



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

2016



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>).

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

VERSO LA GRANDE DICOTOMIA: IL PERCORSO ITALIANO

Bernardo Sordi

1. Una celebre voce di Norberto Bobbio, redatta nel 1981 per l'*Enciclopedia* Einaudi, svela qual era, sino all'immediato ieri, la precisa consapevolezza del nostro tema nel giurista continentale: pubblico/privato rappresentano una "coppia dicotomica", una "grande dicotomia", una distinzione idonea a "dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda"; ed idonea pure a "stabilire una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie"¹.

Non solo. Per Bobbio la grande dicotomia è divenuta tale anche grazie al suo "uso costante e continuo, senza sostanziali mutamenti", nella storia del pensiero politico e sociale dell'Occidente. Si fa leva sull'estrema risalenza dei termini (il celebre passo di Ulpiano è collocato nei primissimi paragrafi definatori del Digesto)², per avvalorare, come dato a priori, la suddivisione dicotomica del diritto, in pubblico e privato.

Non si tratta di una posizione isolata. Tutt'altro. Il civilista e sociologo del diritto Jean Carbonnier ha insegnato la medesima atemporalità

¹ N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3. Alcuni materiali della voce erano stati anticipati nel 1974 nell'articolo *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974, pp. 2187 e ss., ora in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1984, pp. 145 e ss.

² *Dig.* I, 1,1,2. *Inst.*, I, 1, 4.

della distinzione, ad intere generazioni di giuristi francesi: “tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé”³. Olivier Beaud, commentando qualche anno fa questa definizione, aggiungeva: è una distinzione che struttura l’ordine giuridico nel suo insieme; si potrebbe dire che ne satura completamente lo spazio⁴.

La dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato rappresenta quindi per la cultura giuridica continentale una grande bussola. Ed appena le lancette iniziano a muoversi, subito il giurista si allarma; ipotizza cataclismi o, in ogni caso, tempeste magnetiche che rischiano di sovvertire la sua stessa *forma mentis*; tempeste che preconizzano *Le déclin du droit*, come intitola nel 1949 un libro all’epoca celebre di Georges Ripert⁵, segretario di Stato all’istruzione pubblica nei primi mesi del governo di Vichy, sottoposto ad un duro processo di epurazione, ma personaggio pensoso ed osservatore attento delle trasformazioni strutturali a cavallo del secondo conflitto mondiale⁶.

2. Basta valicare le colonne d’Ercole della Rivoluzione francese, verso l’Antico regime, per vedere però che ben altre sono le grandi dicotomie che incanalano la riflessione giuridica: *ius divinum/ius humanum*; *ius civile/ius canonicum*; *ius commune/ius proprium*; *ius inventum/ius positum*.

La prima cosa che colpisce sono i vuoti lessicali. Ancora nel corso del Settecento, nella letteratura giuridica italiana, il termine *ius publicum*/diritto pubblico fa una estrema fatica a conquistare il proscenio.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome premier, *Introduction à l’étude du droit et Droit civil*, Paris, 1965⁶ (1^a ed., 1955), p. 39.

⁴ O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in J.-B. AUBY, D. FRIEDLAND (dir.), *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. Une entente assez cordiale?*, Paris, 2004, pp. 29 e ss.

⁵ G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, Paris, 1949.

⁶ Un sintetico, efficace, ritratto di Georges Ripert in J.-L. HALPÉRIN, *ad vocem*, in P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN, J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français: XIIIe-XXe siècle*, Paris, 2007, pp. 669-670.

È un primo campanello di allarme che ci fa capire quanto sia necessaria una ‘storia del diritto pubblico’, non nel senso di una storia di una dimensione giuridica da sempre esistita ed immutabile, ma al contrario come storia di un qualcosa che emerge, prende forma, si sviluppa, certamente in connessione ed in funzione di strutture statuali di comando e di governo del territorio, ma secondo una varietà di tempi, di piste, di tappe, di contenuti, molto diversi tra di loro.

La modernità europea ci consegna un percorso estremamente frastagliato di emersione del pubblico.

L’Italia, in questo processo di emersione, non funge certo da battistrada. Niente di paragonabile, nella penisola, alle trattazioni, sempre più diffuse, a partire dal primo Cinquecento, nei territori tedeschi, di uno *ius publicum imperii romano-germanici*, che – come Michael Stolleis ci ha insegnato – segue l’intricata mappatura di poteri imperiali, destinati ben presto ad illanguidirsi, e che tuttavia trova alimento particolare in una già estesa *respublica* di letterati, soprattutto in ambito protestante, ed è sospinto dalla necessità di offrire una via di uscita al lacerante conflitto religioso⁷.

Niente di paragonabile, neppure, al percorso francese di un *droit public*, che al contrario già inizia a radicarsi all’interno dei confini nazionali ed entro la nuova cornice dello Stato di giustizia e che tra Bodin, Loyseau e soprattutto Domat (che a fine Seicento intitola proprio al *droit public* “La suite” de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*) comincia ad offrire una precisa radiografia giuridica dei rapporti tra monarchia e corpi. Una radiografia, beninteso, operata attraverso l’impiego di lessici, categorie, istituti, tipici di antico regime e funzionali alla descrizione e all’organizzazione di una società corporata⁸.

⁷ M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, tm. I, *Pubblicistica dell’Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, 2008, pp. 123 e ss.; pp. 529-537.

⁸ Ho cercato di ripercorrere questo itinerario in *Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat*, in G. DILCHER, D. QUAGLIONI (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico*, tm. III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, Bologna-Berlin, 2011, pp. 679-696.

Niente di paragonabile, infine, in Italia, neppure a Settecento avanzato, alla letteratura della *Policeywissenschaft* tedesca o del *droit de police* francese⁹.

Non c'è alcuno spazio per questa tipologia di norme in un celebre repertorio della giurisprudenza consulente, come le *Practicae conclusiones iuris* di Domenico Toschi, ad inizio Seicento¹⁰, un'opera – come ha osservato Mario Ascheri – che costituisce “un po' il reticolo concettuale e la mappa toponomastica della complessità e frammentazione del potere in età moderna”¹¹.

Un ramo dell'ordinamento definibile come ‘pubblico’ neppure fa la sua comparsa nella classificazione delle “diverse sorti o specie delle leggi”, con cui si apre, nel 1673, il *Dottor volgare* di Giovan Battista De Luca, che elenca: “la Divina, la naturale, quella delle genti, la civile, la canonica, la feudale, e la particolare”¹²: quest'ultima, certo, non più limitata agli statuti cittadini e dei diversi corpi e collegi, ma ormai sempre più monopolizzata dalla legge che “dal Principe sovrano si faccia per tutto il suo Principato”¹³.

Vuoti lessicali significano anche persistente invisibilità della dimensione pubblicistica. È un profilo che ha studiato in particolare, a mio avviso, con notevoli risultati, Luca Mannori¹⁴. Stato e poteri pubblici,

⁹ Per uno sguardo di sintesi, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2013⁵, pp. 127-181.

¹⁰ D. TUSCUS, *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum... tomus primus - tomus octavus et postremus*, Romae, ex Typographia Stephani Paulini, 1605-8.

¹¹ M. ASCHERI, *Le Practicae conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in A. DE BENEDICTIS, I. MATTOZZI (a cura di), *Giustizia e corpo sociale nella prima età moderna: argomenti nella letteratura giuridico-politica*, Bologna, 1994, p. 37.

¹² G.B. DE LUCA, *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica; moralizzato in lingua italiana per istruzione, e comodità maggiore di questa provincia*, Roma, 1673, *Proemio*, cap. IV, p. 58.

¹³ *Ibid.*, *Proemio*, cap. IV, p. 66.

¹⁴ L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)*, Milano, 1994, pp. 17 e ss.; ID., *Un'«istessa legge» per un'«istessa sovranità»: la costruzione di una identità giuridica regionale nella Toscana asburgo-lorenese*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma, 2006, pp. 355-

ovviamente esistono; sono pienamente effettivi. Anche nel composito assetto istituzionale della penisola, quei poteri hanno subito, almeno dall'inizio dell'età moderna, un rilevante processo di concentrazione e di razionalizzazione. Iniziano persino a farsi carico di compiti che noi definiremmo oggi materialmente amministrativi.

Quei poteri, tuttavia, non si esprimono con regole pubblicistiche di cui si avverta e si ammetta la specificità. La loro azione è calata nei tradizionali modelli processuali, soffusa nel comune linguaggio giuridico (che può essere quello della *iurisdictio*, dello *ius universitatum*, degli *iura regalia*)¹⁵. Stato e poteri pubblici stentano a condensarsi in un discorso di tipo teorico. Nell'atlante mentale dei giuristi di antico regime non solo la grande dicotomia è ancora di là da venire, ma lo spazio visivo fatica ad allargarsi verso una identità giuridica propria e diversa da quella sottesa al diritto comune, verso un possibile diritto pubblico, dunque, inteso come polo dicotomico dell'ordine giuridico.

Non è ancora nelle corde dei nostri giuristi la grande dicotomia. Al contrario, è ancora forte l'onda lunga della lettura sedimentata del passo ulpiano, risalente addirittura ad Azzone, secondo cui “publicum et privatum non sunt species iuris, sed assignentur res, vel personae, super quibus posita sunt iura”¹⁶. Come spiegava Francesco Calasso in un saggio fondamentale, pubblicato nel 1943 su *Jus*: “pubblico e privato non è il diritto, che è uno e inscindibile, ma i rapporti (*res*) o i soggetti (*personae*) su cui l'ordinamento giuridico dispone”¹⁷.

3. A metà Settecento iniziano i primi scossoni. Muratori, nel 1742, ha già passato in rassegna i *Difetti della giurisprudenza*; il ruolo della

360; ID., *Lo Stato del Granduca 1530-1859. Le istituzioni della Toscana moderna in un percorso di testi commentati*, Pisa, 2015.

¹⁵ L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX (1990), pp. 415 e ss.

¹⁶ AZO, *Summa Institutionum*, Papiae, 1506, rist. anast., ex officina Erasmiana, Augustae Taurinorum, 1966, I, 1 de iust. et iure, p. 348.

¹⁷ Il saggio è stato ripubblicato in F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1949². La citazione è a p. 285.

legge e quello della *opinio doctorum*; ha radiografato, in stretta connessione con la messa in discussione del sistema delle fonti del diritto, i modi di funzionamento del potere giudiziario e la latitudine dell'interprete¹⁸. Proprio la critica della diretta capacità normativa della scienza giuridica, in nome di una inedita "certezza del diritto", che ha qui il suo specifico momento di incubazione e che si declina prima di tutto come certezza della legge, come infallibilità del comando del legislatore¹⁹, apre le primissime breccie verso l'identificazione tra diritto e legge e verso il superamento dell'antico pluralismo giuridico. Eppure, anche in quest'opera le aperture verso un approccio dicotomico sono minime.

Solo nel *Della pubblica felicità*, il testamento che Muratori, proprio a metà del secolo, consegna al secondo Settecento, si iniziano almeno ad isolare una serie di saperi che si definiscono appunto di diritto pubblico e che devono illuminare il principe e l'uomo di governo.

«Ora sarebbe bene che il principe istituisse una particolare accademia, in cui studiassero le regole del saggio governo de' popoli... Basta la giurisprudenza giustiniana ad un ordinario magistrato, deputato ad amministrare la giustizia civile; ma per chi dee amministrare il principato come consigliere di Stato sarebbe pur bene, anzi necessario, che egli sapesse anche una giurisprudenza superiore, cioè quella che insegna i primi principi della giustizia e i doveri del principe verso de' sudditi e de' sudditi verso del principe, che sa giudicare se le leggi stesse siano rette, o se altre maggiormente convenissero. Chiamasi questo il *gius pubblico*, ampiamente trattato e insegnato nella Germania e ne' Paesi Bassi, ma trascurato per lo più dai giureconsulti italiani, che tutto il loro sapere restringono ai Digesti e al Codice e alla gran filza degli ordinari autori legali»²⁰.

¹⁸ L.A. MURATORI, *De' difetti della giurisprudenza*, Venezia, Giambattista Pasquali, 1742, cap. IV, *Dei difetti esterni delle leggi e della giudicatura*. Citiamo dall'edizione Milano, 1958, pp. 39 e ss.

¹⁹ P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, fasc. 4, pp. 926-29.

²⁰ L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca [i.e. Venezia, s.n.], 1749. Citiamo dall'edizione a cura di C. MOZZARELLI, Roma, 1996, pp. 34-35.

Neppure quindici anni dopo, Beccaria dischiude ben altro scenario. Anche in questo caso, in verità, l'approccio dicotomico è minimo. È il "pubblico bene", il "ben pubblico", il "pubblico deposito"²¹, non il diritto pubblico, a risuonare continuamente nelle pagine del *Dei delitti e delle pene*. Eppure, il ripensamento copernicano del diritto di punire, del suo fondamento come dei suoi limiti, passa questa volta attraverso un tuffo profondo nella tradizione contrattualistica europea e nell'intera letteratura politico-giuridica sei-settecentesca, da Grozio sino a Rousseau.

Il *droit politique*, cui Rousseau ha dedicato due anni prima di Beccaria, nel 1762, il sottotitolo del *Contrat social*²², sta diventando il canale attraverso il quale inizia a scorrere, anche in Italia, la riscrittura degli assetti di antico regime e la progettazione, tra riforme e rivoluzione, del nuovo ordine individuale del diritto.

Rousseau ne ha dato una definizione precisa: *les lois politiques* sono le leggi che "regolano il rapporto del tutto con il tutto, o del corpo sovrano con lo Stato"²³. Fra le diverse relazioni da considerare, la scelta del filosofo ginevrino è netta: "fra queste diverse classi, le leggi politiche, che costituiscono la forma di governo, sono la sola che rientri nel mio tema"²⁴.

Libertà politica; proprietà; imposta; contratto di conduzione; fonti del diritto; potere giudiziario; rigenerazione del penale; rapporti centro-periferia; nuova costituzione del clero. Mai come in questo momento, anche in Italia, costituzione esistente e costituzione da stabilire appaiono, al tempo stesso, così intrecciate, eppure così distanti.

Il *droit politique* non è un ramo dell'ordinamento esistente; non è una costola del tradizionale *ius patrium*; non è tanto meno una disciplina accademica.

²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Marco Coltellini, 1764. Citiamo dalla Edizione nazionale delle opere, a cura di G. FRANCONI, Milano, 1984, § II, pp. 30-31; § III, p. 34; § VI, p. 40; § VII, p. 45; § VIII, p. 47.

²³ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social; ou, Principes du droit politique*, in ID., *Œuvres complètes*, III, Paris, 1964.

²⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, L. II, cap. XII, *Della divisione delle leggi*. Citiamo dalla edizione italiana a cura di V. GERRATANA, Torino, 1994, pp. 74-75.

È solo la dimostrazione di una inedita circolazione culturale, che si alimenta di fonti diversissime. La *philosophie*, da un lato, *les économiques*, dall'altro, conoscono anche in Italia una penetrazione capillare, che aggiorna i lessici politici, indirizza i sentieri riformatori, inizia a mettere in discussione le classificazioni tradizionali del diritto.

Pochi anni dopo, nell'estate del 1780 – sono già alle spalle le prime vicende delle colonie americane, di cui sarà un tramite fondamentale nella penisola – Gaetano Filangieri potrà tranquillamente constatare che “la filosofia è venuta in soccorso dei governi ed ha prodotto gli effetti più salutari”. Ed è ormai di fronte al tribunale della pubblica opinione che “il libero filosofo”²⁵ intraprende la riforma della legislazione e prepara i materiali utili per coloro che governano. Materiali che si sono fatti ora propriamente costituzionali e che si avvalgono di un ampio sguardo comparativo. Si pensi alle critiche filangieriane al modello inglese di governo misto, pericolosamente esposto, agli occhi del filosofo napoletano, ad una possibile deriva monarchica: un modello che nella *Scienza della legislazione* è consapevolmente mediato dalla lettura di Blackstone e degli “scrittori del diritto pubblico di questa nazione”²⁶.

Inizia lentamente a dischiudersi una dimensione costituzionale, sinora sconosciuta o ancora sommersa, sotto traccia, come sta avvenendo in terra toscana, nei coevi ed ancor segretissimi primi proponimenti costituzionali di Pietro Leopoldo²⁷.

Minime, ovviamente, le ricadute di tutto questo sugli insegnamenti giuridici. Le prime cattedre settecentesche di *gius pubblico* restano immerse in una indistinta filosofia morale, o vengono confinate nei confini tradizionali della “legge particolare”, dello *ius patrium*²⁸, unica casel-

²⁵ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Libro primo, *Delle regole generali della scienza legislativa*, Napoli, Stamperia Raimondiana, 1780. Citiamo dalla edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, vol. I, a cura di A. TRAMPUS, Venezia, 2004, *Introduzione*, p. 18.

²⁶ *Ibid.*, vol. I, cap. XI, p. 107.

²⁷ B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, 1991, pp. 293 e ss.

²⁸ I. BIROCCHI, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in J. KRYNEN, M. STOLLEIS (a cura di), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII^e-XVIII^e siècle)*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 54 e ss.

la nella quale, tra antichi statuti cittadini e nuova legislazione del principe, vengono veicolati, in un crescente rigoglio legislativo, quegli che – soprattutto nel resto di Europa – si definiscono gli ordini di polizia.

Non fanno eccezione, nonostante il titolo, gli *Juris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata* di Giovanni Maria Lampredi, editi a Livorno tra il 1776 e il 1778, tributari in più punti delle opere di Pufendorf e Wolff. Si tratta di uno dei primi testi ove è possibile leggere una definizione del “diritto pubblico speciale” come “il modo in cui una società particolare si governa e la somma potestà si costituisce dal popolo”²⁹.

Ma non è questo l’oggetto del volume e delle lezioni pisane da cui è scaturito. Non solo la trattazione trascende l’individualità del singolo ordinamento positivo; non solo i teoremi che si elaborano hanno taglio universalistico e sostanza filosofica, mirando a distinguere il giusto dall’ingiusto.

Quello che stenta ad emergere sono proprio i due rami contrapposti dell’ordinamento. Per essere più chiari, qui il problema non è ancora di confini, di identità contrapposte, quanto piuttosto di teoremi fondanti del diritto, di principi di diritto naturale, appunto, cui l’ordine civile deve conformarsi.

Sulla dicotomia continua a prevalere una direttrice discendente, dall’universale allo speciale, dalla filosofia morale al diritto, dal diritto naturale ad un diritto positivo, che è ancora in larga misura diritto comune, a carattere prevalentemente privatistico.

4. Fughe in avanti, prudenti marce indietro, eclettismo accentuato di linguaggi e di modelli convivono strettamente nello scorcio del secolo.

Sarà il triennio giacobino, aperto dalla trionfale campagna d’Italia di Bonaparte, ad innescare improvvise accelerazioni e a troncare questa insistita mescolanza di vecchio e nuovo.

²⁹ G.M. LAMPREDI, *Juris publici universalis sive juris naturae et gentium theoremata*, tomus I, Liburni, Falurnus, 1776. La citazione è tratta dalla volgarizzazione di DEFENDENTE SACCHI, *Diritto pubblico universale*, Milano, Silvestri, 1828², vol. I, *Prolegomeno*, § 8, p. 34.

La lingua politica italiana vive un epocale momento di trasformazione: un momento che un linguista del valore di Erasmo Leso ci ha restituito anni fa in un atlante di rara efficacia³⁰. Fanno la loro comparsa nuove terminologie elettorali, parlamentari, amministrative, a definire i nuovi luoghi ed i nuovi strumenti del potere: costituzione, assemblee, codici, elezioni. C'è un'esplosione del pubblico, che si lega a nuovi lemmi: istruzione, opinione, spirito. Sta prendendo definitivamente corpo anche in Italia quella sfera pubblica in merito ai pubblici affari che il Settecento ha a lungo inseguito. In particolare, il concetto di costituzione, sin qui sostanzialmente marginale, fa il suo “vero ingresso nel lessico politico italiano”, divenendo “una delle parole chiave del nuovo linguaggio rivoluzionario”³¹.

Non è il momento dei giuristi: è al contrario un momento di vorticoso alternarsi di politiche costituzionali, di esercizio concreto di potere costituente, da parte di un popolo che, sia pur sotto l'ombrello protettivo della “Costituzione della madre Repubblica francese”³², si dà finalmente “carattere politico”³³ e fa le prime esperienze di instaurazione di un nuovo ordine costituzionale. Politiche bene espresse nelle opere più significative di questi anni, gli *Elementi di diritto costituzionale demo-*

³⁰ E. LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario 1796-1799*, Venezia, 1991, spec. pp. 281 e ss.

³¹ L. MANNORI, ‘Costituzione’. *Note sull'emersione del concetto nell'Italia del Settecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45 (2016).

³² *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana presentato al Governo Provvisorio dal Comitato di Legislazione* (aprile 1799), ed. a cura di F. MORELLI, A. TRAMPUS, Venezia, 2008, p. 122.

³³ G. COMPAGNONI, *Discorso sui governi provvisori letto nella sessione del 2 gennaio (1797) del Congresso Cispadano in Reggio*, ora in V. FIORINI (a cura di), *Gli Atti del Congresso Cispadano nella città di Reggio: 27 dicembre 1796-9 gennaio 1797*, Roma, Soc. Dante Alighieri, 1897, p. 163. Per una contestualizzazione, L. MANNORI, *Compagnoni, Giuseppe*, in I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, 2013, vol. I, pp. 565-68.

cratico di Giuseppe Compagnoni³⁴; il progetto di costituzione napoletana elaborato da Mario Pagano³⁵.

Al valico del secolo, tra riforme e rivoluzione, il panorama pubblicistico si anima, si complica; si arricchisce del linguaggio costituzionale dei diritti, della divisione dei poteri, della rappresentanza, delle forme di governo³⁶. Ma i rovesciamenti di fronte sono continui. Le vittorie della seconda coalizione aprono la strada ad una pesante restaurazione. Compagnoni ripara fortunatamente in Francia; Pagano, il 29 ottobre del 1799, muore sul patibolo. Di lì a poco, il 14 giugno del 1800, Marengo dischiude invece la porta, nella penisola, all'ordine napoleonico.

Non c'è dubbio: il napoleonico *terminer la révolution* produrrà assestamenti importanti nel *droit politique*. La costituzione rivoluzionaria è ormai alle spalle. Ci si incammina su sentieri lontani da quelli giacobini. Il *Tout devient droit public* con cui Portalis ha bollato, nello *spirito rivoluzionario*, “le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à

³⁴ G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principj di giuspubblico universale*, Venezia, Giustino Pasquali, 1797, rist. anast. a cura di I. MEREU, Milano, 2008.

³⁵ *Progetto di costituzione della Repubblica napoletana*, cit., p. 122: “una Costituzione che assicuri la pubblica libertà e che, slanciando lo sguardo nella incertezza de' secoli avvenire, guardi a suffogare i germi della corruzione e del dispotismo, è l'opera la più difficile a cui possa aspirare l'arditezza dell'umano ingegno”.

³⁶ “Ma questo bel nome (di cittadino) risorge ora fra noi accompagnato dagli alti diritti ch'esso annuncia; e la Costituzione che felicemente succede ad un sistema d'imbecille atrocità, lo consacra solennemente per la felicità del popolo di queste contrade. La libertà, l'eguaglianza, la sicurezza delle persone e delle fortune, vengono proclamate in essa stabilmente; e su questi sacri ed eterni fondamenti sorgeranno le auguste leggi che avremo quindinnanzi, le quali concorrendo ognuno di noi a formarle, perché ognuno di noi concorrerà a nominare a legislatori gli uomini degni della nostra fiducia, la sorte nostra assicureranno veracemente; e non avremo più che quelle leggi che i nostri veri bisogni comanderanno; e saranno giuste, e saranno dolci, e saranno tutte fondate sulla nostra libertà, e tenderanno tutte a conservarcela, e a conservarci con essa l'eguaglianza, e la sicurezza delle persone e delle fortune; e se accada giammai che alcuna non regga all'esperimento, non avremo desiderarne per lungo tempo l'emenda” (COMPAGNONI, *Discorso pronunziato il dì 2 maggio 1797 nell'Università di Ferrara all'apertura della nuova cattedra di diritto costituzionale democratico e giuspubblico universale*, in ID., *Elementi*, cit., pp. XXIV-XXV).

un but politique”³⁷, ha lasciato spazio a “la maxime de tous les pays et de tous les temps: au citoyen appartient la propriété, et au souverain l’empire”³⁸. Le *lois constitutionnelles et politiques* hanno avviato il loro incerto cammino verso il costituzionalismo liberale, ma sono ormai definitivamente attestate a disciplinare i rapporti tra governanti e governati e lo stesso *Code civil* resta – anche per Portalis – “sous la tutelle des lois politiques”³⁹.

Cambia dunque di segno, ma non si arresta la prepotente emersione del polo pubblicistico, ormai incamminato verso il costituzionalismo liberale. Parimenti, un inedito linguaggio amministrativo soggettivizza organi e separa funzioni, aprendo il campo ad una altrettanto inedita amministrazione generale dello Stato. Sta definitivamente emergendo un potere amministrativo che i giuristi sinora non hanno ancora qualificato come tale. Già tracciato in alcune scelte di sistema del costituzionalismo rivoluzionario, quel potere è ormai perfettamente visibile nei grandi manifesti normativi napoleonici, a partire dalla celebre legge del 28 piovoso anno VIII.

Anche di questa emersione, il Regno d’Italia sarà un laboratorio importante, per molti aspetti legato alla figura di Gian Domenico Romagnosi, uno straordinario poligrafo di transizione, dagli interessi enciclopedici, che spazia dal diritto penale, al diritto pubblico universale – ultima propaggine dell’indirizzo settecentesco di diritto naturale –, per lambire però, ormai a ridosso della Restaurazione, terreni nuovi come quelli della progettazione costituzionale e del diritto amministrativo, sondando nuove classificazioni ed articolazioni del diritto pubblico tra giusnaturalismo settecentesco e costituzionalismo liberale⁴⁰. Un vero giurista della Restaurazione⁴¹, che ricuce e ricomponere eredità settecen-

³⁷ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Paris, 1999, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 73.

³⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁰ L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, I, *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984, spec. pp. 29 e ss.

⁴¹ L. LACCHÈ, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 39 (2010), pp. 186-95.

tesche, lasciati rivoluzionari e quelle prepotenti esigenze di moderazione che il ritorno degli antichi sovrani inevitabilmente porta con sé.

In particolare, le sue *Istituzioni di diritto amministrativo*, edite nel 1814 – opera nata da montaggi editoriali complessi ed ancora momento di trapasso tra lessici divergenti –, già isolano però, sin dal titolo – sul quale può vantare anche rispetto alla Francia, una sicura primogenitura – una nuova identità giuridica, costruendo un primo abbozzo sia di un soggetto istituzionale a cui si dà un nuovo nome – l’amministrazione pubblica, contraddistinta da una propria specifica struttura organizzativa –, sia di una nuova attività – “le azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il corpo politico o la sovranità medesima”⁴² –: soggetto ed attività che pretendono e richiedono distinzione ed autonomia rispetto a legislazione e giurisdizione.

Si dischiudono problemi nuovi di competenza, di riparto, di confini, appunto, problemi enfatizzati e complicati dalla scelta del modello del contenzioso amministrativo che poggia sulla sottrazione dell’amministrazione al sindacato giudiziario.

Ma, soprattutto, inizia a delinearci, per usare un termine caro alla pubblicistica tedesca, un nuovo solido *Träger der Souveränität*, un pilastro pubblicistico destinato a consolidarsi, a rafforzarsi, ad ingrandirsi per tutto il corso del XIX e di buona parte del XX secolo.

5. La grande dicotomia non vive però soltanto di una crescente visibilità del polo pubblicistico, definitivamente emerso nel passaggio irreversibile tra la società di corpi e l’ordine individuale del diritto. Nei suoi esiti più intransigenti, la strada del *droit politique* neppure conduce alla grande dicotomia, conduce al contrario alla assoluta preponderanza del pubblico, alla sovranità assoluta di Rousseau, alla identità – e non alla distinzione – tra governo e popolo. “La città rousseauviana – ha scritto Pietro Costa in una densa pagina di sintesi – è assolutamente

⁴² G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Cesare Orena nella Stamperia Malatesta, 1814, § 1, p. 1 (citiamo dalla ristampa anastatica a cura di E. ROTELLI, *Romagnosi 1814 «Istituzioni di diritto amministrativo»*, Bologna, 2014, p. 211).

incompatibile con quella rappresentazione dicotomica dell'ordine socio-politico che si era fatta strada in Inghilterra e in Francia nel corso del Settecento: un ordine delle proprietà ... che il sovrano conferma e rafforza". Sono proprio "gli interessi individuali", per Rousseau, a minacciare "l'integrità della città ideale"⁴³.

La grande dicotomia, al contrario, è sospinta proprio dall'onda lunga della proprietà e della libertà, dall'onda lunga del progressivo riconoscimento dell'autonomia e dell'indipendenza del soggetto individuale; è sospinta dalla pretesa della società civile di distinguersi e separarsi da quello Stato⁴⁴ che ora si vuol costruire secondo "le leggi della libertà"⁴⁵.

Trova una sedimentazione normativa nelle grandi dichiarazioni, a partire dall'art. 17 della *Déclaration* del 26 agosto 1789, e soprattutto nel compiersi della codificazione civile, secondo i due modelli, il *Code civil* del 1804 e l'ABGB austriaco del 1811, che appartengono al diritto vigente dell'Italia di questi anni; l'Italia napoleonica prima; il Lombardo-Veneto poi⁴⁶, mentre in Prussia *l'Allgemeines Landrecht*, nel 1794, ancora coniuga e mescola pubblico e privato. Quella codificazione, sin dall'inizio, avvertita come statuto immodificabile dei diritti civili e come principale fondamento normativo dell'ordine costituzionale dei privati⁴⁷.

⁴³ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, 1999, p. 538.

⁴⁴ In questo senso già la lucida indicazione di O. BRUNNER, *Land und Herrschaft*, trad. it. a cura di P. Schiera, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, 1983, p. 174: "la consueta distinzione di diritto pubblico e privato acquista un senso preciso solo sul presupposto del moderno concetto di sovranità e della società civile, in quanto contrapposta allo Stato sovrano".

⁴⁵ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, 1797, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO, L. FIRPO, V. MATHIEZ, trad. it. di Gioele Solari e Giovanni Vidari, Torino, 1965², p. 505.

⁴⁶ R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (a cura di), *Enciclopedia Italiana*, Appendice VIII, *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 277-78.

⁴⁷ L. LACCHÈ, *Il costituzionalismo liberale*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, cit., p. 296.

Trova infine le sue prime sedimentazioni teoriche negli alfiери delle garanzie del mio e del tuo, da Kant a Portalis, a Constant⁴⁸.

Sarà proprio Kant ad offrire, nel 1797, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto*, dignità teoretica alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato; a utilizzare la distinzione come base sistematica della trattazione. Il suo celebre *postulato del diritto pubblico*⁴⁹ scolpisce il dovere morale di uscire dallo stato di natura per entrare in uno stato giuridico che sani le imperfezioni e le provvisorietà del primo, e sancisca definitivamente la garanzia del “mio e del tuo per mezzo di leggi pubbliche”⁵⁰.

Saranno però soprattutto le pagine celeberrime del *System* di Federico Carlo di Savigny (un personaggio – si pensi a Baudi di Vesme o a Federigo Sclopis – che ha un immediato successo italiano)⁵¹, ad elementarizzare tutto questo, nel 1840, per i giuristi continentali, riprendendo il filo degli antichi lemmi ulpiane, ma infondendovi i contenuti modernissimi dell’autonomia del soggetto individuale e gettando così le basi fondanti della grande dicotomia. Un *Sistema* – non per niente – *del diritto romano attuale*⁵².

Scriva Savigny: “se passiamo in rassegna l’intero diritto, distingueremo in esso due rami (*zwei Gebiete*): lo *Staatsrecht*” – che Vittorio

⁴⁸ B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris, Eymery, 1815, pp. 17-18: «L’universalité des citoyens est le souverain. Mais il ne s’en suit pas que l’universalité des citoyens... puissent disposer souverainement de l’existence des individus. Il y a au contraire une partie de l’existence humaine, qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale. La souveraineté n’existe que d’une manière limitée et relative. Au point où commence l’indépendance de l’existence individuelle, s’arrête la juridiction de cette souveraineté». «Rousseau a méconnu cette vérité, et son erreur a fait de son contrat social, si souvent invoqué en faveur de la liberté, le plus terrible auxiliaire de tous les genres de despotisme».

⁴⁹ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 493.

⁵⁰ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 422.

⁵¹ L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte: cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l’Unità*, Roma, 1984.

⁵² Un titolo che programmaticamente suggeriva “l’esistenza di un autentico corto circuito fra passato e presente, fra soggettività degli antichi e individualismo dei moderni” (A. SCHIAVONE, Ius. *L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 17).

Scialoja, ancora nel 1886, traduce *il diritto politico* – “e il diritto privato. Il primo ha per oggetto lo Stato ossia l’organica manifestazione del popolo; il secondo l’insieme dei rapporti giuridici, in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita, dandole un particolare carattere”⁵³.

Il BGB è ancora di là da venire; lo sono pure la scientificizzazione del diritto pubblico, la presa di distanza dalle scienze sociali, il metodo giuridico, la redazione di parti generali specificamente pubblicistiche, in grado d’incrinare quel primato romanistico-pandettistico, quasi inattaccabile per buona parte del XIX secolo.

La forma mentis del giurista continentale, a questo punto, può però iniziare a ritenere che i due rami del diritto, quei due territori così ben distinti da Savigny, appartengano ormai ad una bipartizione a priori del diritto – costituiscano le due facce della luna giuridica –; i due rami lungo i quali possono scorrere ed essere saldamente incanalate le più diverse contingenze.

Sarà il secondo Ottocento il momento della massima purezza della dicotomia. Il momento della massima compattezza delle due sfere. Il momento della massima nettezza dei confini. Lo Stato è comando, autorità; è unità rigida. Tanto rigida, che la costruzione al suo interno di diritti pubblici soggettivi non potrà che imboccare sentieri accidentati e problematici. Al polo opposto dominano invece incontrastati la signoria della volontà, il diritto soggettivo, il contratto⁵⁴.

Purezza, compattezza, semplicità tuttavia durano poco. Incombono le pesanti trasformazioni, che tanto impressionavano il Georges Ripert che citavo all’inizio.

Per tutto il corso del Novecento (da Kelsen a Duguit, sino a Gurvitch) la grande dicotomia sarà investita da un pesante fuoco di fila di decostruzione teorica. Crescono a dismisura le zone grigie, le terre di nessuno. Spunta il *tertium genus* del *droit social*. Si avvia la frammentazione disciplinare che rimescola continuamente le carte. Si intreccia-

⁵³ *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di Vittorio Scialoja, Torino, Unione tipografica editrice, 1886, volume primo, § 9, p. 49.

⁵⁴ Su questi universi irriducibili, emblematica la riflessione di Federico Cammeo. Ho cercato di ricostruirla in *Le Pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell’itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22 (1993), pp. 205-277.

no tumultuosamente privatizzazioni del pubblico e pubblicizzazioni del privato. Si fa strada, a innescare nuove trasversalità, una inedita indivisibilità dei diritti.

La grande dicotomia, così faticosamente creata, sta diventando ormai un confine di facile trapasso⁵⁵.

⁵⁵ Al punto da spingere il giurista contemporaneo (con radicate e profonde competenze storiografiche) ad interrogarsi sul possibile congedo dal diritto pubblico. Emblematico D. GRIMM, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen, 2012, pp. 57 e ss.

THE FRENCH MODEL: THE CONSTRUCTION OF PUBLIC LAW THROUGH THE DEVELOPMENT OF STATE LIABILITY FOR WRONGS

Jean-Louis Halpérin

All students of French administrative law are acquainted with the ruling of the Tribunal of Conflicts (*Tribunal des conflits*), decided on the 8th of February 1873, known as the *Blanco case* (*Blanco judgment or arrest*)¹. The *Blanco case* is the opening one in the most popular casebook of administrative law in France, the *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, available in print since 1956². For several generations of public law specialists, the *Blanco case* has been the point of departure of French administrative law, conceived as a specific set of rules applied to the administration (and controlled by administrative courts) that are distinct from the rules of the Napoleonic Code. The main point of the ruling was that the liability of the State for damages provoked to individuals by persons employed in the public service (*service public*), was not governed by the principles of the Civil Code, but by special rules.

All legal historians, if not necessarily all specialists of public law, know today that the origins of administrative law in the *Blanco case* is a myth and an “invented tradition” beginning with the legal writers of the early 20th century who, like Duguit, had proposed to consider the “civil

¹ Normally, one learns in France that rulings by tribunals (or first instance courts) are called “judgements” (*jugements*) while rulings by Courts (or “superior courts”) are called “arrests” (*arrêts*). According to this terminology, the *Tribunal des conflits* (first instituted in 1848 and in operation until 1852, then re-established in 1872) would decide through judgements. However, as the *Tribunal des conflits* is the arbiter of the separation between administrative and ordinary courts, with a mixed composition from the *Conseil d’État* and the *Cour de cassation*, the word “arrest” is frequently used with reference to this jurisdiction.

² M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (abbreviated in *GAJA*), Paris, 18th ed., 2011, p. 3-7.

service” (*service public* conceived rather as a function than as a public body) as the decisive criterion to set the boundary between private and public law³. First, the *Blanco* case was a hardly noticed ordinance and it confirmed previous rulings about some cases concerning the liability of the State and the competence of administrative courts. Second, it did not decide that there was a new principle of State liability in all domains of administrative law, especially the liability of municipalities (*communes*) or departments. Even the notion of a legal personality of the State (or of the other legal persons governed by public law) was not completely admitted in France before the end of the 19th century: this notion was deeply influenced by the German writers and was first transplanted by academics, without a direct influence on the case law of the *Conseil d’État* or of the *Tribunal des conflits*. Above all, the duality of ordinary (which means, both civil and penal) courts and administrative courts did not begin in France with the *Blanco* case. While the separation of the judiciary and the administrative authorities had been decided by the French Revolution (law of 16th and 24th August, 1790), administrative courts were created by Bonaparte in 1800 through the establishment of the State Council and of the *conseils de préfecture* (prefecture’s councils) in the departments. The French “jurisdictional duality” begins in 1800 and was in operation until 1872 (except for the short period between 1848 and 1852) with a State Council endowed with specific powers: the function of dealing with “administrative difficulties” (which meant “administrative litigation”), a power legally limited to advice given to the Head of State (who was the true ruler of the “arrest”) and a great authority linked with the competence to decide on the conflicts between administrative and judicial authorities. The Law of May 24th, 1872 (recently replaced by a law of June 26th, 2015) decided that the State Council ruled, in a sovereign manner (*souverainement*), on administrative litigations and that the Tribunal of conflicts was a special jurisdiction to judge about conflicts between administrative and judicial authorities.

³ G. BIGOT, *La responsabilité de l’administration en France. Histoire et théorie*, in *Jus politicum*, n° 8, 2012, p. 1-17, notably p. 11-13.

It remains that the *Blanco* case created a special link between the question of the liability of the State for wrongs and the French concept of the boundary between private and public law. I would like to develop this idea, analysing what can be called the “French model” and its evolution until today. This contribution is based on the following hypothesis:

- 1) The distinction between public and private law is no essentialist delimitation between two domains, one domain addressing the relationships between individuals and the other addressing the State or legal persons governed by public law. It is a contingent and evolving border created by Courts (the Tribunal of Conflicts, the Council of State, in some cases the Court of Cassation) and linked with the dual jurisdiction. Because of the dual jurisdiction (which has been part of the French positive law since 1800), there is a separation of private and public law, which is not defined by doctrinal criteria or by a simple definition. Only the courts decided, at any given moment, what depended on public law. This predominance of case law could appear as a paradox in a civil law country like France, but is crucial to understand why the border between private and public law is constantly moving. It does not mean that legal writing and legal circulations with other countries do not play a role in this issue, but that case law is the decisive factor.
- 2) The recognition of a State liability for wrongs was an early phenomenon in France in comparison with other countries and remains widely accepted today in comparison with other legal systems. It does not mean that all is perfect in French law, with respect to the compensation of damages provoked by the State, but that the French model is the one which contemplates an extensive liability of the State.
- 3) The interventions of the French State, especially in economic relationships, have gone through great changes since the beginning of the 19th century, as in other countries. France has a reputation of State interventionism, beginning with the so-called *Colbertism*,

which is partly justified and partly excessive⁴. As in other European countries, the perimeter of State action has been deeply changed by the liberalization of public services in the European Union law at the end of the 20th century. This is the reason why I will organize my analysis in three successive periods along the timeline, the first up to the *Blanco* case, the second following it, and then the third occurring in the 1980s (that is, the time of the 1986 French ordinance liberalizing prices in the free market and developing competition law with an independent administrative authority). The first period is characterized by an acute struggle between administrative and judiciary courts, as well as by the emergence of administrative liability. In the second period the main features of State liability in France came into being, in a context where the Tribunal of conflicts constituted an attempt to find a compromise between administrative and ordinary judges. The third period can be said to be shaped by a dynamic complementarity within the dual judicial system and by an extensive liability of the State in a new era of “regulation” (as distinguished from interventionism).

The emergence of administrative liability in a context of struggle between administrative and judiciary courts

It can be said that the distinction private law / public law begins in French positive law with the establishment of the Council of State, followed in the year 1800 by the *conseils de préfecture*. Private law consists in all matters judged by *ordinary* courts (including civil law, commercial law and penal law), whereas public law is applied by *administrative* courts (both locutions, *ordinary* and *administrative* courts, have been used since this time, identifying what we call the “judicial duality”). Of course, the vocabulary of private or public law was used during the *Ancien Régime* and every French lawyer knew Domat’s

⁴ J.-L. HALPÉRIN, *French courts and public intervention in the Economy during the nineteenth and the twentieth centuries*, in M.A. ROGOFF, M. DIXON, E. BITHER (eds.), *The Financial Crisis of 2008: French and American Responses-Proceedings of the 2010 Franco-American Legal Seminar*, Portland, 2011, p. 135-150.

*Traité du droit public*⁵. However, this was only a doctrinal division, and it did not have a great impact on positive law. The drafting of the Civil Code led Portalis to deal with this division between different kinds of laws. In the famous *Discours préliminaire*, Portalis opposed the civil laws (*lois civiles*) to constitutional and political law (*lois constitutionnelles et politiques*) and affirmed, according to Bacon's aphorism (VIII, 3), that private law depends on the protection of public law. In his project of a Preliminary Book for the Civil Code, Portalis proposed that laws more immediately concerning society's interests (rather than individual interests) were to form the "public law of a nation". But this Preliminary Book was rejected, and only article 7 of the Civil Code made an allusive distinction between civil rights as determined by the Code and the "quality of citizen" as ruled by constitutional law. With a weak constitutional law, that could hardly be used before the courts, administrative law was the core of public law. However, the notion of "administrative law" remained unclear at this time. When in March 1804 the Civil Code was promulgated, and the law faculties reopened their doors, the regulation which governed their activity envisaged the teaching of "public law" accompanied by "civil law in its relationship with public administration". This course disappeared very quickly; in 1819 a course in "public positive law and French administrative law" was re-introduced, not without difficulties, the diction itself showing how uncertain was the relationship between the State and the civil law. There was no idea of a legal personality of the State in France during the first half of the nineteenth century. Article 538 of the Civil Code spoke of roads, streets, rivers, shores, harbours as "dependencies of the public domain" and it was understood for a long time to involve a distinction between the public domain (open to everybody, the role of the State being that of "guardian") and the State's domain (including administrative buildings and private domains like forests).

Without any theorization, the borderline between private and public law was confused with the separation between judiciary and administrative functions (as settled by revolutionary laws still in force) and with

⁵ G. CHEVRIER, *Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du «jus privatum» et du «jus publicum» dans les œuvres des anciens juristes français*, in *Archives de philosophie du droit*, 1952, p. 5-77.

the new distinction between ordinary and administrative courts. But the determination of the competence of both courts remained vague. Of course, the common rule was in favour of *ordinary* courts, as the expression itself suggested. Administrative courts were exceptional courts with an “attributed” competence. The problem was that the texts which set the competence of administrative courts were elusive and, above all, that the Head of State was the judge of conflicts of competence according to a regulation issued in 1802. But the administrative courts had an advantage: the prefect could prevent ordinary courts to judge a case (*élever* or raise the *conflict*) if that case was “administrative by nature” and the Head of State (upon the advice of the Council of State) could confirm the attribution of the case to administrative authorities, even by quashing rulings of ordinary courts⁶. The *conseils de préfecture* had to deal with individual requests for lowering direct taxes (*réduction de leur cote de contributions directes*), with the difficulties between public works contractors and the administration (concerning the implementation of *marchés de travaux publics*), with complaints about torts and damages in public works, difficulties about big highway maintenance (*voirie*) and all the litigations concerning the “national domains” (all the lands nationalized during the Revolution and for the most part acquired by individuals whose rights were guaranteed by the constitution). The Council of State was an administrative court of appeal whose extensive competence was based on the appeal against rulings of the *conseils de préfecture*, of some specialized institutions, of the ministers and of the prefects (the possibility to contest decisions by the latter two authorities was the point of departure for the “control of legality” of some administrative acts if the administrators “exceeded their powers”, which meant acting *extra vires*)⁷.

As we can see, the definition of the administrative competence, as opposed to the judiciary one, was purely arbitrary and contingent. The distinction between the litigation concerning direct taxation (on land or on moveable properties) – that was the matter of *conseils de préfecture* – and indirect taxation (first registration and stamp rights, then new

⁶ G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, 2002, p. 56-60.

⁷ FR. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, 1995, p. 67.

taxations about consumption goods like salt and alcohols), which remained under the competence of ordinary courts, was the result of the revolutionary legislation eliminating nearly all indirect taxations and keeping only the ones that were linked with judiciary procedures. This arbitrary separation has remained until today in French law, although it is impossible to explain why public law would be more present in direct than in indirect taxations. By the same token, there was no logical explanation for the separation (also still in force) between penal litigation concerning ordinary roads (*petite voirie*) and the one concerning big highway maintenance (*grande voirie*).

One has to understand, then, that most administrative litigation at the beginning of the nineteenth century concerned complaints of individuals, whose vested rights (i.e. property rights) were diminished by administrative action. The “control of legality” was a very small matter in comparison with the “full jurisdiction proceedings” (*contentieux de pleine juridiction*) allowing the administrative courts to reform administrative acts in favour of individuals. If the complaints of individuals were admitted, the State became “debtor” of the plaintiff and had to compensate the wrong it had committed. These wrongs could be provoked, as already noticed in the practise of the *Ancien Régime*, by breach of “administrative” contracts (*marchés*) or by damages provoked through public works (*torts et dommages*).

It is important to notice that the notion of State liability for wrongs was present in France since the origins of administrative courts and, for this reason, it was intimately linked with the foundation of a positive public (administrative) law. There was no theorization at all of State liability: nobody mentioned the legal personality of the State and nobody knew if articles 1382-1386 of the Civil Code concerning torts and wrongs (*délits et quasi-délits* in Roman law tradition) could be applied to the administration. Of course it could be argued that these articles dealt only with “individual persons”: *tout fait quelconque de l’homme* says the famous general clause of article 1382, whereas article 1384 referred to masters and principals that were liable for the wrongs committed by agents and servants, all these expressions being difficult to apply in an administrative context. But the core idea of these articles

that damages inflicted to property rights had to be compensated was not foreign to administrative law.

As a supplementary difficulty, the law of the 17th of February 1800 (*loi du 28 pluviôse an VIII*), creating the *conseils de préfecture*, had reproduced a restrictive formulation in a law of 1790 that concerned only damages provoked by contractors and not those provoked by the administration itself (*dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non de l'administration*). In fact, the drafters of the law had intended to include also damages provoked by the administration and, except for a few judgements requiring a decision from the minister and then an appeal to the Council of State, the competence of the administrative courts was confirmed for all damage provoked by public works⁸.

Without any doubt, damages provoked by public works were the first opportunities for administrative courts to recognize State liability. It was also one of the areas of the continuous struggle between ordinary and administrative courts, the former trying to defend their competences and even to counterattack (for example, about contracts for renting some part of the private domain of the State or contracts to run private ferries on rivers) during the period of the restored monarchy, in a context of increasing criticism against the *Conseil d'État*⁹. Administrative courts developed, in the first half of the nineteenth century, a compre-

⁸ *Journal du Palais, Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1850*, Paris, 1850, vol. XII, p. 349 quoting the speech of Daunou during the drafting of the law and an isolated ruling of the State's Council, 23rd of June 1819 (Lecousin); H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 7th ed., 1913, p. 630-631; FR. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 147.

⁹ It was also the period of the emergence of the control of legality, with the *recours pour excès de pouvoir*, the first cases occurring after a reject of a compensation (*Conseil d'État, Landrin*, 1826): G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 97. Some well-known writers, such as Locré, Merlin, Henrion de Pansey or Sirey, have tried to make distinctions between the acts of the State as a landowner (in that case submitted to civil law) and the acts of the State as sovereign (which could only be submitted to public law): G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 70-71 considers these texts of the first decades of the 19th century as forerunners of the distinction made by Laferrière, in his 1886-1888 treatise, between "actes de gestion" and "actes d'autorité", whereas FR. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 85 was more cautious. Whatever the influence of these writers on the Council of State, there is no doubt that the main question was the rivalry between ordinary and administrative courts.

hensive case law concerning the liability of the State and the duty to compensate individuals for extraction of building materials on private lands, for damages provoked by carriages or workers, for the overflow of waters linked with public works. This case law made the distinction between property rights, which had to be compensated, and indirect damages to interests that were not likely to be compensated: for example, the private contractor (*concessionnaire*) of a bridge (or of a ferry crossing a river) could not complain if the administration created new bridges on the river and it was the same for inn-keepers whose business was troubled by the creation of a new road. In some cases, the borderline with the expropriation procedure was uncertain and civil courts had exclusive competence, after a law issued in 1810, to compensate expropriated landowners. In the 1830s the Court of Cassation considered that a permanent damage (for example provoked by an invasion of water because of public works) was equivalent to expropriation and had to be compensated by ordinary courts. The Council of State resisted and the rule that all damages provoked by public works must be compensated by administrative courts (and according to administrative rules that do not refer to article 1382 of the Civil Code) prevailed¹⁰. At the same time, the administrative courts protected the State against the effects of a general compensation decided by ordinary courts (which could have been costly for the administration, that preferred a compensation decided case by case and probably with a great power of evaluation by the administration) and became accustomed to the idea that the State was liable for damages provoking the partial destruction of properties.

