELA PASSALACQUA, *Professore associato di diritto dell'economia nell'università degli studi di Pisa.*

ARISTIDE POLICE, *Professore ordinario di diritto amministrativo nell'università degli studi "Tor Vergata" di Roma.*

ROBERTO RIVELLO, *Docente di organizzazione internazionale nell'università degli studi di Torino. Magistrato.*

SILVIA SALARDI, *Dottore di ricerca in filosofia del diritto.*