



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

IL DECLINO DELLA DISTINZIONE  
TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

*Atti del IV Congresso nazionale SIRD*

*Trento, 24-26 settembre 2015*

a cura di  
GIAN ANTONIO BENACCHIO  
MICHELE GRAZIADEI



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

**QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**24**

**2016**

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2016*  
*by Università degli Studi di Trento*  
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-8443-681-8  
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

*Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli (ISBN 978-88-6342-933-6).*

*Luglio 2016*

IL DECLINO DELLA DISTINZIONE  
TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

*Atti del IV Congresso nazionale SIRD  
Trento, 24-26 settembre 2015*

a cura di  
*Gian Antonio Benacchio  
Michele Graziadei*

## INDICE

	Pag.
Michele Graziadei <i>Prefazione</i> .....	1
Bernardo Sordi <i>Verso la grande dicotomia: il percorso italiano</i> .....	3
Jean-Louis Halpérin <i>The French model: the construction of public law through the development of State liability for wrongs</i> .....	21
Giacomo Delledonne <i>La distinzione tra Privatrecht e Öffentliches Recht nel dibattito tedesco. Dalla «separazione» agli «ordinamenti d'intercettazione», attraverso il superamento di un «contrasto essenziale»</i> .....	49
Mario Serio <i>La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico nel common law inglese</i> .....	79
Stefano Battini <i>I “due grandi dualismi” alla prova del diritto (amministrativo) globale</i> .....	101
Renato Nazzini <i>Antitrust enforcement beyond public and private law</i> .....	133
Ruth Rubio-Marín <i>I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato</i> .....	161

	Pag.
Rodolfo Sacco	
<i>Il declino della distinzione e la visione dell'antropologo.....</i>	187
Gian Antonio Benacchio	
<i>Le regole Antitrust tra diritto pubblico e diritto privato .....</i>	197
Andrea Giardina	
<i>Il diritto degli investimenti e l'arbitrato .....</i>	213
Giulio Napolitano	
<i>Pubblico e privato nella 'reinvenzione del governo': un'indagine comparata .....</i>	243
Giuseppe Bellantuono	
<i>La regolazione dei mercati europei: verso una nuova distinzione fra diritto pubblico e diritto privato.....</i>	265
Barbara Pozzo	
<i>La tutela dell'ambiente tra strumenti di diritto privato e strumenti di diritto pubblico: le Grandi Epoche del diritto dell'ambiente .....</i>	291
Pietro Sirena	
<i>Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali .....</i>	335
Michele Graziadei	
<i>Conclusioni. Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso .....</i>	353
Notizie sugli Autori .....	361

## PREFAZIONE

Il presente volume contiene gli atti del quarto Congresso nazionale della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato, tenutosi nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento, dal 24 al 26 settembre 2015, in occasione del festeggiamento del trentennale della sede.

La SIRD, società scientifica costituita nel 2010 allo scopo di promuovere la scienza giuridica comparatistica, è il Comitato nazionale italiano dell'*International Academy of Comparative Law* e della *International Association of Legal Science*, l'ente che rappresenta presso l'Unesco le scienze giuridiche. Lo statuto della SIRD, i suoi organi, e la sua missione sono descritti sul suo sito web (<[www.sirdcomp.it](http://www.sirdcomp.it)>).

Fin dagli esordi la SIRD ha scelto di pubblicare in volumi gli atti dei propri Congressi per offrire al pubblico i frutti della propria attività scientifica.

Sono quindi pubblicati, oltre al volume attuale, gli Atti del primo Congresso nazionale, organizzato nell'Università Statale di Milano, promosso da Rodolfo Sacco e da Antonio Gambaro: *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD. Milano, 5-6-7 maggio 2011*, a cura di Luisa ANTONIOLLI, Gian Antonio BENACCHIO, Roberto TONIATTI, Collana "Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche", Università degli Studi di Trento, 2012 – XIII-360 pagine; gli Atti del secondo Congresso SIRD, tenutosi a Siena: *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012*, a cura di Sabrina LANNI e Pietro SIRENA, Collana "Cultura giuridica e rapporti civili", vol. 9, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. X-470; gli atti del terzo Congresso SIRD, organizzato a Como: *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, a cura di Michele GRAZIADEI e Barbara POZZO, Collana "Le lingue del diritto", Milano, Giuffrè, 2015, pp. VIII-424.