The next stage in the development of State liability for wrongs was the extension to damages provoked to persons by public works and to damages provoked by other public services. The first issue was paradoxically the matter of a retreat of the Council of State in the 1850s and in the 1860s, letting the ordinary courts compensate damages provoked to persons¹¹. The second issue was mostly¹² illustrated with cases con-

¹⁰ A. HUSSON, *Traité de la législation des travaux publics et de la voirie en France*, Paris, 1841, vol. 1, p. 410-418.

¹¹ FR. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 48.

¹² Other cases concerned the damages provoked by military manœuvres: *Conseil d'État* (as judge of conflict) 7th of May 1862, *Vincent*, F. LEBON, *Recueil des arrêts du*

cerning the Mail and the loss of letters that provoked repeated conflicts between the ordinary and the administrative courts. Whereas the ordinary courts considered that civil complaints could be brought against the Mail administration (as the principal of mail agents, according to an extensive interpretation of article 1384 of the Civil Code), the Council of State considered that only administrative courts could judge on such an administrative issue, linked with a public service. Using an old law of 1793 about State debts, the Council of State ruled that the suits for obtaining compensation (*dommages-intérêts*) paid by the State could only be adjudicated by administrative courts (that was of course a fallacy, the debt not pre-existing the damage)¹³. The climax of this conflict was the *Rothschild case* in 1855. This sounds today like an unbelievable story: one member of the Rothschild family (named “Rotschild” in one part of the ruling of the French Council of State), a diamond dealer in London, sent a letter containing diamonds to France (whose value was estimated to be 30,000 francs), which was given to a different Rothschild and lost. The plaintiff sued an agent and the general director of the French mail before the civil tribunal of Paris; then the prefect raised the issue of conflict and the Council of State had to decide which judge was competent. The Council of State considered that the Mail was a public service and that only the administration could determine the relationship between the State, its agents and the individuals that were “beneficiaries” of this public service. According to the specific nature of each public service, the administration also was to appreciate the liability of the State (“la responsabilité de l’État”, this word *responsabilité* being absent in the Civil Code and recently popularized by the 1852 Treatise of judge Sourdat)¹⁴ for the cases of fault, negligence or error of the administrative agents. This State liability could not be ruled by the Civil Code: it was neither absolute, nor general (an expression already used in the conflict arrest of the Prefect of Hérault in a case of

Conseil d’État statuant au contentieux, Paris, 1862, p. 376 whose formulation is very similar to the one of the arrests *Rothschild* and *Blanco*.

¹³ *Conseil d’État* 8th of August 1844, *Dupart* and 9th of February 1847, *Legat* (*Journal du Palais*, vol. 10, 1845-1849, p. 265-266).

¹⁴ A.J.-B. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l’action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, 1852, vol. I, p. 324.

1844)¹⁵ and it was governed by special rules according to the principle of the State as debtor, “one of the foundations of our public law”¹⁶. Perhaps, Rothschild did not deserve any compensation for the lost diamonds (was it really prudent of him to send these jewels via mail?) and the ruling could be used to give the administration the power to reject the complaint (as in other cases concerning the loss or delay of letters). But the attraction towards administrative courts of this litigation about an act that could be qualified as a contract and could be ruled by the Civil Code was a decisive step for developing a public law about State liability. Some years later, despite a law of the 4th of June, 1859 that reserved for ordinary courts the cases about the loss of declared values in letters, and a judgment of the tribunal of Dunkerque considering erroneous the theory of the State as a debtor, the Council of State defended the administrative competence in the other cases of loss of letters and ruled that administrative courts were instituted to settle litigation between the State and private litigants¹⁷. Again, the Council of State tried to prevent ordinary judges from condemning the State, but it confirmed that some acts of the public service could engage the State’s liability. Again, the boundary between public and private law was arbitrarily determined: the loss of declared values in a letter was submitted to the civil law applied by ordinary courts, whereas the loss of other letters was submitted to administrative law applied by administrative courts.

¹⁵ *Conseil d’État* 8th of August 1844, *Dupart*, in *Dalloz périodique*, 1845, 3, 3 (the note commenting this ruling expressed serious doubts about the argument of the State as a debtor, because any complaint to obtain a compensation would make the State a debtor).

¹⁶ F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 705 (the same day the arrest *Gloxin* contained the same ruling about an error in the transmission of a telegraphic message); FR. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 150; G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 146-147.

¹⁷ *Conseil d’État* 16th of August 1861, *Dekeister*: F. LEBON, *Recueil*, cit., 672 and G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 148.

The “Belle Epoque” of administrative law, a delicate compromise between public and private law

The *Blanco* case did not change (bar the hazardous reference to the theory of the State as debtor) these rules dramatically, and the reasons of the rulings were borrowed by the arrests *Dupart*, *Rothschild* and *Vincent*, proving that the new Tribunal of conflicts (instituted in 1872, with the same number of Councillors of State and of judges of the Court of Cassation, with the intervention of the Justice Minister if the votes were equal, which was the case in the *Blanco* arrest) was to follow the case law of the Council of State and to decide rather in favour of the administration. However, the context had changed: the law of the 24th of May 1872 had reinforced the independence of the Council of State (ruling in a “sovereign” manner without any intervention of the Head of State) and a decree of the 19th of September 1870 had suppressed article 75 of the 1800 constitution (maintained with the force of a statute), which obliged the plaintiffs to obtain leave from the administration before suing a public agent before the civil courts. There was, for the administrative courts, a great risk that civil courts would largely accept actions provoked by the wrongs of the administration. In several rulings (concerning also the damages provoked by public works to properties or to persons¹⁸, reiterating the case law about the loss of letters without declared values)¹⁹, the Tribunal of conflicts defended a restrictive concept of the personal fault (allowing the plaintiff to sue civil agents, even ministers in theory) and repeated the principle that State liability depended only on administrative courts. One of these cases is the arrest *Laumonnier-Carriol* (1877), which is well known by the conclusions of Laferrière, the future author of the great *Treatise* about administration litigation. It is less well known that this case was provoked by an intervention of the State in the chemical industry, establishing a State monopoly in 1872 for the manufacture of matches. Laumonnier-Carriol, whose factory was closed by illegal decisions of the prefect,

¹⁸ G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 179-185.

¹⁹ For example, *Tribunal des conflits* 4th of July 1874, *Riusciti*, *Journal du Palais. Jurisprudence administrative*, vol. 16, 1874, p. 349. Other decisions concerning the Mail are quoted by G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 199.

decided to sue the Minister of Finances at the date of the decision. Without rejecting the possibility of a civil action against a minister (if there were a personal fault, which was not the case), the Tribunal of conflicts repeated that an action against the State, in the exercise of its *puissance publique*, depended on the administrative authority. Again, this attraction of State liability towards public law probably meant that the plaintiff could not obtain any compensation for these industrial damages.

One has to wait for rulings of the end of the 19th century and of the beginning of the 20th century to see a notable progress in the State liability in favour of plaintiffs. In the arrest *Cames* (1895), concerning a workman of a State arsenal that was wounded without any fault on his part, or on the part of his superiors, the Council of State admitted the liability of the State, and granted a life annuity to the wounded victim²⁰. Not only was it an audacious recognition of a liability linked with industrial risk (or without fault) before similar cases judged by the Court of Cassation (beginning with the arrest *Teffaine* interpreting article 1384 of the Civil Code in 1896) and the first French law about work accidents (1898); it also proved that the Council of State could now condemn the State to pay a compensation (instead of rulings about conflicts saying only that the State's liability was submitted to administrative law). It is noteworthy that, in the same year, the French Parliament voted the law of the 8th of June 1895, extending the cases in which a criminal trial could be revised and admitting compensation for the victims of miscarriages of justice. Contrary to the advice of the Council of State in favour of a compensation decided arbitrarily by the State, the Parliament decided that the victim of a miscarriage of justice had a true right to obtain compensation (without the need to prove any fault of the judicial authorities) and that the penal courts had to decide about the amount of such compensation. This statute law in practice recognized the liability of the State for judicial wrongs, a long time before other legal systems and even before the development (in the 1900s) of the

²⁰ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 39.

discussion, originated in Germany, about the legal personality of the State²¹.

Then came the time of the great arrests about the public service (a great number of them following the conclusions of the “commissaire du gouvernement” Romieu who had proposed the solution of the *Cames* arrest) considering that contracts concluded by departments or municipalities for the working of public services were administrative contracts and were submitted to administrative law (except for instances of the administration using only the means of private management, “gestion privée”)²². The same principles were extended to the liability of a city (for example Clermont, for damages provoked by an insane person who had escaped from a communal asylum) by the Tribunal of conflicts (evidence, again, of the persisting struggle between ordinary and administrative courts) in the *Feutry* case (1908)²³. The Government Commissioner who argued the case, Teissier, was also the author of a book in which he defended that, except for the management of the private domain, acts of management and acts of police were always linked and could engage the liability of the State²⁴. Using the *Blanco* case as a point of departure, Teissier could quote the first rulings of the Council of State that recognized the liability of the State for the exercise of the powers of police: *Saffrey* (1902) about faults of the police of harbours, *Zimmermann* (1903) about the illegal application by a prefect of a decision from a *conseil de préfecture*, *Tomaso Grecco* (1905) about a person wounded by the firing of a *gendarme* against a furious bull, *Auxerre* (1905) about a soldier who died during military manœuvres (and here the compensation was paid to his father)²⁵. Best known is the *Tomaso Grecco* arrest, despite the fact that the Council of State refused to

²¹ About this discussion, H. BERTHÉLEMY (as an opponent to recognize the State as a legal person when it exercised the *puissance publique*), *Traité élémentaire*, cit., p. 39-42.

²² *Conseil d'État* 6th of February 1903, *Terrier*; *Conseil d'État* 4th of March 1910, *Thérond*; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 67, p. 119.

²³ *Tribunal des conflits* 29th of February 1908, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 208.

²⁴ G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, p. 172-179.

²⁵ G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 289.

consider a fault of the public service in this case (a fault that had to be “characterized” and particularly serious according to Romieu’s conclusions)²⁶. Was not the French administrative law one of the first expressions in the world that the activity of policing could engage the responsibility of the State?

The Council of State clearly decided, in the 1900s and 1910s, to expand the liability of the State and to encourage victims of “faults on the part of the (public) service” (as opposed to the personal faults by its agents, to be sued before the administrative courts). In the *Anguet* arrest (1911), about violence committed by Mail agents against a consumer (whose one leg was broken), the Council of State abandoned the idea that a personal fault could not be cumulated with a fault by the service: consequently the State could be condemned to compensate the victim, even if there was also a personal fault²⁷. In the *Époux Lemonnier* arrest (1918), with the famous conclusions of Léon Blum about a firing organized by a municipality for a local feast (that had wounded Madam Lemonnier), the Council of State considered that the personal fault of the mayor, committed “on the occasion of the service” (“à l’occasion du service”), could trigger a fault of service²⁸.

The consequences of World War I were, without any doubt, considerable for the redefinition of the border between public and private law, as well as for the extension of the liability of the State. Whereas the State intervened more and more in the economy – acquiring ownership in some electric companies working in the areas devastated by the war or creating public-private companies for river development, the potassium mines in Alsace, the exploitation of oil in Middle East – the risk of damages increased. New cases of State liability without fault were recognized, for example concerning the hazardous activities about arms and munitions (arrest *Regnault-Desroziers*, 1918)²⁹. Was it possible to include all these new cases of State liability in the field of administrative law?

²⁶ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 82-83.

²⁷ *Ibid.*, p. 130.

²⁸ *Ibid.*, p. 196-199.

²⁹ *Ibid.*, p. 207.

Although the solution again came from a ruling of the Tribunal of conflicts, the famous case (connected to the colonial context) known as *Bac d'Eloka* (in fact named *Société commerciale de l'Ouest africain*), of the 22nd of January 1921 – with the conclusions of the *procureur général* Matter who was later highly influential in the process of change concerning civil liability for traffic accidents³⁰ – the Council of State was also favourable to a restriction of administrative liability, as shown, in the same year, by the arrest *Société générale d'armement*³¹. The basis of these rulings was that the State, exploiting a commercial or industrial service in the same conditions as a private entrepreneur (a comeback of the idea of private management, *gestion privée*), was submitted for these activities to private law. Consequently, State liability was to be enforced before the ordinary courts and according to the Civil Code. Without blaming the economic interventions of the State (while the municipalities competing with private business through “municipal socialism” were subject to more severe treatment), but using the argument that these interventions were exceptional (in a liberal perspective), the Council of State decided a kind of retreat of administrative law without diminishing the liability of the State.

In the classical descriptions of French administrative law, this distinction between administrative services and industrial or commercial services is considered, until today, as fundamental to explain the distribution of competences between administrative and ordinary courts. It means, first, that not every activity of the State, or by “public establishments” (“établissements publics”) depending from the State, is subject to “public law”. Some years later, with new interventions of the State in the economy and in the regulation of professions during World War II (the Council of State being loyal to the Vichy Regime), the *Con-*

³⁰ *Ibid.*, p. 219. G. BIGOT, *Introduction historique*, cit., p. 281-282 shows that Matter and the Tribunal of conflicts did not intend to introduce a new type of public service (the case refers rather to the old theory of damages provoked by industrial exploitation) and that the «industrial and commercial public service» was created by the arrest of *Conseil d'État, Société générale d'armement* some months later.

³¹ *Conseil d'État* 23rd of December 1921, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 1109. The case concerned an insurance contracted during the war between a ship-owner and a State service acting as a «private insurer».

seil d'État extended the competence of administrative courts to administrative public services that were managed by private bodies like industrial or professional committees (*Conseil d'État* 31st of July 1942, *Montpeurt* and 2nd of April 1943, *Bouguen*)³². The delimitation between administrative and judicial competence (with its implication for the distinction between public and private law) was no longer based on organic criteria, opposing on one hand the State or other public legal persons and on the other hand private persons. The main criterion was a substantial one, linked with the nature of the service: an administrative public service could be managed by private persons, whereas public legal persons had industrial and commercial services submitted to private law. The distinction between private and public law became fuzzy. French public law could not be described, according to the second (and restrictive) meaning given to the State by Kelsen, as the set of rules concerning the state authorities³³. Public law, as a branch of positive law applied by courts (at this time constitutional law could not be invoked before courts), was the set of rules applied by administrative courts, concerning for the most part the administrative public services.

It is less noticed that this borderline between public law and private law is purely arbitrary: the legislator and the judges decide which service is administrative or commercial and which legal relationships concerning industrial or commercial services are submitted to public or private law. In some cases, the Parliament changed the borderline that had been previously set. For the service of maritime insurances organized during World War I, the arrest *Société générale d'armement* was decided according to the legislation in force at the beginning of the war. For a later case, governed by a 1917 law reorganizing this service, the Council of State decided in 1924 that the same insurance service (as a mandatory one) was no longer an industrial but an administrative ser-

³² G. BURDEAU, *Introduction historique*, cit., p. 420-421.

³³ For a French presentation of this second meaning of the State according to Kelsen, see his paper (a kind of abstract of his *Allgemeine Staatslehre*), H. KELSEN, *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1926, p. 576.

vice submitted to public law³⁴. In order to protect the teachers in elementary and secondary State schools, a law of the 5th of April 1937 transferred the liability, submitted to article 1384 of the Civil Code, to the State. The goal of the reform was to extend the competence of ordinary courts for these cases. The reform was on the whole successful, but the Council of State attempted to limit the impact of the statute³⁵.

Some examples show that between the 1920s and the 1970s this borderline has evolved according to the standards used by administrative judges. In 1933 the Tribunal of conflicts had to decide about a traffic accident provoked by a truck used by the *Ville de Paris* refuse collection service. The Tribunal of Conflicts ruled in favour of the competence of ordinary court, because the wrong was provoked by an “industrial and commercial service”³⁶. It was said by some legal writers that this ruling was somewhat in contradiction with the *Blanco* case (or with the idea that the tobacco manufacture would not be an industrial service)³⁷. Again, the decision needed the intervention of the Justice Minister, after a mixed and nulled vote of the Councillors of State and of the members of the Court of Cassation. The case could appear, at that time, as a retreat for the administrative competence and a source of complexity for victims of traffic accidents involving vehicles owned by administrations (the competence being different if the service was administrative or industrial and commercial). Later, after World War II, Parliament intervened to simplify the litigation and, through a statute law of the 31st of December 1957, assigned all traffic accidents involving administrative vehicles to ordinary judges. The substantial criteria seriously risked to diminish the competence of administrative courts (except for public works which remain strongly linked with the administrative competence), even if the liability of the State was not questioned.

³⁴ *Conseil d'État* 23rd of May 1924, *Société «Les Affréteurs réunis»*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 1109.

³⁵ G. BURDEAU, *op. cit.*, p. 436.

³⁶ Tribunal of conflicts, 11th of July 1933, *Dame Mélinette*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 498.

³⁷ G. BURDEAU, *Recueil*, cit., p. 430.

However, another example shows that the Council of State was able, until the 1980s, to maintain some interventions of the State within the domain of administrative services submitted to public law. To get back to the domain of Mail and Telephone, depending from the public service of the *Postes, télégraphes et téléphones* (PTT) under the authority of a Minister, in 1968 a consumer, who had contracted with the PTT for a telephone line, complained that his phone number was not printed in the phone book. The Tribunal of conflicts decided that the PTT were an administrative service of the State, that the contract was not submitted to private law (even if the State could sue the consumers for non-payment of the tax before the ordinary courts, because the payment was considered as an indirect tax) and that the liability of the State depended from public law³⁸. If one compares this with the case law concerning the mail during the 19th century and with the evolution of the legal regulation of the Mail after 1990, one can say that the struggle for the delimitation of public law and private law about State liability has lasted until its turning point in the 1980s.

The liberalization of public services and the new fields for State liability

All administrative law specialists agree in considering the 1980s as a turning point in France as to the evolution of the public sector and the emergence of a “public business law” (*droit public des affaires*), whose name is symptomatic of the great change concerning State interventions in the economy and even the concept of “public law”. After the last wave of nationalizations decided by the socialist government in 1981 (which gave the opportunity for the Constitutional Council, in its ruling of the 16th of January 1982, to consider property rights and the freedom of trade as constitutional norms), a new right-wing government decided in 1986 to begin the privatizations of State-owned companies and to liberalize the market of goods and services. While repealing a 1945 or-

³⁸ Tribunal of Conflicts, 24th of June 1968, *Consorts Ursot contre Ministre des PTT*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 798.

dinance about the State control of prices (in 1986, 53% of the prices were in fact already free and the control of State had diminished since the 1970s)³⁹, the ordinance of the 1st of December 1986 affirmed the principle of free competition for determining the prices of goods and services. The same legislative text (transformed in statutory law voted by the Parliament) reinforced the powers of the administrative authority, now endowed with the power to control the respect of competition law by firms (for example, through pecuniary sanctions against trusts or restraints of trade) and decided that the rulings of the newly named *Conseil de la concurrence* would be submitted to appeal before the judiciary courts, first the *Cour d'appel de Paris* and possibly the Court of Cassation. In its decision of the 23rd of January 1987, the Constitutional Council decided about this “transfer of competence” from the administrative courts (before 1987, the decisions of the *Commission de la concurrence* concerning acquisitions and mergers could be discussed before the Council of State) towards the ordinary courts. The ruling of the Constitutional Council is considered today as a landmark in the recognition of the judicial duality (which was not expressly quoted in the French constitution until the 2008 amendments) and to establish the “nucleus” of the administrative competence as a “fundamental principle recognized by the laws of the Republic” (which means a constitutional norm). The formulation, probably written by the public law professor Georges Vedel who was a member of the Constitutional Council, said that administrative courts had (by a constitutional norm) to quash and reform the decisions taken by authorities submitted to the Executive power, the local authorities and the public organs controlled by these authorities in the “exercise of prerogatives of public puissance”. Several remarks can be made about this attempt to definite what is constitutionally “administrative law” (the core of public law with the possibility to extend public law beyond these limits, but without constitutional protection). First, the criterion of the “prerogatives of public *puissance*”, defended since the beginning of the 20th century by Maurice Hauriou, was preferred to the one of the “public service” linked (with an exces-

³⁹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, 4th ed., 2014, p. 170.

sive generalization) to the name of Hauriou's rival, Léon Duguit⁴⁰. The attempt can be analysed as a move towards the centre of public law, in harmony with the increasing liberalization and the criticism addressing the notion of public service. Next, the Constitutional Council supported a statutory law that, after others (the ones of 1937 and 1957 respectively) created "blocks of competence" in favour of ordinary courts with the justification of a better administration of justice (which means a simplification for the litigants). Finally, the Constitutional Council recognized that competition law was rather a part of private law than of public law, linked with the civil law of liability and some parts of penal law. This was a third reason to restrict (but not to suppress, for example with regard to the administrative rulings of the *Conseil de la concurrence* concerning acquisitions and mergers) the administrative competence and to redefine the limits of public law.

The decisions of 1986-1987 were landmark decisions affecting first of all – and this was a veritable turning point – the size of public sector, which shrunk from 10% of the salaried persons in 1983 to 3.5% in 2009⁴¹. The restricted public sector employs today about 800,000 workers, principally in national railways, electricity (EDF) and atomic industry (Areva). Of course, the implementation of European regulations and guidelines about free competition in service networks (telecommunications, energy, railways) since the 1980s has triggered the movement towards liberalization and competition in public services. A huge lot of industrial and commercial public establishments (*établissements publics industriels et commerciaux*) have been transformed into private companies (joint stock companies or *sociétés anonymes*). Some of these companies have been privatized, with a participation of the State which is now lower than 50%: this is the case of *France Telecom*, *Gaz de France* (now GDF-Suez corporation), *Areva* (in the nuclear industry), *EADS Airbus*, *Thales* (for military industry) or the car manufacturer *Renault* (the last four companies being outside the domain of public service). In other companies, the State has kept the majority of shares: for example, *Aéroports de Paris*, *Electricité de France* (EDF)

⁴⁰ G. BIGOT, *Recueil*, cit., p. 357.

⁴¹ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, cit., p. 318.

and the special case of *La Poste*. In 2010 the latter became a joint-stock company (*société anonyme*) whose capital is detained only by the State and by the *Caisse des dépôts et consignations*, a public establishment with a special statute that can be compared with the *Banque de France*, that is to say a “public entity excluded from the category of public establishments”.

Even for those companies which participate in the public service or which remain controlled by the state, the transformation from a “public establishment” to a joint stock company (which means a legal person governed by private law) has important consequences for the domain owned by these legal persons. Firstly, a private person cannot own a part of the public domain. Thus the Council of State decided, in 1998, that the properties of EDF were not parts of the public domain⁴², and later privatizations were accompanied by decisions to “declassify” the domains belonging to the new companies (the State keeping one part of the domain, for example, in 1996 for *France Telecom*, in 2002 for *Gaz de France*, in 2005 for *Aéroports de Paris*). The next consequence is that “public works”, or damages provoked by public works, no longer exist for these industrial or commercial services. If one takes the example of electricity, the damages for public work were traditionally submitted to administrative courts, an exception in the regulation of the relationships between an industrial/commercial service and individuals, that were generally submitted to private law according to the case law *Bac d’Eloka*⁴³. This case law was maintained throughout the early 2000s (for damages provoked before the liberalization)⁴⁴ but will disappear in the next years. As a symptom of the decline of these kinds of public liability for damages provoked by public works, the 2006 *Code général de la propriété des personnes publiques* (which has confirmed the theory that the State was the “owner” of the public domain) repealed the article of the 1800 law concerning the competence of administrative courts. The Council of State and the Tribunal of Conflicts had to reiterate that damages provoked by public works remained submitted

⁴² *Conseil d’État* 23rd of October 1998, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 365.

⁴³ *Conseil d’État* 25th of April 1958, *Dame veuve Barbaza*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 228.

⁴⁴ Tribunal of conflicts, 19th of October 2009; 14th of October 2013, *Consorts D*.

to administrative law⁴⁵. Today, the precedent *Bac d'Eloka* has stopped attracting any new case law towards the administrative courts. The fact that all the litigation between *France Telecom* or *La Poste* and their customers has been submitted to ordinary courts since 1990 has ended a long history of conflicts about the delimitation between public and private law. The liability of the State and of public legal persons is more and more concentrated in administrative services: as a symptom of this evolution, the consequences of the 1942 precedent *Monpeurt* about administrative services managed by private persons were drawn more than forty years later, with respect to damages provoked in the exercise of public *puissance* (*Conseil d'État* 23rd of March 1983, *SA Bureau Véritas*)⁴⁶.

This change does not mean that there is no more room for public liability in economic questions. Another paramount change proving the relevance of the 1986 ordinance as a turning point has been the introduction of some rules of competition law in the sphere of public (administrative law). Beginning with the 1997 arrest *Société Million et Marais*⁴⁷, the Council of State has considered that the rules of the 1986 Ordinance could be applied to public legal persons. It concerns not only the control of acquisitions or mergers (transferred in 2008 from the Economy Minister to the independent *Autorité de la Concurrence* which has replaced the *Conseil de la Concurrence*, the administrative decisions of the *Autorité* being submitted to the control of legality by the Council of State), but also the contracts signed by public legal persons (to avoid any abuse of power by private contractors) and the exercise of the powers of police. If the rulings quashing an administrative act for violation of competition law are very rare, there is now the possibility that the State could be liable when it does not apply the rules of competition law, when it applies them wrongly, or when it causes abnormal prejudice (in breach of the principle of equality before public

⁴⁵ Conclusions of M. Arrighi de Casanova in Tribunal of conflicts, *Consorts D.*, available on www.tribunal-conflits.fr.

⁴⁶ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 335.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 716-727.

charges) against a private contractor⁴⁸. In the near field of public aids to private business (that is concerned by the European rules against an anti-competition support), the Council of State has also evoked the idea of State liability in the case of any breach of the rules applied to State interventions in the market⁴⁹. The new tasks recognized to a more “modest” State as a regulator of the free market, with the participation of independent administrative authorities, also imply that administrative courts can control the legality of decisions according to French and European competition law and that the State has to compensate the damages provoked by any change in contracts⁵⁰ or by illegal actions. This development can be compared with similar ones in other countries where the lack of supervision over economic or financial operations has been considered as a tort of the administration (a tort of misfeasance in public office in British law)⁵¹.

Generally speaking, the declining part of the public sector in the economy has been accompanied by the will (supported by public authorities as well as by public opinion) to concentrate the tasks of the State on traditional public services and on its “regalian functions”. It has brought about new extensions of the liability of the State for wrongs (in some cases without any fault), some of them foreshadowed before the 1986 turning point⁵², others occurring since the 1990s and symptomatic of this movement in favour of increasing State responsi-

⁴⁸ *Conseil d'État* 10th of April 2002, *SARL Somatour*, F. LEBON, *Recueil*, cit., T. p. 918.

⁴⁹ *Conseil d'État* 30th of March 1990, *Société des courses de Questembert*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 1066; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, cit., p. 227.

⁵⁰ *Conseil d'État* 21st of December 2007, *Région Limousin*, S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, cit., p. 180.

⁵¹ B. STIRN, D. FAIRGRIEVE, M. GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Paris, 2006, p. 89.

⁵² This is the case of extraordinary State liability deriving from statutory laws that cause a special and abnormal prejudice to a single company: the case law initiated by *Conseil d'État* 24th of January 1938, *SA des produits laitiers “La Fleurette”* (F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 25) has been renewed by *Conseil d'État* 30th of July 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre* (F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 367) and *Conseil d'État* 2nd of November 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion* (F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 468).

bility. A first example is the case where parents complain about the repeated absence of professors in secondary schools and sue the State for violating its obligation to instruct children. The administrative courts, since a 1998 arrest of the Council of State⁵³, have considered that the State was liable for a failure to fulfil a legal obligation. In these kinds of cases, the wrong is not an “illicit” (non consistent with the hierarchy of norms) act (that could be quashed in the “control of legality”) but an “illegal” action, resulting from the failure to fulfil the obligation of supervision of the State. The *ratio* is the same in the important 2004 arrests of the Council of State about the litigation concerning asbestos victims⁵⁴. The Council of State has considered that the State has its share of responsibility in these tragic affairs, because of a lack of prevention against the damages provoked by asbestos. The duty to prevent health or environmental catastrophes (with the principle of “precaution” introduced in the French constitution by the 2005 *Charte de l’environnement*) is likely to trigger future developments in the liability of the State.

A second example concerns the liability of the State for damages provoked to patients in public hospitals. In 1992 (arrest *Epoux V.*), the Council of State decided to abandon the criterion of the “characterized fault” (*faute caractérisée*) (namely, *faute lourde* that supposed a very serious failure to fulfil the basic duties of physicians) to adopt the standard of the ordinary fault in damages provoked by public hospitals⁵⁵. This new orientation, influenced in part by the case law of the Court of Cassation about the liability of private clinics, does not mean that any health damage can be linked with a fault and can be compensated. Furthermore, the very audacious case law beginning with the *Bianchi* arrest (1993) about a liability without fault in the case of exceptional risks has been curbed by the more restrictive law of the 4th of March 2002.

⁵³ *Conseil d’État* 27th of January 1998, *Ministre de l’éducation nationale c. Giraud*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 39.

⁵⁴ *Conseil d’État* 3rd of March 2004, *Ministre de l’emploi et de la solidarité c. consorts X*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 127.

⁵⁵ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., p. 674.

The example of the arrest *Epoux V.* has been followed by other arrests of the Council of State concerning the rescue services, also at sea (Council of State, 13th of March 2008, *Améon*) and in the fight against forest fires (Council of State, 29th of April 1998, *Commune de Hanapes*). The number of administrative tasks that are deemed very difficult, and for this reason require this kind of fault to engage the liability of the State, is now very small.

The next step has been to extend the liability of the State in the fields of justice, police and prisons. In all these cases, the influence of the ECHR is considerable and comparisons can be made with other democratic countries where the violation of fundamental rights is now considered as a wrong involving State liability. One can quote the 2002 *Magiera* ruling about the “reasonable delay” for settling administrative litigation (which means that the Council of State can now recognize its own faults about an excessive delay for deciding about requests) and the 2003 *Chabba* ruling about a suicide in a prison (a ruling that has abandoned the criterion of the characterized fault with respect to liability for wrongs occurring in prisons)⁵⁶. The 2008 arrest *Garde des sceaux c. M. et Mme Zaouiya* shows that the parents of a prisoner who died in a fire (provoked by another inmate) can now get the condemnation of the State for failure to prevent this damage. The military operations of the State, conducted outside the French territory, remain one of the rare situations where there is no State liability⁵⁷.

To conclude this historical path linking State liability for wrongs and the distinction between public and private law, two remarks are likely to concern both legal history and comparative law. As for legal history, it remains useful to return to the texts (to a large extent, the case law of French administrative courts) to understand the continuities and the breaks. If one succeeds to avoid the “great narrative” of the construction of the State and of the development of the liability of the State, it appears that some issues (e.g. the damages linked with public works) are well-anchored in tradition, whereas other questions (e.g. the impact of competition law) are completely new. By the same token,

⁵⁶ *Conseil d'État* 28th of June 2002, *Magiera*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 248; *Conseil d'État* 23rd of May 2003, *Mme Chabba*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 240.

⁵⁷ *Conseil d'État* 23rd of July 2010, *Société Touax*, F. LEBON, *Recueil*, cit., p. 344.

there is no place for “essentialism” or “evolutionism” in the constantly changing distinction between public law and private law: in France, this distinction is not at all “logical” or based on a “tradition”, it is a purely technical consequence of deciding if a case is submitted to ordinary courts or to administrative courts (substance follows competence, not vice versa as it is ordinarily said)⁵⁸. The distinction is not an *a priori* concept, it is a set of empirical phenomena *a posteriori*: for a long time the public Mail was considered as one of the *regalia*, it is now a field of private law open to competition.

For comparative law, one can say that State liability is largely recognized in France because administrative courts invented it more than two centuries ago, when no legislation in the world recognized such a rule. But that does not mean that French administrative courts have always been the best ones to compensate the victims. On the contrary, past rulings attracting State liability towards administrative courts could be analysed as a means for not compensating damages. Today, there are many other factors, notably the impact of the ECHR, whose overarching influence over European legal orders, make the *summa divisio* between public and private law less important. But was not the case law of the Luxemburg court also influenced by French administrative law? As Kelsen could have found in the French administrative law one of his models for the establishment of constitutional judicial review, one may consider this great construction of the “administrative jurisprudence” from within a theoretical and didactic perspective (as the distinction is taught in France and elsewhere) and think in the same vein as Kelsen, that there is no need to distinguish between private and public law.

⁵⁸ CH. EISENMANN, *Droit public, Droit privé*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1952, p. 904-979.

LA DISTINZIONE TRA *PRIVATRECHT* E *ÖFFENTLICHES RECHT* NEL DIBATTITO TEDESCO

DALLA «SEPARAZIONE» AGLI
«ORDINAMENTI D'INTERCETTAZIONE», ATTRAVERSO
IL SUPERAMENTO DI UN «CONTRASTO ESSENZIALE»

*Giacomo Delledonne**

SOMMARIO: *1. Introduzione: i termini del problema. – 2. Epifanie della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato: una prospettiva diacronica. – 2.1. Il tornante del secolo XIX: l'emersione di un «contrasto essenziale». – 2.2. Diritto pubblico e diritto privato nel Reich bismarckiano. – 3. La dicotomia contestata: dalla comparsa della questione sociale all'entrata in vigore della Legge fondamentale. – 3.1. Fra Weimar e il nazionalsocialismo: la dicotomia contestata. – 3.2. L'impossibile restaurazione: la discussione su diritto privato e diritto pubblico nel secondo dopoguerra. – 3.3. I principali esiti del dibattito per l'individuazione del criterio di demarcazione fra diritto pubblico e diritto privato. – 4. «Fuga nel diritto privato» e nuove contaminazioni. – 5. Conclusioni.*

1. Introduzione: i termini del problema

In questo contributo ci si soffermerà sulla ricostruzione della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato elaborata dalla scienza giuridica tedesca. Più in particolare, saranno prese in considerazione – cercando altresì di far risaltare le peculiarità del caso tedesco nel più vasto panorama della cultura giuridica europea – le circostanze in cui tale distinzione fu teorizzata, i suoi principali esiti teorici e gli elementi che hanno contribuito, nel tempo, a metterla in crisi.

* Per i suggerimenti e i commenti ricevuti desidero rivolgere un particolare ringraziamento ad Andrea Blasini, Giuseppe Martinico, Paolo Addis, Giulia Donadio, Giulio Napolitano e Matteo Nicolini.

Alcune precisazioni iniziali sono necessarie al fine di chiarire che cosa si debba intendere per distinzione fra diritto pubblico e diritto privato in Germania e d'individuare i possibili "punti di attacco" dell'indagine.

La distinzione appare dotata, in primo luogo, di sicuri fondamenti costituzionali e legislativi. Così, l'art. 74, comma 1, della Legge fondamentale del 1949 (GG), infatti, attribuisce al legislatore federale competenza concorrente in materia di *bürgerliche[s] Recht*; l'art. 34 GG e il par. 839 del Codice civile (BGB) strutturano la disciplina costituzionale della responsabilità dello Stato attorno a pregiudizi provocati «in Ausübung eines... öffentlichen Amtes»; il par. 1 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) limita l'ambito di applicazione delle disposizioni sul procedimento alla *öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit*; secondo i parr. 33 e 54 del medesimo VwVfG, atti amministrativi e contratti di diritto amministrativo possono essere, rispettivamente, emessi o conclusi soltanto «auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts»; per le *öffentlich-rechtliche Streitigkeiten* – con l'importante eccezione della responsabilità dello Stato – sono competenti, in linea di principio, le Corti della giurisdizione amministrativa (par. 40, comma 1, della *Verwaltungsgerichtsordnung*, VwGO) e la Corte costituzionale federale (art. 93, comma 1, n. 4, GG), mentre per le *bürgerliche Rechtsstreitigkeiten* sono competenti, ancora in linea di principio, i giudici ordinari¹.

In secondo luogo, in una certa fase della storia del pensiero giuridico, la distinzione (*Unterscheidung*) – se non addirittura la separazione (*Trennung*) – fra diritto pubblico e diritto privato è stata definita *aprioristisch* da un filosofo del diritto come Radbruch; si deve aggiungere, d'altra parte, che il medesimo Autore ammetteva la storicità delle puntuali epifanie del diritto pubblico e del diritto privato². All'estremo opposto si colloca il rifiuto kelseniano della "separazione" (*Trennung*) fra

¹ Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, XVIII ed., München, 2011, p. 41 s.

² Cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, a cura di E. WOLF, H.-P. SCHNEIDER, VIII ed., Stuttgart, 1973, p. 221, secondo cui questi due concetti non sono nozioni di diritto positivo che ben potrebbero essere assenti in un dato ordinamento, ma precedono logicamente qualsiasi esperienza giuridica.

diritto pubblico e diritto privato³. Anche questa posizione, peraltro, è stata in qualche modo relativizzata dalla critica successiva: essa, infatti, implicherebbe soltanto il rifiuto di un'assolutizzazione del contrasto fondamentale fra diritto e potere⁴. La visione ormai prevalente – e di cui si è tenuto conto per i fini del presente lavoro – tende invece a sottolineare (a) il *carattere storicamente condizionato* della distinzione, (b) la sua *inerenza al diritto positivo* vigente e (c) la natura *chiaramente circoscritta*, e non onnicomprensiva, della sua *funzione*⁵. È perciò importante rendersi conto della natura dei presupposti concreti di quella distinzione, così da poter comprendere le conseguenze del loro affievolimento o della loro evoluzione.

In terzo luogo, in Germania è sottolineato con forza, assai più che in altri ordinamenti, lo specifico ruolo svolto dalla scienza giuridica nel-

³ Cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, p. 80 ss. L'Autore viennese partiva dalla constatazione che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato poteva essere annoverata fra i «fundamentalsten Prinzipien der modernen Rechtswissenschaft» («i principi più basilari della scienza giuridica moderna»); al tempo stesso, però, risultava impossibile rinvenire un minimo comune denominatore fra le varie riflessioni che avevano affrontato il tema. Ad avviso di Kelsen, le varie teorie elaborate nel tempo per render conto delle ragioni di questa distinzione – e in particolare la teoria del plusvalore della volontà del soggetto titolare del pubblico potere – avevano essenzialmente la funzione di attribuire la medesima dignità delle norme di diritto positivo a «bestimmte politische Anschauungen und Wünsche» («opinioni e desideri politici specifici»). Il permanere di quello stato di fatto – che teorizza l'esistenza di una sorta di zona franca, «presidiata» dal diritto pubblico – risulta tuttavia incompatibile con la definizione dello Stato come *Rechtsstaat*. In ultima analisi, la *Staatslehre* kelseniana mira a far venire meno le ragioni della distinzione attraverso il superamento del dualismo fra diritto e Stato e, conseguentemente, fra diritto e non-diritto (*Nichtrecht*, definito anche come *Halb-Recht* o *Recht niederer Art*). V. anche B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, p. 88 ss.

⁴ Un interrogativo cui in questa sede non si può dare risposta è quello relativo al rilievo del pensiero kelseniano nella cultura giuridica tedesca (con ciò intendendo soprattutto la Repubblica federale dopo il 1949): spunti interessanti sul tema si trovano in A. JAKAB, *Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking: Austria and Germany*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 933 ss. V. inoltre M. JESTAEDT (a cura di), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselfullen Verhältnisses*, Tübingen, 2013.

⁵ È il caso di M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*, Stuttgart, 1968.

l'elaborazione della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato: tale constatazione è confermata anche da osservatori esterni – soprattutto di area culturale francofona – che s'interessano alla situazione dell'ordinamento tedesco per le loro ricerche comparatistiche⁶. Al tempo stesso, nella riflessione sui contorni di questa distinzione le ricostruzioni della scienza giuridica appaiono dotate di un prestigio particolare anche nei confronti della giurisprudenza⁷.

Un'ultima precisazione s'impone a proposito dell'orizzonte del presente contributo. Nel corso della trattazione si farà talora riferimento a una cultura giuridica di lingua tedesca, caratteristica dell'area culturale tedesca in senso ampio, di cui sono rappresentanti eminenti, fra gli altri, il già citato Kelsen e Georg Jellinek; per altro verso, il centro preminente dell'analisi di diritto positivo – di cui è già stata sottolineata la centralità – sarà costituito dai territori oggi comunemente definiti tedeschi oppure, secondo un'espressione caratteristica del dibattito politico ottocentesco, *kleindeutsch*. Non sarà cioè preso in considerazione l'ordinamento dell'Austria (o, come si diceva fino al 1918, *Deutsches Reich*); e questo per due ordini di ragioni. Da un lato, infatti, la cultura giuridica di lingua tedesca, che poteva ancora essere considerata in termini grossomodo unitari nel periodo dell'*entre-deux-guerres*, ha visto l'emergere, nel secondo dopoguerra, di un'identità austriaca chiaramente autonoma. Per altro verso, già nel corso dei secoli XVIII e XIX la polarità dialettica fra Stato e società, che costituisce il presupposto di molta parte della riflessione tedesca sul rapporto fra diritto pubblico e diritto privato, si presenta con caratteri molto diversi. Fin dall'epoca teresiana, infatti, l'Austria si è caratterizzata come Stato amministrativo (*Verwaltungs- und Beamtenstaat*), «[ein] Staat, in dem fast nichts ohne

⁶ Così H. RABAULT, *La notion de droit public en droit administratif allemand*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1997, 111, nell'ambito di una comparazione fra diritto tedesco e diritto francese.

⁷ Cfr. H. RABAULT, *op. cit.*, 112, secondo il quale «[a]lors qu'en droit français c'est autour de l'analyse du système légal et jurisprudentiel que la doctrine tend à élaborer sa définition, en droit allemand la relation entre droit positif et doctrine est beaucoup plus vague... les théories doctrinales visent souvent moins à rendre compte des solutions adoptées en droit positif qu'à proposer des méthodes en vue de la résolution des difficultés existantes».

die staatliche Verwaltung geschieht und fast alles durch diese bewirkt wird»⁸.

2. *Epifanie della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato: una prospettiva diacronica*

Si è detto del carattere storicamente condizionato della distinzione fra i due ordinamenti parziali (*Teilrechtsordnungen*) del diritto pubblico e del diritto privato e del ruolo trainante svolto dalla scienza giuridica nella sua elaborazione.

Queste due tesi risultano ulteriormente comprovate da una ricostruzione diacronica, tesa a mettere in luce i condizionamenti esercitati da talune caratteristiche specifiche del caso tedesco: frammentazione politica (oltre che religiosa) e unificazione tardiva. Sebbene già nel secolo XVII si potesse discorrere di un diritto pubblico del Sacro Romano Impero e iniziasse a diffondersi fra i giureconsulti la consapevolezza dell'esistenza «eines eigenständigen ius publicum»⁹, nondimeno rimase

⁸ G. WIELINGER, *Mutmaßungen über einen Zusammenhang zwischen der Denkweise der österreichischen Verwaltung und der Wiener Schule der Rechtstheorie*, in E. MOCK, C. VARGA (a cura di), *Rechtskultur - Denkkultur*, Stuttgart, 1989, p. 169 («uno Stato in cui quasi nulla accade senza l'amministrazione statale e quasi tutto è causato da essa»). V. inoltre E. WIEDERIN, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich*, in A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALÓN, P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, I, Heidelberg, 2007, p. 389 ss.; ID., *Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Österreich*, in A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, III, *Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, Heidelberg, 2010, p. 187 ss.

⁹ Così M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München, 1992, p. 51 («di un autonomo *ius publicum*»). Fra gli avvenimenti che resero possibile quella prima epifania del diritto pubblico si devono menzionare l'ascesa degli Stati territoriali a discapito del potere imperiale e i conflitti religiosi; svolsero un ruolo significativo, in particolare, i tentativi dei giuristi protestanti di elaborare argomenti per la difesa delle posizioni istituzionali degli Stati territoriali, contro le pretese universalistiche dell'Imperatore, sostenute dal *Corpus* giustiniano (cfr. M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 23; J.-P. SCHNEIDER, *The Public-Private Law Divide in Germany*, in M. RUFFERT [a cura di], *The public-private law divide: Potential for transformation?*, London, 2009, p. 87).

ben salda la fede nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico. Secondo un'opinione, proprio l'indebolimento delle ragioni di politica del diritto – talora strumentali – che stavano alla base della distinzione fra *ius publicum* e *ius privatum* ha provocato la trasformazione di quest'ultima in un problema di sistematica scientifica¹⁰. A queste preoccupazioni di natura metodologico-classificatoria, d'altra parte, continuava a corrispondere una comunanza d'istituti e di regole giuridiche¹¹.

2.1. *Il tornante del secolo XIX: l'emersione di un «contrasto essenziale»*

Soltanto a cavaliere fra i secoli XVIII e XIX, però, quella che fino ad allora era stata prevalentemente una «lehrhafte Einteilung des Rechtsstoffs» si trasformò in un vero e proprio *Wesensgegensatz*¹². Quella cesura si deve all'operare congiunto di due fattori: le tendenze accentratrici delle monarchie assolute, che portarono allo smantellamento delle strutture corporative dello *Ständestaat*, e il progetto illuminista, rivolto alla creazione di uno spazio di libertà individuale, inattinabile dal potere statale. Il vero tramonto dell'idea dell'unità del diritto oggettivo si deve perciò all'emersione, nel corso del secolo XIX, del *contrasto dialettico, tipicamente tedesco, fra Stato monarchico e società borghese*. Tutto ciò, peraltro, *in assenza di un ordine costituzionale sovraordinato e in cui fossero positivizzati i valori fondanti*¹³. Occorre ancora aggiungere che l'entità di quella contrapposizione non dev'essere enfatizzata oltre misura: la storiografia giuridica ha infatti messo in luce l'esistenza, già allora, di convergenze per lo più inesprese fra diritto privato e diritto pubblico. Ne è un buon esempio la diffidenza, caratteristica di entrambi gli ordinamenti parziali, nei confronti del potere giudiziario. Ora, se il diritto privato aveva un suo giudice, non si poteva

¹⁰ Cfr. M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 30.

¹¹ Cfr. ancora M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 32.

¹² Così D. GRIMM, *Zur politischen Funktion der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, in W. WILHELM (a cura di), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1972, p. 225 («classificazione didattica della materia giuridica... contrasto essenziale»).

¹³ Cfr. M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 53.

dire lo stesso del diritto pubblico dell'epoca; e tuttavia ciò che in quel caso mancava era una tutela giurisdizionale che normalmente veniva in soccorso agli interessi feudali e corporativi – contro l'azione razionalizzatrice dell'assolutismo monarchico – e finiva con l'ostacolare l'emanipazione della borghesia¹⁴.

La prima parte del secolo XIX fu decisiva soprattutto per la maturazione di una certa idea, prepolitica e prestatuale, del diritto privato: l'elemento scatenante fu il già menzionato aumento dei compiti e dei poteri dell'Autorità statale, a discapito delle tradizionali prerogative dei ceti e delle corporazioni (*Stände*). Quel processo di concentrazione provocò una reazione di segno opposto, con la teorizzazione del diritto privato quale strumento di protezione delle libertà individuali, anche nei confronti dello Stato. Sulla scia di Savigny e della sua Scuola storica, prevalse infatti una visione rigidamente impolitica del diritto privato, che non aveva alcuna vera connessione con lo Stato; il suo fondamento, invece, doveva piuttosto essere rinvenuto nel *Volksgeist*. Compito della scienza giuridica era allora di portare il metodo di studio a un livello di sofisticazione tale da consolidare ulteriormente questa (asserita) autonomia del diritto privato nei confronti della sfera politica. Nel progetto di Savigny, per questa ragione, alle università era assegnata una posizione esclusiva fra i luoghi di insegnamento del diritto¹⁵. Da ultimo, a causa della sua derivazione dal *Volksgeist*, il diritto privato doveva avere una dimensione *deutschnational*, che trascendesse il particolarismo delle entità statuali in cui era divisa la Germania dell'epoca¹⁶; in questo modo, peraltro, la Scuola storica prendeva chiaramente

¹⁴ Così D. GRIMM, *op. cit.*, p. 233.

¹⁵ Di grande interesse sono le riflessioni di Berman sul rapporto fra diritto e linguaggio nella riflessione di Savigny: «In its early stage of visible symbolism, law is the business of the whole community. With the advance of civilization, however, a class of lawyers develops as a distinct profession and then the law begins to develop a special terminology» (H.J. BERMAN, *Law and Language: Effective Symbols of Community*, a cura di J. WITTE Jr., Cambridge, 2013, p. 120). La politicità del diritto privato, allora, risiederebbe nel suo legame organico con l'essenza e il carattere del *Volk*.

¹⁶ Come osserva D. GRIMM, *op. cit.*, 233 ss., una dialettica analoga caratterizzò la vicenda austriaca, dove alle ambizioni universalistiche dell'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* del 1811 (ABGB) faceva da contraltare l'irriducibile particolarismo della legislazione e degli istituti di diritto amministrativo di un Impero multinazionale.

le distanze anche dall'universalismo illuministico. Negli anni successivi la vocazione impolitica del diritto privato tedesco fu ulteriormente rafforzata dalla vicenda dei *Göttinger Sieben*¹⁷ e poi dai fermenti rivoluzionari del 1848.

Ancora relativamente indefinita – proprio a causa del già citato frazionamento politico dell'area identificabile come “tedesca” – era invece la situazione del diritto pubblico.

Già allora, peraltro, si accese un dibattito sul criterio discretivo fra le due partizioni del diritto: i soggetti coinvolti, la natura delle relazioni fra essi, oppure le finalità – utilità privata contro interesse generale – cui è preordinato un istituto o una norma giuridica. Non mancano neppure prospettazioni moderate come quella di Savigny, che ammette l'esistenza di transizioni e affinità (*Übergänge und Verwandtschaften*) fra i due ordinamenti parziali.

2.2. Diritto pubblico e diritto privato nel Reich bismarckiano

Nel 1871 la costituzione del *Reich* bismarckiano costituì un punto di svolta tanto per la scienza del diritto pubblico, quanto per la scienza del diritto privato. Era giunto a compimento, col simbolico trionfo della galleria degli specchi di Versailles, il progetto *kleindeutsch* di unificazione tedesca in un ordinamento federale a dominanza prussiana. Alla società faceva ormai da contraltare uno Stato particolarmente forte e ambizioso, anche se tuttora *incompleto* agli occhi di molti, poiché non ne facevano parte i territori di lingua tedesca dell'Impero austro-ungarico¹⁸. È probabile che la descrizione più efficace dell'impatto dell'unificazione tedesca si trovi in quel passo dei *Buddenbrook* in cui è introdotto il personaggio del nuovo direttore del ginnasio di Lubeca:

¹⁷ Su cui v. R. SMEND, *Die Göttinger Sieben*, II ed., Göttingen, 1958; M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 208. Nel 1837 sette professori dell'Università di Göttinga contestarono la decisione del Re di Hannover di revocare la Costituzione del 1833. I sette furono successivamente rimossi dalle loro cattedre.

¹⁸ Per una ricostruzione storiografica dei progetti di unificazione *kleindeutsch* e *großdeutsch* e delle loro rispettive implicazioni nel breve e nel lungo periodo, cfr. C. NONN, *Bismarck. Ein Preuße und sein Jahrhundert*, München, 2015, p. 194 ss.

Il direttore Wulicke era un uomo terribile. Era il successore del vegliardo bonario e gioviale, morto poco dopo il 1871, sotto il cui governo avevano studiato il padre e lo zio di Hanno. Al suo posto era stato chiamato il dottor Wulicke, fino ad allora professore in un ginnasio prussiano, e con lui uno spirito nuovo e diverso era entrato nella vecchia scuola. Là dove la cultura classica era stata considerata fine a se stessa, un fine sereno da perseguire con calma, tranquillità e lieto idealismo, adesso eran saliti alla massima considerazione i concetti di autorità, dovere, potenza, servizio e carriera, e «l'imperativo categorico del nostro filosofo Kant» era il vessillo che il dottor Wulicke spiegava minacciosamente in tutti i discorsi ufficiali. La scuola era diventata uno stato nello stato, e il rigore prussiano vi imperava così tirannico che non solo gl'insegnanti ma anche gli scolari si consideravano funzionari preoccupati unicamente di far carriera e perciò di acquistare il favore dei potenti...¹⁹

Il diritto e la sua scienza non poterono rimanere indifferenti a trasformazioni di quella portata. Ciò risulta particolarmente vero per il diritto pubblico, che sempre più fu caratterizzato, dopo il superamento della *Kleinstaaterei* – l'atavica frammentazione politica germanica – come diritto speciale dello Stato (*Sonderrecht des Staates*)²⁰. Ne è tuttora una spia rivelatrice la perenne “indecisione” fra i termini *Staatsrecht* e *Verfassungsrecht* per definire un diritto costituzionale che certo non è

¹⁹ T. MANN, *I Buddenbrook. Decadenza di una famiglia*, traduzione di A. Rho, Torino, 1952, p. 707.

²⁰ O. LEPSIUS, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, in *Der Staat*, 2013, p. 159, secondo il quale la perdurante *Staatsbezogenheit* del diritto pubblico tedesco non è dettata da ragioni di opportunità accademica, ma è storicamente condizionata. È peraltro agevole rilevare i punti di contatto fra un'impostazione metodologica di questo tipo e i contenuti della prolusione palermitana del 1889 di Vittorio Emanuele Orlando («Il sangue dei martiri e il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano... Quest'unità di Stato così lungamente desiderata non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva della vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale»), su cui v. A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 75 ss.; S. CASSESE, «*Auf der gefahrenvollen Strasse des öffentlichen Rechts*». La «rivoluzione scientifica» di Vittorio Emanuele Orlando, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, p. 305 ss.

più soltanto *Staatsorganisationsrecht*²¹. In quel tornante si è definitivamente cristallizzata la raffigurazione canonica della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato come traduzione giuridica della distinzione fra Stato e società.

Di quella vicenda di affinamento degli strumenti concettuali del diritto pubblico i giuristi furono gli indiscutibili protagonisti²², sia nel campo dello *Staatsrecht* (Gerber e Laband), sia in quello del diritto amministrativo (Mayer, Fleiner). Importanti esempi di quel tentativo sono la ricostruzione dello Stato come *juristische Persönlichkeit* la cui volontà vincolava «das ganze Volk»²³, operata da Gerber, e lo studio di Otto Mayer sui contratti di diritto pubblico. Quest'ultimo Autore muove dalla constatazione che «Soll die Verwaltungsrechtswissenschaft als gleichberechtigte juristische Disciplin neben die älteren Schwestern treten, so muss sie ein System von eigenthümlichen Rechtsinstituten der staatlichen Verwaltung sein»²⁴. Si trattava, insomma, di fare in modo che l'aggettivo *öffentlich-rechtlich* non fosse un «blosser Name»²⁵. A dispetto dell'imponente circolazione di concetti e teorie da una disciplina all'altra, perciò, il sistema del diritto pubblico fu programmaticamente edificato nel segno della specialità rispetto al diritto comune, con una vera e propria recezione-adattamento (*Umbildung*) delle categorie civilistiche, ormai adattate alla diversa cornice del diritto

²¹ A questo proposito, è sufficiente citare il titolo di uno dei trattati più famosi: J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, varie edizioni. V. anche C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Frankfurt am Main, 2008.

²² Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 374 ss.

²³ C.F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, p. 3.

²⁴ O. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1888, p. 3 («Se la scienza del diritto amministrativo, come disciplina giuridica, deve affiancarsi su un piano di parità alle sue consorelle più anziane, allora essa dev'essere un sistema d'istituti giuridici propri dell'amministrazione statale»). V. anche M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 600 ss.

²⁵ O. MAYER, *op. cit.*, p. 20 (un «mero nome»).

to pubblico²⁶. Al tempo stesso, la *Staatsrechtlehre* di Gerber e di Laband attrasse in maniera decisiva il diritto pubblico verso il concetto (giuridicizzato) di Stato²⁷.

Un discorso non dissimile, peraltro, può essere svolto anche riguardo al diritto privato, ormai concepito come «an area of individual freedom that the state has to respect and to protect»²⁸. L'estensione di quell'area di libertà individuale fu interpretata in maniera via via più ampia fino a ricomprendere al proprio interno importanti settori della vita economica. Ne offre un buon esempio la riforma della società per azioni del 1870 (*I. Aktienrechtsnovelle*)²⁹: questa, fino a quel momento disciplinata come società autorizzata dallo Stato, provvista di uno scopo pubblicistico d'interesse collettivo e sottoposta al controllo statale, fu trasformata in una società di capitali, liberamente costituibile, non soggetta a limitazioni nella scelta degli scopi e sottratta, in larga misura, al controllo dello Stato³⁰. Al tempo stesso, però, si attenuò fortemente la vocazione impolitica del diritto privato stesso: ne offrono una convincente testimonianza una lettera di Jhering all'Imperatore Guglielmo I – in cui il giurista di Gottinga affermava di aver maturato sentimenti di maggiore fiducia nelle istituzioni monarchiche – e la prolusione di Roderich von Stintzing pronunciata a Bonn nel 1876, in cui era affermato il primato della *Realpolitik* – intesa come attitudine a influenzare il processo politico – rispetto all'autonomia della scienza giuridica³¹.

Risalgono a quel periodo due delle principali teorie sull'*ubi* della linea di demarcazione fra diritto pubblico e diritto privato: la teoria degli interessi, che fa riferimento alla distinzione fra interessi individuali e interesse generale (*Gemeinwohl*), e la teoria della subordinazione o della soggezione, secondo cui le norme di diritto pubblico sono caratteriz-

²⁶ Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *op. cit.*, p. 379 s.

²⁷ Cfr. le osservazioni di M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford, 2010, p. 191 s.

²⁸ H.-P. HAFERKAMP, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 667.

²⁹ Su cui si può vedere W. SCHUBERT, *Die Abschaffung des Konzessionssystems durch die Aktienrechtsnovelle von 1870*, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1981, p. 285 ss.

³⁰ Cfr. ancora M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 71 s.

³¹ Cfr. ancora H.-P. HAFERKAMP, *op. cit.*, p. 681 s.

zate dalla sovraordinazione del potere pubblico e, conseguentemente, dalla subordinazione degli individui. Da allora, fra ripensamenti e problematizzazioni di cui si dirà in seguito, l'idea di un plusvalore intrinseco alle norme di diritto pubblico, capace di superare la mera sommatoria degli interessi individuali, è un elemento-cardine del diritto pubblico tedesco³². Secondo le parole di Stahl, «Das Öffentliche ist nicht bloß das, was dem Nutzen Aller, sondern was einer höheren Ordnung über allem Nutzen dient»³³. Sul finire del secolo XIX, perciò, la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato è un problema che occupa principalmente la riflessione dei giuspubblicisti, intenti a consolidare lo *status* delle loro discipline.

Relativamente al problema del *discrimen* fra i due ordinamenti parziali, è opportuno compiere un'ulteriore precisazione. Si è detto in apertura che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato coincide, in buona misura, col criterio del riparto di giurisdizione fra giudici ordinari e altri organi giurisdizionali; fino al 1945, però, quella linea di demarcazione coincideva con quella fra controversie (civilistiche) assoggettabili alla cognizione di un giudice e controversie (pubblicistiche) che invece erano, in tutto o in parte, non giustiziabili³⁴.

³² Cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 58. In seguito il medesimo Autore si è soffermato sul rilievo cruciale del diritto amministrativo, simbolo dell'Autorità dello Stato, nei «grandi processi di unificazione che interessano paesi come la Germania e l'Italia» (G. NAPOLITANO, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in V. ROPPO, P. SIRENA [a cura di], *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, p. 394).

³³ Così F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, V ed., II, tomo I, Tübingen, 1878, p. 302 («Il pubblico non è semplicemente ciò che serve per l'utilità di tutti, ma ciò che serve un ordine superiore, al di là di qualsiasi utilità»).

³⁴ Cfr. M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, Paris, 1960, p. 66; D. SCHMIDT, *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht*, Baden-Baden, 1985, p. 84; M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 50, che dà conto di come le Corti si sforzarono di ampliare il perimetro del diritto civile al fine di assicurare l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale.

3. La dicotomia contestata: dalla comparsa della questione sociale all'entrata in vigore della Legge fondamentale

I primi tentativi di ridimensionare la portata della “separazione” fra diritto pubblico e diritto privato – sul piano non della teoria, bensì del diritto positivo – risalgono già alla fine dell'Ottocento. L'impegno di Gierke³⁵ e di Menger per l'inserimento di una dimensione “sociale” nel BGB è stato interpretato come un tentativo di prendere le distanze dall'isolamento metodologico dell'*Allgemeines Privatrecht*, verso un diritto «der realen Ordnung der persönlichen und wirtschaftlichen Lebensbeziehungen der Bürger im staatlichen Gemeinwesen»³⁶. Quanto al BGB stesso, che è stato definito come uno «spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus»³⁷, il problema principale della codificazione del diritto civile a fine Ottocento risiede nel fatto che lo Stato era ormai venuto a identificarsi con la nazione, rendendo sempre più problematica l'idea di un diritto privato “senza Stato”.

Sull'altro versante, si deve menzionare la progressiva “umanizzazione” della costruzione statualistica del diritto pubblico, con la transizione dalla dottrina degli *Hoheitsrechte* a quella della *Gewaltentrennung* nello Stato di diritto legislativo³⁸. In coincidenza con la svolta di

³⁵ Per un inquadramento dell'opera di Otto von Gierke v. M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, p. 356 ss.

³⁶ M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, cit., p. 45 (un diritto «dell'ordine reale dei rapporti di vita dei cittadini, personali ed economici, nella collettività statale»).

³⁷ F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1953), in ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main, 1974, p. 22 («figlio tardivo del liberalismo classico»). V. anche H.-P. HAFERKAMP, *op. cit.*

³⁸ Lo stesso accadde relativamente al problema della protezione dei diritti fondamentali (Cfr. O. MAYER, *op. cit.*, p. 30: «Unser Staat vermag rechtlich schlechthin Alles. Den Schutz der Freiheit suchen jetzt auch wir anstatt in einer äusserlichen Begrenzung seiner Gewalt, in einer inneren Zuständigkeitsverteilung zwischen der Regierung und dem mit Zustimmung einer Volksvertretung geäusserten Staatswillen, dem Gesetz, nach jener Idee, welche unter dem nicht ganz angemessenen Namen der Trennung der Gewalten ihren Siegeslauf begann und auf welcher alle unsere Verfassungen gebaut sind»); «In termini giuridici, il nostro Stato può tutto. Andiamo alla ricerca della tutela della libertà non già in una limitazione esterna del suo potere, ma in un riparto interno

fine anni Settanta nella politica bismarckiana, peraltro, s'iniziò anche a discutere degli specifici compiti del diritto privato di fronte alla "questione sociale"³⁹. Ancora più importante fu la discussione su enti di diritto pubblico come i Comuni o le Camere d'industria e commercio, in cui pareva esprimersi una "socialità" non riducibile allo Stato né agli individui⁴⁰.

3.1. Fra Weimar e il nazionalsocialismo: la dicotomia contestata

Finora si è detto di fermenti che negli ultimi anni del Secondo Reich contribuirono alla crisi della dicotomia romantica e "impolitica" fra Stato e società. Risalgono invece alla tormentata stagione della Repubblica di Weimar le prime riflessioni su un appannamento della distin-

di competenze fra il Governo e la volontà dello Stato espressa col consenso di un'assemblea rappresentativa – la legge – secondo quell'idea che ha incominciato il suo cammino vittorioso sotto il nome, non del tutto adeguato, di separazione dei poteri e sulla quale sono edificate tutte le nostre Costituzioni»).

³⁹ Cfr. T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001, p. 24 ss. Fra gli elementi che contribuirono a mettere in crisi la ricostruzione unitaria del diritto privato intorno ai principi di uguaglianza formale e di libertà economica si possono menzionare la legislazione per la protezione del lavoro delle donne e dei minori, la legislazione edilizia, le leggi poste a tutela del paesaggio e le prime manifestazioni di un diritto della concorrenza (come osservato da M. BULLINGER, *op. cit.*, p. 43 s.).

⁴⁰ A questo proposito vale la pena di fare menzione di quei lavori di Hugo Preuß – la cui posizione, peraltro, rimase minoritaria fra i suoi contemporanei – che presentano la democratizzazione dell'ordinamento federale tedesco – del *Kaiserreich* e poi della Repubblica – come l'immane portato di uno sviluppo costituzionale che muove "dal basso". Presupposto di quella ricostruzione è il riconoscimento dell'essenziale identità (*Wesensgleichheit*) fra Stato e Comune, da cui discende il postulato della necessaria omogeneità costituzionale fra le strutture costituzionali dei vari livelli di governo, compreso lo Stato stesso (cfr. specialmente H. PREUß, *Die Lehre Gierkes und das Problem der preußischen Verwaltungsreform* [1910], in D. SCHEFOLD, C. MÜLLER (a cura di), *Gesammelte Schriften*, II, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Tübingen, 2009, p. 605 ss. V. anche A. VOBKUHLE, *Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*, in *Der Staat*, 2011, p. 251 ss.; D. SCHEFOLD, *Die Homogenität im Mehrebenensystem. Kontinuität und Kohärenz der argumentativen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung von Hugo Preuß*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2012, p. 49 ss.).

zione – o, come alcuni scrivevano, della separazione (*Trennung*) – fra diritto pubblico e diritto privato nel diritto positivo: si devono allora segnalare la “socializzazione” del diritto privato – con l’emersione di nuovi ambiti disciplinari definibili come *Konvergenzrecht*, quali il diritto del lavoro o il diritto dei consumatori – e la democratizzazione del diritto pubblico, in cui iniziò ad attenuarsi la matrice statualistica⁴¹. Interessante, ad esempio, è il caso del diritto del lavoro, definito da Justus Wilhelm Hedemann come una combinazione di diritto privato ed elementi giuspubblicistici, tale da dar luogo a una *Publizifizierung* del diritto civile⁴². Al tempo stesso, il *Methodenstreit* che vide impegnati i principali giuspubblicisti dell’epoca – Heller, Kelsen, Schmitt, Smend e altri – ebbe invitato di pietra il problema dell’“erompere” del pluralismo e dei rischi che ne derivavano per l’unità dello Stato⁴³.

Il definitivo superamento della tradizionale dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato, in nome del rifiuto di una nozione “polemica” di società e dell’unità di *politische Führung* e *Gefolgschaft* realizzata dal nuovo regime, fu invece un asse portante del programma di politica del diritto nazionalsocialista⁴⁴.

⁴¹ Cfr. J.-P. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 88.

⁴² Cfr. D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15.

⁴³ Riferimenti essenziali si trovano in P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, in *Riv. AIC*, n. 2/2014 (su <www.rivistaaic.it>).

⁴⁴ Cfr. C. SCHMITT, *Le virage vers l’État total (Die Wendung zum totalen Staat, 1931)*, in ID., *Parlementarisme et démocratie*, traduzione di J.-L. Schlegel, Paris, 1988, p. 151 ss., spec. p. 153 («la notion de “société” était essentiellement polémique... elle visait, comme son contraire, la représentation de l’État concret alors existant, État monarchiste de militaires et de fonctionnaires; face à quoi, ce qui ne relevait pas de cet État s’appelait la société, précisément»); E.R. HUBER, *Einheit und Gliederung des völkischen Rechts. Ein Beitrag zur Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1938, p. 310 ss.; H. KUMMER, *Öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1944, p. 29 ss. Particolarmente degni di nota appaiono alcuni passaggi dell’analisi svolta da Huber: la derivazione della consolidata distinzione tedesca fra pubblico e privato sia tributaria non tanto dal diritto romano, quanto dal concetto francese di società; il fatto che l’elaborazione di un sistema del diritto pubblico sia stata deviata e frustrata dal massiccio ricorso a idee caratteristiche del diritto privato, laddove il primo avrebbe dovuto svilupparsi «aus eigener Kraft»,

3.2. *L'impossibile restaurazione: la discussione su diritto privato e diritto pubblico nel secondo dopoguerra*

In maniere fra loro profondamente diverse, dunque, sia la Repubblica di Weimar sia il regime nazionalsocialista indebolirono la portata della distinzione fra pubblico e privato. Se nel caso di quest'ultimo si trattava del consapevole perseguimento di un disegno di complessiva trasformazione dell'ordinamento, il periodo precedente era stato piuttosto caratterizzato dalla necessità di sottoporre i punti di riferimento della riflessione giuridica a un'intensa opera di aggiornamento. Nel secondo dopoguerra, dunque, il rilancio della dicotomia fra diritto pubblico e diritto privato è il portato, fra l'altro, della rottura con l'esperienza nazionalsocialista e del difficile rapporto fra la Germania di Bonn e le "lezioni di Weimar"⁴⁵. Non si deve neppure sottovalutare che il tentativo – in larga parte fallimentare – d'inglobare tutto l'ordinamento giuridico nella sfera pubblicistica era tuttora in corso nella Repubblica democratica tedesca⁴⁶. Così, sebbene le contaminazioni fra diritto amministrativo e Stato sociale fossero sempre più importanti, riprese vigore,

facendo tesoro dell'esperienza dell'assolutismo; il carattere compromissorio e interlocutorio del diritto pubblico ottocentesco; il bisogno di un diritto unitario, conseguenza dell'unità-totalità del popolo, «die es heute zu entfalten gilt» («che oggi si tratta di sviluppare»); la proposta di una tripartizione del nuovo diritto unitario in diritto dello Stato, diritto dei ceti (concernente l'economia e la cultura) e diritto comune (riguardante la famiglia, la società, i beni reali, i contratti e la responsabilità extracontrattuale).

⁴⁵ Con particolare riguardo al *Wertrelativismus* e al positivismo giuridici – e, per converso, alla forte politicizzazione delle questioni costituzionali – caratteristici del periodo weimariano cfr. T. HENNE, «Von 0 auf Lüth in 6½ Jahren». *Zu den prägenden Faktoren der Grundsatzentscheidung*, in T. HENNE, A. RIEDLINGER (a cura di), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 2005, p. 206 ss.; D. RENNERT, *Die verdrängte Werttheorie und ihre Historisierung. Zu "Lüth" und den Eigenheiten bundesrepublikanischer Grundrechtstheorie*, in *Der Staat*, 2014, p. 58.

⁴⁶ Per un approfondimento si possono vedere I.S. MARKOVITS, *Civil Law in East Germany - Its Development and Reaction to Soviet Legal History and Ideology*, in *Yale Law Journal*, vol. 78, 1968, p. 1 ss.; G. CRESPI REGHIZZI, G. DE NOVA, R. SACCO, *Il Zivilgesetzbuch della Repubblica democratica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 47 ss.; J. QUIGLEY, *Socialist Law and the Civil Law Tradition*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 37, 1989, p. 781 ss.

proprio per reazione nei confronti del nazionalsocialismo, l'ottocentesca *Theorie des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, chiaramente imperniata sull'idea della contrapposizione fra Stato e società⁴⁷. Allo stesso modo, Walter Hallstein intitolò *Wiederherstellung des Privatrechts (Restaurazione del diritto privato)* il discorso con cui assunse l'incarico di rettore dell'Università di Francoforte sul Meno⁴⁸. Al tempo stesso, però, iniziava già a profilarsi una differenza fondamentale rispetto alle stagioni precedenti: in luogo della contrapposizione tra i fini del diritto pubblico e del diritto privato, l'attribuzione a quest'ultimo di una missione «um nichts weniger sozial als die des öffentlichen Rechts»⁴⁹.

La tesi della restaurazione, però, non può essere accolta *in toto* a causa dell'entrata in vigore di una Legge fondamentale contenente, nella sezione dedicati ai diritti fondamentali, un ordine valoriale oggettivo (*objektive Wertordnung*) suscettibile di valere, in quanto decisione co-

⁴⁷ Cfr. H. RABAULT, *op. cit.*, p. 120 s.

⁴⁸ W. HALLSTEIN, *Wiederherstellung des Privatrechts. Rede bei der Übernahme des Rektorats der Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt am Main*, Heidelberg, 1946. V. anche I. KAUSAUSEN, *Nach der "Stunde Null". Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945*, Tübingen, 2007, p. 274, secondo cui dopo la fine del regime nazionalsocialista la riaffermazione dei principi fondamentali del diritto privato – uguaglianza formale, autonomia privata e capacità giuridica di tutte le persone fisiche – non rappresentò un'ulteriore "ora zero": «Der Bruch mit der nationalsozialistischen Weltanschauung bedeutete keinen inhaltlichen Bruch mit den "Sozialisierungstendenzen"; so gab es zwar keine rassistischen Kontinuitäten, aber doch "volksgemeinschaftliche". Die Rückkehr zu einem freien Individuum war nur ein vordergründiges und scheinbares Erstarken der individuellen Einzelperson. Denn fast zeitgleich mit der "Rückkehr" zum freien Individuum wurde ein neues "Prinzip", das dem Grundgesetz aus den Artt. 20 und 28 entnommen und auf den Namen "Sozialstaatsprinzip" getauft wurde, in das Privatrecht hinein getragen» («La rottura con la visione del mondo del nazionalsocialismo non ebbe per conseguenza una rottura sostanziale con le "tendenze alla socializzazione"; è vero che non ci fu alcuna continuità razzista, ma ve ne fu una "comunitaria". Il ritorno a un individuo libero era solo un evidente rafforzamento della persona singola. Quasi in contemporanea col "ritorno" all'individuo libero, infatti, nel diritto privato fu importato un nuovo principio, tratto dagli artt. 20 e 28 della Legge fondamentale e battezzato col nome di "principio dello Stato sociale"»).

⁴⁹ W. HALLSTEIN, *op. cit.*, p. 7 («in nulla meno sociale di quella del diritto pubblico»).

stituzionale fondamentale, per tutti gli ambiti del diritto⁵⁰. Per molti versi, l'entrata in vigore della Legge fondamentale ha rappresentato un elemento di crisi per l'(apparente) chiarezza della distinzione fra le due *Teilrechtsordnungen*, tanto che il diritto costituzionale, a differenza dello *Staatsrecht* tradizionale, «lässt sich in diese Unterscheidung nur bedingt einordnen. Es gehört zwar dem öffentlichen Recht an, besitzt aber einen höheren Rang und greift somit in alle Rechtsbereiche ein, in erster Linie in das öffentliche Recht... aber auch... in das Privatrecht»⁵¹. In questo modo un ramo del diritto pubblico veniva a insidiare lo storico *primato materiale* del diritto privato, secondo la definizione offerta retrospettivamente da Konrad Hesse⁵². Occorre precisare, peraltro, che anche l'ambito di applicazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti fondamentali è stato condizionato dalla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, come mostra l'annosa discussione sulla *Drittwirkung*⁵³. Accanto alla *Drittwirkung*, poi, si deve menzionare l'emersione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale, di doveri di protezione dei diritti fondamentali posti in capo ai pubblici poteri (*Schutzpflichten*), col conseguente superamento della tradizionale concezione dello Stato – di rilievo fondamentale per l'economia di que-

⁵⁰ *Bundesverfassungsgericht*, sentenza del I Senato del 15 gennaio 1958, *Lüth* (BVerfGE 7, 198, 205), su <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html>>. Sul caso *Lüth* si possono vedere, recentemente, T. HENNE, A. RIEDLINGER (a cura di), *op. cit.*; D. RENNERT, *op. cit.*

⁵¹ Così H. MAURER, *op. cit.*, p. 43 (il diritto costituzionale «può integrarsi in questa distinzione solo a certe condizioni. Fa senz'altro parte del diritto pubblico, ma è provvisto di un rango più elevato e interviene perciò in tutti gli ambiti del diritto, in primo luogo nel diritto pubblico... ma anche... nel diritto privato»).

⁵² K. HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1988, p. 10 («freiheitliches Privatrecht in einem nichtfreiheitlichen Staat», diritto privato della libertà in uno Stato non liberale).

⁵³ V., fra gli altri, M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetz*, Tübingen, 2001. Con riferimento precipuo al caso italiano, ma con indicazioni più generali sul tema della costituzionalizzazione del diritto privato, cfr. anche E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *op. cit.*, p. 235 ss.

sto intervento – come «primär freiheitsbedrohend[e] Instanz»⁵⁴. Questa trasformazione è stata ulteriormente accentuata dall'accresciuta consapevolezza circa i pericoli e i rischi di una moderna società industriale. Come si vedrà fra poco, in anni più recenti il problema – peraltro non del tutto inedito – della *gestione dei rischi* è stato anch'esso all'origine un'importante riflessione circa l'estensione della sfera pubblica e i presupposti per l'intervento dei pubblici poteri.

In quell'epoca, collocata fra gli anni Sessanta e Settanta, il problema dell'*Unterscheidung* fra i due ordinamenti parziali è affrontato soprattutto dagli studiosi di diritto civile. Taluni arrivano ad accusare il diritto pubblico di mirare a una *Usurpation* del terreno del diritto privato⁵⁵. Secondo la classificazione proposta da Detlef Schmidt, perciò, il legislatore, pur non modificando formalmente il *corpus* del diritto privato, lo ha vanificato (*unterlaufen*), sovrapposto (*überlagert*) oppure superato (*überholt*) con discipline di natura pubblicistica. Nel primo caso, un problema che si presenta per la prima volta all'attenzione del legislatore è regolato fin dall'inizio in termini pubblicistici (è il caso della sicurezza degli impianti, della qualificazione dei titolari di particolari imprese o anche dell'assicurazione di disoccupazione); nel secondo, la norma privatistica diventa il presupposto perché vengano a esistenza rapporti giuridici di natura pubblicistica (è il caso dell'appartenenza obbligatoria

⁵⁴ M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrecht*, cit., p. 21 («istanza che costituisce essenzialmente una minaccia per la libertà»). Secondo questo Autore, inoltre, la dogmatica dei doveri di protezione, ha di mira non soltanto i diritti fondamentali, ma anche *Staatsziele* e *Staatsaufgaben*, con una confusione – non necessariamente deplorabile – «zwischen individualbezogenen Grundrechten und staatsaufgabenbezogenen Pflichten des Staates» («fra diritti fondamentali, orientati in senso individuale, e doveri dello Stato, connessi ai compiti dello Stato stesso»). Nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si può fare riferimento, in particolare, alla prima pronuncia sull'interruzione volontaria di gravidanza (sentenza del I Senato del 25 febbraio 1975, BVerfGE 39, 1).

⁵⁵ Cfr. D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 15 s. (cita Fritz von Hippel, secondo il quale era in corso un «Prozess der entschiedenen Auflösung», un «Abbau des Privatrechts» [«processo di marcata dissoluzione»... «smantellamento del diritto privato»], e Ludwig Raiser, che discorreva di un'irreversibile contrazione del diritto privato). Per più ampi riferimenti cfr. D. EHLERS, *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, in H.-U. ERICHSEN, D. EHLERS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, XIV ed., Berlin, 2010, p. 166.

al sistema di assicurazione sociale di diritto pubblico, conseguenza necessaria della conclusione di un contratto di lavoro ai sensi dei paragrafi 611 e ss. del BGB); nel terzo, infine, la convivenza fra due discipline – una privatistica e una pubblicistica – vede la prevalenza di quest’ultima. Un importante esempio di *Überholung* viene dai paragrafi 906 e 1004 del BGB⁵⁶. Il divieto d’immissioni e i rapporti di vicinato sono regolati, in linea di principio, dalla seconda disposizione. Questa però è sostanzialmente caduta in disuso a causa della maggiore speditezza dei rimedi pubblicistici previsti dalla prima⁵⁷. La novella del diritto dei beni del 1994 ha sostanzialmente recepito quella tendenza, che già era stata riconosciuta a livello giurisprudenziale⁵⁸. In altri casi, invece, le Corti

⁵⁶ Secondo il par. 906 BGB, «(1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Eine unwesentliche Beeinträchtigung liegt in der Regel vor, wenn die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegten Grenz- oder Richtwerte von den nach diesen Vorschriften ermittelten und bewerteten Einwirkungen nicht überschritten werden. Gleiches gilt für Werte in allgemeinen Verwaltungsvorschriften, die nach § 48 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes erlassen worden sind und den Stand der Technik wiedergeben. (2) Das Gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt. (3) Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig».

Il par. 1004 BGB, invece, prevede: «(1) Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. (2) Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist».

⁵⁷ Cfr. D. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁸ Come rilevato da W. HOFFMANN-RIEM, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (a cura di), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 278 ss.

hanno tentato di evitare la confusione fra diritto pubblico e diritto privato: è il caso dei ricorsi di privati contro nuove iniziative economiche dei Comuni, promossi invocando il rispetto del diritto della concorrenza e che i giudici hanno cercato di arginare⁵⁹.

Quella fase di grande espansione del diritto pubblico e della sua influenza è però all'origine anche di alcuni dubbi sull'identità di quest'ultimo: sempre più frequente, infatti, è il riferimento, quale fulcro concettuale, non già allo Stato, bensì alla Costituzione⁶⁰. Per i fini del presente lavoro, quel mutamento di paradigma ha oscurato, in qualche misura, uno dei due poli attorno a cui si era costituita la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato.

3.3. *I principali esiti del dibattito per l'individuazione del criterio di demarcazione fra diritto pubblico e diritto privato*

Già in precedenza si è fatto cenno a due importanti teorie circa la linea di demarcazione fra diritto pubblico e diritto privato; alla teoria degli interessi e a quella del rapporto giuridico si è aggiunta nella seconda metà del Novecento la teoria del diritto speciale (*Sonderrecht*) o dell'attribuzione (*Zuordnung*)⁶¹. Si può dire che la storia delle tre principali teorie sul significato della distinzione fra diritto pubblico e diritto

⁵⁹ *Bundesgerichtshof*, sentenza del 25 aprile 2002 - I ZR 250/00, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 2645 ss.: «Das Ergebnis, daß ein Verstoß gegen Art. 87 BayGO für sich genommen keinen Anspruch aus § 1 UWG begründet trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Marktzutritts der öffentlichen Hand nur eine auf die Schutzfunktion seiner Anspruchsnormen begrenzte Kontrollfunktion zukommt» («Il fatto che una violazione dell'art. 87 del regolamento sui Comuni della Baviera, presa per sé, non fondi pretese basate sul par. 1 della legge contro la concorrenza sleale tiene conto della circostanza che in relazione alla valutazione dell'accesso al mercato della mano pubblica secondo il diritto della concorrenza, alle norme contro la concorrenza sleale spetta soltanto una funzione di controllo limitata alla protezione delle sue norme che fondano diritti soggettivi»).

⁶⁰ Cfr. O. LEPSIUS, *op. cit.*, p. 162 ss.; v. anche M. KLOEPFER, *Vom Zustand des Verfassungsrechts*, in *JuristenZeitung*, 2003, p. 481 ss.

⁶¹ V. H.J. WOLFF, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1950, p. 205 ss.

privato – come anche della loro messa in discussione – sia la storia dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata nell'ordinamento giuridico e, più in generale, nella società tedesca. Così, il significato euristico della teoria dell'interesse è stato fortemente ridimensionato in seguito all'emersione dello Stato sociale modernamente inteso e di fenomeni come l'erogazione di servizi pubblici e la programmazione, in cui interessi pubblici e interessi privati sono inevitabilmente intrecciati fra loro, fino alla più recente ondata di privatizzazione, funzionale o materiale⁶²; la teoria soggettiva, invece, ha dovuto fare i conti con l'avvento di moduli paritari nei rapporti fra cittadino e potere pubblico⁶³. L'attuale prevalenza della teoria del *Sonderrecht* o della *Zuordnung* si spiega, almeno in parte, anche con la sua natura quasi tautologica: c'è diritto pubblico laddove lo Stato è titolare di diritti o di obblighi *nella sua qualità di detentore di poteri autoritativi*⁶⁴. In questo modo, però, si rinuncia *a priori* al tentativo di dar conto delle ragioni profonde – se ve ne sono – della distinzione⁶⁵.

4. «Fuga nel diritto privato» e nuove contaminazioni

Come si è già parzialmente anticipato, nell'ultimo mezzo secolo il dibattito – sia teorico, sia di diritto positivo – è caratterizzato da una tendenza differente rispetto al passato: non si postula l'assolutezza della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, né se ne nega l'esistenza in nome dell'unità dell'ordinamento, ma si ridimensiona notevolmente il suo significato. L'idea della *Trennung* o del «contrasto essenziale» perde di rilievo, mentre sono fortemente valorizzate le interazioni – spontanee e no, dirette e mediate – fra i due ordinamenti parziali. Questo mutato atteggiamento si deve a una congerie di fenomeni. Sul

⁶² Cfr. W. LEISNER, *Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht*, in *JuristenZeitung*, 2006, p. 872.

⁶³ Cfr. O. BACHOF, *Über öffentliches Recht*, in O. BACHOF, L. HEIGL, K. REDEKER (a cura di), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, München, 1978, p. 6.

⁶⁴ Cfr. O. BACHOF, *op. cit.*; H. MAURER, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵ Come rilevato da H. RABAULT, *op. cit.*, p. 140.

versante della scienza giuridica, indagini come quelle di Martin Bullinger e di Dieter Grimm hanno contribuito a relativizzare, storicizzandola, la portata di una dicotomia a cui troppo spesso è stato attribuito un carattere di atemporalità. Quegli studi tendono infatti a sottolineare il carattere storicamente condizionato della distinzione, la natura chiaramente circoscritta della sua funzione e le considerazioni di natura politica che la sottendono.

In anni ancora più vicini a noi, peraltro, è stato segnalato il diffondersi di un sentimento di rassegnazione nei confronti del problema definitorio, che per la scienza giuridica sembra rappresentare una vera e propria *crux desperationis*⁶⁶. In taluni casi si fa appello, più che a veri e propri criteri discretivi, alla «Tradition des Reichsgebietes», come avviene per l'interpretazione del riferimento al diritto civile all'art. 74, comma 1, n. 1, della Legge fondamentale⁶⁷. In ogni caso, anche una distinzione intesa in senso minimalistico permette d'individuare un'"area" del diritto privato, caratterizzata da alcuni grandi principi, inapplicabili invece al diritto pubblico, fra i quali si staglia l'autonomia privata (*Privatautonomie*). Il diritto pubblico, invece, è caratterizzato da rapporti di soggezione e dal carattere discrezionale del pubblico potere; a essi, peraltro, nel secondo dopoguerra si è aggiunto il temperamento rappresentato dal principio di proporzionalità.

A scoraggiare ulteriori tentativi di organica definizione del *discrimen* fra diritto pubblico e diritto privato è intervenuta anche una migliore

⁶⁶ È il caso di W. HOFFMANN-RIEM, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, cit., 265 (che parla di «im Erfolgsniveau stagnierend[e]... Versuch[e] zur Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht»; «tentativi di delimitare i confini del diritto pubblico e del diritto privato che dal punto di vista della loro fruttuosità paiono ristagnare»), ripreso da U. STELKENS, *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*, Berlin, 2005, p. 328, secondo cui prevale ormai fra gli studiosi un certo sentimento di rassegnazione.

⁶⁷ C. DEGENHART, *Art. 74*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, V ed., München, 2009, p. 1512 s., il quale subito dopo precisa che per diritto privato si deve intendere la generalità delle norme ascrivibili al diritto civile; in termini sostanziali, ciò equivale a fare riferimento a «die Ordnung der Privatrechtsverhältnisse, also der rechtlichen Stellung und der rechtlichen Beziehungen Privater in ihrem Verhältnis zueinander» («l'ordinamento dei rapporti di diritto privato, dunque della posizione giuridica e dei rapporti giuridici dei privati, in relazione fra loro»).

conoscenza di altre tradizioni giuridiche, più o meno distanti da quella tedesca, in cui la distinzione non svolge o non ha svolto un ruolo altrettanto significativo. Quest'opera di rimeditazione delle categorie da parte della scienza giuridica, d'altro canto, dev'essere collocata sullo sfondo di processi di avvicinamento e di convergenza più vasti, favoriti dall'integrazione europea e dall'internazionalizzazione. La partecipazione della Germania all'Unione europea e la diffusione delle idee del *New Public Management*, infine, hanno svolto un ruolo importante nella ridefinizione dei rapporti tra sfera pubblica e sfera privata. Secondo una diagnosi comune, una nuova crisi è stata innescata dal concorso fra europeizzazione, globalizzazione e *governance* privata⁶⁸. Da ultimo, si deve menzionare la definitiva risoluzione della “questione tedesca” (*Deutschlandfrage*): con la riunificazione e il Trattato *Zwei-plus-Vier* con la Polonia – che ha sancito il riconoscimento del confine dell'Oder-Neiße da parte del Governo tedesco-federale – appare ormai realizzata l'unità politica della Germania⁶⁹. Ciò tuttavia è accaduto in un momento storico in cui il significato e il ruolo degli Stati nazionali sempre più spesso sono messi in discussione.

Quali sono le principali ripercussioni delle evoluzioni più recenti sul nostro tema?

Si può cominciare dicendo che la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, dopo aver impegnato i giusprivatisti, è ritornata a essere un importante oggetto di studio per gli studiosi di diritto amministrativo. Le analisi segnalano infatti una «*Flucht ins Privatrecht*», da cui discendono l'inutilizzabilità degli storici criteri di demarcazione⁷⁰ e un effetto di destabilizzazione degli assi portanti del diritto amministrativo.

⁶⁸ Giudizio che nel dibattito tedesco è condiviso anche dagli internazionalisti, che osservano come il concetto di *Global Governance* dia luogo a una *Verschwimmung* (appannamento) delle differenze tra azione pubblica e privata (cfr. A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, *Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance*, in *Der Staat*, 2010, p. 29).

⁶⁹ Lo osserva O. LEPSIUS, *op. cit.*, p. 160, secondo il quale una situazione di statualità mal definita per lungo tempo è stato il principale fattore di sviluppo della scienza del diritto pubblico in Germania.

⁷⁰ H. MOHNHAUPT, *Historische Konkurrenzen und Beeinflussungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, in *Rechtsgeschichte*, n. 19, 2011, p. 241.

Quelle trasformazioni hanno piuttosto dato luogo a una sorta di disallineamento fra Stato e diritto pubblico: al ridimensionamento dell'intervento statale, infatti, non corrisponde una riduzione del perimetro del diritto pubblico. Per problemi comunemente ritenuti "privati" ovvero "sociali" si cerca sovente una soluzione di natura pubblicistica. Là dove i problemi sono affrontati prescindendo dall'intervento dello Stato, questo è pur sempre chiamato ad assicurare una cornice regolatoria e all'occorrenza a intervenire per correggere sviluppi indesiderabili. In quella trasformazione risiede ciò che Wolfgang Hoffmann-Riem ha definito come il *Funktionswandel des öffentlichen Rechts* (mutamento funzionale del diritto pubblico)⁷¹: col suo *Sonderrecht* lo Stato provvede in molteplici modi alla risoluzione di problemi sociali, ma ciò avviene ormai col concorso di soggetti privati. Un esempio che può essere addotto a questo proposito è quello dell'accreditamento in ambito universitario. Sulla base della novella del 1998 della legge-quadro sull'Università (*Hochschulrahmengesetz*, HRG), il procedimento di autorizzazione statale dei corsi di laurea, denominato accreditamento, è condotto da soggetti privati. Il procedimento persegue un fine d'interesse generale, quello della valutazione della ricerca e dell'insegnamento in vista della garanzia della qualità dei corsi di studio, ed è imperniato su un organo di coordinamento nazionale, il Consiglio per l'accreditamento (*Akkreditierungsrat*) e su un sistema di enti di accreditamento decentrati, costituiti a livello dei singoli *Länder*. Tali enti sono agenzie private, il cui *status* giuridico varia da *Land* a *Land*, talvolta in misura significativa⁷².

Questo importante mutamento nel ruolo dello Stato e nell'"estensione" della sua azione non è stato privo di effetti neppure in ambito privatistico. Ci s'interroga cioè sulle condizioni della sopravvivenza del

⁷¹ W. HOFFMANN-RIEM, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Anfangsordnungen*, cit., p. 267. Sulle conseguenze dell'avvento della regolazione cfr. W. HOFFMANN-RIEM, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2005, p. 14 s.

⁷² A questo proposito v. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *L'accreditamento in ambito universitario tra pubblico e privato nell'esperienza tedesca*, in B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, p. 307 ss.

diritto privato “senza” lo Stato e “oltre” lo Stato. Si fanno ipotesi sulle somiglianze fra il periodo attuale e l’apogeo del liberalismo ottocentesco. Questo porta talora a rivalutare il ruolo dello Stato nel secolo XIX, a contestare l’idea di una vera e propria cesura fra Stato e società in quell’epoca e a interrogarsi, di conseguenza, sulla garanzia dell’autonomia del diritto privato nella situazione attuale: se lo Stato si ritira a vantaggio di «a multitude of public and private actors»⁷³, chi assicurerà la protezione dei valori fondamentali del diritto privato? Ancora a proposito del rapporto fra Stato e diritto privato, si avanza l’ipotesi che il secondo fosse indipendente non tanto dal primo, quanto dalle sue finalità strumentali⁷⁴. In questo caso, gli elementi di novità – e i rischi per l’identità del diritto privato – sono legati soprattutto all’europeizzazione: un approccio “strumentale” – «private-law regulation for pursuing public goals»⁷⁵ – sembra cioè caratterizzare gli atti e le politiche dell’Unione europea rilevanti per i sistemi di diritto privato degli Stati membri. Gli interrogativi relativi al futuro del diritto privato sono diventati ancor più pressanti dopo il manifestarsi della crisi economica e finanziaria del 2007-2008, che hanno rivelato i pericoli intrinseci all’appannamento della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato⁷⁶.

Un’ipotesi molto importante è quella degli «ordinamenti d’intercettazione» (*Auffangordnungen*), il cui approfondimento si deve soprattutto

⁷³ Come rilevano R. MICHAELS, N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 872. Per una ricostruzione differente cfr. F. RÖDL, *Private Law Beyond the Democratic Order? On the Legitimatory Problem of Private Law “Beyond the State”*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 743 ss. (secondo cui il problema della legittimazione democratica dev’essere posto anche in relazione al diritto privato).

⁷⁴ Cfr. N. JANSEN, R. MICHAELS, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 353.

⁷⁵ N. JANSEN, R. MICHAELS, *Private Law and the State*, cit., p. 355.

⁷⁶ Cfr. le considerazioni di U. BLAUROCK, *Regelbildung und Grenzen des Rechts - Das Beispiel der Finanzkrise*, in *JuristenZeitung*, 2012, p. 234, che si sofferma principalmente sulle agenzie di rating.

to al già menzionato Hoffmann-Riem e a Eberhard Schmidt-Abmann⁷⁷: non si tratta di mera e più o meno casuale *Kumulation*, bensì di una reciproca armonizzazione (*wechselseitige Abstimmung*), che rende possibile, di volta in volta, l'utilizzazione degli effetti complementari o sostitutivi dell'una o dell'altra *Teilrechtsordnung*. Questa linea d'indagine ha interessato, oltre i giuristi positivi, anche i cultori dell'analisi economica del diritto⁷⁸.

Si tratta dunque di valorizzare le correlazioni funzionali fra diritto pubblico e diritto privato piuttosto che di perseguire delimitazioni dotate di valore normativo. I vari ordinamenti parziali, perciò, devono essere concepiti in collegamento fra loro. Il fine da perseguire non è tanto l'unità dell'ordinamento, quanto una valorizzazione della sua pluralità, perfino delle sue possibili contraddizioni. In questo senso, la ricostruzione di Hoffmann-Riem e Schmidt-Abmann intercetta in qualche modo la traiettoria della recente proposta di Oliver Lepsius, volta a rifondare il diritto pubblico attorno al concetto di democrazia. Ad avviso di quest'Autore, se si prendono sul serio alcuni caratteri strutturali della democrazia – relativismo, disponibilità al compromesso, differenziazione istituzionale e soluzioni circoscritte nel tempo – si deve prendere definitivamente congedo dall'idea di un ordinamento giuridico unitario ed esente da contraddizioni⁷⁹. Secondo la definizione di Schmidt-Abmann, invece, la teoria delle *Auffangordnungen* ha piuttosto di mira l'unitarietà delle *öffentliche Aufgaben* e s'interroga su come il “bisogno di regolamentazione” che non può essere pienamente soddisfatto in un ordinamento parziale possa essere “intercettato” mediante il ricorso a elementi caratteristici dell'altro ordinamento parziale⁸⁰.

⁷⁷ Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, cit., 271; ma v. già W. HOFFMANN-RIEM, *Ökologisch orientiertes Verwaltungsverfahrenrecht - Vorklärungen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1994, p. 590 ss.

⁷⁸ V. C. KIRCHNER, *Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss.

⁷⁹ O. LEPSIUS, *op. cit.*, p. 184 ss.

⁸⁰ Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen - Einleitende Problemskizze*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 8.

Secondo la classificazione proposta da Hoffmann-Riem, si possono distinguere varie ipotesi d'«intercettazione» fra diritto privato e diritto pubblico. La prima è l'*ispirazione*: si può allora citare l'esempio della funzione legittimante – e di amalgama degli interessi – del consenso, con la conseguente diffusione di rapporti cooperativi e di soluzioni negoziali nel diritto pubblico. Si possono citare anche i sistemi d'incentivi e le soluzioni compensative, il ricorso alle quali è frequente nel diritto ambientale⁸¹. In altre ipotesi, uno dei due ordinamenti parziali *fa proprie* valutazioni caratteristiche dell'altro, che valgono come indice di una soluzione adeguata: così, valori-limite o regole tecniche di diritto pubblico possono «die Konkretisierung zivilrechtlicher Sorgfalts- bzw. Verkehrssicherungspflichten indiziell präjudizieren»⁸². Nel diritto amministrativo possono essere rinvenuti numerosi casi d'*imprestito* (*Entlehnung*), con riguardo ad esempio ai debiti dell'amministrazione o alla buona fede oggettiva. In alcune situazioni il rapporto concorrenziale fra i due ordinamenti parziali è regolato dal principio di sussidiarietà, come accade in riferimento al *quando* dell'intervento delle prestazioni assistenziali erogate dallo Stato (par. 2 del *Bundessozialhilfegesetz*, BSHG) o quando la pretesa punitiva dello Stato recede a favore della mediazione fra autore e vittima del reato purché sia ravvisabile in misura sufficiente uno sforzo di riparazione nei confronti della controparte (*Täter-Opfer Ausgleich*, prevista ai parr. 10 e 54 del *Jugendgerichtsgesetz*, JGG, e al par. 46a StGB). Infine, si può citare la già menzionata interazione fra i parr. 906 e 1004 BGB quale esempio di *attuazione intrecciata* di norme fra le quali non mancano le differenze.

5. Conclusioni

Come si è detto in apertura, le ricostruzioni tradizionali delle ragioni della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e dei criteri per

⁸¹ È il caso delle autorizzazioni previste ai parr. 7, comma 3, 17, comma 3a, e 67a, comma 2 del *Bundes-Immissionsschutzgesetz*, e ai par. 89 e ss. della parte generale di un progetto di Codice dell'ambiente.