## PREFAZIONE

Sotto la presidenza di Antonio Gambaro, la SIRD ha inoltre curato la pubblicazione dei rapporti italiani presentati al Congresso quadriennale dell'*International Academy of Comparative Law*, che si è tenuto a Vienna nel 2014: *Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato. Rapports Nationaux Italiens / Italian National Reports Au XIX Congrès International de droit comparé – 2014 / To the XIX International Congress of Comparative Law*, a cura di Antonio GAMBARO, Collana "Università degli Studi di Milano - Facoltà di Giurisprudenza - Studi di diritto privato", Milano, Giuffrè, 2014, pag. XII-892.

La pubblicazione del presente volume è l'occasione per ringraziare sentitamente, a nome di tutto il Direttivo della SIRD, il Giudice costituzionale Prof.ssa Daria de Pretis, e il Preside della Facoltà, Prof. Giuseppe Nesi, che hanno assicurato la loro presenza all'apertura dei lavori, e Gian Antonio Benacchio con tutti i colleghi e gli studenti trentini per la grande accoglienza offerta ai soci della SIRD e ai numerosi partecipanti al Congresso.

Michele Graziadei

*Presidente della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato*



## CONCLUSIONI

### DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO: UNA PROFONDA TRASFORMAZIONE DI SENSO

*Michele Graziadei*

La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico è con noi da molto tempo. In ogni sua stagione è stata portatrice di significati diversi, e si è sposata con regimi tanto mutevoli, quanto le esperienze storiche che l'hanno consegnata alla nostra epoca.

Lo storico del diritto, dedito a studiare la scienza *iuris* nella prima età moderna e nell'antico regime, può coglierne l'apparire sulla scena europea in forma embrionale. Essa emerge con l'affermarsi di strutture statuali di governo della popolazione e del territorio, in un universo intellettuale popolato da molte altre distinzioni, più pregnanti e più chiaramente scandite di quella che, fino a tempi molto recenti, soprattutto nell'Europa continentale sembrava governare in modo imperioso tutto il campo giuridico. Queste strutture emergenti si formano nel momento in cui il corpo dello Stato si separa dalla persona del sovrano, con l'emergere di una schiera di funzionari pubblici che assicurano la continuità delle funzioni dello Stato, e che nelle migliori intenzioni dovrebbero sorvegliare la razionalità dell'azione amministrativa.

Per lungo tempo, e quindi anche dopo il formarsi di una nozione organica di 'diritto pubblico', il diritto privato è stato l'unico settore dell'ordinamento in cui i singoli erano generalmente assistiti da pretese pienamente giustiziabili avanti ad organi dello Stato. Tuttavia, la giurisdizione degli organi dello Stato rispetto alle pretese private è a sua volta da collocare in prospettiva storica, perché lo Stato non ha sempre ed ovunque preso in carico la domanda di giustizia generata dalle liti tra privati, e i privati non hanno sempre avuto la necessità di disporre di organi di giustizia statale per dirimere le proprie controversie.

Il privato sarà armato di pretese nei confronti dei pubblici poteri solo dopo una graduale erosione dell'immunità che copriva la loro azione, erosione dapprima quasi impercettibile, poi più marcata nel prosieguo e sul finire del diciannovesimo secolo. Nel ventesimo secolo tale movimento accelera, e l'amministrazione pubblica viene soggetta ad un controllo di legalità pieno, impensabile nell'epoca precedente. Prima di questa radicale novità, enunciare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato equivaleva in larga misura a percorrere la linea di confine che separava le pretese pienamente giustiziabili, dalla responsabilità politica del potere esecutivo, o dal potere dell'amministrazione di riconsiderare la propria decisione, su impulso di ricorsi esaminati per via gerarchica.