⁸² BGHZ 92, 153, 151 ss. («pregiudicare in forma indiziaria la concretizzazione di doveri civilistici di diligenza o della responsabilità civile»).

stabilire una linea di demarcazione fra i due muovono dall'idea che questi due rami del diritto oggettivo siano caratterizzati da fini diversi e talora addirittura contrapposti; l'apparizione e il consolidamento di ulteriori elementi di differenziazione, d'altra parte, sarebbero stati una logica conseguenza di questa circostanza iniziale⁸³. Oggi, invece, le ricostruzioni più accreditate indicano che è in atto una convergenza di quegli stessi fini: diritto pubblico e diritto privato condividono «a shared mission», pur presentando nel contempo «different structures of legitimacy and accountability»; il compito che li accomuna è allora «to promote social order through law by providing a legal solution for social problems»⁸⁴. Altri autori, più cautamente, non negano che questi due ambiti abbiano finalità differenti: ne deriverà tuttavia non la contrapposizione, ma piuttosto un rapporto di vicendevole implicazione, soprattutto in aree emergenti come quella della regolazione del rischio⁸⁵.

Non è venuta meno, in ogni caso, la tendenza della scienza giuridica a riflettere su se stessa e sul proprio compito. Spunti di grande interesse possono essere ricavati dal Rapporto sulle prospettive della scienza e della formazione giuridica, consegnato nel 2012 dal *Wissenschaftsrat*, un organo consultivo del Governo federale e dei *Länder*⁸⁶. Dopo aver trac-

⁸³ Come osservato da F. BAUR, *Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, in *JuristenZeitung*, 1963, p. 41.

⁸⁴ J.-P. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 88 s.

⁸⁵ Cfr. P. ZUMBANSEN, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag*, Baden-Baden, 2000, p. 189 (che pure sottolinea come una «bürgerliche Sozialphilosophie» sia alla base tanto del diritto pubblico, quanto del diritto privato, tanto che si potrebbe forse parlare di un «bürgerliches Recht» unitario). Sulle implicazioni di un emergente *Risikorecht* si può vedere U. DI FABIO, *Risikosteuerung im öffentlichen Recht - zwischen hoheitlicher Überwachung und regulierter Freiwilligkeit*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss., il quale mostra che già i più tradizionali strumenti amministrativi di gestione del rischio – divieti con riserva di autorizzazione, ad esempio nell'ambito del controllo su mulini, autoclavi e macchine a vapore – prevedevano frequenti contaminazioni con elementi privatistici, con rinvii alle regole della tecnica e coinvolgimento di società di sorveglianza di natura privatistica.

⁸⁶ Il testo del rapporto, intitolato, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Europa. Situation, Analysen, Empfehlungen*, è disponibile su <<http://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>>. Una presentazione dei contenuti del rapporto si trova in

ciato una diagnosi chiaramente foriera di sfide impegnative – internazionalizzazione, crisi del diritto codificato, ascesa degli attori giurisdizionali, comparsa di nuove forme di produzione e di attuazione normativa – gli estensori del rapporto affermano che per rafforzare l'identità del giurista contemporaneo occorre

riscoprire una sostanziale unità della scienza giuridica, fatta non solo di pubblico e di privato, di penale e di commerciale... , delle (plurali) discipline di diritto positivo, dunque, ma pure di *Grundlagenfächer*, di discipline teorico-fondative (storiche, filosofiche, di teoria generale, comparatistiche, sociologiche, politologiche...), esse stesse parte integrante della scienza giuridica, e tanto più necessarie, in un momento di forte trasformazione dei presupposti normativi dell'ordinamento, per la sua stessa comprensione⁸⁷.

L'invito a imboccare la via del *Tiefe statt Breite* pare dunque annunciare sviluppi fortemente innovativi, con la ricerca e la valorizzazione, nell'insegnamento impartito all'interno delle Facoltà di giurisprudenza, di un punto di vista esterno sul fenomeno giuridico. La ricerca di tale angolo visuale appare tanto più opportuna, in quanto il rapporto contiene un'annotazione che non è riduttivo definire rivoluzionaria: «Il sistema delle norme giuridiche non è mai completo»⁸⁸. All'affermazione della sostanziale unità della scienza giuridica si accompagna dunque la constatazione dell'irrimediabile incompletezza dell'ordinamento giuridico: alla luce delle premesse dell'analisi condotta nel presente lavoro, la portata di queste affermazioni non può essere sottovalutata. Esse non fanno presagire non tanto la dissoluzione del diritto privato e del diritto pubblico in un indistinto amalgama, quanto il definitivo ridimensionamento del carattere di *prius* logico della distinzione fra i due e la necessità di considerare il diritto nella sua relazione con altri sottosistemi sociali⁸⁹.

M. LIBERTINI, *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 121 ss.

⁸⁷ Così B. SORDI, *La ricerca giuridica in Germania. Un rinnovato invito al colloquio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 104.

⁸⁸ Cit. da M. BRUTTI, *La ricerca giuridica in Germania. Allargare il campo degli studi giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 112.

⁸⁹ Il riferimento è alla terminologia adoperata da Gunther Teubner in numerosi lavori, fra i quali si può citare *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 185 ss.

LA DISTINZIONE TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO NEL *COMMON LAW* INGLESE

Mario Serio

SOMMARIO: 1. *Le origini del tema.* – 2. *Il contesto storico-politico della Magna Carta.* – 3. *Il debito del private law verso il public law inglese.* – 4. *Public law e private law accomunati dalla stella polare della rule of law.* – 5. *Notazioni finali.*

1. Le origini del tema

Sebbene le menti giuridiche inglesi siano educate, nel segno della continuità tradizionale, a ragionare, ad elaborare teorie, ad enunciare principii, a costruire formule di selezione di specifici problemi avvalendosi delle distinzioni e classificazioni tassonomicamente orientate, lo stesso atteggiamento non ha campeggiato, per le ragioni di seguito illustrate, con lo stesso rigore quando si è trattato di costruire solchi incolmabili tra *public* e *private law*¹.

Si tenterà, ripercorrendo alcune cruciali tappe storiche dell'esperienza giuridica inglese, di dare un senso di spiccata circolarità ai rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, muovendo dall'emersione, in specifici momenti della vita ordinamentale, di elementi a suffragio di questa tesi. La ricerca si dirige più verso la ricostruzione di un clima culturale che verso l'identificazione degli aspetti consequenziali di esso, soprattutto in campo processuale, che rimane, pertanto, escluso.

Nella storia del diritto inglese possono cogliersi segni e ragioni più profondamente rivelatori del comunemente predicato antidommatismo che non la semplice avversione all'astrazione concettuale nel governo dei fenomeni giuridici (ammesso, beninteso, che in questo senso abbia

¹ V. il mio *Ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese, in Europa e diritto privato*, 2010, p. 511 ss.

effettivamente operato il pensiero giuridico britannico: ciò su cui non sono mancati motivati dubbi². In particolare, specifici e grandi eventi storici, avvolti nelle ragioni del loro tempo, hanno agito quali propulsori di movimenti di idee, classificazioni, qualificazioni, categorie. Essi, infatti, hanno fornito causa ed occasione di mutamenti nell'assetto ordinamentale, anche profondi e duraturi. L'accadimento in sé, con il corteo di prodromi e conseguenze, è divenuto giustificazione sufficiente ed esplicativa del nuovo corso impresso all'ordinamento giuridico ed a sue particolari branche. L'origine storica individuale di istituti e norme ne diventa, pertanto, il più netto elemento contraddistintivo e qualificativo, di guisa che il relativo studio non può che svolgersi in intimo legame con la ricerca storica sia del singolo fatto sia dei motivi che lo hanno prodotto. Da tale ricerca vanno dedotti i caratteri e la fisionomia delle modificazioni giuridiche che ne sono conseguite. Ci si prospetta in modo chiaro e necessitato il profilo eminentemente storico del *common law* inglese³, almeno nel senso che il suo studio va alimentato col ghiotto nutrimento che è dato dall'inquadramento dei fatti rilevanti per la vita di quel diritto nell'irripetibile contesto storico che li ha determinati.

Non sembra sfuggire a questa regola di metodo, legata al concreto accadimento storico, nemmeno il tema, di evidente rilevanza tassonomica, della coesistenza nel disegno ordinamentale inglese delle due faglie della fenditura tra diritto pubblico e diritto privato.

Idealmente ancorando alla storia il tema qui trattato può isolarsi come fattore di massima rilevanza l'emanazione nel 1215, ad opera del re Giovanni (nella tradizione popolare noto come "senza terra"), del documento maggiormente evocativo della robusta ispirazione democratico-liberale dell'ordinamento inglese, ossia la Magna Carta, nel tempo divenuta oggetto di interventi confermativi e consolidativi nonché base fondante delle più celebri e brillanti riflessioni teoriche, in particolare

² Per una confutazione della veduta che nega al diritto inglese capacità di elaborare categorie giuridiche fondate quanto meno su un sistema di tassonomie che risente della partizione Gaiana si veda P. BIRKS, *English Private Law*, Oxford, 2000, p. XXXV ss.

³ Sul carattere storico del diritto inglese rimangono insuperate le felicissime pagine di G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese - Le fonti*, Milano, rist. 2014 (con addenda di aggiornamento di Serio), p. 26 ss.

quella di Coke, che hanno inciso sulla struttura del *common law* britannico e sui modi per realizzarne una compiuta e matura conoscenza.

2. *Il contesto storico-politico della Magna Carta*

In occasione del settecentesimo anniversario della sua emanazione, celebrato in prestigiosi scritti commemorativi⁴, un illustre giurista, il Visconte Bryce, tracciò una suggestiva linea parallela tra le 12 Tavole e la Magna Carta, unita dalla circostanza di essere state, rispettivamente nel diritto romano antico e nel diritto inglese, i primi documenti di alto significato giuridico⁵. In particolare, entrambi i documenti normativi racchiudevano le fondazioni sia del diritto pubblico sia del diritto privato, ciascuno prospettandosi, per usare l'espressione Liviana, come *fontes omnis publici privatique iuris*. E, sebbene la distinzione tra i due rami normativi non fosse chiara al tempo dell'emanazione dei due basilari atti, Bryce notava come, a differenza della legge Romana in cui l'elemento privatistico sembrava primeggiare, la Carta promulgata nel 1215 vedeva stagliare nettamente il carattere pubblicistico, e specialmente costituzionalistico⁶, che allude ad una Costituzione che, per utilizzare un'espressione ormai felicemente recepita nella letteratura giuridica inglese, piuttosto che *unwritten* va definita *uncodified*, ossia immanente, pur in difetto di una esplicita recezione in un testo normativo.

Se ci si spinge ad esplorare le radici sostanzialmente costituzionali della Magna Carta si viene condotti nel territorio della reazione alle condotte arbitrarie e spesso violente del potere regio, pugnacemente pretesa dalla classe nobiliare. La previsione di garanzie volte a prevenire la riproposizione di atteggiamenti vessatori del sovrano nei confronti del ceto aristocratico ed il riconoscimento ad esso di precise prerogative nel campo dei diritti feudali rappresentava una nuova base di regolamento dei rapporti tra il re ed i signori che lo circondavano e ne chiedevano riconoscenza per i servizi resi.

⁴ *Magna Carta Commemoration Essays* – d'ora in poi *MCCE* – edited by H.E. MALDEN, Royal Historical Society, 1917.

⁵ P. 1 della Prefazione all'opera citata nella nota precedente.

⁶ *Op. ult. cit.*, 2.

Ma al tempo stesso costituiva uno dei più significativi e profondi capitoli del diritto privato inglese, in particolare del complicatissimo diritto di proprietà, secondo cui la diretta scaturigine di un movimento di riorganizzazione della società attorno a principi di sicura gravidanza costituzionale fu data dalla riorganizzazione dei criteri di assegnazione delle terre e quindi di stabilimento dei diritti individuali di godimento o parziari rispetto alla terra stessa. Già questo è un primo, evidente sintomo di quel fenomeno di circolarità che non si stempera nella indistinzione ma piuttosto evoca il valore della complementarità che a propria volta si svolge nella virtù dell'armonia endo-ordinamentale.

Che quello dell'aspra disputa sulla natura e sull'estensione dei corrispettivi pretesi dai nobili per l'insostituibile cooperazione con il monarca fosse il contesto di maturazione del documento del 1215, e che questo fosse concepito, nelle comuni intenzioni dei contendenti, come il mezzo risolutivo, o almeno attenuativo, dell'autentica lotta di potere, non è mai stato contestato nei vari periodi storici da parte dei qualificati studiosi che, sin dai giorni delle Istituzioni Cokiane⁷, hanno sottolineato la virulenza dei contrasti e la necessità di una loro definizione prima che venisse attentata la saldezza delle istituzioni nazionali⁸.

Quel che ormai da lungo tempo costituisce motivo di dubbio, che man mano va sciogliendosi in una chiara certezza, è il carattere genuinamente democratico, e quindi fondativo delle basi del costituzionalismo inglese, della Carta, cui da più parti ormai si tende a sottrarre spazio centrale nel processo di edificazione dell'ordinamento pubblicistico di *common law*. Ed infatti si tende oggi ad elevare a causa genetica immediata di quel documento che è rimasto scolpito nelle nostre menti e nei nostri cuori un conflitto di classe, chiaramente sbilanciato a favore non di una classe di oppressi, non dei comuni cittadini, ma della classe aristocratica: è questo il punto che può apparire in stridente antagonismo con il credito che si è soliti attribuire alla Magna Carta. Il contesto

⁷ All'illustrazione, ed esaltazione dei meriti, della Magna Carta è dedicato il proemio alla seconda parte di tale opera, dove la Carta venne definita grande non per il suo volume ma per l'importanza ed il peso delle materie trattate: v. p. 1.

⁸ V. il contributo di P. VINOGRADOFF, *Magna Carta*, C. 39, Nullus Homo Liber, etc., in *MCCE*, cit., p. 78 ss. che mette in luce il terribile contrasto tra l'esercizio arbitrario del potere reale e le egoistiche considerazioni dei baroni dell'epoca.

storico di svolgimento del prolungato convivio di Runnymede è la testimonianza plastica di un re arrogante, violento e brutale messo alla corde dai suoi signori, del tutto incuranti degli interessi del popolo, ansiosi di restaurare il proprio dominio feudale e, per questo, altrettanto pronti a rovesciare in armi il potere costituito. Questo è un punto che non può essere trascurato, poiché riannoda i fili di una trama che pare interamente giocata sul versante costituzionale mentre allude al sistema dei rapporti interindividuali all'insegna del baronato come titolo legittimante un possesso prolungato ed una circolazione incontrastata sulle terre del sovrano. Questa analisi viene oggi unanimemente condivisa dai più qualificati studiosi della Magna Carta. La terza edizione postuma dell'opera di Holt, che ha raccolto il testimone di McKechnie, acutissimo osservatore della Magna Carta, uscita nel 2015, un anno dopo la scomparsa del celebre studioso, dice chiaramente che vi è stata una sovra-enfatizzazione della natura dalla Magna Carta che è divenuta strumento di libertà, ma non era nata con questo scopo né con questo presupposto; allora, è del tutto improprio dire che la Magna Carta si muoveva in un'ottica esclusivamente pubblicistica, e che al tempo stesso esibiva la propria inidoneità a mostrare i propri effetti anche nell'ambito squisitamente privatistico.

Accurate e ragionate ricerche si sono preoccupate di attribuire il dovuto peso nel processo di redazione della Carta al congiunto operare di cause tra loro diverse, capaci di spiegare nuova luce sul documento.

È stato, infatti, notato da uno dei maggiori studiosi del tema, appena citato, che le origini del testo vanno rintracciate nel lungo e turbolento periodo di assestamento dell'organizzazione territoriale ed amministrativa di quel che nel tempo sarebbe divenuto il regno d'Inghilterra⁹, inizialmente contraddistinto dalla predominanza del potere centrale rispetto a quelli locali di origine tribale del periodo anglo-sassone, e poi danese, successivamente temperato dallo stabilirsi di un assetto monarchico. Ma proprio le progressive degenerazioni verificatesi nella conduzione del governo regio, in particolare avvertite dalla classe baronale afflitta da gravosi obblighi di natura feudale ed impoverita del potere di amministrare giustizia locale, condussero ad un forte grado di tensione

⁹ W.S. MCKECHNIE, *Magna Carta*, 2nd ed., Glasgow, 1914, pp. 3, 4.

sociale – seppur circoscritta agli alti ceti – e diedero la spinta ad un confronto, più di puro potere che squisitamente istituzionale, tra re e baroni, sorretti dalla lucida guida dell’Arcivescovo Stefano di Langton, sfociato in un accordo forzoso, che pur viene celebrato come la più significativa espressione di democrazia liberale¹⁰. Insomma, se è vero che la Magna Carta intervenne su annosi problemi di distribuzione di potere tra livello centrale e locale, è altrettanto certo che il suo fine più immediatamente ed evidentemente conseguito sia stato quello di arginare una crisi che minacciava di destabilizzare la monarchia, fino al limite della guerra civile.

Ecco, allora, profilarsi un aspetto tendente a ridimensionare non tanto il valore in sé della Carta e la sua capacità espansiva in termini di creazione di nuovi principii giuridici quanto dei motivi e dell’occasione della relativa emanazione. È ormai da tempo accreditata nella dottrina storico-giuridica inglese l’idea volta a superare la concezione Cokiana superlativamente laudativa di un atto in cui si vedeva la compiuta realizzazione di un disegno di organizzazione istituzionale poi trapassato nel tempo senza significative modificazioni. Si è così distinto tra l’aspetto di esempio che la Carta, con le sue successive conferme negli anni ad essa prossimi ed i rilevanti ampliamenti contenutistici del *Petition of Rights* del 1628¹¹ e del *Bill of Rights* del 1689¹², ha impresso nella storia costituzionale inglese, contribuendone all’evoluzione ed illustrandone gli attuali assetti¹³, e la causa contingente della sua emanazione, da

¹⁰ W.S. MCKECHNIE, *op. cit.*, p. 49 ss.

¹¹ Rivolto all’affermazione del principio secondo cui nessuna imposizione fiscale, patrimoniale o limitativa della libertà personale possa essere attuata senza un atto del Parlamento.

¹² Diretto alla generale previsione dell’equilibrio nei rapporti tra corona e Parlamento e dell’assoggettamento della prima alle leggi emanate dal secondo anche a garanzia delle libertà individuali. Dottrina specialistica ha ravvisato nel *Bill of Rights* un carattere programmatico tendente ad espandersi, grazie alla duratura forza dei principii espressi, verso la futura legislazione: G. LOCK, *The 1688 Bill of Rights*, in *Political Studies*, 1989, p. 541.

¹³ In questa prospettiva il compianto LORD BINGHAM, nel suo *Lives of the Law - Selected essays and speeches 2000-2010*, Oxford, 2011, p. 10 ss., accredita alla Magna Carta numerosi meriti derivanti dalla successiva germinazione da essa di fondamentali

cui trasse beneficio certo la categoria dei baroni feudali¹⁴. Il documento rappresentò una forma di prevalenza delle ragioni nobiliari su quelle regie ed ebbe, pertanto, un innegabile carattere utilitaristico per i baroni, ai cui occhi non poteva affatto apparire quel simbolo di libertà che in futuro sarebbe stato esaltato; la Magna Carta era per essi un concreto vantaggio acquisito nella lotta contro un re ostile e violento¹⁵. Proprio la circoscritta genesi dell'atto del 1215 e la sua obiettiva natura servente agli interessi della categoria economicamente più forte della società inglese può aver influito sull'opinione riduttiva manifestata a proposito, ad esempio, della supposta anticipazione che la Carta del 1215 avrebbe effettuato, nel suo capitolo 39, del principio della necessità del processo davanti ad una giuria per i più gravi delitti, formante parte inalienabile del patrimonio dei principi fondamentali del *common law* inglese¹⁶. Il carattere sostanzialmente classista, nel senso cui prima si è fatto solo cenno, dato il diverso oggetto di questa ricerca, dell'atto di cui è appena ricorso l'ottocentesimo anniversario, non elimina, tuttavia, perduranti pregi riflessi sulla stessa struttura ordinamentale e sul pensiero giuridico inglese.

In primo luogo la Carta possiede un intrinseco valore metodologico in quanto ha dato luogo ad un elemento di stabilità e continuità nello sviluppo del costituzionalismo inglese, scoraggiando qualsiasi improvvido tentativo di rompere con il passato¹⁷. È proprio la vocazione sostanzialmente e proletticamente costituzionale della Magna Carta a farne la fedele incarnazione di un coerente ed armonico insieme di ideali giuridici ed istituzionali, trasmigrati anche negli Stati Uniti d'America

principii dell'odierna configurazione del *common law* inglese, quali la tutela dei diritti umani, il primato della legge, l'eguaglianza tra tutti i cittadini.

¹⁴ Si veda la documentata filologicamente e logicamente acutissima analisi di J.C. HOLT, *Magna Carta*, 3^a ed., Cambridge 2015, soprattutto p. 39 ss.

¹⁵ W.S. MCKECHNIE, *Magna Carta (1215-1915)*, in *MCCE*, cit., p. 9.

¹⁶ J. BRYCE, cit., xvii.

¹⁷ W.S. MCKECHNIE, *Magna Carta (1215-1915)*, in *MCCE*, cit., p. 25. Pensiero a sua volta ripreso, nella stessa raccolta di saggi del 1917, da Powicke, *Per iudicium parium vel per legem terrae*, p. 121, secondo cui la grandezza del *common law* risiede non tanto nel fatto che esso costituisca legge suprema, quanto in quello che la sua concreta applicazione, continuata nel tempo, lo faccia apparire tale.

ed in molte altre comunità, che simboleggiano e sostengono la base di libertà e giustizia propria del *common law* in genere¹⁸.

Rileva particolarmente ai fini della presente indagine ricordare che nell'atto normativo del 1215 sono contenute numerose ed importanti disposizioni di natura civilistica, concernenti soprattutto la materia dei diritti feudali (capitoli dal 14 al 19) e di quelli successori (capitolo 27), a conferma della coesistenza in un unico testo delle due anime moderatamente definibili come pubblicistica (quella facente capo ai rapporti tra la monarchia e le classi dominanti ed alle garanzie fornite dal re circa il rispetto delle posizioni degli appartenenti al ceto nobiliare ed all'ecclesiastico) e privatistica (riguardante l'assetto dei diritti sui fondi e la relativa trasmissibilità per causa di morte). Questa notazione acquista – come potrà successivamente comprendersi – specifico peso nell'economia delle conclusioni che si trarranno in punto di fluida comunicazione tra le due branche ordinarie del *common law* inglese.

Sempre in chiave di motore delle libertà individuali¹⁹, per quanto spinte da una vicenda classista, è stato considerato l'atto del 1215 da chi vi ha ravvisato, da un canto, un riflesso di coerenza e stabilità dell'assetto costituzionale ed amministrativo inglese nei secoli, e, d'altro canto, la sua modernità, da difendere e preservare non come reperto museale ma quale strumento destinato a soddisfare in ogni momento le esigenze dell'ordinamento giuridico e della società inglese nel suo complesso²⁰.

Ancora più stimolante, anche in vista del successivo dispiegarsi del presente studio, è l'angolo visuale in cui si è posto chi nella Magna Carta ha visto, in relazione al tenore di alcune sue disposizioni come

¹⁸ H.D. HAZELTINE, *The influence of Magna Carta on American constitutional development*, in *MCCE*, pp. 225, 226.

¹⁹ V. DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, 2013, p. 19: «Magna Carta... must be viewed as a primary source of inspiration for human rights lawyers even today. This is partly because at the heart of the modern concept of human rights is the notion that the governments of nations cannot treat the people they govern in whatever manner they like: there are limits to those powers based on the principle that each individual has certain rights which must not be interfered with – unless there are clearly justifiable reasons to do so».

²⁰ J.C. HOLT, *op. cit.*, p. 34 ss.

quelle dei capitoli 39 e 40 in materia di giustizia²¹, il genuino antecedente storico del modello giuridico e culturale cui è ispirato il diritto inglese, che da Dicey sarebbe stato battezzato come *rule of law*. E ciò in quanto – come si dirà più avanti – tale espressione racchiude in sé molti dei valori espressi dalla Magna Carta, specialmente quello secondo cui ogni persona e ciascuna Autorità, pubblica o privata, debba ritenersi vincolata al rispetto della legge, legittimamente formata in Parlamento e destinata a vigere per disciplinare i casi futuri²². Il tema sarà ripreso nelle successive parti del lavoro.

Ed infine, va considerata la posizione di Blackstone nei *Commentaries* che colse nella Magna Carta i legami delle antiche tradizioni del regno, sin dai tempi di Edoardo il confessore, primo re d'Inghilterra della dinastia anglosassone, che regnò dal 1042 al 1066 secondo i costumi dei principi sassoni e prima dell'avvento dei regimi feudali importati dalla Francia. In questa luce la Carta venne definita restauratrice di un ordine scomparso sotto il regno di Giovanni.

Ora, questa integrazione, di assetti di interessi attraverso l'elaborazione di un unico documento, testimonia *ab origine* del senso di circolarità tra le due branche ordinamentali.

Questo senso di circolarità venne sviluppato e portato a più mature conseguenze a distanza di quattro secoli, in quel turbolentissimo XVII secolo inaugurato con una formidabile lotta di potere tra la King's Bench e la Corte del Cancelliere²³, un conflitto che poi avrebbe condotto all'elaborazione del pensiero secondo cui nessuno si colloca ad un livello talmente elevato della scala sociale e istituzionale di un paese da potersi sovrapporre ed anteporre alla stessa legge. Ora, in quel quarto di secolo finale si ebbe l'emanazione consecutiva del *Petition of Rights* e del *Bill of Rights*, documenti che combinano insieme profili di rilevanza

²¹ Cap. 39: «No free men shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him or send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land»; cap. 40: «To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice».

²² T. BINGHAM, *The rule of law*, London, 2010, p. 9.

²³ Su cui si può rinviare a Serio, *Alcuni elementi storici del diritto inglese*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, in particolare p. 32 e ss.

pubblicistica e profili di rilevanza negoziale. Profili di rilevanza pubblicistica evidentemente consistenti nel ridimensionamento, nell'attenuazione dell'incidenza del volere sovrano rispetto alle vite dei cittadini. Sotto il profilo negoziale si introdusse la fondamentale regola di tutela della proprietà privata, rendendola del tutto insensibile a spossessamenti, esazioni, imposizioni tributarie, se non previste da una legge del Parlamento.

Ancora una volta, è indissociabile la prospettiva unitaria del diritto inglese: è infrazionabile la struttura del diritto come mezzo di affermazione delle situazioni soggettive pubbliche e di quelle individuali, ma soprattutto come strumento al servizio non di una ideologia, né di una concezione teocratica, come ai tempi di Giovanni senza terra²⁴, ma come mezzo per assicurare la convivenza tra i cittadini («ne cives ad arma veniant») e garantire la pace del Re.

Non può certo dirsi che questa secolare evoluzione di testi normativi, unicamente rivolti alla emersione del valore della dignità umana e soprattutto di quello della inassoggettabilità del complesso delle libertà fondamentali ai capricci dei sovrani, sia rimasta priva di frutti sul piano del clima culturale e della edificazione di altre piattaforme ordinamentali inglesi. E questo per l'influsso di due separati fattori, il primo dei quali è la nascita nella seconda metà del XVIII secolo di una formazione dottrinarica nelle università attraverso l'istituzione della prima cattedra di *civil law* tenuta da Blackstone, cui non accidentalmente, dopo cinque distinte titolarità della cattedra Vineriana, succedette Dicey, ovvero colui che nel modo più felice ricondusse ad unità concettuale tutti i sedimenti che nel tempo si erano andati depositando sulla base culturale del diritto inglese, a partire dalla Magna Carta, per pervenire all'elaborazione dei principii della *rule of law*. Ad onor del vero, va riconosciuto a Blackstone, il merito di implicito assertore, proprio nella lezione inaugurale della cattedra di *civil law*, tenuta il 25 ottobre del 1758, dell'ordito della *rule of law*. Infatti dalla lezione Blackstoniana si dirama l'idea della ordinata coesistenza di più poteri diffusi tra soggetti ed enti,

²⁴ Si ricordi la bolla di Innocenzo III "Etsi carissimus" del 24 agosto 1215 che addirittura si trasformò in una inibizione ai baroni di avvalersi delle prerogative loro attribuite dalla Magna Carta.

assicurata attraverso una ordinata distribuzione dei relativi uffici e l'esercizio equilibrato e non interferente da parte dei titolari.

3. *Il debito del private law verso il public law inglese*

La Magna Carta con la sua funzione esemplare esibisce il volto più chiaro e rassicurante del diritto pubblico inglese e del sistema costituzionale che ne sta alla base. Essa ha al contempo garantito, in virtù della essenzialità del principio del rispetto dei diritti fondamentali della persona, un ordinato raccordo con l'evoluzione del diritto privato, così prevenendo il rischio, se non di un disallineamento rispetto al diritto pubblico, di uno sviluppo disomogeneo o discordante delle rispettive basi.

Appare utile ai fini dell'indagine in atto gettare lo sguardo verso la parallela crescita del *private law* con specifico riguardo al rinvenimento di punti di incrocio tra le due esperienze ordinamentali da utilizzare nella formulazione delle conclusioni sul tema trattato.

Non può essere trascurato nell'ambito dei rapporti di reciproca implicazione tra *public law* e *private law* inglesi il dato dell'originaria, ed a lungo invalsa, egemonia del primo, capace di attrarre nella propria orbita disciplinare la parte del tutto prevalente dei fenomeni giuridici, anche se concernenti relazioni interindividuali. Si trattava della manifestazione più plateale e sicura della concezione statutale del diritto, nel senso che ogni intervento della legge o degli organi destinati a crearla o a darvi applicazione rappresentava di per sé un modo di affermazione dello Stato stesso e di assicurare che la sua primaria esigenza di tutelare la pace sociale, riassunta nella celebre locuzione *ne cives ad arma veniant* e nella conseguente preservazione della *peace of the king*, venisse soddisfatta attraverso la diretta regolamentazione di ogni relazione giuridicamente rilevante, anche se esplicita nel settore strettamente privatistico. La tenaglia del controllo in senso pubblicistico, ossia attraverso gli strumenti peculiari della materia, in primo luogo quelli preventivo-sanzionatori tipici del diritto penale, finiva così per trasformarsi in forma ordinaria di disciplina dell'esperienza giuridica in genere, ed in particolare delle sue degenerazioni in senso patologico.

Esemplificativo è il faticoso itinerario percorso in un notevole lasso di tempo dal *contract* per affrancarsi dal netto calco delittuale²⁵ che a lungo aveva reso gli accordi negoziali rilevanti e meritevoli di tutela nei limiti in cui essi, rimasti ineseguiti, integrassero un'autonoma figura di *tort*, rimanendo attratti nel relativo paradigma rimediale²⁶. La circostanza che anche il sottrarsi alla parola data acquisisse fino al tardo quindicesimo secolo agli occhi del diritto inglese un contrassegno pubblicistico, in quanto riflesso del turbamento della pace assicurata dal potere regio, e determinasse come misura reattiva caratteristica una sanzione che, pur possedendo contenuto patrimoniale, si alimentava di un evidente connotato penalistico, non solo conferma l'assorbente presa del *public law* nelle sue varie dimensioni, ma addirittura dimostra come nel suo intero apparato precettivo e punitivo si risolvesse l'ordinamento giuridico nel suo complesso. E ciò in quanto tale branca del diritto veniva giudicata idonea a contemperare in soddisfacente sintesi tanto l'interesse della collettività al generale rispetto degli obblighi e doveri di origine legale incombenti su ogni membro della collettività quanto l'aspirazione del singolo cittadino ad ottenere lo scudo protettivo della legge nei rapporti di natura privata con gli altri cittadini²⁷. Non vi era, insomma, alcuna percezione negativa della riconduzione ad un'unica fonte, di schietta marca pubblicistica, sia del capitolo delle sanzioni per le condotte inosservanti sia del tema delle tutele individuali.

Il dinamico sviluppo di una teoria del *contract* delineata secondo la nuova categoria dei rapporti privatistici dotati di uno statuto originale ed indipendente di regole e rimedi inaugura la stagione di un *private*

²⁵ Si veda al riguardo la ricca casistica, che si snoda nel corso di un plurisecolare itinerario storico, raccolta in J.H. BAKER, S.F.C. MILSON, *Sources of English Legal History-Private Law to 1750*, 2ª ed., London, 2010, specialmente p. 399 ss. dedicate alle varie figure di inadempimenti di *assumpsit*.

²⁶ Come è noto solo nel caso *Slade v. Morley* del 1602, deciso dopo un estenuante dibattito presso la Exchequer Chamber – della quale, per l'occasione, erano stati chiamati a far parte i più prestigiosi giudici e giuristi inglesi del tempo –, fu riconosciuta l'autonomia e la specificità di un'azione in *contract*, piuttosto che per *debt* in relazione ad impegni promissori aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro.

²⁷ Si veda l'ampio orizzonte descrittivo delle *forms of action* riconducibili alle ipotesi di *trespas* racchiuso in *Winfield and Jolowicz, Tort*, 7ª ed., a cura di W.V.H. ROGERS, London, 2006, p. 52 ss.

law articolato oggettivamente in suddivisioni sostanzialmente corrispondenti alla tripartizione gaiana. Al destino partecipò anche quella parte del neo-configurato diritto privato che per tradizione e materia maggiormente aveva tratto analogia di trattamento e struttura dal diritto penale, ossia il diritto dei *torts*. Nel tempo si perfezionò a tal punto la fase di ristrutturazione in senso privatistico di tale branca che, per rimarcare l'ormai irrecuperabile distanza dalla antica sponda penalistica, si coniò una distinzione tra figura *private e public*, a seconda della natura e dell'oggetto del bene tutelato, di uno dei più diffusi tipi di *tort*, quello di *nuisance*²⁸.

Da circa cinque secoli, pertanto, la dicotomia classica ha trovato composizione e riconoscimento nel generale assetto del *common law* inglese. Speciale merito va ascritto, ai fini della formazione in senso tassonomicamente orientato del doppio binario ordinamentale, alle opere istituzionali e dottrinarie che da Coke in poi, attraverso Blackstone, riconobbero l'esistenza di rami paralleli del *common law*, dedicandovi separata attenzione ai fini descrittivi delle rispettive strutture. Corollario inevitabile di questa risistemazione dell'assetto concettuale e normativo dell'intero ordinamento di *common law* fu la costituzione di Corti specializzate, o di sezioni delle stesse, nella trattazione delle materie rientranti alternativamente nel plesso pubblicistico o in quello privatistico: disegno che fu mantenuto anche dopo l'entrata in vigore, nel corso del cruciale biennio riformatore 1873-1875, dei *Judicature Acts*. Ancor più si è avuto modo di notare l'accentuazione della differente organizzazione della giustizia penale e di quella civile quando gradualmente il processo civile, a differenza di quello penale, prese a liberarsi dal modello del dibattimento davanti ad una giuria per adottare lo schema continentale dei giudici di carriera.

²⁸ Si veda la tradizionale opera di R.A. BUCKLEY, *The Law of Nuisance*, London, 1981, apparsa in Italia nel 1988, Napoli, con presentazione e traduzione di Serio.

4. Public law e private law accomunati dalla stella polare della rule of law

Come sommariamente visto, l'evoluzione in senso diacronico del *common law* inglese ne ha trasformato l'originaria pulsione all'unitarietà in ragionevole ricognizione dell'esigenza di articolazione a seconda del suo campo di applicazione e del raggio dei propri interventi. Né d'ostacolo alla crescente approssimazione, per questo verso, agli ordinamenti di *civil law* sembra essersi in alcun momento rivelata la mancata variegatura delle situazioni soggettive e la loro conseguente declinazione in figure che rinviassero ai prototipi del diritto e dell'interesse qualificato in termini di accesso alla tutela giurisdizionale. La coesistenza all'interno di un unico sistema giustiziale di giudici specializzati nella conoscenza di controversie nascenti da atti dell'Autorità pubblica e nell'attribuzione di rimedi soddisfattivi sia caducatori sia compensativi è stata la logica conseguenza di questa scelta di fondo.

Il quadro delle considerazioni finora svolte non può, tuttavia, appannare la completa osservazione della realtà dell'esperienza giuridica inglese, in essa includendo i prodotti dell'attività giurisdizionale, legislativa e dottrina, ed indurre a credere che anche oggi, e prevedibilmente nell'avvenire, non possano individuarsi fattori produttivi di unità ed aggregazione nell'ordinamento di *common law* inglese. Fattori la cui consistenza teorica e la cui densità di effetti pratici è così alta e persuasiva che alla coerenza ad essi tendono tutti i rami dell'ordinamento stesso, rimanendone condizionati.

Non è mai stato revocato in dubbio che a questa nobile schiera di fattori contraddistintivi e modellanti appartenga il microcosmo di principi, regole, prassi condensati nell'espressione *rule of law*, che in questa sede va senza incertezze qualificata come ponte tra *public* e *private law* inglese e fecondo strumento di coordinamento e collegamento tra essi.

Si tenta qui di seguito una breve illustrazione delle ragioni che depongono in questo senso, a partire dal modo in cui la teoria in questione andò formandosi.

La profonda e rassicurante concezione di Dicey²⁹ sulla *rule of law* consente, in primo luogo, di determinare i contesti di utilizzazione della nozione.

Dicey era del tutto consapevole della necessità scolare, nel senso che più evoca l'orgoglio accademico, di tenere alta la tradizione oxoniana dell'insegnamento delle materie giuridiche inaugurata da Blackstone. Egli, in un processo travagliato e faticoso, mediante la successiva edizione attraverso un quarantennio della propria opera fondamentale, elaborò il trittico delle condizioni che direttamente reagiscono sull'ordinata struttura di un ordinamento giuridico in tutte le sue componenti, compresa quella privatistica-negoziante della *rule of law*. Il celebre costituzionalista indicò in essa la necessaria relazione di interdipendenza tra sanzione giuridica e previsione legislativa, tanto del precetto quanto della pena per la sua violazione giudizialmente accertata, ed in particolare intese espellere dall'area della liceità qualunque sistema punitivo basato sulla forza arbitraria della sua imposizione, piuttosto che su quella della legge che la autorizza previamente in relazione ad ipotesi previste in via generale ed astratta.

A questo proposito va osservato che se a Dicey va riconosciuta la paternità della diffusione e della argomentata e doviziosa elaborazione della teoria in parola, l'oggetto scientifico ed il nucleo istituzionale della stessa erano state ben presenti in altre fondamentali opere anteriori che si erano occupate della descrizione della struttura del *common law* inglese e della individuazione dei poteri, e dei relativi campi di esercizio, che concorrono a formare l'impianto ordinamentale inglese.

Ed infatti, nella citata lezione inaugurale della cattedra Vineriana (che lo stesso Dicey avrebbe ricoperto dal 1882 al 1909) presso l'Università di Oxford, tenuta il 25 ottobre 1758³⁰, William Blackstone affrontò il tema centrale della futura opera Diceyana, vale a dire quello della configurazione, secondo un ordine argomentativo unitario, dei poteri dello Stato e dell'essenza della legge. Il primo titolare dell'inse-

²⁹ Sublimata nelle varie edizioni della *Introduction to the study of the Law of the Constitution* succedutesi tra l'ultimo quarto del diciannovesimo secolo ed il primo di quello posteriore.

³⁰ E riprodotta nella *Introduzione* del 1765 ai suoi *Commentaries on the Laws of England*.

gnamento universitario del *Common Law of England* fu lucido nell'architettare la dimensione in senso sostanzialmente (e modernamente) costituzionale di quell'ordinamento, predicando la ordinata coesistenza di più poteri distribuiti tra soggetti ed enti (il monarca, la camera alta, la camera dei rappresentanti, l'ordine giudiziario). Nella coordinata coesistenza di questi poteri risiedeva la conformazione in senso costituzionale dell'ordinamento inglese. Ad una ancor più perspicua delineazione dei confini tra poteri contribuì il pensiero di Blackstone circa la decisiva rilevanza in quell'assetto della funzione legislativa, intesa come Autorità suprema³¹. Illuminante si rivela un passaggio ulteriore ed immediatamente consecutivo della lezione Blackstoniana in cui si dice che se si perdesse la separazione dei poteri o ne scomparisse l'equiordinazione si decreterebbe la fine della stessa costituzione³². Si potrà immediatamente constatare che l'impianto strutturale della concezione di Blackstone fu recepito nella più moderna opera di Dicey dedicata alla primazia della *rule of law*. Questa, anteposta all'immaginarmente definita onnipotenza o incontrovertita supremazia del potere esecutivo, viene considerata espressione equivalente a quella "supremacy of the law"³³, intesa come garanzia di tutela, attribuita dalla costituzione inglese, dei diritti individuali di qualunque natura e genere, inclusi ovviamente quelli esercitabili nella sfera delle relazioni interindividuali e, quindi, privatistica. Cooperano allo scopo primario di promuovere la *rule of law* al rango di principio cardine dell'ordinamento giuridico inglese in tutte le sue declinazioni i tre profili che della figura lo studioso articolò. Il primo consiste nella necessaria interdipendenza tra sanzione giuridica e previsione legislativa sia del precetto sia della pena³⁴. Il secondo riguarda il fatto che la *rule of law* aggrega attorno a sé l'idea dell'egualianza di tutti i cittadini, senza distinzione di condizione sociale, davanti alla legge ed ai Giudici. Sotto il terzo profilo Dicey accolse la no-

³¹ *Introduction*, cit., p. 52.

³² «For if ever it should happen that the independence of anyone of the three should be lost, or that it should become subservient to the views of the other two, there would soon be an end of our Constitution»: *op. loc. ult. cit.*

³³ V. p. 184 della 10^a edizione della *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, con introduzione di Wade, London, 1968.

³⁴ *Op. cit.*, p. 188.

zione secondo cui i principii generali dell'ordinamento costituzionale inglese, quali quelli alla libertà personale e di libera associazione, sono il frutto di basilari pronunce di un potere statale (quello giudiziario) o della generalizzazione di regole applicate in casi concreti: in altri termini, sono espressione di un ordinamento, quello di *common law*, fondato sull'autorità normativa del precedente giurisprudenziale che conferisce – in virtù della collocazione dei suoi autori tra i poteri dello Stato – rilevanza costituzionale ai diritti da esso riconosciuti³⁵. L'accurata analisi dell'autore predilesse il riferimento a casi del passato implicanti diritti fondamentali come la titolarità di diritti reali immobiliari nel territorio inglese a favore di cittadini nati in Scozia dopo l'accesso al trono di Giacomo primo (1603-1625)³⁶ o disciplinanti la condizione di assoggettamento alla corona inglese degli Stati e dei territori oggetto di conquista da parte dell'esercito britannico³⁷.

Di *rule of law* seguitarono ad occuparsi altri eminenti giuristi inglesi del ventesimo secolo: di essi non è in questa sede possibile la puntuale citazione, con l'eccezione del pensiero di chi mosse fiere critiche alle inevitabili conseguenze che discenderebbero dall'idea di sovranità del Parlamento accreditata da Dicey³⁸ la quale potrebbe portare alla indistinzione del corpo legislativo democraticamente eletto rispetto al potere normativo delle monarchie dispotiche. Ma anche questa voce dissenziente, nei soli limiti appena enunciati, riconosce alla teoria della *rule of law* sviluppata da Dicey una funzione insostituibile di garanzia e sentinella dei fondamentali diritti individuali, che, se anche perduti da una sola persona, produrrebbero una perdita collettiva per il genere umano³⁹.

³⁵ «...With us the law of the Constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional Code, are not the source but the consequences of the right of the individuals, as defined and enforced by the courts»: *op. cit.*, p. 203.

³⁶ Principio stabilito nel *Calvin's case* del 1608: Trin. 6 Jac. 1.

³⁷ Si veda il caso *Campbell v. Hall* del 1774, 1 Cowp. 204 ss.

³⁸ A.L. GOODHART, *The Rule of Law and Absolute Sovereignty*, in 106 *University of Pennsylvania Law Review*, 1958, p. 945.

³⁹ «Any man's loss of liberty diminishes all of us, because we are involved in mankind»: A.L. GOODHART, *op. cit.*, p. 963.

L'altra opera degna di menzione di giuristi moderni dedicata alla *rule of law*, inquadrata nell'ottica interdisciplinare *public law-private law*, è quella omonima di Lord Bingham⁴⁰. Da essa traspare che il cuore del principio consiste nell'eguale assoggettamento di persone, fisiche e giuridiche, pubbliche e private, al primato della legge emanata da un Parlamento legittimo, applicabile senza distinzione a ciascuna di esse, formulata in modo chiaro, intellegibile e generalmente accessibile a tutti⁴¹. Corollari del principio sono quelli della risoluzione delle questioni aventi ad oggetto diritti ed obblighi, sia nel campo pubblicistico sia in quello civilistico, di tutti i soggetti giuridici alla stregua di norme di legge e non sulla base di scelte autoritative discrezionali⁴², dell'applicazione imparziale e conforme al suo scopo della legge da parte delle pubbliche Autorità⁴³ e della totale compatibilità delle norme di legge interne con i diritti fondamentali dell'uomo e con le norme convenzionali poste a loro tutela⁴⁴.

La correlazione tra *rule of law* e diritti fondamentali della persona umana rimarca indiscutibilmente l'attitudine bipolare del principio, destinato ad operare con alto grado di incisività tanto nell'area della teoria dei rapporti equilibrati tra poteri dello Stato inglese quanto nel perimetro dei rapporti regolati dal *private law* per i riflessi riguardanti le relazioni interpersonali, come si vedrà nel paragrafo seguente.

Ed infine, il più alto tributo di riconoscimento del valore sostanzialmente costituzionale della *rule of law* nella ricca dimensione della concezione di Dicey è stato versato da un recente testo normativo formalmente e materialmente costituzionale, il *Constitutional Reform Act* del 2005, la cui sezione 1 della prima parte è, appunto, intitolata ad essa, che, pur non espressamente definita (nell'evidente presupposto della sua piena recezione, sia negli aspetti definitivi sia in quelli applicativi, nella corrente esperienza giuridica inglese), viene nella lettera a) ascritta alla categoria dei *constitutional principles*, la garanzia della cui tutela la lettera successiva affida al Lord Chancellor.

⁴⁰ *The rule of law*, London 2010, cit.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 37.

⁴² *Op. ult. cit.*, p. 48.

⁴³ T. BINGHAM, *The rule of law*, cit., p. 60.

⁴⁴ *Op. ult. cit.*, p. 66.

Volgiamo adesso il nostro sguardo alle parallele, non in senso cronologico ma in senso concettuale, vicende che si svolgono nel mondo del diritto privato inglese.

Questo, pur avendo costituito un proprio statuto ed avendolo esattamente modellato sulla tripartizione gaiana delle branche del diritto (contratto, torto, quasi contratto) ha, d'altro canto, fatto tesoro, previo processo di adattamento e conversione alla specificità negoziale, del sistema fondamentale dei valori di libertà derivanti dal diritto pubblico.

Il *private law* ha lasciato cioè trasmigrare i valori di libertà pubblicisticamente tutelati nel sistema di rapporti privati.

Ciò conferma l'esistenza di una forma subliminale di comunicazione tra i due vasi ordinamentali, quello privatistico e quello pubblicistico, proprio perché nella struttura mentale del giurista inglese e di quello accademico in particolare, l'affezione al dato insegnamento, o la specializzazione didattica, non è mai esistita: grandi giuristi hanno insegnato entrambe le materie, spaziando da un polo squisitamente pubblicistico o di diritto processuale, ad uno privatistico o di diritto sostanziale.

5. Notazioni finali

A fianco del perfezionamento, e negli aspetti dogmatici e nei confini ermeneutici, della nozione di *rule of law* quale astro di orientamento del *common law* e pietra miliare della teoria costituzionalistica inglese, il diritto privato, ed i suoi cultori, non si sono affatto tenuti distanti dal principio di legalità come elemento indefettibile nella regolamentazione e nella tutela dei rapporti interindividuali, vuoi di origine negoziale vuoi di natura occasionale e produttivi di danno ingiusto, quale è il caso del *tort*. Non può certo essere l'identità semantica – in effetti inestensibile per ragioni strettamente tecniche – nei capitoli più sensibili delle due branche del diritto inglese di cui qui ci si occupa a fornire conferma del loro comune viaggio attorno all'idea della sovrana forza della legge quale espressione della volontà parlamentare ed argine ad esercizi bulimici ed arbitrari del potere (soprattutto regio ed esecutivo). L'esperienza vissuta dal diritto privato inglese a partire almeno dal secolo

scorso ci indica che varie, possibili coniugazioni della *rule of law* hanno trovato accoglienza nello spesso altamente controverso terreno dei rapporti interindividuali: si guardi, per ciò che attiene al diritto contrattuale, all' incisivo ripensamento del principio, tradizionalmente reputato assoluto, della libertà contrattuale⁴⁵ (nella duplice accezione dell'autonomia della contrattazione e della incontrastata facoltà di determinare il contenuto del negozio) e del suo connubio con criteri solidaristici e di protezione delle posizioni più vulnerabili: sintomatica dimostrazione si trae dalla teoria dell'ineguaglianza contrattuale (*inequality of bargaining power*) volta a riequilibrare, attraverso calibrati interventi correttivi giudiziali caducatori, la sostanziale disparità delle posizioni delle parti⁴⁶.

Appare chiaro che si tratta di una forma di reazione ad abusi e vessazioni posta a protezione di situazioni soggettive, idealmente assimilabile alla concezione Diceyana mirante a stabilire limiti, controlli, misure dissuasive e sanzionatorie nei confronti dell' approfittamento del potere pubblico.

Anche il diritto dei *torts* ha ben saputo adattarsi alla nuova stagione di stretta e sostanziale legalità, abolendo antichi privilegi risolvendosi in immunità da responsabilità civile (si pensi a quella per l'esercizio della professione forense)⁴⁷ e rafforzando i livelli ed i coefficienti di tutela

⁴⁵ Su cui si può vedere in generale M. SERIO, *Il contract e l'Europa*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, vol. II, p. 643 ss.

⁴⁶ Compiuta esemplificazione, nella cornice dell'indebito approfittamento della condizione di vantaggio negoziale ricadente nella sfera della *undue influence* viziante la genuinità del consenso, si ha nella sentenza della Court of Appeal, ed in particolare nell'opinione di orientamento redatta da Lord Denning, nel caso *Lloyds Bank v. Bundy* [1974] 3 All ER 757, che sviluppò una linea di protezione a favore delle parti deboli dei rapporti bancari, ossia i clienti, incoraggiata dalla medesima Corte nel caso *D & C Builders Ltd. v. Rees* [1965] 3 All ER 837. Per una ricostruzione in via di prima approssimazione del tema della diseguaglianza di forze contrattuali nel *common law* inglese, dei rimedi e delle relative condizioni, si può vedere M. SERIO, *La struttura del contract*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato*, cit., vol. II, p. 684 ss.

⁴⁷ Si veda il principio espresso dalla House of Lords in *White v. Jones* [1995] 2 AC 207.

nei casi in cui l'illecito possa colpire beni primari di fruizione collettiva (è l'ipotesi dei danni ambientali, già a partire dalle pronunce nei casi *The Wagon Mounds* 1 e 2 rispettivamente del 1961 e del 1967) o compromettere l'interesse pubblico ad un'informazione completa⁴⁸. Anche qui il contesto di intervento è rimasto quello proprio del *private law*, avvalendosi, però, di strumenti e concezioni di pretto stampo pubblicistico, nella misura in cui è l'antisocialità delle condotte a suscitare la necessità della tutela risarcitoria. Anche nel settore dell'*unjust enrichment* il caso *Blake*⁴⁹ testimonia che l'approfittamento di cariche pubbliche ricoperte in passato merita un trattamento di retribuzione sanzionatoria commisurato al vantaggio illecitamente realizzato. L'idea a fondamento del *law of restitution* implica che la retrocessione della quota di vantaggio realizzata grazie all'approfittamento di una situazione attribuita dall'ordinamento al titolare per fini diversi e minori rispetto a quelli concretamente utilizzati.

Ci troviamo di fronte a netti riflessi della forte permeazione nel tessuto privatistico di ordini concettuali e teleologici propri del *public law* inglese e delle sue fondamentali *constitutional laws*, che provano, come prima accennato, che il diritto costituzionale inglese piuttosto che *unwritten* sia *uncodified*.

Momenti di collegamento ed armonia sono allora possibili grazie al valore esemplare e simbolico che capisaldi pubblicistici – quali quelli, qui tratteggiati, dei principii sequenzialmente sanciti dalla Magna Carta in poi in materia di libertà fondamentali e degli imponenti effetti pratici derivanti dall'applicazione della *rule of law*, soprattutto nell'ariosa ed evoluta concezione, prima illustrata, di Lord Bingham, così attenta anche al collegamento tra diritto interno e diritto europeo – hanno saputo

⁴⁸ Si veda la recente sentenza della Supreme Court nel caso, riguardante la prerogativa – ritenuta insussistente – degli appartenenti alla famiglia reale ed eredi al trono della segretezza della corrispondenza con membri del governo, *R (on the application of Evans) v. Attorney General* [2015] UKSC 21 ss., commentato da Knight in una nota significativamente intitolata, *The rule of law, parliamentary sovereignty and the ministerial veto*, in *The Law Quarterly Review*, 2015, 553 ss.

⁴⁹ *Attorney General v. Blake and another* [2001] 1 AC 268, deciso dalla House of Lords, su cui può essere comodo il rinvio a M. SERIO, *Il ricorso alle legal categories nell'esperienza del diritto privato inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2010, specialmente p. 530 ss.

proiettare, trovando terreno fertile e recettivo, anche nel *private law* e determinando una virtuosa forma di circolarità endordinamentale, pur traente origine dalla formulazione di vasti e condizionanti principii, incidenti sulla stessa organizzazione della vita sociale, di indiscutibile natura pubblicistica, poi sapientemente irradiatisi nell'intero, complesso tessuto del *common law* inglese.

Nella stessa misura in cui l'idea di un diritto a base esclusivamente giurisprudenziale, incapace di comunicare con altri diritti continentali, perde sempre più terreno per bocca stessa dei giudici della *Supreme Court* e per via del recepimento sempre più docile, e in certi casi addirittura minuziosamente cercato, dei portati della giurisprudenza sia di Lussemburgo sia di Strasburgo, allo stesso modo va attenuata la secca contrapposizione tra *private law* e *public law*, perché nella comune partecipazione al ceto di giuristi, pratici e teorici, ad una stessa, complessa tavola di valori che pone al centro della scena le libertà individuali e l'affrancamento da abusi si trova quel momento di coordinamento e circolarità di cui si è parlato⁵⁰.

⁵⁰ A questo spirito è informata la missione dei giudici della Supreme Court inglese, consistente nella necessità «To ensure that the President, Deputy President and Justices of the Court can deliver just and effective determination of the appeals heard by the Court, in ways which will also best develop the rule of law and the administration of justice».

I “DUE GRANDI DUALISMI” ALLA PROVA DEL DIRITTO (AMMINISTRATIVO) GLOBALE

Stefano Battini

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Il “doppio dualismo” nella Costituzione westfaliana*. – 2.1. *L’origine comune del doppio dualismo*. – 2.2. *Diritto pubblico interno e internazionale: funzione comune e struttura antitetica*. – 2.3. *Rapporti reciproci fra i due dualismi. Il diritto internazionale e la sua “costituzione privatistica”*. – 3. *La “grande trasformazione”: globalizzazione, interdipendenza, extraterritorialità*. – 3.1. *Lo Stato detronizzato*. – 3.2. *Lo Stato debordante*. – 3.3. *La global governance e lo sviluppo dei global regulatory regimes*. – 4. *Il doppio dualismo nella costituzione post-westfaliana*. – 4.1. *Lo “sbiadimento” delle demarcazioni dualistiche*. – 4.2. *La ricomposizione strutturale del diritto pubblico, internazionale e interno*. – 4.3. *La dialettica pubblico/privato oltre lo Stato*. – 4.4. *La costituzione “amministrativa” post-westfaliana*. – 5. *Conclusioni*.

1. Premessa

Nell’inverno del 1938, Carl Schmitt consegnava, per i *Mélanges Georges Streit*, un saggio dedicato ai “due grandi dualismi del sistema giuridico odierno”¹.

I due grandi dualismi erano, ovviamente, quello fra diritto pubblico e diritto privato, da un lato, e, dall’altro, quello fra diritto statale e diritto internazionale; dualismi che rappresentano, evidentemente, lo sfondo del tema di questo contributo, volto a collocare, entro la cornice più generale dei rapporti fra diritto pubblico e privato, una riflessione sul c.d. diritto amministrativo globale, ambito scientifico e disciplinare di

¹ C. SCHMITT, *Sui due grandi “dualismi” del sistema giuridico odierno* (1939), in C. SCHMITT, *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles, 1923-1939*, Milano, 2007.

recente emersione, ma che già conosce tentativi di elaborazione sistematica².

In quel saggio di fine anni '30, dunque, Schmitt rifletteva sulla “connessione storico-giuridica” fra i due grandi dualismi. Rilevava che essi “si muovono chiaramente intorno allo stesso cardine concettuale e ad un comune asse concettuale, cioè il concetto dello Stato”. Osservava, inoltre, che entrambi i dualismi “hanno un comune contro-concetto, e precisamente quello della *common law*, nel senso di diritto unitario”, connotato dalla “non-statalità”. Si domandava, infine, “in che misura – a causa di questo comune concetto di Stato, che regge i due dualismi – il dualismo fra diritto interstatale e statale interno procede parallelamente con il dualismo statale interno di pubblico e privato e se questo doppio dualismo non viene posto in questione dalle tendenze attuali dello sviluppo del diritto”³.

A quasi novant'anni di distanza, non solo restano intatte, ma anzi appaiono accresciute, la fecondità dell'approccio di Schmitt e la rilevanza dell'interrogativo da lui posto. I due grandi dualismi hanno, infatti, tracciato una fondamentale mappatura dell'universo giuridico, la quale è però oggi continuamente e complessivamente rimessa in discussione dai fenomeni che si è soliti indicare con la formula sintetica di “globalizzazione”⁴.

Conviene pertanto ripartire dalla prospettiva suggerita da Schmitt: interrogarsi sulla “connessione storico-giuridica” dei due dualismi e osservarne lo “sviluppo parallelo”, giacché il percorso dell'uno contribuisce a spiegare anche l'evoluzione dell'altro.

Ricostruire questo sviluppo parallelo consente poi di provare a rispondere alla domanda di Schmitt, chiedendosi, cioè, se le tendenze attuali dello sviluppo del diritto, oggi appunto dominate dalla globaliz-

² Si veda S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, UK - Northampton, MA, USA, 2016.

³ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, p. 439.

⁴ Si vedano, a solo titolo di esempio, fra i volumi più recenti che si interrogano sul mutamento di significato dei concetti, rispettivamente, di diritto pubblico e di diritto, nel nuovo contesto “post-westfaliano”, C. MAC AMHLAIGH, C. MICHELON, N. WALKER (eds.), *After Public Law*, Oxford, 2013 e N. JANSEN, R. MICHAELS (eds.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tubinga, 2008.

zazione, impongano di rivisitare quel doppio dualismo e, quindi, di aggiornare la mappatura dello spazio giuridico globale da esso descritta.

Ovvio che non si tratta di un compito cui un singolo studioso possa assolvere, men che mai chi scrive e, per giunta, nello spazio di un breve contributo.

Questo si limiterà, pertanto, a raccogliere alcune riflessioni, che muovono tuttavia da un unico assunto. La globalizzazione produce un fondamentale mutamento di quella che potrebbe definirsi come costituzione materiale universale. Essa determina il progressivo tramonto della costituzione materiale "Westfaliana", fondata sulla coesistenza di Stati territoriali sovrani, tendenzialmente indipendenti e autosufficienti entro i propri confini, e segna la progressiva affermazione di una diversa costituzione materiale, post-Westfaliana, connotata dalla interdipendenza e dalla extraterritorialità: gli Stati sono sempre meno autosufficienti entro il proprio territorio, ma sempre più influenti fuori da quello. Siffatto mutamento trasforma il concetto stesso di sovranità statale e, per conseguenza, investe anche il "doppio dualismo", che da tale concetto, come rilevava Schmitt, prende origine.

Le riflessioni che saranno esposte nei paragrafi successivi avranno pertanto ad oggetto i seguenti temi: prima, i rapporti fra i due "grandi dualismi" nel contesto della costituzione westfaliana, segnata dalla sovranità "indipendente" e "territoriale" degli Stati (§ 2); poi, i tratti essenziali delle trasformazioni dell'universo giuridico indotte dalla globalizzazione (§ 3); infine, gli effetti di tali trasformazioni sul doppio dualismo e il significato che questo assume nell'attuale costituzione, post-westfaliana, dalla sovranità "interdipendente" ed "extraterritoriale" (§ 4).

Prima di procedere, una cautela, forse superflua. Le trasformazioni su cui si riflette avvengono progressivamente, al ritmo della *longue durée*⁵. Interdipendenza ed extraterritorialità connotavano anche il mondo di ieri, così come quello di oggi non ha certo ripudiato il concetto di Stato territoriale, sovrano e indipendente. La storia è più continua di quanto rappresentato da questo contributo, il quale pone in risalto gli

⁵ F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales: La longue durée*, in *Annales ESC*, XIII (4), 1958, pp. 725-753.

elementi di discontinuità al solo scopo di meglio cogliere le tendenze di sviluppo attuali.

2. Il “doppio dualismo” nella Costituzione westfaliana

2.1. L'origine comune del doppio dualismo

La pace di Westfalia del 1648 è stata definita come un “maestoso portale che conduce dal vecchio al nuovo mondo”. Essa avrebbe segnato il definitivo tramonto di ogni concetto di potere universale, posto al di sopra degli Stati, e inaugurato “a new political system, characterized by the coexistence of a multiplicity of states, each sovereign within its territory, equal to one another, and free from any external authority”⁶. Lo Stato, la sua sovranità, il territorio, quale spazio di esercizio esclusivo e indipendente di quella sovranità, sono gli elementi fondativi della Costituzione globale Westfaliana.

La sovranità territoriale dello Stato, pietra angolare del sistema politico moderno, è anche alla radice dei due grandi dualismi che connotano il sistema giuridico che quella sovranità ambisce a governare. I dualismi sono anzi precisamente l'esito del tentativo dell'ordine giuridico di limitare la sovranità politica dello Stato, senza tuttavia negare quel concetto, anzi legittimandolo. Diritto e sovranità, come è stato osservato, sono termini “logicamente incompatibili”, essendo la sovranità “assenza di limiti e regole, cioè il contrario di ciò in cui il diritto consiste”⁷. Apparentemente, dove c'è il diritto, non c'è la sovranità, e viceversa. In effetti, l'idea della contrapposizione fra rapporti politici, sottratti al diritto e al giudice, e rapporti giuridici, che vi sono invece sottomessi, ma proprio nella misura in cui essi non coinvolgono manifestazioni di sovranità statale, ha influenzato a lungo la cultura politica e giuridica. E continua a farlo. Il superamento di quella concezione, volto ad affermare la conciliabilità di sovranità e diritto, è avvenuto, infatti, alla condizione di applicare ai rapporti politici, che mettono in gioco la

⁶ L. GROSS, *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, in *American Journal of International Law*, 41 (1).

⁷ L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Bari, 1997.

sovranità statale, un diritto diverso, speciale, separato, “proprio” dello Stato: il diritto pubblico interno per i rapporti politici con gli individui e il diritto pubblico internazionale per i rapporti politici con gli altri enti sovrani. Per avere conferma dello “sviluppo parallelo” dei due dualismi, basti riflettere sull’antica distinzione fra atti di impero e atti di gestione. Questa individua, al tempo stesso, sia il confine fra diritto pubblico interno e diritto privato, sia il confine fra diritto interno e diritto pubblico internazionale: il diritto privato non può applicarsi agli atti *iure imperii* dello Stato, così come il diritto interno non può applicarsi agli atti *iure imperii* di Stati stranieri, ancorché adottati entro il territorio statale; quando entra in gioco la sovranità dello Stato, nel campo dei rapporti politici, si applica un diritto diverso e separato, che sia diritto pubblico interno o diritto pubblico internazionale. E in entrambi i casi la “specialità” dei diritti porta con sé un elemento di ambiguità e ambivalenza, che deriva dal fatto che essi esprimono il tentativo di conciliare i due termini logicamente incompatibili: la sovranità statale, da un lato, e, dall’altro, un diritto che, riconoscendola e legittimandola ha un polo autoritario, ma al tempo stesso, limitandola, presenta una dimensione garantistica.

2.2. Diritto pubblico interno e internazionale: funzione comune e struttura antitetica

Questa comune origine dei due dualismi, che nascono per differenziazione e opposizione, rispetto al diritto comune, di un diritto proprio della sovranità statale, rende anche ragione di due ulteriori profili: il “destino parallelo” dei due dualismi e la contrapposizione strutturale fra diritto pubblico interno e internazionale.

I due dualismi hanno un destino parallelo nel senso che l’accentuazione della sovranità statale radicalizza sia l’opposizione fra diritto pubblico e diritto privato all’interno dello Stato, sia la separazione fra diritto interno e diritto internazionale. Simmetricamente, la crisi della sovranità statale tende a offuscare e sfumare entrambe le distinzioni, con l’effetto di moltiplicare le contaminazioni interne fra diritto pubblico e privato così come gli attraversamenti e la permeabilità del confine tra diritto interno ed esterno allo Stato. Il diritto misto, che ibrida diritto

pubblico e privato, e il diritto globale, che attraversa diritto interno e internazionale, sono anch'essi due lati di una stessa medaglia. Ma di ciò più oltre.

In secondo luogo, i termini “speciali” di entrambi i dualismi, cioè il diritto pubblico interno e il diritto pubblico internazionale, traggono dalla sovranità statale, che entrambi li genera, connotati strutturali opposti, antitetici, speculari.

Secondo Bobbio, come è noto, la “grande dicotomia” pubblico-privato si duplica in altre tre “dicotomie corrispondenti”: la distinzione fra società di uguali e disuguali, quella fra legge e contratto, quella fra giustizia distributiva e commutativa⁸. Il diritto pubblico è, innanzitutto, diseguale, perché “caratterizzato da rapporti di subordinazione fra governanti e governati”, cioè da rapporti “fra due soggetti, l'uno dei quali ha nei riguardi dell'altro un valore giuridicamente superiore”⁹, in contrapposizione al diritto privato, che invece “rappresenta un rapporto fra soggetti posti in condizioni di parità ed aventi eguale valore giuridico”¹⁰. Esso è, poi, un diritto positivo e unilaterale, che si compendia nella legge, “norma vincolante perché posta dal detentore del supremo potere (il sovrano)”, in contrapposizione al diritto privato, che è diritto spontaneo e naturale e si compendia nel contratto, “forma tipica con cui i singoli individui regolano i loro rapporti nello stato di natura”¹¹. Il diritto pubblico, infine, attiene alla giustizia distributiva, che è “quella che ha luogo fra le parti e il tutto”, anziché alla giustizia commutativa, che è la sfera propria del diritto privato e “ha luogo fra le parti”.

Ma se si esamina il diritto internazionale, alla luce di queste “dicotomie derivate”, esso si colloca sempre sul versante opposto a quello del diritto pubblico interno, tanto che, nella stessa lettura di Bobbio, il diritto internazionale è considerato sempre come “eccezione” o “deroga” rispetto alle sue tesi: egli nota che il diritto internazionale “viene fatto rientrare abitualmente nella sfera del diritto pubblico”, nonostante il fatto che “la società internazionale è astrattamente considerata una

⁸ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in ID., *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 1995, pp. 3-22.

⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, II ed., p. 312.

¹⁰ H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p. 312.

¹¹ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, cit., p. 8.

società di enti formalmente uguali tanto da essere stata assimilata, da Hobbes a Hegel, allo stato di natura”¹². Bobbio osserva ancora che la società internazionale, pur essendo una “società di eguali... retta dalla giustizia commutativa”, tuttavia “è di solito attribuita alla sfera del pubblico, per lo meno *ratione subiecti*...”¹³.

In realtà, questa apparente anomalia del diritto internazionale, “pubblico” nella funzione, ma “privato” nella struttura, non ha nulla di sorprendente. Se (e fin quando) la sovranità statale ha carattere “territoriale”, essa inevitabilmente presenta due volti antitetici: all’interno, si presenta in termini positivi, come pretesa di comando verso la società civile “contenuta” nel territorio statale; all’esterno, si presenta in termini negativi, come pretesa di indipendenza e autonomia verso altre autorità. Donde la divaricazione strutturale del diritto pubblico, che, unico nella funzione, è chiamato però ad adattarsi ai due versanti della sovranità territoriale. Modellandosi sulla sovranità interna dello Stato, il diritto pubblico deve riconoscere in quest’ultimo un soggetto di “valore giuridicamente superiore” e avente l’autorità per “porre” unilateralmente il diritto vincolante nel proprio territorio. Per rispettare invece la sovranità esterna dello Stato, il diritto internazionale deve negare l’esistenza di soggetti aventi “valore giuridicamente superiore” al singolo Stato e riconoscere carattere vincolante solo a un diritto che sia a sua volta “posto”, ma paritariamente e pattiziamente dagli stessi Stati che ne restano obbligati. Il positivismo giuridico statale è autoritario all’interno e consensuale all’esterno; là “pubblicistico”, qui “privatistico”. In entrambi i casi, esso esclude la sottoposizione dello Stato a un diritto da questo non “voluto”, ma “trovato”. Ciò comporta anche, come suggeriva Schmitt, la duplice opposizione alla *common law*: tanto rispetto alla componente privatistica della *common law*, all’interno; quanto rispetto alla dimensione pubblicistica della stessa, all’esterno¹⁴.

¹² N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, cit., p. 6.

¹³ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, cit., p. 10.

¹⁴ Sull’erronea identificazione del diritto comune con il diritto privato, dato che la *common law* “è un diritto che comprende molte norme di diritto pubblico”, si veda S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I ed., p. 35. L’A. richiama sul punto M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in

2.3. *Rapporti reciproci fra i due dualismi. Il diritto internazionale e la sua "costituzione privatistica"*

Ciò conduce, infine, a sviluppare ulteriormente la riflessione sui rapporti reciproci fra i due "grandi dualismi". Chi s'interroggi su essi, deve rispondere alle due domande individuate da Salvatore Pugliatti¹⁵. La prima è quella della rilevanza della grande dicotomia nel diritto internazionale: "se l'ordinamento della comunità internazionale ammetta la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato". La seconda è quella della qualificabilità del diritto internazionale alla luce della "grande dicotomia": "se il diritto internazionale sia da qualificare, nel suo complesso, come diritto pubblico".

La risposta alla prima domanda è negativa, perché nel diritto internazionale, quella relazione dialettica fra Stato e società civile, di cui si nutre la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, è esclusa, per così dire, *a priori*. Il paradigma concettuale del diritto internazionale, infatti, presuppone l'irrelevanza della società al di fuori dei confini dello Stato, assegnando pertanto al diritto interno tutte le relazioni giuridiche che abbiano come parte il singolo individuo: sia quelle con altri individui, regolate dal diritto privato interno, sia quelle con lo Stato, regolate dal diritto pubblico interno¹⁶. Alla regola non si sottraggono il c.d. "diritto amministrativo internazionale"¹⁷ e il c.d. "diritto interna-

Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1973, n. 2, p. 218 e ss., e F.H. LAWSON, *Dacey revisited*, I, in *Political Studies*, VII, 1959, p. 211.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, 1964, p. 715.

¹⁶ Cfr. H. TRIEPEL, *Vollkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, trad. it. di G.C. Buzzati, *Diritto internazionale e diritto interno*, in A. BRUNIALTI (a cura di), *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, Torino, 1913, ove si esclude sia che il diritto internazionale possa regolare rapporti fra individui ("ogni regolamento dei rapporti giuridici fra individui è dovuto all'opera di fonti giuridiche interne"), sia che esso possa regolare rapporti fra Stato e individui ("al di fuori dello Stato composto, il cui diritto non cessa di essere diritto interno, non conosciamo altra comunità organizzata che abbia il potere di porre norme giuridiche allo Stato e all'individuo come suoi membri").

¹⁷ U. BORSI, *Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1912, p. 384.

zionale privato”. A dispetto della denominazione, essi sono pur sempre partizioni del diritto interno, relative a rapporti giuridici che presentano profili di extraterritorialità: il primo è diritto pubblico interno che regola rapporti fra Stato e individui, che siano però stranieri sul territorio domestico ovvero cittadini all'estero; il secondo è diritto privato interno che regola rapporti fra individui, che presentino però elementi di collegamento con ordinamenti stranieri. Né la dialettica fra Stato e società civile può essere recuperata, per analogia, come dialettica fra una “società di Stati”, da una parte, e, dall'altra, una “autorità internazionale” ad essi sovraordinata. Anche la presenza di una “autorità internazionale” è, infatti, esclusa dal paradigma internazionalistico, che ricostruisce anche le organizzazioni internazionali come semplici proiezioni degli Stati, come “società di Stati”, che danno vita organi ad essi comuni¹⁸, non autonomi, e men che mai sovraordinati. La risposta al primo interrogativo di Pugliatti è dunque quella fornita, poco più di un secolo fa, da Donato Donati: “poiché una organizzazione giuridica della società internazionale non esiste, le norme che costituiscono il diritto internazionale non possono regolare che rapporti fra membri della società internazionale, che rapporti fra gli Stati... da ciò deve dedursi che in realtà la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, quale è attuata nel diritto statale, non è applicabile al diritto internazionale, [il quale] saggiato alla stregua del criterio che a quella distinzione presiede, dimostra nelle sue norme una assoluta omogeneità di natura”¹⁹.

Non resta dunque che volgersi al secondo interrogativo: questo sistema normativo, di natura assolutamente omogenea, che è il diritto internazionale, può essere assegnato, nel suo complesso, all'uno o all'altro versante della “grande dicotomia”? Tre tesi sono in teoria possibili: a) che il diritto internazionale sia “insensibile” alla distinzione fra diritto pubblico e diritto privato e “neutro” rispetto ad essa, oppure che esso vada incluso b) nel campo del diritto pubblico, ovvero c) in quello del diritto privato. Sulla base di quanto sin qui esposto, può dirsi che, paradossalmente, ciascuna di queste tesi è vera. Innanzitutto, è vera la

¹⁸ D. ANZILOTTI, *Gli organi comuni nelle società di Stati*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. VIII, p. 156.

¹⁹ D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906, I, pp. 434-435.

prima: come detto, il diritto internazionale non può essere qualificato in base ad un criterio che ha senso e trova applicazione solo nel diritto interno. Poi, è vera la seconda tesi, perché il diritto internazionale ha la stessa “genesì” e “funzione” del diritto pubblico interno, essendo entrambi figli della sovranità statale. Infine, è vera anche la terza tesi, perché il diritto internazionale ha invece la “struttura” del diritto privato.

Quest’ultimo aspetto merita un approfondimento supplementare.

Il positivismo giuridico statale ha, per così dire, esternalizzato il *contratto* sociale. Esso ha rifiutato l’idea che un istituto di diritto privato potesse rappresentare il fondamento dello Stato, con la conseguenza che “l’unione degli individui nello Stato diviene un contratto, il quale ha quindi per base il loro *arbitrio*, la loro *opinione* e il loro espresso *consenso*, dato a *piacimento*...”²⁰. Lo Stato deve poggiare su basi più solide. Esso è una creazione necessaria della storia, non un prodotto contingente della volontà dei singoli individui. Il vincolo politico fra i cittadini di uno Stato è indisponibile; sorge e si estingue per effetto di processi storici, non di patti negoziali. In una parola, lo Stato ha una base costituzionale e non contrattuale.

E tuttavia, con una contraddizione già messa in risalto da Santi Romano²¹, gli stessi giuspositivisti, mentre estromettevano il contrattualismo giusnaturalista dall’ordinamento statale, contemporaneamente ne recuperavano la quintessenza nell’ordinamento internazionale, attribuendo a quest’ultimo un fondamento pressoché esclusivamente pattizio: la volontà degli Stati, quale espressa “contrattualmente” nei trattati internazionali. L’idea secondo la quale il diritto internazionale non avrebbe carattere costituzionale è falsa: gli obblighi negoziali degli Stati non potrebbero essere vincolanti in mancanza di una norma che im-

²⁰ G.W.F. HEGEL, *Filosofia del diritto*, § 258, Bari, 1994, p. 196-197.

²¹ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico* (1917-18), Firenze, 1962, p. 58: “La concezione, ormai largamente diffusa, che ravvisa l’unica fonte del diritto internazionale nella volontà collettiva degli Stati [...] mentre è stata formulata come una affermazione di positivismo giuridico, avente lo scopo di epurare il diritto internazionale dalle numerose influenze dell’antico giusnaturalismo, ripete invece gli identici, precisi postulati da cui muoveva una delle più tipiche teorie, con cui quest’ultimo aveva cercato di spiegare il diritto interno dello stato: cioè la teoria del contratto sociale”.

ponga il *pacta sut servanda*, la quale non può però essere, a sua volta, pattizia²². Il carattere prevalentemente pattizio del diritto internazionale non è assenza di costituzione, ma contenuto della stessa. Esso identifica un tipo di costituzione, che si impernia su istituti di matrice contrattuale, traendoli, per analogia, dal diritto privato interno: una sorta di “diritto privato degli Stati”²³. Il diritto internazionale ha dunque anch’esso una costituzione, ma, per adoperare un ossimoro, si tratta di una “costituzione privatistica”. Più in generale, la costituzione westfaliana è una costituzione dualistica, che si scompone in una pluralità di Stati territoriali a costituzione pubblicistica, i quali coesistono e si coordinano in un ordinamento internazionale a costituzione privatistica.

Prima di procedere oltre, una precisazione, forse superflua. I cultori del diritto “internazionale” talora accusano quanti, a loro avviso, eccedono nel sottolineare la discontinuità, in particolare segnalando l’affermazione progressiva di un diritto “globale”, del seguente errore: distorcere i tratti del diritto internazionale, identificandoli e cristallizzandoli in una rappresentazione tanto antica quanto non più rispondente alla struttura attuale del diritto internazionale medesimo. Questo, oggi, difatti, non è più solo inter-statale, contempla gli individui e le organizzazioni internazionali e transnazionali fra i propri soggetti, ha sviluppato uno *jus cogens* non pattizio, riconosce la personalità giuridica delle organizzazioni internazionali e la loro relativa autonomia giuridica rispet-

²² Cfr. S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit., p. 59: “il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone dunque già costituito e in vigore quest’ultimo”. Analogamente, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, 1961, Torino, II ed., 1991, p. 261, critica “la teoria per cui gli Stati sono soggetti soltanto alle norme che essi hanno [...] imposto a se stessi”. “infatti – osserva l’A. – affinché le parole, dette o scritte, debbano in certe circostanze funzionare come una promessa, un accordo o un trattato, e dare così origine a obblighi e attribuire diritti che altri possano rivendicare, devono esistere già delle norme le quali stabiliscono che uno Stato è obbligato a fare ciò che si impegna a fare con le parole appropriate. Queste norme, presupposte proprio dalla nozione di obbligo autoimposto, non possono ovviamente derivare il loro carattere obbligatorio da un obbligo autoimposto di obbedire ad esse”.

²³ W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 1930, p. 141-142.

to agli Stati, etc. Tutto vero. Ma ciò segnala, in fondo, soltanto che la realtà si è progressivamente allontanata dal paradigma concettuale originario del diritto internazionale. Vuol dire, semplicemente, che la teoria giuridica del diritto internazionale, per continuare ad aderire ai fenomeni reali, deve rendersi sempre meno “internazionale”. Che è appunto ciò di cui si passa a dire.

3. La “grande trasformazione”: globalizzazione, interdipendenza, extraterritorialità

La costituzione westfaliana riposa sul principio di territorialità. Il suo postulato fondamentale – la sovrana eguaglianza e mutua indipendenza degli Stati – comporta “a fundamental consequence”: “no municipal law (...) can apply or have binding effects outside the national territory”²⁴. Ma la globalizzazione aggredisce precisamente il principio di territorialità. Essa, pertanto, mette in gioco il caposaldo stesso della costituzione westfaliana, fino a far apparire la teoria della reciproca indipendenza degli Stati poco più che una formula vuota e astratta.

La globalizzazione produce una rivoluzione spaziale. Essa estende e dilata sul territorio gli effetti degli eventi e delle attività umane: ciò che si verifica in un luogo, produce conseguenze in ogni altro luogo. La vita economica e sociale attraversa e supera i confini statali, i quali perdono progressivamente rilevanza. La sfera della società civile si emancipa da quella dello Stato, non essendo la prima contenuta, né contenibile, entro un territorio divenuto troppo angusto e circoscritto. Si interrompe la congruenza territoriale fra Stato e società, fra Stato e mercato. Si scinde la geografia politica da quella economica e sociale. Le dimensioni dei problemi e dei fenomeni da regolare trascendono quelle dei soggetti che hanno legittimazione e autorità politica per farlo. L’interdipendenza, non già l’indipendenza reciproca, connota ormai i rapporti fra sistemi economici, sociali e, infine, anche politici.

²⁴ Come notava il giudice Loder, nella sua *dissenting opinion* nel caso *Lotus* (Permanent Court of International Justice, Case of S.S. Lotus - France v. Turkey, Judgment No. 9, Sept 7, 1927, P.C.I.J. Reports 1928, Series A, No 10).

Si tratta di una “grande trasformazione”, gravida di fondamentali implicazioni, che, infatti, sono ormai da decenni al centro della riflessione, in ogni settore delle scienze sociali. Qui ci si limiterà a richiamare solo tre di queste implicazioni, che appaiono più rilevanti ai fini dell’analisi giuridica del tema oggetto d’indagine.

3.1. *Lo Stato detronizzato*

La *prima implicazione* è quella dell’impotenza, della *detronizzazione* dello Stato all’interno del proprio territorio. Quest’ultimo, da elemento costitutivo dello Stato, e principale suo *asset*, si trasforma in un limite, si direbbe quasi in una zavorra. Uno Stato immobile diviene incapace di regolare e amministrare efficacemente fenomeni economici e sociali sempre più mobili. Il benessere e la sicurezza dei cittadini di ciascuno Stato dipendono da condotte umane che producono i propri effetti nel territorio statale, ma tengono luogo altrove, irraggiungibili da un diritto statale territorialmente limitato: un cibo insicuro può minacciare la salute dei consumatori, senza che lo Stato possa applicare le proprie regole alimentari ai coltivatori stranieri che lo hanno immesso nel mercato globale; un prodotto finanziario derivato può minacciare gli investitori, senza che lo Stato possa applicare le proprie regole finanziarie alla banca straniera che lo ha emesso; le emissioni industriali inquinanti possono alterare il clima e danneggiare l’ambiente, senza che lo Stato possa imporre le proprie regole ambientali alle imprese collocate fuori dai propri confini. Per di più, lo Stato territoriale è sempre meno in grado di esercitare la propria “pretesa di comando” nei confronti di attori economici transnazionali e multinazionali, per i quali il diritto “territoriale” cui sottoporsi diviene l’oggetto di una scelta²⁵. Lo Stato è continuamente “ricattato” dal pericolo di *races to the bottom*: se esso impone regole ambientali, fiscali, o sociali troppo severe, corre il rischio di orientare le scelte degli attori economici più forti, siano essi investitori o imprenditori, verso altri e più favorevoli territori, finendo per penalizzare l’economia nazionale. I “governati” mettono i “gover-

²⁵ M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004.

nanti” in concorrenza fra loro²⁶, in certa misura invertendo i rapporti di forza. Gli Stati temono i giudizi dei mercati, come dimostrano le loro reazioni di fronte alle classifiche delle agenzie di *rating*. Dei cento più grandi organismi economici del mondo – è stato osservato – 51 sono imprese, 49 sono Stati²⁷.

3.2. *Lo Stato debordante*

La *seconda implicazione* è in certa misura opposta alla prima. Se diviene impotente nel proprio territorio, lo Stato guadagna influenza fuori di esso. Se per un verso esso diviene troppo piccolo e circoscritto, in ragione del suo limite territoriale, per altro verso lo Stato diviene anche troppo ingombrante, in ragione dell’impatto extra-territoriale delle sue decisioni. Otto Mayer sosteneva che lo Stato non pretende, se non in via eccezionale, di esercitare la sua autorità nella sfera del territorio straniero²⁸. Quell’evenienza non è più oggi eccezionale, quantomeno ove si distingue fra l’efficacia formale del diritto statale e il suo impatto sostanziale. Formalmente, l’efficacia territoriale del diritto statale è forse ancora la regola, per quanto il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento estenda anche l’efficacia formale delle regole nazionali oltre i confini territoriali del singolo ordinamento che, per così dire, le mette in circolazione²⁹. Ma, sostanzialmente, la regola è rappresentata ormai dall’impatto extra-territoriale del diritto statale. Del resto, se, in tempi di globalizzazione, le condotte umane producono un *butterfly effect*, un analogo effetto deve ascriversi anche alla disciplina di quelle condotte. Se un cibo, un prodotto finanziario derivato, o una malattia contagiosa possono colpire i cittadini di tutto il mondo, vuol dire anche che la regolazione domestica che ha consentito la produzione di quel cibo, l’emissione di quel derivato o il diffondersi di quella malattia ha un analogo impatto. Se uno Stato abbassa i propri *standards* di tutela

²⁶ A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004.

²⁷ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, p. 4.

²⁸ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-1896, consultato nell’edizione francese (*Le droit administratif allemand*, Paris, 1906, § 62, p. 354).

²⁹ L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell’ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

dell’ambiente o di protezione del lavoro, riducendo i costi delle imprese che si collocano nel rispettivo territorio, esso produce una serie imprevedibile di conseguenze in altri territori: l’inquinamento ambientale non conosce confini; inoltre, le imprese collocate in Stati con *standards* di tutela ambientale e sociale più elevati sono penalizzate nella concorrenza; ciò può provocare una riduzione dell’occupazione in questi Stati; e tali effetti sociali possono indurli ad abbassare a loro volta la soglia di tutela; il che innesca ulteriormente l’“effetto farfalla”. Se uno Stato, al contrario, eleva i propri *standards* di tutela della salute, ad esempio vietando l’immissione in commercio di organismi geneticamente modificati, esso immediatamente colpisce, estromettendoli dal mercato, gli agricoltori di altri Stati, che invece consentono l’uso di OGM. Ciascuno Stato prende a regolare e amministrare il resto del mondo. Il suo diritto diviene globalmente rilevante all’esterno dei suoi confini. È uno Stato *debordante*, che, per così dire, non sa più stare al suo posto, perché continuamente interferisce con le vicende e gli interessi di altre comunità politiche.

3.3. *La global governance e lo sviluppo dei global regulatory regimes*

La *terza implicazione* è conseguenza delle prime due. Rappresenta la reazione istituzionale dei poteri pubblici territoriali rispetto alle condizioni di interdipendenza determinate dalla globalizzazione.

Sia per superare i propri limiti territoriali, sia per disciplinare e contenere i reciproci “debordamenti”, gli Stati hanno promosso la formazione di un’infrastruttura istituzionale comune sempre più articolata e complessa, della quale essi sono, al tempo stesso, *masters and servants*³⁰. *Masters*, perché gli Stati continuano a rappresentarne il cuore pulsante, servendosi dell’organizzazione comune per gestire problemi

³⁰ Così S. CASSESE, *Governing the World*, in ID. (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, cit., p. 506: “The interaction between States and global regulators is very complex. National governments negotiate, establish global regulators, confer upon them public tasks, and control them, but at the same time are controlled by them, and act as their agents, implementers or enforcers. Therefore, States have a triple role vis-à-vis global regulatory regimes. They are fragmented: they are both masters and servants”.

che, isolatamente, non hanno più la capacità di risolvere. *Servants*, perché essi restano assorbiti e imbrigliati in questa infrastruttura istituzionale, la quale, in qualche misura, assume in tal modo una posizione autonoma e sovraordinata rispetto a quella delle singole comunità statali: se non ne emerge ancora un *global government*, almeno si avverte una *global governance*.

Questa include certamente il mondo delle classiche organizzazioni internazionali, ma lo supera e se ne differenzia, per diversi profili.

In *primo luogo*, esibisce una sempre maggiore “densità” istituzionale. Si compone di circa 2.000 diversi “regimi regolatori”, i quali operano “in so many areas that it can now be said that almost every human activity is subject to some form of global regulation”³¹.

In *secondo luogo*, conosce una sempre più marcata diversificazione dei modelli organizzativi, che si allontanano dal paradigma dell’organizzazione internazionale classica, perché presentano una *membership* composita, non esclusivamente statale, oltre che un minor grado di formalizzazione. Questi modelli rompono lo schema dello “State as a unit” sulla scena internazionale, sulla quale si presentano, autonomamente, soggetti pubblici non statali e soggetti privati. Si sviluppano, sotto il primo profilo, *regulatory networks*, cioè reti di autorità amministrative nazionali di diversi paesi, le quali coordinano informalmente le rispettive funzioni: si pensi solo al settore della regolazione finanziaria, nel quale operano il Comitato di Basilea, la *International Association of Insurance Supervisors* - IAIS e la *International Organization of Securities Commissions* - IOSCO, che riuniscono rispettivamente le autorità di regolazione bancaria, assicurativa e del mercato mobiliare dei più importanti paesi del mondo. Si affermano, sotto il secondo profilo, regimi regolatori ibridi, come ad esempio quello della *International Organization for Standardization* - ISO. Questa assolve una funzione pubblica, approvando norme tecniche recepite nella legislazione di tutti gli Stati. Ma è un soggetto che ha forma giuridica privata (*non-governmental organization*) e *membership* mista, essendo composta dagli organismi di standardizzazione nazionali, i quali, all’interno degli Stati, hanno talora natura pubblica, talaltra privata.

³¹ S. CASSESE, *The Global Polity*, Sevilla, 2012.

In *terzo luogo*, questa costellazione di regimi regolatori è frammentata, ma tende a interconnettersi, a sviluppare *linkages*, linee di collegamento fra l’uno e l’altro ambito funzionale. L’interconnessione funzionale supera il limite delle competenze di attribuzione, proprio delle organizzazioni internazionali, ed erode il monopolio statale della prerogativa delle competenze generali. Essa riduce, inoltre, il potere degli Stati di scegliere, liberamente e selettivamente, a quale diritto (internazionale) assoggettarsi. Ad esempio, il regime della *World Trade Organization*, richiede o suggerisce ai propri Stati membri di conformarsi alle norme tecniche approvate dalla *ISO*, o agli standard di sicurezza alimentare approvati dalla *Codex Alimentarius Commission*, organismo a sua volta istituito congiuntamente dalla *World Health Organization - WHO* e dalla *Food and Agricultural Organization - FAO*; il Fondo monetario internazionale - *IMF*, richiede e suggerisce ai propri Stati membri di recepire o adeguarsi agli *standards* elaborati dai *networks* di regolatori finanziari, prima menzionati. I diversi regimi mettono in comune le rispettive risorse: alcuni mettono a disposizione il proprio potere “legislativo” (*standards*), altri il proprio potere “esecutivo” e “giurisdizionale”, che assicura la *compliance* degli Stati mediante un efficace sistema di sanzioni, in genere economiche o reputazionali.

Proprio per quest’ultima ragione, *infine*, i regimi regolatori hanno enormemente accresciuto la capacità di “imporre” le proprie decisioni agli Stati e, dunque, di raggiungere in modo più diretto anche gli individui, penetrando confini statali che appaiono sempre più permeabili. Ciò corregge lo schema dualistico, secondo cui le regole e le decisioni internazionali colpiscono solo gli Stati e acquisiscono efficacia interna solo con l’intermediazione dello Stato, il quale volontariamente recepisce e immette nel proprio ordinamento dati giuridici esterni. Anche qui occorre distinguere fra efficacia formale e impatto sostanziale. Formalmente, lo Stato conserva il potere di intermediazione. Sostanzialmente, l’interdipendenza economica rende sovente i costi del mancato recepimento, della *non-compliance*, troppo elevati. Gli *standards* del *Basel Committee* o del *Codex Alimentarius* sono formalmente *soft law*, ma essi hanno un *hard impact*. Senza poi contare che, in casi meno frequenti, ma non più trascurabili, le organizzazioni internazionali acquisiscono il potere di assumere decisioni direttamente indirizzate a indivi-

dui, non a Stati. E questi individui non sono più solo i funzionari internazionali, ma, ad esempio, cittadini come il signor *Kadi*, inclusi nominativamente dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite nella lista anti-terrorismo, con conseguenti misure di congelamento dei beni.

L'infrastruttura istituzionale comune incoraggia e favorisce l'integrazione fra gli ordinamenti statali, adoperando due tecniche diverse fra loro.

La prima è quella "verticale" e "sostanziale", imperniata sulla delega o trasferimento dei poteri di regolazione, che dunque, per così dire, salgono al livello superiore. La proliferazione di *standards*, approvati da organismi internazionali e poi applicati negli ordinamenti statali, ne sono l'esempio più significativo. In questo modo, gli Stati, creando istituzioni comuni, collettivamente si affrancano dalla zavorra territoriale che individualmente li limita. Riallineano i propri confini a quelli dei mercati che intendono governare. Riacquisiscono una dimensione congruente rispetto a quella dei fenomeni sociali che ambiscono a controllare. Gli Stati ritrovano la sovranità, ma al prezzo di condividerla. Essi risalgono sul trono, che però oggi ospita un collegio di sovrani. Mediante questa tecnica di integrazione, le singole comunità statali perdono il diritto alla differenza. Sotto la spinta della armonizzazione, esse cedono il proprio "right to regulate". Rimettono il potere di darsi ordinamenti e regole che riflettano i valori e gli equilibri di interessi che sono propri di una specifica società.

Tuttavia, il mondo non è ancora abbastanza omogeneo per un'indiscriminata integrazione verticale delle comunità territoriali che lo compongono. Per questa ragione, l'integrazione promossa dall'infrastruttura istituzionale comune segue anche un'altra tecnica, questa volta "orizzontale" e "procedurale". Questo tipo di integrazione lascia agli Stati il "diritto alla differenza" e la possibilità di esercitare il "right to regulate". Ma essa tiene conto della natura "debordante" del singolo Stato in condizioni di interdipendenza. Mira pertanto a contenere e controllare l'impatto extraterritoriale delle manifestazioni della sua sovranità, prevalentemente attraverso regole procedurali. I regimi regolatori obbligano gli Stati a divenire consapevoli del "butterfly effect", prodotto dalle proprie regole e decisioni, e a prendere in considerazione gli interessi esterni, colpiti dalle stesse, includendoli nel processo decisionale. Fra i

numerosi esempi che potrebbero citarsi, si prenda il contestatissimo Trattato transatlantico - TTIP, oggetto di negoziazione fra Europa e USA. Un capitolo centrale di questo Trattato concerne la c.d. “regulatory cooperation”. Questa prevede, in sostanza, che le autorità europee e statunitensi comunichino le une alle altre una lista degli atti di regolazione che intendono approvare; che esse accettino di dar vita ad un dialogo con le controparti, ascoltando le richieste di queste ultime di modificare, armonizzare, o mutuamente riconoscere le rispettive regole; che esse motivino infine la decisione assunta³². Ogni Stato, quindi, conserva il proprio “right to regulate”, ma deve accordare agli altri, e anche ai rispettivi cittadini, diritti di partecipazione. Gli Stati, in questo caso, non esercitano collettivamente la sovranità su un unico ampio territorio comune, ma ciascuno di essi partecipa all’esercizio della sovranità degli altri. Lo Stato non diviene un sovrano nel territorio altrui, ma diviene, in certa misura, un “cittadino” di quel territorio. Il diritto alla differenza resta, ma richiede una giustificazione. Esso è governato e contenuto entro margini compatibili con l’esigenza di uniformità del diritto che regola lo spazio allargato dell’economia.

³² EUROPEAN COMMISSION, *TTIP and Regulation: an Overview*, available at <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/153121.htm>>: “The goal is to put in place systems that would allow the EU and US regulators to interact with their counterparts as they develop new rules and review existing ones. Neither side will adopt the other’s approach to regulating. The aim is to build bridges between the two systems. By working together early on in the process, the EU and US authorities can share expertise and ideas on the best way to tackle issues requiring regulatory action. This should lead to regulation that is more compatible but which can also be more effective and efficient. That would mean fewer barriers to trade, better quality regulation and more effective enforcement. Again, nothing would stop either side from going their own way if no agreement is possible, but both sides would commit to the principle of dialogue and to consider different options. Issues discussed under this chapter include good regulatory practices, such as consultation of stakeholders; and ways that impact assessments can more precisely identify not only the social and environmental effect of proposed regulations, but also impacts on international trade”.

4. Il doppio dualismo nella costituzione post-westfaliana

La globalizzazione segna dunque una profonda trasformazione della sovranità statale. Se questa è stata, ed è, all'origine di entrambi i "grandi dualismi" del sistema giuridico, allora è inevitabile che questi ultimi subiscano gli effetti di quella trasformazione. Ancora una volta, qui non si può andare oltre l'indicazione di linee di tendenza, senza pretesa di sistematicità. Rispetto al quadro in precedenza descritto (§ 2), riferito alla Costituzione westfaliana, possono cogliersi in particolare quattro direttrici di trasformazione: lo "sbiadimento" delle linee di demarcazione tracciate dai due dualismi; il riavvicinamento strutturale del diritto pubblico internazionale e del diritto pubblico interno; l'affermazione di una dialettica pubblico/privato anche oltre e fuori dello Stato; il contenuto "amministrativistico", anziché "privatistico", della costituzione universale post-westfaliana.

4.1. Lo "sbiadimento" delle demarcazioni dualistiche

La sovranità dello Stato nel proprio territorio crea il doppio dualismo giuridico. Essa impedisce che lo Stato sia sottoposto ad un diritto paritario, dove esso pretende di esercitare autorità, e a un diritto diseguale, dove esso invece pretende di esercitare libertà e autonomia. Quanto più si accentua il carattere sovrano dello Stato nel proprio territorio, tanto più si innalzano le barriere che separano il diritto pubblico dal privato, il diritto internazionale dall'interno.

La globalizzazione, si è detto, detronizza lo Stato territoriale: lo indebolisce sia dinanzi agli attori interni, che agiscono su uno spazio più esteso del suo circoscritto territorio, sia dinanzi agli attori esterni, che pretendono di esercitare anch'essi autorità in quel circoscritto territorio. Non può dunque sorprendere che questa crisi della sovranità statale, o meglio della sua dimensione territoriale, renda più incerte le distinzioni che fanno capo al "doppio dualismo". Questo traccia linee di demarcazione che appaiono sbiadirsi; distingue sfere sempre meno "reciprocamente esclusive" e sempre più, invece, mutuamente interferenti, contaminate, sovrapposte.

Quanto al dualismo pubblico/privato, è stato di recente osservato che la globalizzazione costituisce un fattore “che contribuisce alla differenziazione di diritto pubblico e diritto privato”. Difatti, “nello spazio giuridico globale gli Stati... non giocano lo stesso ruolo proprio del diritto interno, sono dominati dalla comunità internazionale, non ne sono i dominatori. Quindi, la distinzione pubblico - privato, che risale principalmente alla presenza dello Stato, si attenua, oppure assume significati diversi”³³. Di ciò costituisce specifica testimonianza l’evoluzione del diritto amministrativo. Un tempo, questo era diritto dello Stato. Come tale, apparteneva nel suo complesso al diritto pubblico, del quale costituiva un “ramo”. Oggi la situazione è mutata, non solo per effetto della globalizzazione, ma certamente anche in ragione della complessiva trasformazione che quel vocabolo sottende. Come è stato osservato, “privatizzazioni e corrispondenti estensioni delle discipline pubbliche indicano chiaramente come l’identità del diritto amministrativo non possa più tracciarsi lungo le coordinate offerte dalla grande dicotomia pubblico/privato”, essendo il diritto amministrativo caratterizzato da “continui intrecci e sovrapposizioni di discipline” e il fenomeno amministrativo “retto da combinazioni variamente articolate di norme pubbliche e regole civilistiche”³⁴.