In Europa, durante l'antico regime, il diritto naturale, e la nozione di legalità che si radicava nell'idea di governo legittimo, già ponevano un primo nucleo di dottrine che rimettevano in discussione l'esercizio arbitrario del potere da parte del sovrano, costituendo una delle basi del diritto costituzionale moderno e della soggezione dell'amministrazione alla giurisdizione. Inoltre, temi come l'espropriazione per pubblica utilità divenivano l'occasione per elaborare principi che offrivano al privato salvaguardie specifiche. Sarà sufficiente ricordare il requisito della necessità in relazione all'espropriazione e l'obbligo di pagare un equo indennizzo a fronte del sacrificio patrimoniale imposto al privato tramite l'espropriazione.

Nel momento in cui esordiscono le codificazioni, la distinzione pubblico-privato è dunque da costruire, se si pone mente all'esigenza di assoggettare l'amministrazione ad un controllo di legalità pieno. D'altra parte, diritto privato e diritto pubblico erano concepiti all'epoca come portatori di valori diversi. Il diritto pubblico si presentava nelle vesti dell'interesse superiore che faceva capo alla realizzazione dei bisogni preminenti legati alla collettività. Il diritto privato sarebbe invece stato il regno dell'autonomia, e della scelta individuale. Secondo le idee dominanti nel diciannovesimo secolo, la netta separazione tra Stato e società civile aveva – tra l'altro – la funzione di salvaguardare lo spazio di libertà che si intendeva assicurare al privato nel proprio ambito: un perimetro riservato alla sfera privata.

Un nuovo e diverso orientamento iniziò a manifestarsi nel momento in cui la democrazia fece passi avanti, e prese corpo la questione sociale.

L'esclusione di vaste masse di cittadini da quel benessere sociale che è precondizione per godere effettivamente di diritti rappresenterà la prima occasione per l'intervento del diritto pubblico sul terreno del diritto privato. La critica sociale al diritto privato formato alla scuola del liberalismo prendeva piede a trecento sessanta gradi. Per ricordarne un aspetto saliente, la critica era vivace sul terreno della legislazione dedicata al lavoro, e in quest'ambito attraversava i temi della responsabilità civile e del contratto, per condurre all'assicurazione sociale contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Le sacche di resistenza non mancarono. Oltre Atlantico, la decisione resa nel caso *Lochner v. New York* (1905), con cui la Corte Suprema sanciva tra le controversie l'intangibilità costituzionale della libertà contrattuale, abbattendo una legislazione rivolta a limitare l'orario di lavoro, divenne il simbolo di una visione angusta dei compiti dello Stato, e il bersaglio favorito del realismo giuridico, a cui si legavano propositi di riforma sociale. Bisognerà attendere le conseguenze della crisi del 1929 e il New Deal per veder tracciata dall'amministrazione democratica una nuova via alla regolazione pubblica dell'attività economica, con la creazione di nuove agenzie, e di nuovi enti, a cui era affidato il compito di ripensare e riformare il tessuto economico e sociale del paese.

Le costituzioni europee del dopoguerra e il costituzionalismo coevo avranno ben presente la questione sociale che diverrà momento centrale dell'azione di governo, insieme alla ricerca dello sviluppo economico. Le amministrazioni del dopoguerra faranno quindi ampio spazio all'intervento dello Stato nell'economia. La riflessione intorno ai fallimenti dello stato liberale a base nazionale nel secondo dopoguerra in Europa è profonda e di maggior respiro. Prenderà così vita il grande progetto europeo, che ha al proprio cuore la lotta ai cartelli, e la creazione di un mercato unico europeo, strumento necessario per superare le politiche protezionistiche di stampo nazionalista, che sulla scia del liberalismo di vecchio conio avevano portato l'Europa alla guerra mondiale.

L'avvento del costituzionalismo contemporaneo ha trasformato il senso della distinzione tra pubblico e privato, restituendoci un quadro

meno segnato dall'idea secondo cui al cuore della storica distinzione vi sia una radicale alterità di valori. È infatti ormai chiaro che per decisione del costituente una tavola di valori condivisi sorregge e anima tanto il diritto privato, quanto il diritto pubblico.

Poiché ambedue i rami dell'ordinamento hanno alla propria base la medesima tavola di valori si può parlare – se si vuole – di un ulteriore fattore di declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Tuttavia nessuno si duole di questo declino. Il patto costituente infatti restituiva nuova dignità all'articolazione del diritto in vari rami, e apriva contemporaneamente ad un forte pluralismo, che è il segno più genuino e duraturo del nuovo assetto costituzionale, in cui si colloca la vita civile e sociale del nostro tempo.