Sviluppi analoghi si osservano anche sul versante del dualismo internazionale/interno. Questo conosce un processo continuo di internazionalizzazione del diritto interno e di internalizzazione del diritto internazionale. Si osserva, come è stato rilevato, una “évidente compénétration croissante des deux univers”, “une croissante relevance nationale du droit international, et une croissante relevance internationale du droit national”³⁵. In effetti, il diritto statale assume progressivamente rilevanza fuori dei confini dello Stato. Talora, esso trova persino applicazione formale in altri Stati, come quando le autorità europee applicano extraterritorialmente il diritto antitrust europeo a operazioni di concentrazione fra imprese statunitensi, che operano su un mercato globale

³³ S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, Contributo a *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IX*, in corso di pubblicazione.

³⁴ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235.

³⁵ J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l’État*, 2 ed., Paris, 2010, pp. 209-212.

(si pensi ai casi *Boeing and McDonnell Douglas* e *General Electric and Honeywell*); oppure quando sono le autorità straniere a “riconoscere” il diritto statale come equivalente al proprio, secondo accordi che fanno circolare le regole giuridiche insieme ai prodotti o alle attività che esse disciplinano. In ogni caso, il diritto statale, anche quando non si applica extraterritorialmente *de jure*, ha comunque un impatto extraterritoriale *de facto*: come detto, è un diritto debordante. Ma proprio ciò è alla radice del fenomeno inverso e speculare, cioè la “internalizzazione” del diritto internazionale. Quest’ultimo, per contenere i debordamenti del diritto statale, prende a disciplinare la “domestic regulation” degli Stati, a tutela degli interessi esterni che quest’ultima, in un contesto di crescente interdipendenza, colpisce. Così facendo il diritto internazionale assume a proprio oggetto le manifestazioni della sovranità interna degli Stati. Esso stabilisce come gli Stati debbano legiferare e amministrare entro i propri confini: prescrive obblighi di trasparenza, di consultazione dei soggetti interessati, di motivazione delle decisioni, di riesame indipendente delle stesse. Una *rule of law* internazionalmente imposta si sovrappone alla *rule of law* domestica, conformandola e condizionandola. Il diritto internazionale assume un contenuto analogo a quello del diritto amministrativo interno, tanto che gli accordi WTO sono stati definiti come un “Administrative Procedure Act for foreigners”³⁶. Vi sono casi in cui la stessa decisione, assunta da una amministrazione nazionale in applicazione del diritto interno, viene dichiarata illegittima, per violazione dello stesso principio del diritto amministrativo, sia da parte di un Tribunale amministrativo interno che applica il diritto domestico, sia da parte di un Tribunale internazionale che applica accordi internazionali³⁷. Di conseguenza, “There is now increasingly in-

³⁶ P.M. GERHART, *The Two Constitutional Visions of the World Trade Organization*, 24 *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* 1 2003, pp. 61-62.

³⁷ Ci si riferisce ad esempio al c.d. “decreto Amato”, con cui il governo italiano, nel 2000, ha temporaneamente vietato la commercializzazione in Italia di alcuni prodotti alimentari derivati da linee di mais geneticamente modificato. Il decreto è stato impugnato direttamente dalle multinazionali Monsanto e Syngenta dinanzi al Tar del Lazio (Tar Lazio, Sezione I, 3 dicembre 2004, n. 14477), ma anche, su loro impulso, dal governo statunitense dinanzi all’organo di risoluzione delle controversie della WTO (*European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products* - Reports of the Panel - WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, 29.09.2006).

ternational regulation of subject matter which hitherto was not only within the domain of States but within the domain of the administration within the State”³⁸. Alla sovrapposizione si aggiunge poi l’incertezza stessa della distinzione: lo standard approvato e applicato da una autorità amministrativa nazionale, dopo averlo concordato nel rispettivo *network* internazionale, è diritto interno o internazionale? Ormai è difficile dire. Il dualismo interno/internazionale scompare entro i confini dell’ordine monistico europeo, ma perde di rilievo anche fuori dell’Europa, in un ordine giuridico che si è preso a definire “globale” proprio per catturare questa trasformazione³⁹.

4.2. La ricomposizione strutturale del diritto pubblico, internazionale e interno

Il diritto pubblico – si è detto – unico nella funzione, si è sdoppiato in due componenti strutturalmente contrapposte – il diritto pubblico interno e il diritto pubblico internazionale – per adattarsi ai due volti antitetici della sovranità statale territoriale. L’uno al volto interno, che esprime una pretesa di comando verso la società stanziata nel territorio dello Stato; l’altro al volto esterno, che esprime invece una pretesa di autonomia e indipendenza verso le comunità stanziate in altri territori.

La globalizzazione tuttavia confonde e contamina i due volti della sovranità statale. All’interno dei propri confini, lo Stato “detronizzato” sempre più spesso rinuncia al comando, ricorrendo a moduli consensuali, partecipativi: il diritto pubblico interno è meno unilaterale e autoritativo; lo Stato usa la propria “autonomia negoziale”, non meno dei privati; al primo non si riconosce, in principio e a prescindere, un “valore giuridico superiore” e una sovraordinazione gerarchica rispetto alla società. All’esterno di quei confini, invece, lo Stato non esprime solo una

Più estesamente sul caso e sulle sue implicazioni sia consentito rinviare a S. BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007.

³⁸ J.H.H. WEILER, *The Geology of International Law - Governance, Democracy and Legitimacy*, in *ZaöRV* 64 (2004), 547-562, p. 559.

³⁹ Sui rapporti fra ordine giuridico europeo e globale, si veda G. VESPERINI, *Europe and global law*, in S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, cit., p. 371 e ss.

pretesa di autonomia e indipendenza, ma anche una pretesa “autoritativa”, sia in forma individuale, in ragione dei suoi “debordamenti” extra-territoriali, sia in forma collettiva, per mezzo dell’infrastruttura istituzionale costruita in risposta alla globalizzazione: il diritto internazionale è meno pattizio e consensuale; esso riconosce “valore giuridico superiore” ad alcuni soggetti, anche allo scopo di meglio controllare l’esercizio del “potere” che essi prendono ad esercitare.

Se si riprendono le dicotomie di Bobbio, ci si avvede che la posizione del diritto pubblico internazionale è oggi meno “anomala” rispetto al diritto pubblico interno. È sempre meno vero che la società internazionale sia formalmente una “società di eguali”, perché in essa compaiono autorità sovraordinate agli Stati e vari rapporti di subordinazione, riconosciuti dal diritto, come si illustrerà fra breve. Sotto il profilo, poi, della dicotomia legge/contratto, o meglio diritto positivo/diritto naturale, il positivismo giuridico arretra. Il diritto applicato nel territorio dello Stato non è più tutto “posto” da quest’ultimo, perché in esso penetrano continuamente valori giuridici esterni, che siano anch’essi “posti” da altri Stati o da autorità globali, oppure consistano in principi generali, estratti dalle tradizioni giuridiche comuni, secondo un ordine di concetti che richiama le idee giusnaturalistiche. Quest’ultima esigenza è ancor più avvertita nel campo del diritto “esterno” al singolo Stato, ove l’assenza di un legislatore globale richiede di assoggettare sia gli Stati, sia le istituzioni che essi esprimono, ad una *rule of law* che non può coincidere con il rispetto di una spesso inesistente legge positiva. Ecco che allora si moltiplicano organismi internazionali giurisdizionali e paragiurisdizionali, Tribunali di Babele⁴⁰ che limitano la sovranità statale, applicando principi giuspubblicistici, quali il *due process*⁴¹, che essi “ritrovano” in un patrimonio giuridico universale non codificato. Il successo della *common law* non è il frutto della potenza degli Stati che si richiamano a quella tradizione giuridica, bensì della maggior capacità di quest’ultima di adattarsi ai caratteri del mondo post-westfaliano. In ogni caso, il diritto pubblico recupera unitarietà: non solo di funzione, ma anche di struttura.

⁴⁰ S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009.

⁴¹ S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale?*, in ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, pp. 120-179.

4.3. *La dialettica pubblico/privato oltre lo Stato*

Si ritorni ora alle domande di Pugliatti. Alla prima – “l’ordinamento della comunità internazionale ammette la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato”? – si poteva, un tempo, rispondere sbrigativamente, osservando con Donato Donati che quella distinzione è irrilevante, perché il diritto internazionale è tutto uguale, composto di norme omogenee, che attengono a rapporti orizzontali fra Stati.

La globalizzazione richiede però di aggiornare la domanda di Pugliatti e cambiare la risposta di Donati. La domanda non va più riferita a un diritto inter-statale, separato dal diritto interno, bensì ad un diritto globale, che integra gli ordinamenti statali ed esiste così dentro come fuori degli stessi. La risposta va corretta, perché questo diritto ultrastatale, globale, è tutt’altro che omogeneo; e non concerne solo rapporti fra Stati.

In un contesto di crescente interdipendenza, i rapporti economici e sociali superano e attraversano i confini nazionali e i soggetti che ne sono protagonisti si presentano così autonomamente nella sfera delle relazioni “esterne”, emancipandosi dallo Stato di “appartenenza”. Per effetto di questa acquisita presenza e rilevanza della società oltre i confini dello Stato, si affermano almeno tre generi di relazioni giuridiche, le quali non intercorrono fra Stati e, tuttavia, sfuggono al diritto puramente domestico.

In *primo luogo*, la liberalizzazione degli scambi commerciali, abbinata alla rivoluzione delle comunicazioni elettroniche, ha moltiplicato le relazioni transnazionali fra privati. Ciò produce diverse conseguenze. La prima è che il c.d. “diritto internazionale privato”, cioè l’area del *conflict of laws*, è sempre più internazionale e meno domestico. Se si moltiplicano le ipotesi, un tempo residuali, in cui è incerto quale sia lo Stato il cui diritto privato debba trovare applicazione, è naturale che si avverta maggiormente l’esigenza che il diritto internazionale privato di ciascuno Stato venga armonizzato e coordinato con quello degli altri, mediante norme prodotte da fonti autenticamente internazionali⁴². La

⁴² Lo rileva fra gli altri J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l’État*, cit., p. 211: “les questions classiques de conflits de lois et de juges que se pose le droit «international» privé, qui sont, on le sait, traditionnellement réglées par le positions des droits

seconda conseguenza è lo sviluppo di un diritto privato transnazionale, che non è diritto interno di alcuno Stato, né diritto “posto” pattiziamente dagli Stati. Si afferma l’idea di una nuova *lex mercatoria*⁴³, espressione di una capacità degli attori privati di autoregolare i reciproci rapporti e perfino di darsi ordinamenti autonomi, sostituendo alla regolazione pubblica regimi di *self-regulation* a base privatistica⁴⁴, che in alcuni settori, come quello sportivo, presentano pronunciata autonomia rispetto al diritto di derivazione statale⁴⁵.

In *secondo luogo*, la globalizzazione ha anche moltiplicato le relazioni giuridiche fra Stato e soggetti privati “appartenenti” ad altri Stati, cioè l’area, un tempo marginale e ridotta, identificata da Umberto Borsi come oggetto del diritto amministrativo internazionale, anche questo allora inteso quale ramo del diritto interno. Si assiste oggi ad una continua espansione delle ipotesi in cui lo Stato esercita la propria autorità nei confronti di soggetti stranieri: si pensi non soltanto alla rilevanza assunta dal diritto dell’immigrazione⁴⁶, ma anche allo sviluppo degli investimenti esteri diretti e alla localizzazione, nel territorio dello Stato, di imprese straniere o multinazionali. E più in generale, poi, ogni regola e ogni decisione amministrativa statale produce ormai un impatto extra-territoriale, colpendo interessi stranieri, ancorché localizzati fuori del territorio statale ed anzi a prescindere dalla loro localizzazione geografica. Di conseguenza, come il diritto internazionale privato, anche il diritto amministrativo internazionale cambia natura e cessa di essere un diritto puramente interno. Si sviluppa infatti un diritto amministrativo esterno; elaborato nel quadro di regimi regolatori globali; tendenzialmente uniforme; con vocazione universale, teso cioè a proteggere le

nationaux, sont de plus en plus souvent résolues par des règles posées dans des conventions internationales...”.

⁴³ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

⁴⁴ F. CAFAGGI, C. SCOTT, L. SENDEN (eds.), *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, Hoboken, NJ, United States, 2011. Più di recente, F. CAFAGGI, *Transnational private regulation: regulating global private regulators*, in S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, cit., p. 212 e ss.

⁴⁵ L. CASINI, *Il diritto globale dello sport*, Milano, 2010.

⁴⁶ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

libertà individuali, specie economiche, rispetto alle manifestazioni di sovranità di tutti gli Stati che governano i mercati globali. Questo diritto amministrativo globale conforma i diritti amministrativi domestici, definendo un denominatore comune, una soglia minima di garanzie che ogni Stato deve assicurare a tutti coloro che subiscono gli effetti delle decisioni pubbliche: stranieri e cittadini.

In *terzo luogo*, la costruzione di una infrastruttura istituzionale globale, che esercita poteri di regolazione con una sempre più ridotta intermediazione degli Stati, lascia emergere un’ampia sfera di relazioni fra autorità globali e soggetti privati. Questi sono talvolta destinatari diretti delle decisioni assunte dalle prime; più spesso essi sono vincolati da decisioni interne, che tuttavia invariabilmente recepiscono *standards* e raccomandazioni formalmente indirizzate agli Stati o alle loro autorità amministrative. Nell’uno e nell’altro caso, i privati sono sottoposti ad una “global governance”, che oggi “addresses almost all areas of public and private life” e “shapes the rights, interests and expectations of diverse stakeholders across political countries”. Ciò pone l’esigenza di una “law of global governance”⁴⁷, che limiti la sovranità collettiva degli Stati con strumenti analoghi a quelli utilizzati per controllare la sovranità individuale di ciascuno di essi. È questa un’ulteriore funzione assunta dall’emergente “Global Administrative Law”⁴⁸. Il presupposto da cui muove questo recente settore di indagine giuridica risiede infatti nel concettualizzare la *global governance* in termini attività amministrativa⁴⁹; nel riconoscere di conseguenza che il trasferimento di poteri regolazione ad autorità globali implica una perdita delle tutele offerte dai diritti amministrativi interni, cui i regimi regolatori ultrastatali sfuggono; nell’affermare, secondo un approccio “normativo” e insieme “ricostruttivo” della realtà giuridica, che gli istituti del diritto ammi-

⁴⁷ E. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, Leiden-Boston, 2014. I brani citati a p. 25.

⁴⁸ Si tratta di un indirizzo di studi che in poco tempo ha già conosciuto un significativo sviluppo. Un quadro recente e completo dei principali risultati raggiunti è ora disponibile negli scritti raccolti in S. CASSESE (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, cit.

⁴⁹ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems* 15 (2005).

nistrativo interno sono e devono essere trasposti e adattati nel contesto dei regimi regolatori globali, per recuperare le garanzie perdute.

Ecco che dunque emergono, fuori e oltre lo Stato, un diritto privato e un diritto amministrativo, entrambi non statali. La dialettica pubblico/privato non ha più un rilievo esclusivamente interno. E tuttavia tale dialettica, all'interno come all'esterno, più che di rigide opposizioni, si nutre di ibridazioni e sovrapposizioni. Degli intrecci fra diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento statale si è già detto. Ma anche nello spazio giuridico globale⁵⁰ proliferano regimi ibridi o misti, *memberships* composite, affidamenti di funzioni pubbliche a organizzazioni privatistiche, reti di soggetti pubblici organizzate in forma privatistica: “beyond the State, public law and private law find new ways of combining, borrowing tools and imitating solutions...; at the international level, hybridization is at stake”⁵¹.

4.4. La costituzione “amministrativa” post-westfaliana

Si è giunti così al secondo interrogativo di Pugliatti, anch'esso rivisitato e corretto: se il diritto internazionale (*recte*, globale) sia da qualificare, nel suo complesso, come diritto pubblico.

Ad un primo livello di analisi, le trasformazioni fin qui descritte semplificano la risposta, che è negativa: il diritto globale non ha l'omogeneità di natura propria del diritto internazionale; esso è un diritto composito e misto, pubblico e privato. La grande dicotomia rileva ora nel diritto globale, ma non è più ad esso applicabile: il diritto globale non può essere assegnato, nel suo complesso, all'uno o all'altro polo della stessa.

I profili più interessanti riguardano tuttavia un diverso piano di analisi, nel quale le qualificazioni pubblicistiche o privatistiche assumono significato per analogia. Si è detto in precedenza che il diritto internazionale riposava su fondamenta costituzionali di “matrice privatistica”, essendo un “diritto di coordinamento”, che assicura la coesistenza di Stati sovrani indipendenti ricorrendo a categorie giuridiche estratte dal

⁵⁰ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003.

⁵¹ L. CASINI, “Down the rabbit-hole”: *The projection of the public/private distinction beyond the state*, I•CON (2014), Vol. 12 No. 2, 402-428.

patrimonio del diritto civile. Sotto questo profilo, il diritto globale, post-westfaliano, riposa invece, oggi, su basi costituzionali di “matrice amministrativistica”. L’affermazione abbisogna, ovviamente, di una spiegazione.

La legittimazione democratica dell’ordine westfaliano presupponeva una tendenziale coincidenza fra coloro che conferiscono autorità pubblica e coloro che ad essa sono assoggettati. Oltre lo Stato, bastavano le categorie privatistiche: le organizzazioni internazionali esercitano poteri conferiti dagli Stati membri ed esclusivamente nei loro confronti. Entro lo Stato, rilevavano i concetti di cittadinanza e rappresentanza politica: le autorità statali esercitano poteri conferiti dai cittadini che esse rappresentano e nei confronti di essi. Come è stato osservato, “the model worked as long as those empowering public authority were by and large identical with those affected by it”⁵². Ma la globalizzazione scardina esattamente questo presupposto e mina alla base la legittimazione democratica dell’ordine giuridico westfaliano. Essa segna una fondamentale scissione fra due sfere: da un lato, quella degli *insiders*, cioè di coloro che sono “rappresentati” dall’autorità pubblica, appartenendo alla comunità che esprime tale autorità; dall’altro lato, quella, sempre più estesa, degli *outsiders*, cioè di coloro che non sono rappresentati dall’autorità pubblica, e, tuttavia, subiscono l’impatto delle decisioni da essa assunte. Le autorità statali “rappresentano” solo i propri cittadini, ma le loro decisioni continuamente colpiscono interessi di stranieri: questi non hanno diritto di voto⁵³. Le organizzazioni interna-

⁵² M. GOLDMANN, *A Matter of Perspective: Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority (and Not Law)*, disponibile sul sito: <<http://ssrn.com/abstract=2260293>>.

⁵³ Si noti che la scissione segnalata, e il problema che ne deriva, si riflette anche, all’interno del territorio di ciascuno Stato, nella scissione fra cittadini e residenti e fra diritti politici e diritti economici e sociali. Lo nota, con la consueta lucidità, Sabino Cassese in un recente saggio di prossima pubblicazione: “le democrazie nazionali sono democrazie di cittadini, non di residenti, perché la collettività stanziata su quel territorio si distingue in due parti, i cittadini dotati di diritti politici e i residenti privi di tali diritti. Le comunità territoriali si dividono: i diritti civili, quelli economici e quelli sociali le uniscono, i diritti politici le separano. Alcuni Stati attenuano questa contraddizione assegnando diritto di voto in sede locale anche ai residenti, a certe condizioni. Ma è aperto il problema della riduzione dell’asimmetria tra chi prende le decisioni, Parlamenti e

zionali rappresentano solo gli Stati membri, ma le loro decisioni continuamente colpiscono anche gli altri Stati e i cittadini dentro gli Stati. Per effetto della globalizzazione, tutti noi diveniamo, sempre più, *outsiders*.

La democrazia rappresentativa cessa di essere un fattore di legittimazione efficace. Quella interna allo Stato non basta più, mentre fuori dello Stato essa non è ancora attingibile. Questo stato di cose spiega il rilievo “costituzionale” e la funzione “legittimante” dei principi tratti dall’esperienza del diritto amministrativo nel nuovo ordine giuridico prodotto dall’interdipendenza globale. Il diritto amministrativo, infatti, elargisce le proprie tutele a prescindere dalla cittadinanza, dall’appartenenza alla comunità che esprime l’autorità pubblica e nel cui interesse questa decide. Le leggi amministrative, in genere, attribuiscono diritti alla partecipazione, alla motivazione e ragionevolezza delle decisioni, al riesame indipendente delle decisioni dell’autorità, sul solo presupposto del pregiudizio attuale o potenziale arrecato dalle stesse. Le garanzie amministrative ruotano intorno al concetto di *affectedness*: è l’impatto sostanziale della decisione altrui nella propria sfera giuridica che costituisce titolo sufficiente per godere della protezione del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo costituisce dunque la protezione naturale per gli *outsiders* del mondo globale. Anche se non sono destinatari formali delle decisioni delle organizzazioni internazionali, né membri di quelle organizzazioni, i privati subiscono l’impatto sostanziale di quelle decisioni e, quindi, hanno e devono avere titolo per fruire delle garanzie del diritto amministrativo. Anche se non sono cittadini di uno Stato, i privati e le imprese straniere, così come i governi che li rappresentano, subiscono l’impatto sostanziale delle decisioni di quello Stato e, quindi, hanno e devono avere titolo alla protezione offerta dagli istituti del diritto amministrativo.

governi, rappresentativi dei cittadini, e i destinatari delle decisioni, che includono anche stranieri non aventi diritto di voto, così violando il principio base della democrazia «quod omnes tangit ab omnibus approbetur»” (S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, Relazione al XVII colloquio italo tedesco, Università di Augsburg, 10 - 12 marzo 2016, di prossima pubblicazione in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*).

Gli istituti e la *ratio* del diritto amministrativo si adattano a governare l’interdipendenza fra diverse comunità politiche territoriali. Essi consentono che le autorità statali e globali continuino a rispondere primariamente ai loro “principali”: i cittadini che hanno eletto le une; gli Stati membri che hanno costituito le altre. Ma, al tempo stesso, tali istituti richiedono a quelle autorità di prendere in considerazione gli interessi degli *outsiders*, dei “non-rappresentati”, delle altre comunità territoriali, nella misura in cui tali interessi sono sostanzialmente coinvolti e potenzialmente pregiudicati dalle decisioni assunte.

La *grundnorm* dell’ordine globale, post-westfaliano, non è più, dunque, solo il principio privatistico del *pacta sunt servanda*. Ad esso si affianca, progressivamente guadagnando terreno, il principio, tipicamente amministrativistico, del “taking outsiders’ interests into account”.

5. Conclusioni

Carl Schmitt si domandava, nel 1938, “se questo doppio dualismo non viene posto in questione dalle tendenze attuali dello sviluppo del diritto”. Cosa dovrebbe dire, in proposito, il giurista odierno, dinanzi alle trasformazioni che si è tentato di illustrare? Sono i dualismi ancora utili? Colgono essi ancora la realtà giuridica attuale?

Probabilmente i dualismi oggi assolvono ad una funzione diversa da quella del passato. I “diritti” che essi contrappongono conservano utilità come centri gravitazionali di paradigmi concettuali, come formule di aggregazione di istituti giuridici. Ma i dualismi si avviano probabilmente a perdere gran parte della loro originaria attitudine a separare universi giuridici reciprocamente esclusivi, a isolare corpi normativi tra loro contrapposti. Sotto tale profilo, ad essi forse si addicono i versi di un grande: “tendono alla chiarezza le cose oscure/ si esauriscono i corpi in un fluire/ di tinte; queste in musiche. Svanire/ è dunque la ventura delle venture”⁵⁴.

⁵⁴ E. MONTALE, *Portami il girasole*, da *Ossi di Seppia*, 1925.

ANTITRUST ENFORCEMENT BEYOND PUBLIC AND PRIVATE LAW

Renato Nazzini

SUMMARY: *A. Antitrust Enforcement and the Classic Categories of Public and Private Law. – B. Concurrent Enforcement of EU Competition Law. – (1) The Model under Regulation 17/62. – (2) Modernization of EU Competition Law. – (3) The Development of Private Enforcement under EU Law. – C. Concurrent Enforcement of UK Competition Law. – (1) Historical Development of UK Competition Law. – (2) Criminalization of Cartels. – (3) The Development of Private Enforcement under UK Law. – D. Conclusion.*

A. Antitrust Enforcement and the Classic Categories of Public and Private Law

Antitrust enforcement is a particularly interesting field of inquiry to test the significance of the divide between private and public law. The enforcement of competition law is characterized by a multiplicity of sanctions and remedies. The same set of facts may give rise to administrative and criminal sanctions and to a claim to a private law remedy. Within the European Union ('EU'), administrative sanctions may be imposed by the European Commission ('Commission') or by the national competition authorities. In the United Kingdom, the Enterprise Act 2002 introduced criminal law sanctions for hard-core cartels into UK law as of 20 June 2003. Private law remedies are granted upon the making of a claim or counterclaim or an application by parties to civil or arbitral proceedings before national courts or arbitrators. The multiplicity of sanctions and remedies for breaches of competition law entails that the same matter may be dealt with concurrently in different sets of proceedings before different administrative bodies or courts either in parallel or sequentially. The same persons may be involved in several sets of proceedings in different capacities, as claimants or defendants in civil proceedings and complainants or undertakings under

investigation in administrative proceedings, or as suspects or defendants in criminal proceedings and witnesses in civil proceedings.

These different sets of proceedings, public and private, arguably pursue, through different procedural means, the same overall objective of ensuring undistorted competition on the market so as to maximize long-term social welfare¹. This enforcement paradigm strongly shifts the focus of legal analysis from the traditional, self-contained, non-communicating sectors of public and private law to the interplay of different procedures and remedies ultimately aimed at applying the same rules. Administrative, criminal and private law merge. Competition authorities need to coordinate administrative proceedings and criminal investigations and prosecutions. They also need to consider the potential interaction of administrative proceedings with private enforcement, in terms of the effect of the decision in civil proceedings, the use of evidence on the competition authority file for civil proceedings, and the impact that administrative proceedings may have on civil proceedings if the latter are stayed until the administrative decision is adopted or has become final. Furthermore, whenever a competition law remedy is in question as a claim, counterclaim or a competition law issue arises as a defence in civil proceedings, litigants and their advisers need to ask themselves some fundamental questions. Is a competition authority dealing with the matter? Or is there already an administrative decision which determines issues arising in the litigation or the arbitration? If criminal prosecution is envisaged, will this delay the resolution of the dispute between the parties? And, if concurrent proceedings are allowed to run in parallel, are there benefits or rather dangers to be aware of because of possible flows of evidence and information from one set of proceedings to the other? Finally, national courts, whether in appeals or judicial review proceedings, in civil proceedings, and in criminal

¹ This author believes that the objective of competition law is to prohibit conduct that reduces social welfare and productivity in the long term: R. NAZZINI, *The Foundations of European Union competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 11-50 and 107-154. However, the analysis in this chapter is not dependent on the ultimate objective of competition law as the point made is simply that, whatever the objective of competition law, administrative, criminal and private remedies pursue that very same ultimate objective.

proceedings are faced more and more with issues concerning the effect of administrative decisions, the disclosure and use of evidence on the competition authority file, and applications for stay or other case management measures in light of concurrent proceedings pending in relation to the same subject-matter. The concurrent enforcement of competition law is a reality that pervades any aspect of competition procedure.

The aim of this chapter is to show how the enforcement of competition law in the European Union has evolved from a regime still anchored to the traditional paradigm of administrative law to a complex, pluralistic system resting on three, interconnecting pillars of administrative, criminal and private enforcement.

B. Concurrent Enforcement of EU Competition Law

(1) The Model under Regulation 17/62

The core competition law provisions in the EU Treaties are contained in Articles 101 and 102 TFEU. When the Treaty of Rome was negotiated, it was decided that the structure of Articles 85 and 86, now Articles 101 and 102 TFEU, should be such as to allow for a certain degree of flexibility in subsequent choices to be made between different enforcement systems. The wording of Articles 101(1) and (2) and 102 meant that these provisions could be construed as being applicable by national competition authorities and courts and to have direct effect already at an early stage². On the other hand, the wording of Article 101(3) left the issue of its direct effect open³.

² Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM (BRT v SABAM)* [1974] ECR 51; P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and Federalization of EEC Law* (1992) 12 OJLS 453; R.M. D'SA, *European Community Law and Civil Remedies in England and Wales*, London, 1994, 58-59.

³ C.D. EHLERMANN, *The Modernization of EC Antitrust Policy; A Legal and Cultural Revolution* [2000] CML Rev 537, 539 and 555-560. This is the Commission's view as expressed in the *White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty* [1999] OJ C132/1, paras 48 and 49.

Council Regulation 17/62, First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty declared Article 101(3) applicable only by the Commission, whereas national competition authorities and courts could apply only Article 101(1) and (2) and Article 102 TFEU⁴. Other provisions also suggested that a choice had been made for a centralized model. Article 2 of the Regulation provided for negative clearance of agreements that did not fall within the scope of Article 101(1) or Article 102. Although not mandatory, this was a further form of *ex ante* centralized administrative control of agreements and conducts potentially caught by Article 101 or 102. Article 9(3) of the Regulation provided that national authorities of the Member States could enforce Articles 101(1) and 102 only ‘as long as the Commission has not initiated any procedure under Articles 2, 3 and 6’⁵. Article 4 of the Regulation provided that if parties wished to avail themselves of the exemption under Article 101(3), they had to notify the agreement to the Commission. Until a notification had been made, no decision under Article 101(3) could be adopted⁶. Therefore, although, from the very beginning, national competition authorities and courts could apply Articles 101(1) and (2) and 102, Regulation 17/62 has worked, in practice, as a centralized administrative control system⁷. This has provided a degree of legal certainty to the undertakings. At the same time, the application of EU competition law has benefited from a considerable number of administrative precedents and a vast body of case law.

The system under Regulation 17/62 was not, however, a fully centralized system. After a first phase of development of the law and practice by the Court of Justice and the Commission, it appeared desirable that some kind of decentralization should take place. The Treaty provisions and Regulation 17/62 certainly allowed for this. The adoption of block-exemption regulations without non-opposition procedure is an

⁴ Council Regulation (EEC) 17/62: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty [1962] *JO* 13/204, [1959-1962] *OJ* spec. ed. 87, Arts 1 and 4.

⁵ Reg. 17/62, Art. 9(3).

⁶ Reg. 17/62, Art. 4(1).

⁷ C.A. JONES, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford, 1999, 85.

instance of such decentralization⁸. The EU Courts played their part in this process of decentralization. The principle that the Commission has discretion as to whether to investigate an alleged breach of EU competition law based on the EU interest, upheld by the Union Courts⁹, turned out to be a key factor in case allocation between the Commission and national competition authorities. The key role of private enforcement in EU competition law was recognized in the three core pre-modernization

⁸ The opposition procedure provided that agreements which were neither expressly exempted by a Regulation nor expressly prohibited could be notified to the Commission. If the Commission did not oppose the agreement within a certain period, generally six months, the agreement was exempted. See, eg, Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements [1988] *OJ* L359/46; Commission Regulation (EEC) no 417/85 of 19 December 1984 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements [1985] *OJ* L53/1; and Commission Regulation (EEC) No 418/85 of 19 December 1984 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of research and development agreements [1985] *OJ* L53/5. Block-exemption regulations without non-opposition procedure do not provide for the notification of agreements and are directly applicable by national courts and do not require prior notification of the agreement. They are, therefore, a form of decentralization in competition enforcement. A major step in this direction was Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices [1999] *OJ* L336/25, now replaced by Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [2010] *OJ* L102/1.

⁹ Case 125/78 *GEMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte v Commission* [1979] *ECR* 3173; Case T-24/90 *Automec Srl v Commission (Automec No 2)* [1992] *ECR* II-2223; Case T-7/92 *Asia Motor France SA v Commission* [1993] *ECR* II-669; Case T154/98 *Asia Motor France SA v Commission* [2000] *ECR* II-3453; Case T-5/93 *Roger Tremblay v Commission* [1995] *ECR* II-185, upheld on appeal in Case C-91/95 P *Roger Tremblay v Commission* [1996] *ECR* I-5547; Joined Cases T-185/96 and 190/96 *Riviera Auto Service Établissements Dalmasso SA v Commission* [1999] *ECR* II-93; Case T-37/92 *Bureau Européen des Unions des Consommateurs and National Consumer Council v Commission* [1994] *ECR* II-285; Case T-198/98 *Micro Business Leader v Commission* [1999] *ECR* II-3989; Cases C-359/95 P and C-379/95 P *Commission and French Republic v Ladbroke Racing Ltd* [1997] *ECR* I-6265; Case C-119/97 P *Union française de l'express (Ufex), formerly Syndicat français de l'express international (SFEI) v Commission* [1999] *ECR* I-1341; Case T-77/95 *Union française de l'express (Ufex) v Commission* [2000] *ECR* II-2167.

judgments in the cases of *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*¹⁰, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*¹¹, and *Courage Ltd v Bernard Crehan*¹². These cases paved the way to the new role of private law remedies in the enforcement of EU competition law¹³.

The Commission took one step further with the adoption of two Notices on cooperation in 1993 and 1996. The 1993 Notice applied to cooperation between the Commission and national courts¹⁴. The 1996 Notice applied to cooperation between the Commission and national competition authorities¹⁵. The basic policy underlying both notices was the same: competition law enforcement should not be the monopoly of the Commission, and national courts and competition authorities should play their part when it is more efficient for them to deal with competition law issues, rather than the Commission. The role of national competition authorities was clearly alternative to the enforcement by the Commission. Private actions could sometimes be a substitute for public enforcement. They could also complement administrative action by the Commission or national competition authorities.

(2) Modernization of EU Competition Law

Towards the end of 1999, the Commission published a White Paper on *Modernisation of the Rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty*¹⁶. The White Paper led to a proposal for a new Council Regulation on the implementation of the rules on competition laid down in

¹⁰ Case C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* [1999] ECR I-3055.

¹¹ Case C-344/98 *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd* [2000] ECR I-11369.

¹² Case C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan* [2001] ECR I-6297.

¹³ A.P. KOMNINOS, *New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: Courage v Crehan and the Community Right to Damages* [2002] CML Rev 447, 447-449.

¹⁴ Commission Notice on cooperation between national courts and the Commission in applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty [1993] OJ C39/6.

¹⁵ Commission Notice on cooperation between national competition authorities and the Commission in handling cases falling within the scope of Articles 85 or 86 of the EC Treaty [1997] OJ C313/3.

¹⁶ [1999] OJ C132/1.

Articles 101 and 102 of the TFEU¹⁷. With some significant changes the proposal was adopted by the Council in December 2002. Regulation 1/2003¹⁸ replaced Regulation 17/62 as at 1 May 2004.

Regulation 1/2003 aims at meeting the challenges of an integrated market and the enlargement of the European Union¹⁹, which on 1 May 2004 saw ten new Member States joining the Union. The main features of the system envisaged by the new Regulation are the principle of full direct effect of Articles 101 and 102 TFEU, the principle of decentralization, and the principle of cooperation and uniform application of EC competition law.

Article 1 of Regulation 1/2003 declares that Article 101(1), Article 101(3) and Article 102 TFEU have direct effect ‘no prior decision being required’. It repeals the Commission’s exclusive jurisdiction over the application of Article 101(3) TFEU²⁰. Provisions which specifically

¹⁷ COM (2000) 582, published in [2000] *OJ* C365/E.

¹⁸ Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] *OJ* L1/1 (Regulation 1/2003). For an analysis of the abolition of the notification procedure and the decentralized enforcement of EC competition law in the new system, see A. RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely-Thank You! Part One: Regulation 1 and the Notification Burden* [2003] *ECLR* 604; A. RILEY, *EC Antitrust Modernisation: The Commission Does Very Nicely-Thank You! Part Two: Between the Idea and the Reality: Decentralisation under Regulation 1* [2003] *ECLR* 657. On EC competition law, see V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8th ed., Oxford, 2004.

¹⁹ Council Reg. 1/2003, First Recital.

²⁰ The debate on whether courts are an appropriate forum for carrying out assessments under Art. 101(3) TFEU is an old one. Already in the 1980s see S. KON, *Article 85, Para 3: A Case for Application by National Courts* [1982] *CML Rev* 54, and the reply by E. STEINDORFF, *Article 85, Para 3. No Case for Application by National Courts* [1983] *CML Rev* 20. The Commission’s proposals to abolish the system based on notification and prior authorization have been met with diverging reactions. See, for instance, M. SIRAGUSA, *A Critical Review of the White Paper on the Reform of the EC Competition Law Enforcement Rules*, in B.E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, New York, 2000, 273-306, expressing concerns about legal certainty; and J. TEMPLE LANG, *Decentralised Application of Community Competition Law* [1999] *World Competition* 3 18-19, emphasizing that in practice the new regime will afford undertakings no less legal certainty than the previous one. In favour of the reforms but aware of the amount of

concern the principle of direct effect of EU competition law are Articles 1, 5, 6, and 29(2) of the Regulation.

The principle of decentralization is given effect by repealing the notification system²¹ and by empowering national competition authorities²² and national courts²³ to apply Articles 101 and 102 TFEU directly and in full. Provisions that are expressions of the decentralization principle are Articles 4, 5, 6, 25(3), and 29(2).

Direct effect of EU competition law and decentralized enforcement threaten the uniform and effective application of competition law. The new Regulation also involves some degree of uncertainty for undertakings and a risk of double jeopardy and multiple proceedings. The principle of cooperation tries to cure these possible shortcomings of the new system. Provisions that give effect to the principle of cooperation and effective and uniform application of EU competition law are Articles 2, 3, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18(5)-(6), 19(2), 20(3)-(8), 21(2)-(3), 22, 26(3)(b), 27(3), and 28 of the Regulation. The principle of cooperation lies at the heart of the new Commission Notice on the cooperation with the national courts of EU Member States²⁴ and the Commission Notice on the cooperation within the network of competition authorities²⁵.

In 2008, the Commission adopted a new procedure for the settlement of cartel cases whereby a party to a cartel investigation may obtain a 10% reduction in the fine that would otherwise be imposed after

work that needs to be done on issues such as jurisdiction, recognition of judgments, and consistency R. WHISH, B. SURFIN, *Community Competition Law: Notification and Individual Exemption-Goodbye to All That*, in D. HAYTON (ed.), *Law's Future(s): British Legal Developments in the 21st Century*, Oxford, 2000, 135-159.

²¹ No provision in the Regulation empowers the Commission to adopt exemption decisions under Art. 101(3) TFEU. The powers of the Commission are laid down in Council Reg. 1/2003, Arts 7-10.

²² Council Reg. 1/2003, Art. 5.

²³ Council Reg. 1/2003, Art. 6.

²⁴ Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC (Commission Notice on cooperation with the courts of the EU Member States) [2004] OJ C101/54.

²⁵ Commission Notice on the cooperation within the Network of Competition Authorities (ECN Notice) [2004] OJ C101/43.

any reduction for leniency and the 10% cap have been applied. The reduction is given if the undertaking concerned acknowledges its participation in the alleged cartel and waives certain rights of defence such as the right to a full statement of objections, access to file, and a fully reasoned decision²⁶.

In 2011, the Commission published certain further measures on its own investigations, including a Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU²⁷ and revised Terms of Reference of the Hearing Officer²⁸. In 2015, these were followed by the publication of a DG Comp paper on Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation²⁹.

(3) The Development of Private Enforcement under EU Law

The modernization of EU competition law brought about a greater importance of private enforcement³⁰. The role of national courts was

²⁶ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty [2004] *OJ* L123/18, Arts 2(1), 6(1), 10a, 12(2), and 14(1)a, as amended or introduced by Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases [2008] *OJ* L171/3 (also making some other, minor amendments to Regulation 773/2004); Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases [2008] *OJ* C167/01.

²⁷ Best Practices in proceedings concerning articles 101 and 102 TFEU [2011] *OJ* C308/6.

²⁸ Decision of the President of the European Commission of 13 October 2011 on the function and terms of reference of the hearing officer in certain competition proceedings (2011/695) (Terms of Reference of the Hearing Officer) [2011] *OJ* L275/29.

²⁹ D.G. COMP, *Best Practices on the disclosure of information in data rooms in proceedings under Articles 101 and 102 TFEU and under the EU Merger Regulation* (2 June 2015) (Data Room Best Practices).

³⁰ The evolution of the legal thinking on the right to damages for breach of EU competition law until modernization is reflected in J. TEMPLE LANG, *Community Anti-trust Law-Compliance and Enforcement* [1981] *CML Rev* 335; F. JACOBS, *Damages for Breach of Article 86 EEC* [1983] *ELR* 353; J. TEMPLE LANG, *EEC Competition Actions*

explicitly and strongly recognized. A number of provisions in Regulation 1/2003 address the jurisdiction and the powers of national courts and the cooperation between national courts, national competition authorities, and the Commission. Principles developed by the Court of Justice in its case law on stays of court proceedings³¹ and the binding effect on national courts³² of decisions by the Commission were codified. Article 16(1) of Regulation 1/2003 provides that national courts ruling on agreements and conducts subject to an administrative decision by the Commission ‘cannot take decisions running counter to’ such a decision³³. If proceedings by the Commission are under way,

in Member States-Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of Community Antitrust Law, in B.E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: Antitrust and Trade Policies of the European Economic Community*, New York, 1984, 219; F. JACOBS, *Civil Enforcement of EEC Antitrust Law* [1984] *Michigan L Rev* 1364; J. SHAW, *Actions for Damages in the English Courts for Breach of EEC Competition Law* [1985] *ICLQ* 178; J. STEINER, *How to Make the Action Suit the Case: Domestic Remedies for Breach of EEC Law* [1987] *ELR* 102; J. MAITLAND-WALKER, *A Step Closer to a Definitive Ruling on a Right in Damages for Breach of EC Competition Rules* [1992] *ECLR* 3; J.H.J. BOURGEOIS, *EC Competition Law and Member State Courts*, in B.E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: Antitrust in a Global Economy*, New York, 1994, 20; R. WHISH, *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States* [1994] *ECLR* 60-67; D. GOOD, *Eurotort with Europrocedure?*, in M. HUTCHINGS, M. ANDENAS (eds.), *Competition L Ybk 2002*, London, 2003, 345-354; D. VAUGHAN, *Damages in EC Competition Law*, *Ibid.*, 355-364; D. WAELEBROECK, *Private Enforcement of Competition Rules and its Limits*, *Ibid.*, 369-382; W.P.J. WILS, *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?* [2003] *World Competition* 473-488; C.A. JONES, *Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check* [2004] *World Competition* 13-24. On civil litigation under UK competition law, the early developments have been considered by A. ROBERTSON, *Litigating under the Competition Act 1998: The early case-law* [2002] *Competition LJ* 335-344. For a comprehensive account of the challenges of cross-border commercial litigation, highly relevant to competition law cases, see M. ANDENAS, N. ANDREWS, R. NAZZINI (eds.), *The Future of Transnational Civil Litigation: English Responses to the ALI/ UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, London, 2004.

³¹ Case 127/73 *Belgische Radio en Televisie v SV SABAM (BRT v SABAM)* [1974] *ECR* 51; Case C-234/89 *Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG* [1991] *ECR* I-935.

³² Case C-344/98 *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd* [2000] *ECR* I-11369.

³³ Council Reg. 1/2003, Art. 16(1).

national courts must avoid giving decisions which would conflict with a decision ‘contemplated by the Commission in proceedings it has initiated’³⁴. National courts may assess whether it is necessary to stay proceedings³⁵. Article 15 of Regulation 1/2003 contains key provisions on cooperation between the Commission, national competition authorities, and national courts. The cooperation has three dimensions: transmission³⁶ of evidence by the Commission to the national courts³⁷; transmission³⁸ of information by the national courts to the Commission³⁹; and the right of the Commission and national competition authorities to submit written observations to national courts and, with the permission of the court, oral arguments, on issues relating to the application of Articles 101 and 102 TFEU⁴⁰. Regulation 1/2003 also lays down principles and rules of a substantive nature, such as provisions on the application of EU and national competition law in court proceedings⁴¹ and provisions on the burden of proof⁴².

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Council Reg. 1/2003, Art. 15(1) uses the term ‘transmit’ with respect to disclosure of information by the Commission to the national courts. The terminology has been adopted in the text. However, this kind of ‘transmission’ of evidence and information is a form of disclosure and the term ‘disclosure’ will generally be used in this book instead of ‘transmission’.

³⁷ Council Reg. 1/2003, Art. 15(1).

³⁸ ‘Transmission’ is the term used in Council Reg. 1/2003, Art. 15(3).

³⁹ Council Reg. 1/2003, Art. 15(2) provides for the duty of the Member States to transmit copies of any judgment of national courts deciding on the application of Arts 101 and 102 TFEU. Although the duty is on Member States and not on courts directly, it clearly gives effect to the principle of cooperation between national courts and the Commission and the principle of effective and uniform application of EC competition law by national courts.

⁴⁰ Competition authorities, including the Commission, have made little use of the possibility, generally recognized by several legal systems, of filing *amicus curiae* briefs or otherwise intervening in civil proceedings. For an instance where the Commission appeared before the English courts, see *Hasselblad (GB) Ltd v Orbinson* [1985] *QB* 475, CA.

⁴¹ Council Reg. 1/2003, Art. 3.

⁴² Council Reg. 1/2003, Art. 2. It is not clear whether Art. 2 may be construed as including a provision on the standard of proof. In the UK the standard of proof is the civil standard of the balance of probabilities, but with the additional requirement that

The provisions of Regulation 1/2003 and the principles laid down by the Court of Justice are complemented by the Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of EU Member States in the application of Articles 101 and 102 TFEU. The Notice addresses a number of areas. First, it deals with the duties of national courts in the application of EU competition law and the parallel application of EU and national competition law to the same agreement or conduct⁴³. Secondly, it explains the duties of national courts under the principle of procedural autonomy of the Member States⁴⁴. Thirdly, it looks at the implications of the parallel or consecutive application of the EU competition rules by the Commission and the national courts⁴⁵. Fourthly, it deals with the mechanisms of cooperation in individual cases falling within the jurisdiction of the courts, explaining the practical application of Article 15 of Regulation 1/2003⁴⁶. Finally, it addresses the powers and duties of the courts in facilitating the enforcement of competition law by the Commission⁴⁷.

The new Notice on cooperation with the courts of EU Member States is far more advanced than the 1993 Notice on cooperation between national courts and the Commission. Litigants and courts may be able to exploit the full panoply of procedural and evidential interactions to achieve the ultimate aim of doing justice in the individual case.

the evidence must be particularly strong and compelling given the seriousness of the allegations: *Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading (Napp No 4)* [2002] ECC 13, CAT, paras 96-113; *Aberdeen Journals Ltd v Office of Fair Trading* [2003] CAT 11, paras 123-125. This standard of proof is the same applied by the EU courts in appeals from decisions by the Commission in competition law matters: see the clear analysis of this difficult subject in *Napp (No 4)* para 112 and Joined Cases 29 and 30/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA v Commission of the European Communities* [1984] ECR 1679; Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85 *Ahlström Osakeyhtiö v Commission of the European Communities* [1993] ECR 1307 paras 55-127.

⁴³ Commission Notice on cooperation with the courts of the EU Member States, paras 3-8.

⁴⁴ *Ibid.*, paras 9-10.

⁴⁵ *Ibid.*, paras 11-14.

⁴⁶ *Ibid.*, paras 17-35.

⁴⁷ *Ibid.*, paras 36-41.

However, parties interested in postponing the final decision by the court may attempt to use the procedural and evidential interactions between administrative and civil proceedings in a dilatory manner⁴⁸. National procedural law should give the courts the powers to resist any such attempts.

Private law remedies add to the deterrent effect of public law enforcement and provide an incentive to the person with direct knowledge of the infringement to contribute to bringing the infringement to an end. The debate on modernization focused almost exclusively on the public interest dimension of private law remedies⁴⁹. On one view, this perspective has prevailed because of the regulatory nature of competition law and the historically prevalent role of the Commission as enforcement agency. However, the Court of Justice has strongly emphasized that the right to damages for breaches of EU competition law rests on an effective enforcement rationale and is not just a matter of private law in a transactional justice sense. In *Courage v Crehan*, the Court of Justice was called upon to decide whether the English law rule *ex turpi causa non oritur actio* was incompatible with EU law in so far as it prevented a party to an agreement prohibited by Article 101(1) TFEU from recovering damages from the other party⁵⁰. The Court said that the full effectiveness of Article 101 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 101(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.

⁴⁸ C.D. EHLERMANN, I. ATANASIU, *The Modernization of EC Antitrust Law: Consequences for the Future Role and Function of the EC Courts* [2002] *ECLR* 72, 78, point to the problems that litigants will face in establishing a breach of Article 101 TFEU. This kind of disincentive to private enforcement is due to the application of the substantive law provisions. The obstacles analysed in the text are of a procedural nature.

⁴⁹ J.S. VENIT, *Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty* [2003] *CML Rev* 545, 570-572, argues that Council Reg. 1/2003 'does not contain any provisions that are likely to encourage the development of third-party damage actions as an enforcement mechanism'. One could, however, disagree, in that a number of provisions in the Regulation, and particularly Arts 15 and 16(1), if properly construed and applied, do provide tactical assistance to parties to civil litigation in national courts.

⁵⁰ Case C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, para 26.

The Court added that the existence of such a right strengthens the working of the EU competition rules and discourages anti-competitive agreements or practices. Finally, the Court said that actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the European Union⁵¹. The enforcement rationale could not be more clearly articulated. In the subsequent case of *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*⁵², the Court repeated almost verbatim paragraphs 26 and 27 of the *Crehan* case⁵³. The Court was ruling on whether Article 101 TFEU must be interpreted as requiring national courts to award punitive damages, greater than the advantage obtained by the defendant, thereby deterring agreements or concerted practices prohibited under that Article⁵⁴. The question explicitly linked the award of punitive damages to deterrence. It was, therefore, important for the Court to make it clear that the fact that EU law does not require the award of punitive damages does not mean that the right to damages for loss caused by a breach of Article 101 or 102 TFEU is any less important in ensuring the effectiveness of EU competition law. Although strictly not required to do so, the Court went on to determine the content of the right in light of its function of ensuring the full effectiveness of EU competition law. The Court considered that the effectiveness of EU competition law and the right to seek compensation required that the claimant be entitled to ‘full compensation’, including actual loss, loss of profit and interest, but leaving the award of punitive damages to national law subject to the principle of equivalence⁵⁵. In determining the damages recoverable, the Court relied both on the principle of effectiveness and on the right to seek compensation⁵⁶.