Anche in questo rinnovato clima è lecito domandare se il diritto pubblico scavi poi davvero sempre a fondo, laddove il diritto privato sancisce distinzioni e differenze che riflettono orientamenti tradizionali radicati nella vita sociale. Così, pur in presenza della chiara lettera della Costituzione, l'uguaglianza di genere dovrà attendere le varie ondate di riforma del diritto di famiglia, e la lotta alla discriminazione sarà oggetto di provvedimenti normativi maturati solo in tempi abbastanza recenti.

La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è però toccata esclusivamente da quanto accade sul piano della vita interna dello Stato.

La crescente internazionalizzazione, che conoscono tutti gli ordinamenti statuali nell'età attuale, sollecita fortemente la distinzione tra pubblico e privato. Non sfugge a nessuno come nel perseguire i propri scopi il diritto internazionale provveda a ridisegnare i confini tra i rispettivi ambiti del diritto pubblico e del diritto privato.

Il diritto internazionale conosce la partizione: da un lato il diritto internazionale pubblico, dall'altro il diritto internazionale privato. La separazione ha valenza operativa e scientifica. Così, ad esempio, una pretesa di natura pubblicistica non potrà normalmente essere fatta valere al di là dei confini dello Stato, perché il potere pubblico ha un raggio d'azione territorialmente limitato. Tuttavia, è indubitabile che le obbligazioni assunte dallo Stato nel quadro del diritto internazionale impongano non di rado di rivedere l'ambito, la portata, e il senso della distinzione sul piano del diritto interno.

Per effetto del diritto internazionale, nel corso del tempo, la sovranità è stata oggetto di trasformazioni decisive, e i limiti imposti ad essa sono divenuti via via più penetranti, anche tramite l'attivazione di programmi condizionali, cui lo Stato è ammesso in quanto sia in grado di realizzare alcune precondizioni. Questi processi hanno inciso sul senso della nostra distinzione. Per assolvere ad obblighi internazionali, gli strumenti di diritto privato sono messi al servizio di finalità di diritto pubblico, mentre le norme del diritto pubblico incidono sul diritto privato.

In seno all'Unione europea, questa tendenza è evidente e marcata. L'evoluzione del diritto europeo è segnata da questo duplice movimento: gli attori privati vengono muniti di pretese giustiziabili per realizzare le finalità che l'Unione intende promuovere. D'altro canto, le medesime pretese devono corrispondere ad un assetto di norme e di valori che non si arresta sulla soglia della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ma la oltrepassa e la trasforma, rivisitando le regole che tradizionalmente governano i diritti le pretese private per verificarne la corrispondenza alle norme dei Trattati e al diritto derivato.

Gli esempi di questa duplice dinamica sono ormai numerosissimi; per andare in ordine sparso: dal *private enforcement* delle regole anti-trust, alla giurisprudenza sulla rilevabilità d'ufficio della violazione di norme poste a tutela dei consumatori, alla responsabilità degli Stati membri verso i singoli per violazione del diritto dell'Unione, alla giurisprudenza sugli obblighi positivi degli Stati nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Lo stesso senso della legalità è modificato dalla necessità di rispettare a livello nazionale i parametri stabiliti in quelle sedi, in cui convergono esperienze storiche e politiche diverse, insieme a sensibilità culturali variegata.

L'ordine giuridico mondiale non ha al proprio centro un unico motore, manca la possibilità di una rappresentanza politica planetaria, si accavallano i regimi di *governance* settoriale. Pertanto l'azione del 'pubblico' in questo contesto è a sua volta settoriale, si fonda sulla ricerca di accordi e di competenze faticosamente costruite, mentre l'ipotesi di un costituzionalismo mondiale si affaccia nuovamente sulla scena. Resta il

fatto che alcuni problemi, come il riscaldamento climatico, possono essere risolti solo su scala planetaria.

La difficoltà politica che impedisce di stabilire la competenza a regolare in ambito internazionale spiega il fiorire degli strumenti di soft law, sotto forma di buone prassi, o di indicatori, elaborati dalla platea degli attori globali. In sede statale, si può porre il tema della legittimità del ricorso a questi strumenti per orientare le politiche pubbliche. Resta il fatto che questi strumenti – talvolta messi a punto da organizzazioni private – tendono ad orientare le politiche pubbliche degli Stati. Intorno al mondo degli attori globali si sta comunque articolando un nuovo diritto pubblico che merita attenzione, e che rappresenta una straordinaria novità.

Infine, la dimensione attuale della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è segnata da una trasformazione che attiene alla natura dei soggetti privati attivi sulla scena contemporanea.

La produzione industriale su larga scala, i consumi di massa, e la finanza odierna, erano di là da venire, quando i primi codici civili moderni furono promulgati, e le *forms of actions* vennero abrogate.

Oggi la grande impresa privata domina la scena economica su scala mondiale con una capillarità di penetrazione sui mercati senza precedenti.

È avvenuta una trasformazione profonda del soggetto privato: la crescita dell'attività economica industriale su scala di massa ha condotto alla formazione di apparati produttivi e finanziari privati, governati da modelli gestionali di stampo manageriale. L'impresa privata, legata alla struttura della famiglia, in molti paesi è ben presente, e rappresenta una componente importante della vita economica. Tuttavia difficilmente sopravvive senza il sostegno di un capitale umano munito di conoscenze analoghe. In questo spazio operano burocrazie che avanzano pretese di razionalità pari o superiori a quelle degli apparati dello Stato. Gli Stati hanno alle loro spalle l'epoca della conquista coloniale, mentre le imprese varcano tuttora ogni confine alla ricerca del profitto.

In un passato recente l'apparato dello Stato incontrava difficoltà nel delegare ampie funzioni ai privati, perché difettavano loro i mezzi tecnici e le risorse economiche per esercitarle. Oggi questi mezzi sono in larga misura disponibili, e numerose funzioni sono trasferite dallo Stato

ai privati, con una riduzione del perimetro di quanto è pubblico. La marcia delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni è stata scandita negli ultimi decenni dalla spinta a restituire al privato interi settori dell'attività economica.

I segni di un rovesciamento di prospettiva nel rapporto pubblico-privato si colgono anche sul piano internazionale. Basterà ricordare quanto è avvenuto in tema di tutela degli investimenti stranieri. Un tempo il privato temeva di essere espropriato dallo Stato, e lo Stato offriva quindi garanzie per dimostrare di essere pronto ad attrarre investimenti sul proprio territorio. Oggi il privato può pensare di presentare il conto allo Stato, lamentando un'espropriazione indiretta, quando lo Stato contempla scelte pienamente legittime, da compiere per realizzare obiettivi della collettività.

In questo contesto, il diritto pubblico tende a imitare forme di regolazione che appartengono al settore privato, come avviene quando si affaccia l'ipotesi di stimolare la concorrenza tra le strutture pubbliche nella fornitura di determinati beni, o quando si disegnano nuove forme di regolazione 'intelligente', mirate ad attivare risorse sociali diffuse, o progettualità nascoste. Il trionfo del terzo settore nell'economia moderna deve molto a questo impulso. La rivoluzione legata alla tecnologia dell'informazione può condurre a tagliare nuovi traguardi nella medesima direzione. D'altra parte, il diritto pubblico prende in carico finalità nuove e più complesse di quelle che dovevano essere soddisfatte dagli apparati pubblici nel passato. La maggiore complessità di questi compiti ha condotto a ripensare le stesse modalità dell'azione pubblica, che deve apprendere prima di regolare. Al riguardo è comunque bene ricordare che la capacità degli apparati pubblici di darsi obiettivi di lungo termine molto raramente trova corrispondenza nel settore privato. Inoltre, non è pura ironia ricordare che gli stessi attori sul mercato nutrono talvolta una errata percezione dei propri interessi, e non sono in grado di averne cura, come ha ammesso una figura simbolo – Alan Greenspan – interpellato in qualità di testimone dal Congresso sulle responsabilità e gli errori all'origine della più recente e profonda crisi finanziaria dell'economia mondiale.