⁵¹ *Ibid.*, paras 26 and 27.

⁵² Case C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-6619.

⁵³ *Ibid.*, paras 90 and 91.

⁵⁴ *Ibid.*, para 83.

⁵⁵ *Ibid.*, paras 95-100.

⁵⁶ *Ibid.*, para 95. It would appear that the principle of effectiveness denotes the full effectiveness of EU law and the right to seek compensation denotes effective judicial protection.

The consideration that private enforcement contributed to the effectiveness of antitrust enforcement as a whole and the perception that private enforcement was totally underdeveloped, led the Commission to undertake specific initiatives in this area. In 2005, the Commission published a Green Paper on actions for damages for breach of the (then) EC antitrust rules, which spurred a wide-ranging debate⁵⁷. A White Paper was published in April 2008⁵⁸. Only in 2014, six years after the publication of the White Paper, the European Parliament and the Council adopted Directive 2014/104/EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union⁵⁹. The Directive will have to be implemented by Member States by 27 December 2016⁶⁰.

C. Concurrent Enforcement of UK Competition Law

(1) Historical Development of UK Competition Law

UK competition law has evolved from a monolithic system of public law enforcement by way of discretionary administrative action to a plu-

⁵⁷ Commission Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 19 December 2005 COM(2005) 672 final (the ‘Green Paper on damages actions’) and the Commission Staff Working Paper (Annex to the Green Paper), Brussels, 19 December 2005, SEC(2005) 1732.

⁵⁸ Commission White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 2 April 2008 COM(2008) 165 final (the ‘White Paper on damages actions’), Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussels, 2 April 2008 SEC(2008) 404, and Commission Staff Working Document-Accompanying document to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules: Impact Assessment, Brussels, 2 April 2008 SEC(2008) 405.

⁵⁹ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union (Directive on damages actions) [2014] OJ L349/1.

⁶⁰ *Ibid.*, Art. 21(1).

realistic enforcement system in which the public and the private sector contribute to the effectiveness of competition law enforcement, with the courts playing a major role.

The history of UK competition law in modern times starts with the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948. The Act introduced an investigative system heavily reliant on the discretionary powers of the administrative authorities involved. The role of private enforcement was minimal. The Act as such did not confer any rights on the persons affected by monopoly situations.

The Fair Trading Act 1973 replaced the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948 but still fell short of introducing an enforcement system based on prohibitions enforceable by way of administrative action and civil proceedings in individual cases.

Following the adoption of the Fair Trading Act 1973, the effort to modernize UK competition law continued. Legislation on anti-competitive practices was passed between 1976 and 1980: the Restrictive Trade Practices Act 1976; the Resale Prices Act 1976; the Restrictive Trade Practices Act 1977; and the Competition Act 1980. This legislation was fragmented, the powers of the enforcement agencies inadequate, and private enforcement remained out of the picture. The Competition Act 1998 is the first far-reaching reform that brings the United Kingdom in line with the most advanced competition law systems⁶¹. The Act repealed most of the previous legislation on restrictive practices; transferred the functions of the Monopolies and Mergers Commission under the Fair Trading Act 1973 to the Competition Commission; introduced a prohibition system modelled on Articles 101 and 102 TFEU; and introduced some limited provisions to encourage private enforcement. Most importantly, the Act conferred new powers upon the Director General of Fair Trading to investigate effectively alleged anti-competitive agreements and concerted practices under the Chapter I

⁶¹ M. BLOOM, *A UK Perspective on the Europeanisation of National Competition Law*, in J. RIVAS, M. HORSPOOL (eds.), *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, The Hague, 2000, 69. For a thorough commentary on the Act in its original form see D. LIVINGSTONE, *The Competition Act 1998: A Practical Guide*, London, 2001, and M. COLEMAN, M. GRENFELL, *The Competition Act 1998: Law and Practice*, Oxford, 2002.

prohibition and abuses of dominant position under the Chapter II prohibition.

The Competition Act 1998 was the first, major step towards a truly modern, pluralistic and integrated system of competition law in the United Kingdom. Further reforms were announced only one year after the coming into force of the new Act in the DTI White Paper *A World Class Competition Regime*⁶². They were implemented in the Enterprise Act 2002. The Director General of Fair Trading, in whom the enforcement powers under the Competition Act 1998 were vested, was replaced by a body corporate with a board structure: the Office of Fair Trading ('OFT'). The merger regime and market references to the Competition Commission were completely reformed. The Act repealed most of the provisions of the Fair Trading Act 1973. The investigative principle and the reference powers that were the main features of the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948 and then of the Fair Trading Act 1973 still played, and play, an important role in UK competition law under the Enterprise Act 2002. They are, however, only one element of a completely new enforcement system. The Act introduced criminal sanctions for hard-core cartels⁶³. Private enforcement was encouraged by making findings of infringement binding on national courts in actions for monetary claims. Specific provisions on jurisdiction on follow-on damages and monetary relief aimed to facilitate persons seeking private law remedies for breaches of competition law⁶⁴. Certain consumer bodies were given standing to file super-complaints under section 10 of the Enterprise Act 2002. Finally, the OFT was given powers to apply to the court for director disqualification orders under the new section 9A(10) of the Company Directors Disqualification Act 1986.

⁶² Department of Trade and Industry, *A World Class Competition Regime* (Cm 5233, July 2001).

⁶³ Enterprise Act 2002, Pt 6.

⁶⁴ Competition Act 1998, ss 47A and 47B, conferred jurisdiction on the Competition Appeal Tribunal to hear any claim for damages or for a sum of money if the infringement of EC or UK competition law has been established in a decision by the OFT or the Commission.

Modernization of EU competition law prompted further reforms in the United Kingdom. Under section 2 of the European Communities Act 1972 and section 209 of the Enterprise Act 2002 the Government passed secondary legislation to give effect to the modernization of EU competition law and to amend the Competition Act 1998⁶⁵. The main changes at UK level may be summarized as follows: (a) the notification regime under the Competition Act 1998 was repealed. Section 9 of the Act is now directly applicable and there are no provisions allowing for a request to the OFT to make a decision that an individual agreement is exempt from the Chapter I prohibition by virtue of section 9; (b) the OFT and the sector regulators were given the power to apply Articles 101 and 102 TFEU and to do so by exercising the powers conferred by the Competition Act 1998; (c) the OFT was given the power to conduct investigations on behalf of competition authorities of other Member States under Article 22(2) of Regulation 1/2003⁶⁶; (d) the inspection of domestic premises by the OFT always required a warrant under the new section 28A of the Competition Act 1998; (e) the OFT was given the power to seal premises, any part of premises, or any documents when conducting an inspection with or without a warrant⁶⁷; (f) the OFT was given the power to accept commitments offered by undertakings under investigation and to make such commitments binding by decision under section 31A of the Competition Act 1998; (g) the provisions of the Competition Act 1998 (Land and Vertical Agreements Exclusion) Order 2000, SI 2000/310 that excluded vertical agreements from the Chapter I prohibition were revoked as from 1 May 2005.

In 2011, the Government initiated a new consultation on further reforms of the UK competition regime⁶⁸. The Government proposed

⁶⁵ Department of Trade and Industry, *UK Competition Law, Modernisation-a consultation on the Government's proposals for giving effect to Regulation 1/2003 EC and for re-alignment of the Competition Act 1998* (CCP 008/03, April 2003).

⁶⁶ Competition Act 1998, Pt 2A, ss 65C-65N.

⁶⁷ Competition Act 1998, ss 27(5)(f), 28(3B), 28A(5), 63(5)(d), 65F(f), 65G(3), 65H(3).

⁶⁸ Department for Business, Innovation and Skills, *A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform* (March 2011). The Government response to the consultation was published in Department for Business, Innovation and

merging the competition functions of the OFT and the Competition Commission by creating a single competition authority, the Competition and Markets Authority ('CMA'). The consultation was wide-ranging and touched upon all aspects of the UK system: market studies and market investigations, mergers, proceedings for the breach of Article 101 or 102 and the equivalent domestic prohibitions, the cartel offence, and the structure and governance of the proposed new competition authority. The reforms were implemented in the Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, Parts 3 and 4 and Schedules 4 to 15.

(2) Criminalization of Cartels

The UK Government's proposals to introduce a cartel offence in the United Kingdom were first presented in the Department of Trade and Industry's White Paper *Productivity and Enterprise: A World Class Competition Regime*⁶⁹. In the White Paper the Government maintained that cartels cause great harm to the economy. The White Paper cited an estimate by US competition authorities that cartels, on average, lead to a 10% increase in the price of the goods or services affected⁷⁰. It also referred to the OECD's attempts to measure the harm of cartels on the US market; that institution has reported that in the US alone, ten condemned international hard-core cartels had cost individuals hundreds of millions of dollars annually, affecting over \$10 billion in US commerce, with overcharges of \$1 billion and a further \$1 billion in economic waste⁷¹. The Government White Paper considered the question of how most effectively to deter companies from participating in highly profitable price-fixing, market-sharing, or bid-rigging agreements.

Skills, *Growth, Competition and the Competition Regime: Government Response to Consultation* (March 2012).

⁶⁹ Department of Trade and Industry, *A World Class Competition Regime* (Cm 5233, 2001).

⁷⁰ *Ibid.*, para 7.6.

⁷¹ Report of the OECD Competition Law & Policy Committee, as cited in Department of Trade and Industry, *A World Class Competition Regime* (Cm 5233, 2001) para 7.6.

The level of fines imposed on undertakings acting in breach of national and EU competition law did not appear to exercise a sufficient degree of deterrence. However, the Government did not consider it politically or economically acceptable to increase the level of fines levied on companies. It was thought that if the fines were to be effective, they would have to be set at such a level that half of the firms convicted of price fixing would go into liquidation. That would not be perceived as fair, since in many cases the cartel covers only one aspect of the firm's business. Very large fines would hurt innocent employees, shareholders, and creditors who had done nothing to harm consumers or break the law⁷². Therefore, the only option left to achieve optimal deterrence, given the constraints imposed by the need for the fines on undertakings to be politically acceptable and fair, was to make directors and executives of the firms criminally liable for their involvement in a cartel.

The 2001 consultation led to the enactment of Part 6 of the Enterprise Act 2002, which criminalized certain hard-core cartels provided that the defendant had acted dishonestly⁷³. The new offence entered into force on 20 June 2003⁷⁴. By 2011, only two prosecutions had been brought in the UK under the criminal offence introduced in the Enterprise Act 2002: one was based on a guilty plea, and the other ended with the acquittal of all the accused⁷⁵. The Government took the view

⁷² *Ibid.* That being said, the government has recently stated, in its response to the consultation *A Competition Regime for Growth* (BIS/12/512, 15 March 2012), that it 'does not accept that mid-level executives who are doing their bosses' bidding should be exempt from prosecution if it can be shown that they have entered into agreements as defined in the cartel offence. On the contrary, the possibility of criminal sanctions, including imprisonment, for such conduct ought to encourage such individuals to refuse to engage in such agreements and/or to blow the whistle'.

⁷³ Dishonesty had a well-established definition in English criminal law, following the two-tier test propounded in *R v Ghosh* [1982] *EWCA Crim* 2, [1982] *QB* 1053. This requires firstly that the conduct be dishonest by the ordinary standards of reasonable and honest people and, secondly, that the accused himself must have realised that he was acting dishonestly by those standards.

⁷⁴ Enterprise Act 2002 (Commencement No 3, Transitional and Transitory Provisions and Savings) Order 2003, 2003 No 1397 (C 60).

⁷⁵ The reported cases are *R v Whittle* [2008] *EWCA Crim* 2560, [2009] *UKCLR* 247 on sentencing (in the *Marine Hose* cartel); *R v George* [2010] *EWCA Crim* 1148, [2010] *1 WLR* 2676 on the mental element (in the unsuccessful prosecution of British

that this poor record severely weakened any deterrent effect the existence of the offence might have and launched a consultation on possible reforms, including the removal or replacing of the ‘dishonesty’ element of the offence⁷⁶. In the Government response to the consultation, it was noted that the meaning of ‘dishonesty’ in the context of an offence relating to business conduct was highly uncertain and seemed to make the offence harder to prosecute⁷⁷. The Government therefore decided to remove the element of dishonesty from the offence, while specifying that even without it, the criminal cartel offence would still require proof of intention to enter into an agreement and intention as to the operation of the arrangements in question⁷⁸. The main outcome of the consultation was a decision to re-draft the criminal offence of participating in a cartel to remove the requirement that the accused have acted ‘dishonestly’, while providing for agreements made openly to fall outside the

Airways’ executives); and *R v B (I)* [2009] *EWCA Crim* 2575, [2010] 2 *All ER* 72 on whether the cartel offence is a ‘national competition law’ for the purposes of Regulation 1/2003 (also in the unsuccessful prosecution of British Airways’ executives).

⁷⁶ *A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform* (BIS/11/657, 16 March 2011), the findings of which are reported in *Growth, Competition and the Competition Regime: Government Response to Consultation* (BIS/12/512, 15 March 2012).

⁷⁷ The uncertainty was highlighted by the decisions of the House of Lords in *Norris v United States* [2008] *UKHL* 16, [2008] *AC* 920; and *R v Goldshield Group Plc* [2008] *UKHL* 17, [2009] 1 *WLR* 458 (also known as *R v GG Plc*). These stand as authority for the proposition that price-fixing conduct, even when engaged in secretly and deceptively, is not, in and of itself, ‘dishonest’. In *Norris*, the House of Lords had ruled, in the context of extradition proceedings, that the mere fact that the defendant had engaged in anti-competitive conduct in secrecy and deceptively was not in itself a wrong which could give rise to a claim or prosecution; because the defendant’s conduct was at the time not criminal in the UK (this was before the coming into force of the cartel offence) he could not be extradited to the US for his cartel activities. *Norris* was followed in *Goldshield*, where it was held that price-fixing, even when carried out secretly and deceptively, was not in itself dishonest and so could not by itself provide a sufficient basis for conspiracy to defraud.

⁷⁸ *Growth, Competition and the Competition Regime: Government Response to Consultation* (BIS/12/512, March 2012), paras 7.4-11.

scope of the law and for certain specific defences. The new offence came into force on 25 April 2013⁷⁹.

There has been debate, in the United Kingdom, as to whether criminal sanctions can be characterized as national competition law or not. Under Article 3(1) of Regulation 1/2003, if a national competition authority applies national competition law in any case where the agreement or conduct may affect trade between Member States, it must also apply EU competition law⁸⁰. Furthermore, under Article 3(2), the application of national competition rules may not result in the prohibition of an agreement that would otherwise be permitted under Article 101 TFEU⁸¹.

The obligation to apply EU competition law alongside domestic law where the agreement has an effect on trade between Member States does not apply to national merger control laws, and ‘does not preclude the application of provisions of national law that predominantly pursue an objective different from that pursued by Articles 101 and 102 of the Treaty’⁸². Nor are Member States prevented from applying stricter national laws to unilateral conduct engaged in by undertakings⁸³. The recitals to the Regulation offer some additional guidance on what is meant by a ‘different objective’. Recital (8) states that ‘[the] Regulation does not apply to national laws which impose criminal sanctions on natural persons except to the extent that such sanctions are the means whereby competition rules applying to undertakings are enforced’. This leads us back to the question: when is a criminal sanction not a means of enforcing the competition rules applying to undertakings? The recitals further tell us that Articles 101 and 102 have as their objective the protection of competition on the market, and that Member States may apply different national rules when these protect other legitimate interests or pursue predominantly an objective different from that of protecting competition on the market⁸⁴.

⁷⁹ Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, s 47(2).

⁸⁰ Regulation 1/2003, Art. 3(1).

⁸¹ *Ibid.*, Art. 3(2).

⁸² *Ibid.*, Art. 3(3).

⁸³ *Ibid.*, Art. 3(2).

⁸⁴ *Ibid.*, Recital 9.

Although the matter has not been before the EU Courts, the English Court of Appeal has held that the obligation to apply EU competition law alongside domestic law where the agreement has an effect on Member State trade does not extend to the cartel offence. In *R v B (I)*, it was held that the cartel offence introduced by s 188 of the Enterprise Act 2002 was not a ‘national competition law’ for the purposes of Regulation 1/2003⁸⁵. This decision of the Court of Appeal arose from the prosecution of British Airways executives. The accused had argued that if the section 188 cartel offence were a national competition law, the implication would be that only a designated national competition authority could apply it, and that the Crown Court had no jurisdiction in this matter.

In addressing the point of whether section 188 formed a part of ‘national competition law’, Hughes LJ looked to the wording of Recital 8 but found its meaning to be ‘obscure’⁸⁶. Rather, he looked at Regulation 1/2003 as a whole and concluded that its objective was the direct enforcement of Articles 101 and 102 TFEU⁸⁷. The barometer of what was a ‘national competition law’ was not simply whether the law followed the same objective as Articles 101 and 102, which section 188 of the Enterprise Act 2002 plainly did. Rather, he took a narrow view of the objectives of the Regulation, which he described as being to achieve uniformity in the prohibition of agreements across Member States⁸⁸. Such uniformity could be at risk if divergent decisions were taken in administrative and civil proceedings, but not when individuals were prosecuted for an offence involving some of the elements of agreements prohibited under Article 101(1) TFEU⁸⁹. The conclusion was that the cartel offence was not national competition law for the purpose of Regulation 1/2003. This, however, did not mean that the cartel offence does not pursue the same objective as EU competition law. As Hughes LJ clearly said, it plainly does. Together with private enforcement, criminal enforcement is, thus, another, concurrent way of pursuing the

⁸⁵ *R v B (I)* [2009] *EWCA Crim* 2575, [2010] 2 *All ER* 72.

⁸⁶ *Ibid.*, para 30.

⁸⁷ *Ibid.*, para 34.

⁸⁸ *Ibid.*, para 34.

⁸⁹ *Ibid.*, para 34.

same ultimate objective of ensuring undistorted competition on the market so as to maximize social welfare in the long term. The characterization of the enforcement as ‘criminal’ does not depend on the objective pursued but on the way in which it is pursued.

(3) *The Development of Private Enforcement under UK Law*

There appears to be little doubt about the UK Government’s policy to encourage litigants seeking private law remedies in the courts for breaches of Articles 101 and 102 TFEU and the equivalent competition prohibitions in the Competition Act 1998 for public interest reasons. This policy was first stated in the consultation paper which laid the foundations for the Competition Bill; was reiterated by ministers before Parliament⁹⁰; was repeated by the DTI in the 2001 White Paper and in the consultation paper on modernization⁹¹; and was again emphasized in the Government consultation on private actions in competition law which led to the reforms in Schedule 8 to the Consumer Rights Act 2015⁹².

The Competition Act 1998 contained provisions aiming at facilitating court proceedings arising out of breaches of the Chapter I or the Chapter II prohibition of the Act, the equivalent of Articles 101 and 102 TFEU, respectively. Section 58 provided that a finding by the Director General of Fair Trading, which was relevant to proceedings in respect of alleged infringements of UK competition law, was binding on the parties if the time limit for bringing an appeal had expired or the finding had been confirmed on appeal⁹³. Section 58 is still in force with respect to findings by the CMA. Section 55(3)(b) of the Competition Act per-

⁹⁰ Lord Simon in the House of Lords: *Hansard*, HL, vol 582, col 1148 (30 October 1997); and Margaret Beckett in the House of Commons: *Hansard*, HC, vol 312, col 35 (11 May 1998).

⁹¹ Department of Trade and Industry, *UK Competition Law, Modernisation—a consultation on the Government’s proposals for giving effect to Regulation 1/2003 EC and for re-alignment of the Competition Act 1998* (CCP 008/03, April 2003) paras 9.8, 9.9, and 9.13.

⁹² Department for Business, Innovation and Skills, *Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform* (24 April 2012) paras 3.5-3.7 and 3.10.

⁹³ Competition Act 1998, s 58.

mitted disclosure of information ‘made with a view to the institution of, or otherwise for the purposes of, civil proceedings’⁹⁴. This provision has been repealed by the Enterprise Act 2002, which introduced a new regime of disclosure of information in Part 9.

The Enterprise Act 2002 went even further in pursuing the policy objective of encouraging private law actions. Section 47A of the Competition Act 1998, as inserted by the Enterprise Act 2002, gave the CAT jurisdiction to hear claims for damages or other monetary relief by any person who has suffered loss or damage as a result of the infringement of the prohibitions of the Competition Act 1998 and of Articles 101 and 102 TFEU established in a decision by the OFT⁹⁵. Section 47B of the Act extended the standing to bring proceedings before the CAT to ‘specified bodies’⁹⁶ on behalf of consumers. Section 58A of the Competition Act 1998, as inserted by section 20(1) of the Enterprise Act 2002, extended the binding effect of infringement decisions by the OFT. Infringement decisions were made binding on the courts in proceedings for recovery of damages or other monetary relief that arise out of a breach of UK or EU competition law⁹⁷. As a result, the issue of infringement may not be re-litigated and the court will be able to focus on causation and quantum only. Finally, section 16 of the Enterprise Act 2002 envisaged a system of transfer of proceedings between the Competition Appeal Tribunal and the High Court⁹⁸.

The allocation of jurisdiction between the CAT and the courts designed by the Enterprise Act 2002, whilst rather complex, did not appear entirely satisfactory. The CAT, as a specialist competition tribunal, had significant expertise and spare capacity but could deal only with follow-on claims. Whereas a significant proportion of competition claims may well be follow-on in any event, the way the legislation was

⁹⁴ Competition Act 1998, s 55 has been repealed by Enterprise Act 2002, ss 247(j) and 278(2) and Sch 26.

⁹⁵ Competition Act 1998, s 47A, as inserted by Enterprise Act 2002, s 18(1).

⁹⁶ ‘Specified bodies’ were to be appointed in an order made by the Secretary of State, in accordance with published criteria: Competition Act 1998, s 47B(9), as inserted by Enterprise Act 2002, s 19.

⁹⁷ Competition Act 1998, s 58A(2), as inserted by Enterprise Act 2002, s 20(1).

⁹⁸ Enterprise Act 2002, s 16.

drafted meant that the claimant had to wait for the decision of the OFT or the Commission to become final even to be able to issue a claim, unless the CAT gave permission to bring a claim after the decision was adopted but before it had become final, and the claim was limited to the infringement as established in the decision. Follow-on claims in the courts allowed much more flexibility. They could be issued before the decision had been adopted or become final and it was then up to the court to manage the proceedings in the most effective way. The infringement decision was binding on the courts in exactly the same way as it was on the CAT but the claim was not limited to the infringement as established in the decision. Furthermore, the opt-in representative action introduced by section 47B of the Competition Act 1998 proved to be ineffective and fundamentally incapable of giving redress to consumers who had been harmed by a competition law infringement.

In 2007, the OFT undertook a review of the private actions regime that had been envisaged in the 2001 White Paper and implemented in the Enterprise Act 2002. It published a Discussion Paper⁹⁹ and, following a consultation process, a set of recommendations to Government¹⁰⁰ with the aim of improving the effectiveness of the system. However, probably because of the combined effect of the delay in the EU legislative process on the Directive on damages actions, with which it was desirable to align the UK reforms, and the 2008 financial crisis, which changed dramatically the Government priorities for a number of years, the Government only consulted on proposals to reform the UK private actions regime in 2012¹⁰¹. In 2013 the Government published its response to the consultation¹⁰². This led to the reforms in Schedule 8 to the Consumer Rights Act 2015, which made major changes to the UK

⁹⁹ ‘Private actions in competition law: effective redress for consumers and business’ (OFT916, April 2007).

¹⁰⁰ ‘Private actions in competition law: effective redress for consumers and business - Recommendations from the Office of Fair Trading’ (OFT916resp, November 2007).

¹⁰¹ Department for Business, Innovation and Skills, *Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform* (24 April 2012).

¹⁰² Department for Business, Innovation and Skills, *Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform - Government Response* (BIS/13/501, 29 January 2013).

private enforcement system, including: (a) giving the CAT jurisdiction on all claims for damages, other monetary relief, or an injunction in respect of a competition infringement or an alleged competition infringement, whether established in a previous decision by the CMA or the Commission or not¹⁰³; (b) abolishing the representative action under section 47B of the Competition Act 1998 and introducing two types of collective proceedings on an opt-in or an opt-out basis, with specific safeguards¹⁰⁴; (c) introducing a procedure for collective settlements in the CAT¹⁰⁵; (d) introducing a fast-track procedure for simpler cases in the CAT; (e) introducing the power of the CMA to approve redress schemes proposed by undertakings to offer compensation in consequence of an infringement decision made by the CMA or the Commission against them¹⁰⁶. This last measure is particularly indicative of the trend of merging of public and private enforcement: a public authority, the CMA, takes on the task of facilitating private redress through an out-of-court mechanism. But, more generally, the reforms rest on the idea of a strong complementarity or even alternative between public enforcement and private enforcement. Conferring on the CAT the power to grant injunctions, for example, can be seen as a way of addressing the perceived difficulty of the CMA to grant interim measures. In the same vein, the introduction of the fast track procedure in the CAT was seen as an alternative to a complaint to the CMA for smaller and simpler cases that could be more effectively dealt with judicially.

¹⁰³ Consumer Rights Act 2015, Sch 8, para 4, substituting Competition Act 1998, s 47A.

¹⁰⁴ Consumer Rights Act 2015, Sch 8, paras 5-8, substituting Competition Act 1998, s 47B and inserting the new ss 47C-47E.

¹⁰⁵ Consumer Rights Act 2015, Sch 8, paras 10 and 11, inserting Competition Act 1998, ss 49A and 49B.

¹⁰⁶ Consumer Rights Act 2015, Sch 8, para 12, inserting Competition Act 1998, ss 49C-49E.

D. Conclusion

The history of the reforms of competition enforcement in the European Union and the United Kingdom shows a shift from a centralized, administrative law paradigm to a pluralistic, multi-jurisdictional enforcement system where the divide between public and private law tends to be blurred because of the unitary objective pursued. Public enforcement, in its two components of administrative and criminal enforcement, and private enforcement both contribute to the effectiveness of the antitrust rules in the public interest. The reforms of private enforcement in the European Union and, even more so, in the United Kingdom, originate in a belief that underdeveloped private enforcement undermines the effectiveness of the regime as a whole. This does not mean that the *procedures* and the *remedies* in administrative, criminal and private enforcement merge with each other. At this stage, there is still a reasonably clear distinction between the procedure for the enforcement of private rights and public enforcement. Time will tell if this procedural and remedial distinction will last. There are certainly areas in which even these boundaries are being tested. The 2015 UK reforms of private enforcement have introduced the possibility of a private redress mechanism certified by the CMA, which is an interesting example of the blurring of the line between public and private enforcement even from a purely procedural perspective. For the time being, the lesson that can be drawn from the historical development of antitrust enforcement is that the characterization of certain procedures and remedies as public (and, within this category, criminal or administrative) or private does not depend on the interest protected or the objective pursued but on the way which is chosen to pursue that interest. The definition of public and private becomes purely procedural rather than substantive. This also means that, when the interest pursued is the same, an integrated analysis of the overall enforcement regime is required. It becomes theoretically impossible and practically useless to focus on the public law or the private law aspects of the regime.

I RUOLI DI GENERE ALL'INTERNO DELLA FAMIGLIA COME QUESTIONE COSTITUZIONALE: IL SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

*Ruth Rubio-Marin*¹

SOMMARIO: Parte I. L'iniziale costituzionalizzazione del genere all'alba del costituzionalismo e la sua parziale disgregazione nel XX secolo. – Parte II. Verso il completo scardinamento dell'ordine fondato sul genere (dalla metà degli anni '90 al giorno d'oggi): la divisione del lavoro e della cura della famiglia come questione di eguaglianza costituzionale. – 1. De-sessualizzare l'idea di cura: verso un nuovo modello costituzionale di padre? – 2. Superare il mito della neutralità dello Stato: oltre la sfera privata della famiglia e l'eguaglianza formale all'interno di essa. – 3. Oltre i diritti e la sfera privata di autonomia della famiglia: il dovere di cura come un dovere dei cittadini e come partecipazione. – Conclusioni.

Il costituzionalismo portò la promessa di una nuova base di legittimazione per l'ordine politico basato sull'uguaglianza. Al tempo stesso, le Costituzioni, in quanto documenti di carattere storico, furono pensate dai rispettivi padri fondatori con lo scopo di rispecchiare e garantire ciò che questi uomini consideravano essere l'ordine sociale naturale e prepolitico. L'idea che esistessero due sfere giuridiche separate, quella pubblica, incentrata sulla società civile, sul mercato e sull'apparato statale – intesa come ambito nel quale la moderna promessa di egualitarismo avrebbe dovuto spiegare i suoi effetti – e quella privata, fondata su un modello di famiglia il cui perno era il marito, cui era demandato il compito di garantirne il sostegno economico – una sfera giuridica dove la natura e la biologia avrebbero continuato a formare il modello di riferimento – fu semplicemente accettata come elemento delle Costituzioni

¹ Questo articolo è una parziale riproduzione e traduzione del saggio *The (dis)establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter*, pubblicato in *I CON* 13-4, 2015.

materiali, o sovrastruttura, delle società del tempo, che affidavano alle donne il ruolo riproduttivo e di cura della famiglia.

È proprio l'esplicita sfida a questa tradizione deontica – legata alla separazione della sfera pubblica e di quella privata – che voleva gli uomini protagonisti della prima, e le donne relegate nella seconda – che sta dando origine al costituzionalismo di genere del nuovo millennio. Infatti, con l'inizio del XXI secolo, si sono affermate in tutto il mondo vivaci sfide di ordine costituzionale, che hanno messo in discussione la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, inserendosi in vari dibattiti quali, ad esempio, i matrimoni tra persone dello stesso sesso e le unioni civili, che contestano la natura eteronormativa dell'istituto matrimoniale; l'adozione di quote di genere nei Parlamenti e nei consigli aziendali con lo scopo di ricercare una imponente incorporazione delle donne nei ruoli chiave nella gestione della sfera pubblica; così come, più recentemente e in modo rivoluzionario, si assiste a cambiamenti che pongono in discussione la persistenza di una distinzione nei ruoli di genere e che enfatizzano la valorizzazione e la distribuzione delle responsabilità all'interno della famiglia. L'ultimo è il settore meno esplorato, nel quale i confini tra diritto pubblico e diritto privato sono più labili e sul quale si incentrerà il mio intervento.

La prima parte del mio intervento descrive la costituzionalizzazione del modello di famiglia maritale monoreddito, incentrata intorno al marito in veste di sostegno economico dei propri congiunti, e dell'ordine legato alla ripartizione dei compiti in base al genere, principio cardine sin dalle origini del costituzionalismo. In particolare, si farà riferimento a quelli che ritengo essere solamente i primi segni di rottura rispetto all'ordine precedente, risalenti all'ondata di costituzionalismo del secondo dopoguerra. La seconda parte del mio intervento, invece, si riferisce al costituzionalismo contemporaneo attraverso la discussione di recenti innovazioni nell'ambito della responsabilità di accudimento o cura e della distribuzione dei doveri familiari e del lavoro casalingo, specialmente nel diritto costituzionale Europeo. Tali innovazioni dipendono in larga misura dal superamento sia della concezione della famiglia come spazio autonomo, privato, e sottratto all'ingerenza pubblica, sia dall'emergere di un'immagine della paternità quale figura coinvolta nelle responsabilità domestiche.

Parte I. L'iniziale costituzionalizzazione del genere all'alba del costituzionalismo e la sua parziale disgregazione nel XX secolo

Il costituzionalismo del diciannovesimo secolo e quello della prima metà del ventesimo erano basati sulla fondamentale presunzione per cui le donne sarebbero state 'naturalmente' relegate alla, e quindi subordinate nella, sfera privata. L'ineguaglianza basata sul genere era un carattere centrale sia della tradizione di cittadinanza liberale che repubblicana e tale carattere è stato ereditato dal costituzionalismo.

Il matrimonio, inteso come un contratto, era la chiave per comprendere le profonde contraddizioni della modernità. Come ha brillantemente spiegato Carole Pateman nell'opera "The Sexual Contract"², era la finzione del matrimonio come contratto, quindi come istituto basato sul consenso delle parti, che permetteva al tempo stesso di affermare e di sopraffare lo *status* femminile caratteristico dell'epoca pre-moderna. La finzione si basava sulla cosiddetta libertà della donna di poter contrattare liberamente in un'istituzione, il matrimonio, che per il resto garantiva il patriarcato e affermava la subordinazione delle donne alla figura maschile. Il consolidamento, esattamente durante quest'epoca, del diritto di famiglia come disciplina giuridica autonoma riflette la storica trasformazione della famiglia in senso nucleare, tipico della modernità industriale, e sancisce, al tempo stesso, la gerarchia sessuale³.

Ciò era vero nel diritto di famiglia delle principali tradizioni, con l'unica rilevante eccezione rappresentata dai paesi nordici. Il Codice civile francese, il *Code Napoléon*, generalmente elogiato come la prima realizzazione dei principi liberali nel diritto privato, comportò la totale preservazione delle "caratteristiche del patriarcato medievale, il più a lungo possibile e nella sua forma pura"⁴. La regola basilare, secondo la quale "il marito ha il dovere di proteggere la moglie, la moglie di obbedire al marito" (art. 213 *Code civil*), comportò che, sebbene potesse

² C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, 1988.

³ Si veda J. HALLEY, K. RITTICH, *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, 58 *American Journal of Comparative Law*, 2010, 756.

⁴ R. LISTER *et al.*, *Gendering Citizenship in Western Europe*, Bristol, 2007, 32, dove si cita M. WEBER, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Tübingen, 1907.

formalmente possedere beni in proprietà, la moglie rimaneva tuttavia sottoposta alla custodia giuridica del marito. Considerata come un'eterna minorenne, doveva richiedere l'autorizzazione del marito per poter compiere una serie di atti, tra cui essere parte di un procedimento giurisdizionale, stipulare contratti, intraprendere una professione, compiere transazioni di carattere finanziario ed iscriversi ad un partito politico o ad un'organizzazione sindacale. Il *Code civil* ebbe notevole impatto in tutti i paesi soggetti al dominio francese in seguito alle conquiste napoleoniche e mantenne la sua influenza anche quando quei paesi raggiunsero l'indipendenza. Quanto detto valeva per l'Italia, la Spagna, il Lussemburgo, l'Olanda e alcuni territori degli stati tedeschi.

Nella *common law* inglese la cosiddetta dottrina del *coverture* rimase il modello dominante. Incarnato dall'aforisma di William Blackstone nei suoi *Commentaries* ("Per il diritto il marito e la moglie sono un'unica persona e il marito è quella persona")⁵, ciò comportò che una donna sposata non potesse possedere beni di sua proprietà o stipulare contratti senza il previo consenso del marito. Alla donna furono negate la libertà di accedere all'istruzione e al lavoro, così come la possibilità di esercitare i diritti di custodia sui propri figli.

Entrato in vigore nel 1900, con la legislazione in materia di famiglia e matrimonio in vigore rispettivamente fino al 1953 e al 1957, il Codice civile tedesco affermò nuovamente il diritto del marito di decidere in merito a "tutte le questioni che si presentavano durante la vita comune di una coppia" e ristabilì l'autorità paterna. Inoltre, al marito fu in linea di principio concesso il diritto esclusivo di gestire la proprietà e di intervenire nei contratti di lavoro della moglie.

Solamente i paesi scandinavi presentano significative eccezioni, che sono collegate alle caratteristiche della loro transizione da una società agraria ad una moderna e, in particolare, al modo con il quale questa transizione aveva saltato l'epoca borghese⁶. Dopo la metà del diciannovesimo secolo, le limitazioni legate all'appartenenza ad un genere ven-

⁵ R. LISTER *et al.*, *op. cit.*, 32, dove si cita U. VOGEL, *Fiction of Community: Property Relations in Marriage in European and American Legal Systems of the Nineteenth Century*, in W. STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age*, Oxford, 2000, 91-122.

⁶ R. LISTER *et al.*, *op. cit.*, 34.

nero formalmente abolite, dal momento che la capacità delle donne sposate era connessa ad un abbastanza precoce riconoscimento dei diritti di proprietà (1874 in Svezia, 1899 in Danimarca e 1888 in Norvegia). La riforma legislativa inerente il matrimonio, inoltre, ebbe luogo molte decadi prima rispetto ad altri paesi europei (Svezia 1920, Danimarca 1925, Norvegia 1927 e Finlandia 1929)⁷, sancendo eguali diritti di proprietà, la liberalizzazione del divorzio, la completa abolizione dell'autorità maschile e l'uguale custodia sui figli⁸.

È pertanto semplice comprendere che, malgrado la promessa egualitaria del costituzionalismo, il cammino verso il riconoscimento di una piena cittadinanza femminile rimase vincolato a questo peculiare sistema incentrato sul diritto di famiglia nel quale, sia implicitamente assunta o esplicitamente articolata, l'idea della famiglia tradizionale (avvalorata anche dalla legislazione in materia di matrimonio e famiglia) condizionava la concezione dello *status* giuridico e della cittadinanza delle donne.

La conquista da parte di queste ultime dei diritti riconosciuti agli uomini – come, ad esempio, l'accesso ai diritti politici, che si verificò solamente dopo l'inizio del XX secolo e, in molti paesi, non prima della fine della seconda guerra mondiale – trasformò le donne in cittadini politici, ma non mutò in alcun modo l'aspettativa, nei loro confronti, di dedizione verso la famiglia. La loro graduale, sebbene ancora imperfetta, inclusione nell'ambito lavorativo, dominato dalla figura maschile – favorita da una legislazione informata al principio di uguaglianza, sempre più rilevante e molto spesso consacrato nelle Costituzioni – fu inoltre fondamentale nel riconoscerne la piena cittadinanza, mettendo in discussione la spesso tacita presupposizione che il luogo ed il naturale compito femminile nella società fosse quello di madre, di crescere i figli ed accudirli, nonché di prendersi cura degli altri membri del nucleo familiare. In ogni caso, le principali riforme del diritto di famiglia volte a garantire l'uguaglianza civile delle donne (non tanto sul luogo di la-

⁷ Per un'analisi in prospettiva storica del *welfare state* dei paesi nordici e le sue connessioni con il modello di famiglia, si veda inoltre K. MELBY, A. PYLKKANEN, B. ROSENBECK, C. CARLSON-WETTERBERG (eds.), *The Nordic Model of Marriage and the Welfare State*, Copenhagen, 2000, 27.

⁸ R. LISTER *et al.*, *op. cit.*, 35.

voro o nella società civile – cioè come tradizionalmente intesa da e per gli uomini – quanto all'interno della famiglia e del matrimonio) divennero realtà solamente negli anni '70, come conseguenza diretta della messa in discussione, da parte della seconda ondata del movimento femminista, del contratto sessuale e della concezione tradizionale di famiglia.

È interessante notare che, nonostante l'importanza centrale della famiglia come nucleo fondante della società, le prime Costituzioni (compresa la Costituzione americana, ma anche le prime Costituzioni francesi successive al periodo rivoluzionario) sono per lo più silenti al riguardo. Ciò non deve sorprendere, data l'enfasi del periodo rivoluzionario nel porre in primo piano l'individuo (distaccandosi dal privilegio accordato ai gruppi intermedi durante l'*Ancien Régime*). Fu nel costituzionalismo europeo, con il progressivo sviluppo dello stato sociale – approssimativamente dagli anni '80 del XIX secolo all'inizio della prima guerra mondiale –, che si ruppe per la prima volta tale silenzio. Infatti, le Costituzioni emanate nel periodo compreso fra le due guerre mondiali presentano espliciti riferimenti alla famiglia, intesa come organismo cui è affidata la funzione sociale di primario luogo di cura, e alla maternità in quanto condizione apparentemente vulnerabile⁹.

Inoltre, si deve tener presente che, sebbene durante il diciannovesimo secolo la maggior parte degli europei e dei nord americani giunsero ad accogliere il modello di famiglia maritale monoreddito, tale modello raggiunse il picco di popolarità solamente nel secondo dopoguerra, in quanto la sua attuazione comportava la possibilità di sopravvivere con i guadagni di un singolo lavoratore, che rappresentava l'unica fonte di sostentamento economico della famiglia. Ne deriva una rilevante sovrapposizione temporale tra il pieno vigore di tale modello di famiglia (negli anni '50 e '60, coincidente con un forte movimento volto a favo-

⁹ Ad esempio, l'articolo 119 della Costituzione di Weimar (in un Capo relativo alla vita all'interno di una comunità – la vita collettiva), prevede: “Il matrimonio, quale fondamento della vita della famiglia e del potenziamento della nazione, è posto sotto la speciale protezione della Costituzione. Si fonda sull'uguaglianza di entrambi i generi. È compito sia dello Stato che delle Comunità rafforzare e promuovere socialmente la famiglia. Le famiglie numerose hanno diritto ad un'adeguata assistenza. La maternità ha diritto alla protezione e all'assistenza dello Stato.”

rire la natalità) e l'avvento del costituzionalismo europeo subito successivo alla seconda guerra mondiale. È per questo che tale costituzionalismo, a parer mio, costituisce una combinazione tra continuità e cambiamento graduale, anziché una decisa rottura con il sottostante ordine politico ed economico, stabilito durante l'era moderna, fondato sul genere.

In particolare, nonostante l'affermazione dell'uguaglianza dei sessi, alcune esplicite distinzioni fondate sul sesso rimasero (e rimangono ancora oggi!); ad esempio, nelle Costituzioni tedesca e svedese, in merito ai compiti militari; ed ancora, le leggi discriminatorie in base al sesso per quanto concerne la successione al trono in alcune monarchie parlamentari (Costituzione spagnola). Questi casi mostrano un inserimento non ancora pieno delle donne nella cittadinanza e nella sfera pubblica. Ancor più significativamente, l'idea di uguaglianza tra i sessi rimase limitata dalla predominante ideologia familiare, così come mostrano vuoi le Costituzioni vuoi la giurisprudenza costituzionale dell'immediato secondo dopoguerra.

Per citare alcuni esempi, sia la Costituzione italiana che quella tedesca successive alla seconda guerra mondiale affermano l'uguaglianza dei sessi. La Costituzione tedesca, poi, pone in capo allo Stato il compito di proteggere il matrimonio e la famiglia, ma anche, specificamente, il ruolo di madre (§§ 6.1 e 6.4). Più esplicita è la Costituzione italiana che, in aggiunta, fa riferimento al concetto di retribuzione familiare (art. 36, comma 1) ed ai compiti fondamentali delle donne all'interno della famiglia, che devono essere rispettati attraverso adeguate condizioni di lavoro (art. 37). Questa ideologia della famiglia fu inoltre rafforzata dalle pronunce delle Corti costituzionali dell'epoca. Così, in Italia, nella prima giurisprudenza degli anni '60, la Corte costituzionale affermò "l'autorità coniugale" del marito così come il suo obbligo di provvedere alla moglie¹⁰. Leggermente più discreta fu la Corte costitu-

¹⁰ Si veda la sentenza n. 144/1967, 12 Dicembre 1967, superata dalla sentenza n. 133/1970, 24 Giugno 1970, che ha convalidato una disposizione del Codice civile, in virtù della quale, in caso di separazione consensuale, il marito aveva l'obbligo di provvedere a tutti i bisogni della moglie senza riguardo per la situazione finanziaria di quest'ultima (la moglie, invece, essendo obbligato a fare ciò solamente in caso di insufficienti mezzi di sopravvivenza).

zionale federale tedesca, che, sebbene avesse esplicitamente rifiutato la subordinazione coniugale della donna, interpretò che l'uguaglianza di genere e le clausole antidiscriminatorie legate al sesso presenti nella Costituzione (§§ 3.2 e 3.3 GG) consentivano un trattamento differente se fondato su "obbiettive ragioni di carattere biologico e funzionale", a condizione che fosse attribuito eguale valore ai compiti svolti dagli uomini e dalle donne all'interno della famiglia, una teoria che, per lungo tempo, ha significato la convalida costituzionale del modello di famiglia tradizionale¹¹.

In termini di scardinamento dell'ordine fondato sul genere, il primo vero momento di svolta deve essere collocato intorno agli anni '70, ed è direttamente connesso alla radicale critica della restrizione delle donne nella sfera privata mossa dalla seconda ondata del movimento femminista. Fu allora che le Corti affermarono l'uguaglianza formale, estrapolando dal testo costituzionale la necessità di superare il diverso *status* della moglie rispetto al marito (che, infatti, la rendeva una sorta di minore dal punto di vista giuridico), ampliando il ruolo delle donne al di fuori della famiglia ed assicurandone l'uguaglianza della capacità di agire liberamente ed alla pari con gli uomini nel concludere operazioni di natura economico. La Corte costituzionale italiana, ad esempio, presto disattese l'orientamento precedente, che confermava il ruolo subordinato della donna all'interno della famiglia¹², e anche la Corte costituzionale federale tedesca iniziò a rifiutare trattamenti differenziati che scaturivano dalla convinzione della maggiore attitudine delle donne ai lavori domestici¹³. Le principali riforme del Codice civile che miravano ad ottenere l'uguaglianza di genere furono emanate negli anni '70 in entrambi i paesi.

¹¹ Si veda BVerfGE 17, 1 (24 Luglio 2013), che confermava la disposizione che riconosceva la pensione agli uomini vedovi solamente se le mogli decedute erano state le principali fonti di sostentamento economico familiare, mentre, al contrario, era accordata la pensione alle donne vedove a prescindere da simili considerazioni.

¹² Corte cost., 126/1968 e Corte cost., 133/1970.

¹³ Ad esempio, nel 1979, colpì (eliminò) una norma che era stata disposta per facilitare il "doppio turno" delle donne, come ad esempio quella che garantiva alle donne che lavoravano fuori casa una vacanza retribuita al mese per dedicarsi alle faccende domestiche, ma negava lo stesso privilegio agli uomini (BVerfGE 52, 369, 13 Novembre 1979).

L'uguaglianza formale e la rigida neutralità tra i generi, comunque, non diventarono l'obiettivo principale del costituzionalismo europeo. La tradizionale attenzione dello stato sociale, proiettata sulla tutela della maternità e della famiglia, influenzò la successiva evoluzione della relativa disciplina. Inoltre, prendendo spunto dall'evoluzione della legislazione antidiscriminatoria di ciò che è oggi l'Unione europea, a partire dagli anni '80, l'obiettivo primario divenne il superamento degli svantaggi e, al contempo, la garanzia di pari opportunità di lavoro e non solamente una pura uguaglianza formale. In altre parole, la sintesi costituzionale dell'Europa, mescolando elementi propri delle tradizioni dello stato sociale e dello stato liberale, ha determinato le caratteristiche del modello costituzionale di discriminazione in base al sesso, fondato sulle nozioni di uguaglianza sostanziale, rimanendo tuttavia fedele alla necessità di proteggere la famiglia in generale – e la maternità in particolare – come ambito di competenza del diritto costituzionale¹⁴. Inoltre, l'accettazione della nozione di discriminazione indiretta, sotto la chiara influenza del diritto antidiscriminatorio dell'UE, ha consentito alle Corti costituzionali europee di verificare se disposizioni o atti formalmente neutrali potessero avere un diverso effetto negativo sulle donne, considerando i vari modi in cui esse sono presenti sul mercato del lavoro, per esempio, occupando la maggior parte degli impieghi *part time* così da conciliare vita familiare e vita professionale. In altri termini, si è preferito attenersi alle solide realtà sociali organizzate in base all'appartenenza di genere, ivi compreso il fatto che le donne continuano ad essere maggiormente impegnate nei compiti di riproduzione e cura. Se poi un tale atteggiamento potesse rafforzare suddette dinamiche – creando, da una parte, una corsia separata per le madri nel settore economico e lavorativo, e dall'altra non riuscendo ad includere gli uomini nell'ambito della cura nella famiglia – è stato ritenuto di secondaria importanza, in quanto la ripartizione dei ruoli di lavoro e di cura tra i coniugi è stata ri-

¹⁴ Le Corti costituzionali non hanno mai esitato ad intervenire quando ritenevano che il livello legislativo di protezione fosse insufficiente, come quando, nel 1991, dopo l'unificazione delle Germanie, la Corte costituzionale federale tedesca invalidò un riassetto del servizio civile ritenendolo insufficientemente protettivo nei confronti delle donne incinta. Si veda, fra le tante, BVerfGE 84, 133 (24 Aprile 1991) at 155ff.

tenuta riconducibile alla sfera privata ed autonoma della famiglia, come valore costituzionalmente protetto.

Parte II. Verso il completo scardinamento dell'ordine fondato sul genere (dalla metà degli anni '90 al giorno d'oggi): la divisione del lavoro e della cura della famiglia come questione di eguaglianza costituzionale

Nel nuovo millennio, si stanno moltiplicando numerosi programmi legislativi e politici finalizzati ad una effettiva destrutturazione dei ruoli di genere in entrambe le sfere, pubblica e privata. Si sta affermando una nuova generale concezione di uguaglianza costituzionale tra i sessi, mostrando una convergenza crescente, che si sviluppa, lontana dai tradizionalismi, anche all'interno della famiglia. In parte, il costituzionalismo sta agevolando, o quantomeno non ostacola, tale programma di mutamento. Eppure, in diversi contesti, il costituzionalismo sta agendo anche quale forza reazionaria, soprattutto nelle democrazie costituzionali più vecchie dove, come abbiamo visto, il diritto costituzionale e la dottrina nascono per riflettere piuttosto che per sovvertire la consueta separazione tra pubblico e privato ed il conseguente modello di famiglia tradizionale.

Tra le aree maggiormente dinamiche del dibattito costituzionale in materia di questioni di genere, una delle più interessanti e meno analizzate mostra come, in tempi recenti, la differenziazione dei ruoli parentali e di assistenza all'interno della famiglia stia acquisendo maggior rilievo sul piano costituzionale, venendo sempre più letta in relazione al principio di uguaglianza tra i sessi. Questo nuovo programma si compone di tre punti:

- 1) De-sessualizzare l'idea di cura: verso un nuovo modello costituzionale di padre?
- 2) Superare il mito della neutralità dello Stato: oltre l'autonomia e la sfera privata della famiglia e l'eguaglianza formale all'interno di essa;
- 3) Oltre i diritti e la sfera privata della famiglia: il dovere di cura come un dovere dei cittadini e come partecipazione.

1. De-sessualizzare l'idea di cura: verso un nuovo modello costituzionale di padre?

Ebbene, da un po' di tempo a questa parte, è possibile rilevare una prassi in atto in vari paesi – a partire da quelli del Nord Europa, pionieri in questo campo, fino a altri che ne hanno seguito l'esempio, a cui si è aggiunto anche il coinvolgimento attivo e dinamico delle Istituzioni europee – che tende a ridefinire la concettualizzazione del valore della riproduzione umana così come quello della cura delle persone. Questa nuova tendenza rappresenta il tentativo di superare il tradizionale modello europeo volto principalmente a conciliare le esigenze lavorative con la tutela delle gestanti e delle madri lavoratrici, al fine, da una parte, di garantire a tutti un giusto equilibrio tra vita professionale e vita familiare; dall'altra, di promuovere una più equa ripartizione delle responsabilità di cura delle persone tra uomini e donne. Ciò allo scopo di smantellare la distinzione dei ruoli basata sul genere e di garantire a tutti e tutte pari opportunità.

Questo cambiamento è evidente nel sempre più frequente ricorso allo strumento del congedo di paternità e a congedi più lunghi non più legati al genere, così come all'adozione di misure idonee ad incoraggiare gli uomini ad utilizzare tali strumenti, ad esempio configurando i congedi, almeno in parte, come “non trasferibili” e dunque necessariamente fruibili solo dal padre. Tuttavia, anche in Europa i risultati fino ad ora raggiunti rimangono scarsi. Invero, il congedo di maternità continua ad essere la regola, ed è obbligatorio per la madre lavoratrice, mentre quello di paternità, ove previsto, ha natura facoltativa e una durata significativamente più breve. È ancora presente l'idea che il ruolo degli uomini come genitori attivi nella cura dei figli e delle altre persone che ne abbiano bisogno (seppur in aumento) sia ancora “sussidiario” a quello delle donne; idea che talvolta trova riconoscimento nella stessa giurisprudenza delle Corti costituzionali.

Il caso italiano fornisce un buon esempio di come la nuova idea del ruolo di padre venga percepita e di come essa abbia una portata limitata sia a livello giurisprudenziale sia nell'elaborazione della dottrina costituzionale. A dispetto dell'espressa previsione della carta fondamentale che sancisce l'importanza dei doveri della *madre* all'interno della fami-

glia, dalla fine degli anni '80 e dall'inizio degli anni '90, una serie di decisioni della Corte costituzionale hanno inteso ampliare la portata della previsione legislativa del congedo di maternità, comprendendo tra i destinatari anche i padri (principalmente in forza del combinato disposto del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* e del principio di uguaglianza tra i coniugi sancito dall'art. 29 Cost.)¹⁵. Un tale orientamento ha confermato una più equa ripartizione dei compiti di cura e rappresenta un graduale, ancorché imperfetto, processo di sradicamento dei ruoli ripartiti in base al genere. Andando oltre la concezione della maternità come una condizione puramente fisica, che riguarda la donna, e superando la presunta unicità del legame biologico tra madre e figlio, la Corte italiana ha esaminato la relazione tra genitori e figli in un'ottica sempre più svincolata dal rigido canone tradizionale improntato sul genere¹⁶. Ne è derivato così un ampliamento dei diritti e dei doveri spett-

¹⁵ Così facendo, la Corte costituzionale ha preso le distanze dalla distinzione tra il più generale principio di uguaglianza tra i sessi (*ex art. 3 Cost.*) e il principio di uguaglianza tra i coniugi (*ex art. 29 Cost.*), che aveva sino ad allora difeso, affermando che, in tema di questioni giusfamiliari, il parametro costituzionale da tenere in considerazione è l'art. 29 Cost. anziché l'art. 3, in quanto sanciva l'uguaglianza tra donna e uomo all'interno della famiglia come entità; mentre il secondo disponeva l'uguaglianza della donna come individuo nella società (cfr. Corte cost., sentenza n. 126 del 26 dicembre 1968 (§§ 5-6) e Corte cost., sentenza n. 147 del 27 novembre 1969 (§ 6), entrambe concernenti la disciplina dell'adulterio). Questa separazione tra sfera pubblica e sfera privata, che nasconde l'interrelazione tra la sfera sociale e la sfera familiare, è rimasta in auge sinché la Corte non ha cominciato a considerare sotto il profilo dell'analisi giuridica le attività di cura svolte dai genitori lavoratori. Solo da questo momento in poi i confini tra sfera pubblica e privata hanno cominciato a sfumare e la Corte ha iniziato a risolvere i casi applicando l'art. 3 in combinato disposto con l'art. 29 Cost. (cfr. Corte cost., sentenza n. 341/1991 (cit., § 3); Corte cost., sentenza 179/1993 (cit., § 5) e Corte cost., sentenza n. 385/2005 (cit., § 6)).

¹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 1/1987 (14 gennaio 1987), con cui la Corte ha riconosciuto il diritto dei padri biologici lavoratori dipendenti ad un congedo di paternità retribuito e a periodi di riposo quotidiano retribuito in caso di morte o grave malattia della madre lavoratrice ai sensi degli articoli 3, 29(1), 30 (1), 31 e 37 della Carta costituzionale, *affermando* che il mancato riconoscimento di tale possibilità si sarebbe risolto in una discriminazione contro i padri lavoratori ed i figli che potevano contare sulla sola cura paterna. A sostegno della propria decisione, la Corte ha rilevato che, oltre a perseguire lo scopo di proteggere la salute delle donne nel periodo *post partum*, il congedo di maternità ha anche lo scopo di "tutelare il legame che si sviluppa tra il neonato

tanti ai padri, sino ad allora costituzionalmente previsti in generale per i genitori¹⁷.

Ad ogni modo, un pieno scardinamento dell'ordine costituzionale basato sul genere non è ancora stato raggiunto: né il legislatore ha disposto in materia né la Corte costituzionale lo ha ritenuto fino ad ora un problema. Da un'attenta analisi della giurisprudenza della Corte italiana, si rinviene un consolidato orientamento inteso a perseguire il miglior interesse del minore (di cui viene data un'interpretazione finalizzata a giustificare il trattamento preferenziale assicurato alla madre durante i primi mesi di vita del bambino), che la Corte ha enucleato dai principi generali dell'ordinamento anziché dal principio di eguaglianza tra i sessi¹⁸. Richiamando la nozione di autonomia familiare, la Corte ha

e la madre in quel periodo, non solo sotto il profilo strettamente biologico, ma anche rispetto alle necessità relazionali ed emotive che servono al bambino per sviluppare al meglio la propria personalità" (§ 6, In diritto). Allo stesso modo, la Corte ha sottolineato come anche i periodi di riposo quotidiano retribuiti non fossero più necessariamente giustificati dalla sola necessità di allattamento del neonato, e di conseguenza, "il loro scopo era divenuto quello di consentire alla madre di svolgere tutte quelle funzioni connesse con la cura del bambino durante il suo primo anno di vita e che richiedono particolare attenzione ed impegno" (§ 7, In diritto).

¹⁷ In senso conforme alla sentenza n. 1 del 14 gennaio 1987 (cit.), si vedano anche Corte cost., sentenza n. 341/1991 (11 luglio 1991), con la quale il Giudice delle leggi ha incluso nel novero dei soggetti destinatari del congedo di paternità per lavoratori dipendenti anche i padri adottivi (affidatari); Corte cost., sentenza n. 179/1993 (2 aprile 1993), con cui è stata estesa la portata del diritto al permesso quotidiano retribuito per i padri biologici lavoratori dipendenti anche oltre ai casi di vedovanza o grave malattia della madre lavoratrice dipendente, come previsto dalla precedente sentenza n. 1/1987, al fine di garantire tutela a tutte quelle situazioni ove la madre lavoratrice dipendente avesse rinunciato al proprio diritto di fruire di suddetto permesso; ed, infine, Corte cost., sentenza n. 385/2005 (11 ottobre 2005), con la quale è stato riconosciuto ai padri lavoratori autonomi il diritto al congedo di paternità retribuito in alternativa alla madre lavoratrice autonoma, se quest'ultima vi avesse rinunciato.

¹⁸ In questo senso, si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 341/1991 (cit., § 3); n. 179/1993 (cit., § 5) e la n. 385/2005 (cit., § 6). Invero, in casi simili, la Corte si è di solito rifatta all'intero complesso dei principi costituzionali, ivi compresi il principio costituzionale di tutela della maternità; l'autonomo interesse del minore; l'eguaglianza tra i coniugi e la parità tra uomini e donne in materia di impiego (crystalizzati agli artt. 3, 29, 30, 31 e 37 Cost.), ma darà precedenza, in sede di soluzione giudiziale, al perseguimento del miglior interesse del minore.

confermato il diritto riservato esclusivamente ai genitori di organizzare il *ménage* come meglio conviene loro, rimettendo alla loro volontà la ripartizione dei doveri e del lavoro all'interno della famiglia¹⁹. E sebbene da una parte la Corte abbia in tutti i casi riconosciuto l'applicabilità del congedo di maternità anche al padre – peraltro, alle volte, tramite espresso riferimento all'evoluzione della percezione dei ruoli di genere²⁰ – sempre ai padri sono stati riconosciuti i benefici lavorativi connessi alla cura del bambino solo ove la madre lavoratrice avesse rinunciato o non avesse potuto fruirne lei stessa. Una distinzione, questa, che la Corte ha continuato a sostenere sin anche in una sentenza del 1994 in forza della “maggiore importanza della presenza materna durante il primo anno di vita del bambino (c.d. ‘richiamo della natura’)”²¹. Dunque, ritorna il concetto *prescrittivo* di maternità.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 341/1991 (cit., § 3) e la sentenza n. 179/1993 (2 aprile): “la delicata scelta circa quale tra i genitori possa garantire la migliore cura del bambino, assentandosi dal lavoro, deve essere affidata ad un accordo tra gli stessi coniugi, all'insegna della leale cooperazione tra essi e nel migliore interesse del bambino” (§ 5).

²⁰ In questo senso, vedi Corte cost. n. 179/1993 (2 Aprile): “ferma restando l'importante funzione sociale della maternità, il prevalente interesse del minore è andato acquisendo via via più importanza e – a differenza della rigida visione che si aveva in passato del ruolo genitoriale, caratterizzata dall'assoluta prevalenza del ruolo svolto dalla madre – oggi eguali diritti ed eguali doveri sono riconosciuti in capo ad i coniugi, che contemplano una mutuale inclusione di entrambi nella cura e nell'educazione psicofisica del bambino” (§ 3).

²¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 150/1994, ove, nell'affermare la legittimità dell'esclusione dei padri lavoratori sposati a donne che avevano una propria attività imprenditoriale indipendente dalla possibilità di fruire del congedo di maternità, non fruibile dalle donne lavoratrici autonome, sebbene ai mariti di donne che erano lavoratrici dipendenti era riconosciuto un tale beneficio, al pari della donna lavoratrice (§ 5), la Corte ha affermato che “per la madre, invero, tale diritto può in certa misura qualificarsi come proprio o ‘primario’, per il padre esso ha invece carattere derivato o ‘sussidiario’. E ciò sia per la maggiore importanza della presenza della madre nel primo anno di vita del bambino (‘natura clamat’), sia per i diversi riconoscimenti normativi”. Al momento, il diritto italiano del lavoro – ed, in particolare, il c.d. *Testo Unico Maternità e Paternità* – prevede un periodo obbligatorio di sospensione dall'attività lavorativa (c.d. “congedo obbligatorio di maternità”) sia per i lavoratori dipendenti sia per i lavoratori autonomi, tra le altre categorie, durante il quale a chi fruisce del congedo viene corrisposto l'80% dello stipendio. Detto periodo ha una durata flessibile, ma in generale copre i due mesi prima della data del parto ed i tre mesi dopo il parto. Per i padri è prevista la pos-

Comunque sia, questa nuova linea d'azione sta gradualmente facendosi spazio in Europa puntando ad un nuovo modello costituzionale in cui, da una parte, è mantenuta la centralità sociale e politica connaturata alle questioni riguardanti la riproduzione e la cura delle persone, dall'altra, si mette in discussione l'egemonia in tale ambito della tradizionale concezione articolata secondo il genere. In futuro, potrebbero essere prese in considerazione misure più incisive, come, ad esempio, rendere obbligatorio per gli uomini il congedo di paternità; assegnare, sia al padre che alla madre, permessi interamente pagati e non interscambiabili (anziché aggiungere un paio di settimane o mesi di permessi non interscambiabili quando entrambi i genitori fruiscono del congedo). Oppure, come suggerito da alcuni²², sarebbe auspicabile garantire congedi di gravidanza ed allattamento solo alle madri lavoratrici e congedi parentali più lunghi per accudire il bambino solo ai padri. Misure che, sinora, non sono state considerate. In mancanza di questi strumenti, l'attuale tutela centrata solo sulla maternità e sulla cura materna del bambino non farà altro che rafforzare gli stereotipi di genere.

2. Superare il mito della neutralità dello Stato: oltre la sfera privata della famiglia e l'eguaglianza formale all'interno di essa

Stante quanto sopra, non sarà possibile sovvertire definitivamente la tradizionale ripartizione dei ruoli di genere, salvo che, contemporanea-

sibilità di fruire di detto congedo solo in via indiretta o "sussidiaria", ovvero, solo in caso di morte o malattia grave della madre; in caso di abbandono del bambino da parte della madre, o, infine, in caso di custodia esclusiva. Le donne lavoratrici autonome hanno parimenti diritto all'80% dello stipendio durante il congedo, sebbene per esse non sia obbligatorio astenersi dall'attività lavorativa. Inoltre, ai padri ed alle madri lavoratrici è riconosciuto il diritto ad usufruire di permessi parentali nei primi otto anni di vita del bambino, per un totale di 11 mesi tra i due genitori. La recente Legge n. 92/2012 ha introdotto l'astensione obbligatoria dal lavoro per i padri (di durata giornaliera) e un permesso parentale non obbligatorio di due giorni, di cui il padre può fruire solo in alternativa alla madre. Durante la fruizione del permesso, ai padri sarà corrisposta l'intera somma dovuta a titolo di stipendio.

²² Si veda J. SUK, *Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict*, 110 *Col. L. Rev.* 1.16 (2010).

mente, non si accetti il fatto che l'uguaglianza formale (come potrebbe essere quella che non distingue tra madri e padri lavoratori, ad esempio) non è sufficiente a sradicare i vari modi di plasmare le relazioni interpersonali basati sul genere presenti all'interno del ordinamento giuridico. Al fine di eliminare il genere come principio informatore del sistema, si rende necessario andare oltre l'uguaglianza formale anche nella c.d. "sfera privata" di cui fa parte la famiglia. Da ciò deriva il necessario abbandono del mito della neutralità dello Stato e lo scostamento del velo di *privacy* calato sulla famiglia al fine di porre le basi giuridiche per un sistema egalaritario, svincolato dai presupposti normativi riguardanti i "doveri" di maternità e di cura.

Nel diritto costituzionale si rileva la tendenza da parte di alcune Corti a muoversi in questo senso, discostandosi perciò dai propri precedenti. Sul punto, è eloquente l'evoluzione della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Sin dal principio, i giudici di Karlsruhe hanno sistematicamente difeso e riaffermato la necessaria neutralità dello Stato in questioni concernenti la famiglia, una neutralità che si è tradotta nell'approvazione del modello monoreddito incentrato sul marito come valida sintesi dell'articolazione dei rapporti familiari. Ad esempio, in ambito tributario, in Germania vigeva da lungo tempo il metodo secondo il quale la retribuzione di entrambi i coniugi veniva considerata come reddito unico. Tuttavia, stante il principio progressivo che regola il sistema tributario tedesco, l'applicazione del suddetto meccanismo comportava una discriminazione per le coppie sposate e per le famiglie in cui entrambi i coniugi esercitavano lavoro professionale. Perciò la Corte costituzionale federale dichiarò incostituzionale tale sistema, che è stato sostituito con un modello di ripartizione del reddito (*splitting system*): le entrate totali della coppia vengono divise in due e si procede al calcolo dell'imposta dovuta raddoppiando l'imposta che avrebbe dovuto essere corrisposta se fosse stata tassata la metà del reddito totale. Eppure, questo sistema rende poco conveniente per entrambi i coniugi continuare a lavorare, a meno che i loro redditi sostanzialmente non si equivalgano. La neutralità che vanta, quindi, è solamente un'illusione, in quanto non incoraggia la presenza femminile sul mercato del lavoro.

Sebbene la retorica del perseguimento della neutralità dello Stato e la propensione a preservare l'autonomia della coppia non sia stata ab-

bandonata, la giurisprudenza del nuovo millennio della Corte costituzionale federale appare comunque innovativa e consapevole di non poter più perpetuare una simile ideologia. Al contrario, la Corte si è impegnata ad implementare appieno il dettato costituzionale in materia di eguaglianza di genere. È interessante notare che gran parte della nuova giurisprudenza muove da impugnazioni di misure legislative adottate di recente con il fine manifesto di rivoluzionare la struttura tradizionale della famiglia, promuovendo una concezione di paternità che includa la cura e l'accudimento dei figli e non solo il ruolo di sostentamento economico per il nucleo familiare.

Sotto questo profilo, di grande interesse sono alcune recenti decisioni della Corte tedesca concernenti disposizioni in materia di congedi parentali adottate nel 2006 (Legge federale in materia di congedi e indennità parentali - *Bundeselterngehd und Elternzeitgesetz*), che, tra le varie cose, ha modificato profondamente il metodo per il calcolo dell'indennità concessa durante il congedo così da promuovere l'alternanza tra i coniugi nella sua fruizione. Questo nuovo sistema pone in discussione la nozione di autonomia della sfera privata familiare (ed addirittura la tradizionale idea di eguaglianza di genere secondo la vecchia dottrina del "separate but equal" della Corte). Tuttavia, la Corte costituzionale federale ha confermato la legittimità del nuovo sistema, ravvisando nel superamento della tradizionale ripartizione dei ruoli di cura – che era peraltro lo scopo della stessa normativa impugnata – lo strumento migliore per il perseguimento del principio di eguaglianza tra i generi contenuto nella Legge fondamentale.

Secondo il sistema previgente venivano assegnati alle famiglie € 300 mensili per figlio, a seconda della fascia di reddito a cui apparteneva la famiglia, in senso gradualmente decrescente cosicché le famiglie meno abbienti avrebbero fruito della somma massima assegnata dallo Stato. Detto sistema è stato modificato radicalmente in modo tale da agevolare il bilanciamento tra lavoro e vita familiare dei coniugi, cercando un aumento dell'indice di fertilità (anche nella fascia delle giovani coppie in carriera) e intaccando la tradizionale divisione dei ruoli articolata secondo i ruoli di genere. Con l'entrata in vigore del nuovo sistema, il calcolo dell'indennità deve essere effettuato sulla base del reddito percepito dal genitore che intende accudire il bambino prima della nascita

di quest'ultimo, fino ad un massimo di € 1800 mensili (per dodici mesi in totale). Se il coniuge che intende fruire di tale agevolazione non ha mai lavorato, o non ha lavorato per almeno un anno prima della nascita del bambino, gli potranno esser assegnati solo € 300 quale indennità minima. In tal modo, la legislazione mira ad aumentare la fascia di padri fruitori del congedo parentale (in quanto predispone un chiaro incentivo affinché sia il genitore con il reddito più alto a godere del permesso), riducendo, allo stesso tempo, i lunghi periodi di congedo lavorativo delle madri tedesche.

Tuttavia, tale normativa è stata impugnata proprio dalle donne in svariate occasioni. In particolare, si ricorda il caso in cui una donna, divenuta madre quattro volte in otto anni, essendo stata la principale figura genitoriale a provvedere all'accudimento dei figli, lamentava di ricevere solo l'indennità minima pari a € 300 per il terzo figlio, poiché aveva fruito del congedo parentale per il figlio precedente prima della nascita dell'ultimo (il che aveva comportato la sua assenza dal lavoro per quasi un anno). Fondandosi sul principio generale di uguaglianza di cui al paragrafo 3.1 della Legge fondamentale, sul divieto di discriminazione fondata sul genere (§ 3.2), e sulla tutela costituzionale assicurata alla famiglia e dell'obbligo di non ingerenza da parte dello Stato nelle faccende private (§ 6.1), la ricorrente affermava che l'indennità parentale dovesse essere calcolata sulla base del reddito precedente al parto del primo figlio. Nella sua decisione a sostegno del nuovo sistema²³, la Corte costituzionale federale ha ritenuto che l'eventuale accoglimento dell'interpretazione proposta dalla ricorrente sarebbe invece stato contrario allo spirito del principio di eguaglianza di genere contenuto nel paragrafo 3(2) della Legge fondamentale, in quanto, nel lungo periodo, incoraggerebbe uno solo dei genitori a lasciare il lavoro.

Altri esempi di grande interesse sono le decisioni della Corte tedesca circa le disposizioni in materia di assegno di mantenimento dopo lo scioglimento del matrimonio. In questi casi, la Corte ha rigettato un sistema di calcolo del mantenimento che non considerava il valore economico del lavoro di accudimento svolto da uno dei coniugi in costanza di matrimonio e, allo stesso tempo, penalizzava il coniuge che aveva

²³ BVerfG 1 BvR 2712/09 (6 giugno 2011).

sempre svolto il ruolo di cura ed assistenza in ambito familiare nel riaffacciarsi sul mercato del lavoro dopo il divorzio. Così, nel 2005, ne è conseguita una declaratoria di illegittimità in forza del principio di tutela costituzionale della vita familiare in combinato disposto con quello di non discriminazione in base al sesso (§§ 6.1 e 3.2 della Legge fondamentale)²⁴. La Corte tedesca ha dichiarato il metodo usato dalle Corti inferiori (c.d. *Anrechnungsmethode* § 1578 (1) BGB) in violazione della Legge fondamentale perché, nel calcolare il tenore di vita della famiglia, considerava il solo reddito del coniuge lavoratore professionale e quindi non attribuiva alcun valore economico al lavoro casalingo. Il tenore di vita, calcolato ignorando un fondamentale contributo lavorativo alla vita di coppia, veniva poi diviso in due parti eguali, e la quota di spettanza del coniuge che lavorava in ambito domestico (su cui era calcolato il mantenimento) sarebbe stata decurtata del reddito percepito da quest'ultimo una volta rientrato nel mercato del lavoro. Il metodo alternativo (c.d. *Differenz- or Additionsmethode*), che la Corte ha fatto proprio, considera il reddito percepito dal coniuge che aveva prestato il lavoro casalingo, una volta tornato al lavoro dopo il divorzio, come un "surrogato" di ciò in cui potrebbe consistere, in termini economici, l'aver accudito la famiglia in costanza di matrimonio (Rn. 37). Pertanto, la Corte ha aggiunto detto reddito a quello del coniuge lavoratore professionale, dividendolo poi in due. L'applicazione del *Differenzmethode* comporta quindi un aumento della somma da pagare a titolo di mantenimento all'ex-coniuge che aveva prestato lavoro casalingo – solitamente, la moglie – e incoraggia il suo reinserimento nel mondo del lavoro. Sul punto è intervenuta una riforma nel 2008 (*Unterhaltsrechtsreform*) che ha posto come principio in materia di scioglimento del matrimonio quello della responsabilità individuale dei coniugi a procurarsi i mezzi per il proprio sostentamento dopo il divorzio. Da allora, il mantenimento è previsto solo per un numero ristretto di casi, elencati dalla legge in modo tassativo, ivi compreso per il mantenimento dei figli; se il coniuge economicamente dipendente non trova un impiego idoneo a garantirgli i mezzi per il proprio sostentamento; o se il reddito derivante

²⁴ BVerfGE 105, 1 (5 febbraio 2002).

dall'impiego trovato dopo il divorzio non è tale da poter garantire le spese di sostentamento.

Non deve sorprendere se, alla critica del modello di famiglia tradizionale, si affianca una ridefinizione della figura paterna, nel senso di un ampliamento delle funzioni di cura e di accudimento ricoperte all'interno della famiglia, che si riflette anche nell'orientamento giurisprudenziale della Corte dal 1990 in poi, in particolar modo dal cambio di secolo sino ad oggi²⁵.

3. Oltre i diritti e la sfera privata di autonomia della famiglia: il dovere di cura come un dovere dei cittadini e come partecipazione

Abbiamo visto che la svolta nelle dottrine costituzionali delle democrazie consolidate contribuisce ad affermare l'espansione della sfera di applicazione del principio di uguaglianza di genere dall'ambito "pubblico" a quello "privato", osando andare oltre i principi di eguaglianza formale e neutralità, se non per sostituire totalmente l'autonomia collettiva e individuale, almeno per fissare un impianto normativo predefinito di natura egualitaria. Pare che la tradizione costituzionale europea – che contempla, da un lato, la necessità di tutelare la genitorialità, la cura e la necessaria interdipendenza tra gli individui, e dall'altro la concezione di eguaglianza sostanziale, che permette allo Stato di intervenire in funzione correttiva degli squilibri preesistenti al fine di eliminare eventuali discriminazioni indirette contenute in normative formalmente imparziali – contenga il maggior potenziale di trasformazione egualitaria fintanto che si affianchi ad un'agenda politica di progressivo smantellamento della rigida ripartizione dei ruoli di genere. Sinora vi sono stati progressi limitati poiché il modello tradizionale che rimane quello ideale di maternità ha ancora radici profonde nella cultura costituzionale europea. Inoltre, ogni progresso in questa direzione richiede non solo la critica della ripartizione dei ruoli all'interno della sfera domestica fondata sull'appartenenza ad un genere, ma anche la presa di coscienza del contributo sociale che comporta la riproduzione e quindi della conseguente

²⁵ Vedi BVerfGE 114, 357 (25 ottobre 2005).

responsabilità collettiva che ne deriva. In ragione di ciò, l'attuale crisi economica e l'abbandono dell'ideologia dello stato sociale costituiscono un difficile contesto per uno sviluppo effettivo di un tale programma.

Infatti, a livello europeo, a seguito degli effetti della crisi economica e dell'aumento delle politiche di austerità in molti degli Stati Membri, la fine del primo decennio degli anni 2000 ha registrato i primi segni di stagnazione dell'impegno ad ottenere il coinvolgimento della collettività per sostenere le spese collegate alla riproduzione ed alla prestazione della cura tradizionalmente fornita a livello familiare. Il 2010 ha visto la revisione del *Parental Leave Framework Agreement*, che ha contemplato una modesta estensione della durata del congedo parentale da tre a quattro mesi, e l'individuazione di una soglia minima fissata in un mese, che dovrebbe essere non trasferibile al fine di favorire una migliore fruizione del congedo parentale da parte di entrambi i genitori²⁶. Tuttavia, proposte maggiormente incisive hanno fallito. Per esempio, il *Work-Life Balance Package*²⁷ presentato dalla Commissione europea nel 2008, che incoraggiava gli Stati Membri, tra le altre cose, ad ampliare la durata del permesso di maternità da 14 a 18 settimane, e ad introdurre il permesso di paternità, non ha trovato l'approvazione degli Stati Membri; e così gli emendamenti proposti alla Direttiva sulle lavoratrici gestanti non sono stati adottati²⁸. Più recentemente, nel 2010, una nuova proposta di modifica della Direttiva sulle lavoratrici gestanti (*Pregnant Workers Directive*) è stata presentata dal Parlamento europeo, ma neppure questa è stata adottata²⁹. Tale proposta prevedeva

²⁶ Cfr. Direttiva del Consiglio europeo 2010/18/EU dell'8 marzo 2010 in materia di applicazione dell'Accordo Quadro in materia di congedi parentali raggiunto tra BUSINESS EUROPE, CEEP e l'ETUC, che ha sostituito la Direttiva 96/34/EC.

²⁷ <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-603_en.htm?locale=en>.

²⁸ Cfr. E. CARACCILO DI TORELLA, *Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as caregivers in an Evolving European Union*, 20 *European Law Journal* 88, 101-102, 2014.

²⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della Direttiva 92/85/CEE del Consiglio concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (COM(2008)0637 - C6-0340/2008 - 2008/0193(COD)).

l'ampliamento del congedo di maternità perlomeno fino a 20 settimane, in aggiunta alla introduzione di una disposizione specificamente dedicata al congedo di paternità.

In breve, stiamo assistendo a segnali di progresso (sebbene ancora limitati), in termini di politiche finalizzate al superamento del genere quale criterio per la ripartizione dei doveri di cura, a cui si affiancano tuttavia momenti di stasi o perfino di regresso in termini di accettazione della centralità dei profili di cura a livello sociale e politico. In altre parole, ci si aspetta sempre di più (sebbene mai fino in fondo) che uomini e donne ridiscutano i propri ruoli, e che si impegnino per una vita più soddisfacente ed equilibrata oltre che per un matrimonio egualitario. Tuttavia, cura, interrelazione umana, e riproduzione stanno solo lentamente e con esitazione uscendo dalle ombre della vita privata e familiare, per acquisire il riconoscimento che meritano come aspetti della cittadinanza.

Per concludere, in prospettiva costituzionale, è necessario fare riferimento alle Costituzioni adottate di recente, dalle quali si potrebbero trarre importanti suggerimenti. Tali nuove Costituzioni contengono una più esplicita articolazione della rilevanza sociale dei profili di cura, oltre al dovere costituzionale di eliminare i ruoli di genere e le ineguaglianze ad esso correlate in seno alla famiglia e, in particolare, con riferimento al dovere di accudimento. Tale cambiamento è reso esplicito in molti modi. Uno dei più frequenti è il divieto espresso di violenza contro le donne all'interno della famiglia³⁰. Indicativo è anche il linguaggio, riferito non solo ai diritti, ma anche alle opportunità, avallando la retorica di uguaglianza sostanziale, specificamente nella sfera familiare³¹. Va sempre più rilevandosi come i riferimenti alla maternità ed alla condizione di madre, quale *status* costituzionalmente protetto, stiano

Cfr. M. WELDON-JOHNS, *EU Work-Family Policies: Challenging Parental Roles or Reinforcing Gendered Stereotypes?*, 19(5) *European Law Journal*, 2013, 662.

³⁰ Cfr. Art. 15. II Bolivia (2009): tutte le persone, in particolare le donne, hanno il diritto ad essere liberi da violenze fisiche, sessuali o psicologiche, sia all'interno della famiglia sia nella società.

³¹ Cfr. Bolivia, 2009. Articolo 62. Lo Stato riconosce e protegge la *famiglia* come unità fondamentale della società, e assicura le condizioni economiche e sociali necessarie per il loro sviluppo. Tutti i membri hanno *eguali diritti, doveri e opportunità*.

venendo sostituiti dal riferimento alla genitorialità e alla paternità, talvolta con l'esplicito cenno alla necessità di superare i tradizionali ruoli genitoriali basati sul genere³². Eppure, le clausole più innovative, sebbene ancora relativamente rare, sono quelle che si riferiscono alla necessità di ri-concettualizzare la cura della famiglia sia come lavoro produttivo (superando così la dicotomia tra lavoro produttivo e riproduttivo su cui sono fondate le società capitalistiche), sia come dovere di cittadinanza.

A tale riguardo, mi sia permesso di concludere con un esempio che, alla nascita del costituzionalismo, avrebbe avuto dell'incredibile. All'interno del Capitolo nove, la nuova (2008) Costituzione ecuadoriana contiene una disposizione (art. 83) che elenca i doveri e gli obblighi degli ecuadoregni. Unitamente ai doveri più classici, come quelli di rispettare e implementare la Costituzione e la legge (83.1), o quello di difendere l'integrità territoriale dell'Ecuador (83.3), la Costituzione del 2008 ne riconosce altri più innovativi, quale quello di difendere le sue risorse naturali (83.3), o il dovere di "aiutare, nutrire, educare e crescere i propri figli" (83.16) affermando che tale dovere rappresenta "una responsabilità congiunta di madri e padri, in proporzione eguale", alla luce dell'articolo 333 della Costituzione secondo cui "il lavoro non retribuito di auto-sostentamento e accudimento, effettuato all'interno della famiglia" è da "riconoscersi quale lavoro produttivo". Coerentemente, stabilisce che:

la necessità per lo Stato di impegnarsi nell'elaborazione di un sistema lavorativo che funzioni in armonia con i bisogni riguardanti la cura delle persone, e che faciliti servizi adeguati, infrastrutture e piani di lavoro; lo Stato deve, in particolare, fornire "servizi di assistenza all'infanzia", assistenza per persone diversamente abili, e altri servizi secondo le necessità dei lavoratori al fine di essere capaci di portare a termine le proprie attività lavorative; deve inoltre promuovere la "responsabilità con-

³² Colombia (1991), art. 69.1) *Maternità e paternità responsabile* devono essere incoraggiate; sia la madre sia il padre hanno l'obbligo di prendersi cura, crescere, educare, nutrire, e provvedere allo sviluppo completo e alla protezione dei diritti dei loro figli, in particolar quando sono separati da essi per qualsiasi ragione... 5) Lo Stato deve promuovere la *responsabilità congiunta del padre e della madre*, e deve monitorare il perseguimento dei *doveri morali e dei diritti* tra madri, padri, e figli.

giunta e la reciprocità dell'uomo e della donna nei lavori domestici e nei doveri familiari”.

È inoltre riconosciuto che, in tale sistema, “la protezione erogata dai servizi sociali sia progressivamente estesa alle persone responsabili di lavoro familiare casalingo non retribuito”. È evidente che molte di queste previsioni siano state soltanto enunciate in termini programmatici, ma riflettono certamente un cambiamento culturale. Così facendo, esse mettono in discussione i contorni delle sfere definite come pubblica e privata, e della loro corrispondenza con il genere. Di conseguenza, scardinano il genere, attraverso un impegno di diritto costituzionale.

Conclusioni

Per concludere, il nuovo millennio sta testimoniando il progresso nella delegittimazione della ripartizione dei ruoli di genere. Si stanno sempre più intraprendendo misure propositive che assicurino che gli uomini – e non solo le donne – ed i padri – e non solo le madri – possano condividere le gioie e le responsabilità della cura che la riproduzione umana richiede, riconoscendo, per tutti, a livello sociale, l'interdipendenza umana come regola ed il valore centrale della cura.

Ma il progresso è stato finora limitato. L'aspettarsi dalle donne una maggiore attitudine allo svolgimento della funzione genitoriale e di accudimento, e il loro reale maggior coinvolgimento, è ancora il modello dominante. Oltretutto, in un'economia globalizzata come la nostra, con un tasso di ineguaglianza globale in crescendo e con l'aumento dei tagli allo stato sociale, è improbabile vedere in futuro famiglie, genitori e donne coadiuvati dallo Stato nel fronteggiare i gravosi doveri familiari. Parimenti è altresì improbabile che la comunità sia disposta ad intervenire per contribuire ai costi della riproduzione sociale, oppure che vengano attuate misure volte a favorire un equilibrio tra vita professionale e vita familiare, sia per gli uomini sia per le donne, equilibrio che contempli la coesistenza di un impiego retribuito, delle gioie riproduttive e, più in generale, della responsabilità di cura e assistenza. L'*homo economicus*, ed ora anche la

donna economica, restano gli attori principali della scena pubblica, mentre la riproduzione e la cura familiare rimangono in secondo piano, poiché etichettati come personali, facoltativi, o residuali, o tacitamente rimessi alla “mano invisibile”, che questa volta opera non solo nel mercato, ma anche nell’ambito familiare. Manca ancora una cultura di celebrazione della vita, svincolata dal genere, che sia in grado di incoraggiare o, quanto meno, di rendere possibile, a tutte le persone, uomini e donne, il pieno sviluppo del proprio potenziale.

Le tradizioni costituzionali, come quella europea, che hanno, da un lato, fatto propria la nozione di uguaglianza sostanziale tra i sessi, e dall’altro enfatizzato la centralità della famiglia come luogo primario di assistenza e cura – e in essa la fondamentale funzione sociale della maternità – ben possono mantenere tale centralità, resistendo alla sua mercificazione ed alla riduzione ad un ambito meramente privato, contribuendo altresì alla sua espansione cosicché il ruolo paterno, altrettanto importante, abbia la visibilità che merita. Di conseguenza, mediante una tale rielaborazione, si giungerebbe ad una nuova definizione di “genitorialità” come “responsabilità condivisa”. Un tale obiettivo non è semplice da perseguire e richiede, in molti casi, il superamento dell’esplicita posizione di “privilegio” riconosciuta alla donna e alla madre, sia a livello costituzionale sia a livello giuridico, come l’unica figura nel panorama della cura e della riproduzione umana meritevole di tutela da parte dello Stato. Inoltre, dal punto di vista costituzionale, la tradizionale nozione di autonomia familiare deve essere adattata per permettere di riconoscere la circostanza che i sistemi giuridici contemporanei, in apparenza imparziali circa le questioni di genere, si sono dimostrati inadeguati a superare stereotipi di lunga data radicati nell’inconscio collettivo e nell’organizzazione della società. È giunto il momento di ammettere che la nozione di neutralità statale e la protezione di forme collettive di “autonomia” e di “auto-organizzazione” umana (in partiti politici, in associazioni ma anche in famiglie) sono state, almeno in parte, d’aiuto a finzioni che hanno di fatto legittimato una tale divisione dei ruoli a seconda del genere di appartenenza, mantenendo inalterato lo *status quo*. Se il vecchio ordine di genere deve essere completamente abbandonato, l’uguaglianza costituzionale tra i sessi non può essere limitata, in termini di domini, e

dovrebbe invece stimolare la stesura di un programma riformista ed innovativo diretto a tutte quelle strutture e istituzioni in cui è radicata la concezione di “sfere separate”, e la stessa definizione di “genere”, a cominciare dal nucleo familiare.

Una volta superata l'illusione di neutralità, la sfida più grande sarà quella di evitare di cedere all'assolutismo della logica economica di mercato, tesa solo all'aumento dell'utile, in cui gli individui vengono, prima di tutto, considerati come produttori e consumatori, ove la riproduzione e la cura dell'altro – ed in tal modo, la stessa vita umana – sono ridotte alla stregua di interessi privati. A tal proposito, le nuove Costituzioni, che considerano la cura come parte integrante della cittadinanza e mettono a dura prova la vecchia distinzione tra lavoro produttivo e riproduttivo, rappresentano un promettente esempio di cambiamento culturale. Tuttavia, in mancanza di adeguate politiche pubbliche un tale, effettivo, cambiamento non avverrà, e le Costituzioni rimarranno, come molte volte nella storia costituzionale, lettera morta.

IL DECLINO DELLA DISTINZIONE E LA VISIONE DELL'ANTROPOLOGO

Rodolfo Sacco

SOMMARIO: *Società senza diritto pubblico. – Com'è nato il diritto pubblico. – La Cina. – L'antica Roma. – Il medio evo. – E ora, la società liberale.*

Nessuno di noi si è mai imbattuto in una decisione giudiziaria che faccia dipendere la ragione e il torto dal fatto che quel dato rapporto giuridico appartiene al diritto privato, o non appartiene al diritto privato (perché appartiene al diritto pubblico, o al diritto penale).

Molte volte la decisione ricorre all'espressione «diritto privato». Ma dice così per significare che la volontà degli interessati può liberamente disporre del diritto che è in questione. A questi fini, servono meglio le espressioni «regola di ordine pubblico, regola che non tocca l'ordine pubblico». L'art. 6 del Code Nap. ha scolpito la formula «On ne peut déroger, par des conventions [...], aux lois qui intéressent l'ordre public». È in gioco l'ordine pubblico, il *public policy* (figura linguistica che non ha il suo equivalente in lingua tedesca).

Ordine pubblico e diritto pubblico non sono confondibili. Le regole sulla forma degli atti privati sono di ordine pubblico. Taluni diritti soggettivi pubblici sono liberamente disponibili: il re può abdicare; l'imputato può rinunciare a un gravame. Diritto privato, diritto non privato sono invece categorie estranee ai problemi di applicazione del diritto.

Resta il dato di fatto che diritto privato, diritto non privato occupano un posto centralissimo nella conoscenza che noi abbiamo del diritto; o, meglio, interessano lo sfondo macrostorico in cui è stato elaborato il mosaico dei filtri concettuali del giurista.

Chi voglia, può enunciare la giustificazione logica della categoria in esame, e impegnarsi a indicarne il carattere costitutivo-concettuale. Esaminiamo dunque i tentativi che sono stati fatti in questa direzione.

Già gli antichi Romani si sono misurati con questo compito, senza domandare alla loro definizione di essere logicamente impeccabile. Per essi, il diritto privato concerne l'interesse dei privati («spectat ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam [...] privatim utilia»); e la loro spiegazione è sempre piaciuta a coloro che hanno studiato il diritto sui testi romani. Però, poiché il concetto di interesse privato e di persona privata non è più chiaro del concetto di diritto privato, i teorici legati al formalismo giuridico e al controllo logico delle definizioni (caso limite: la *reine Rechtslehre*, «dottrina pura del diritto») non ne sono entusiasti (è facile capirli).

In ogni caso, nella definizione romana del diritto pubblico noi troviamo un elemento non privo di importanza: essa fa infatti allusione allo stato della cosa romana ([...] *statum rei romanae* [...]); e questa cosa romana può indicare un collettivo (ciò che appartiene a tutti i Romani), e può anche indicare, in modo significativo, ciò che appartiene al potere.

Ma questa distinzione fra pubblico e privato, inutile e indefinita, è veramente indispensabile? È generale? Conosciamo sistemi in cui tutto il diritto è pubblico? Sistemi giuridici intieramente privati? Sistemi in cui la contrapposizione non ha spazio?

Nei sistemi socialisti si proclamava, in base ad un detto di Lenin, che tutto il diritto (socialista) è pubblico. Nel manuale di R. David leggiamo che la distinzione fra diritto pubblico e privato non ha un posto in Inghilterra¹.

Ma la contestazione della contrapposizione non può basarsi su questi due esempi. Lenin voleva solo spiegare che il cittadino non poteva opporre i suoi diritti al potere (pur essendo libero di invocarli nei confronti dei proprii concittadini). Quanto al diritto inglese, ne diremo in seguito.

I sistemi appartenenti alla tradizione occidentale conoscono tutti – esplicitandola, o sottintendendola – la distinzione. Utilizzarla, non sarebbe stato né impossibile né difficile ai giuristi socialisti, se si fossero emancipati dalla frase maldestra di un politico.

¹ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^a ed., Paris, 2002, n. 242.

Società senza diritto pubblico

Per rimettere in dubbio il valore universale della distinzione in esame, conviene spingere la ricerca fuori dell'ambito della nostra tradizione, e domandarci se gli abitanti del Kalahari, o del bacino dell'alto Orinoco, praticino un diritto privato e un diritto pubblico. La risposta è negativa.

Nei paesi ora evocati, le regole giuridiche costituiscono un tutto unico, in cui il diritto privato non si distingue né da un diritto pubblico, né da un diritto penale.

Vari quesiti possono allora affacciarsi.

Dove passa la linea di confine tra l'area in cui la distinzione esiste, e l'area in cui essa non è impiantata?

Il diritto di popoli quali gli *yanomami* o i *san* è diritto privato o diritto pubblico?

La risposta da dare è univoca. Le società richiamate da ultimo sono società a potere diffuso. Ivi manca un potere centralizzato. Non è presente un sistema fiscale, non ci sono giudici, non si conosce la distinzione fra l'armato professionale (soldato, poliziotto) e l'inerte. Nel suo seno, il potere del capo non è esteso. Ogni famiglia difende (con le armi, se occorre) sia la vita e l'integrità fisica dei suoi membri, sia la proprietà del gruppo. Se l'apparato di prevenzione fallisce, l'ordine è ristabilito dalla vendetta, perciò il diritto che regola il sistema delle pene è un capitolo del diritto privato. Il diritto che verte sul potere di partecipare alle decisioni di interesse collettivo è anch'esso un settore del diritto privato.

Com'è nato il diritto pubblico

Il diritto concernente il potere politico prende la fisionomia che ci è familiare via via che la divisione del lavoro si instaura nella società, e che, con essa, si radica un potere politico centralizzato. La soluzione si affaccia nelle prime culture urbane, e la troviamo operante là dove è in esercizio il re africano divinizzato. Ma più ancora noi la troviamo radi-

cata, nella sua integrità, nei grandi imperi che si sviluppano in Egitto, in Mesopotamia, in India, in Cina, in Messico, nel Perù.

Se il vecchio diritto (privato) si era formato in modo spontaneo, la formazione del nuovo diritto è opera di un'autorità.

Il nuovo diritto regola il rapporto fra i personaggi che si trovano al vertice della gerarchia del potere politico (imperatore e sacerdoti), e le persone che adempiono alle varie funzioni che il potere si è assunto. Nasce così il diritto amministrativo, che inizialmente non conosce diritti soggettivi opponibili all'imperatore. Nasce il diritto costituzionale, che fissa le procedure occorrenti per selezionare e investire il nuovo imperatore in caso di vacanza, e prevede le prerogative della casta sacerdotale e degli armati. Poiché il potere politico deve mettere in funzione un sistema di sanzioni capace di garantirgli il rispetto e l'obbedienza dei funzionari e del popolo, nasce un diritto penale pubblico e vengono varate le regole processuali del caso.

Un diritto pubblico è nato come è nato lo Stato. La società a potere diffuso conosceva un diritto spontaneo, la società a potere centralizzato ha sovrapposto a questo diritto spontaneo un diritto di origine autoritativa. Questa situazione si è cristallizzata senza altri sviluppi?

Sono pensabili varie evoluzioni.

La Cina

Le due generazioni di giuristi che hanno appreso l'ABC del diritto comparato dal Manuale di René David vi hanno letto che nella Cina tradizionale il diritto – il *fa* – regola solo la sanzione penale e il funzionamento dell'amministrazione, mentre i rapporti interindividuali privati si svolgono fuori da ogni sistema giuridico, bastando loro la regola del *li*, radicata nella vita cinese dall'autorità della dottrina confuciana².

La ricostruzione di R. David non deve prendersi alla lettera. Nessuna società umana – nemmeno quella cinese – fa a meno di un'architettura sociale coercitiva e solida, che *homo habilis* ha ereditato, all'origine, dai primati.

² R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, nn. 437 e 438.

Bisogna peraltro ricordare che i Cinesi non percepivano l'unità del fa e degli altri rami del diritto. Né ciò deve stupirci. Il fa era redatto dagli organi del potere, era approvato dal potere, il potere ne curava diligentemente l'applicazione. Le regole applicabili ai rapporti privati si sviluppavano ed evolvevano senza che il potere se ne curasse, senza che i professionisti del potere o del sapere lo studiassero; esse si riducevano a un diritto consuetudinario spontaneo, che funzionava grazie ai meccanismi sociali ignorati dal potere e ignorati dagli uomini del sapere³. Esso faceva capo alle grandi o piccole comunità (soprattutto: ai villaggi), preesistenti all'impero.

Il diritto cinese tradizionale constava di due componenti che avevano poco in comune l'una con l'altra. Il diritto pubblico era fissato, scritto e applicato alla luce del sole dagli organi dello Stato, mentre il diritto privato non era statutale. Il diritto statutale legittimava la propria esistenza in virtù di considerazioni filosofiche, cioè motivando con la fedeltà ad un ordine cosmico ben noto ai sapienti, la cui rilevanza era fuori discussione perché quei sapienti avevano il potere di dire la verità. Il diritto popolare, invece, non invocava nessuna giustificazione ufficiale, perché il diritto spontaneo non beneficia di nessuna legittimazione all'infuori del consenso generale degli interessati.

L'idea unificatrice del diritto soggettivo era estranea al diritto pubblico, e mancava di una elaborazione dottrinale nell'area del diritto privato consuetudinario.

L'antica Roma

Il discorso da fare è del tutto diverso per il diritto romano.

I Romani hanno fruito di un diritto pubblico semplice e rivolto all'essenziale; ma il potere imperiale ha rivolto la sua attenzione al diritto privato e ai meccanismi istituzionali e procedurali che ne assicuravano l'applicazione.

La struttura urbana, che aveva preceduto l'edificazione dell'impero, utilizzava organi giudiziari ben strutturati, capaci di assicurare l'applicazione.

³ R. SACCO, *Cina*, in *Digesto Discipline Priv.*, Sez. Civ., II, Torino, 1988.

cazione di un diritto le cui regole erano chiaramente fissate. Uomini di sapere laici conducevano l'analisi di questo diritto e hanno edificato la lingua tecnica necessaria per questo fine, ciò che ha permesso al diritto privato di diventare oggetto di una conoscenza critica.

L'impero, una volta stabilito, non ha né sconfessato, né ignorato il preesistente diritto privato. Dapprima l'ha sorvegliato, e vi ha introdotto questa o quella modificazione. In seguito, ha istituzionalizzato il proprio potere di intervento, includendo in esso il potere di ridefinire per scritto il contenuto delle vecchie norme consuetudinarie. Nel contempo, ha preso a controllare l'applicazione del diritto, assumendo il potere di nominare i giudici, di fissare le procedure, di riesaminare i processi già giudicati e rettificarne le conclusioni.

In questo scenario, il diritto privato ha preso a vivere sotto la tutela del diritto pubblico.

Nella Roma evoluta, diritto pubblico e privato si presentano come le due metà di un sistema unico indivisibile. Il diritto privato, nato consuetudinario, è diventato con il tempo un diritto dotto, e al termine del ciclo si presenta come un diritto verbalizzato, promulgato e garantito dai pubblici poteri. Roma antica lascia in legato al Sacro Romano Impero, alle università, ai Bizantini e al potere russo l'idea per cui il diritto privato è correlato (o, almeno, può essere correlato) ad un qualche compito del legislatore, e cioè dello Stato e del potere. In questo senso, il diritto privato si lega al diritto pubblico, dipende da esso, ne è garantito. Ma in un altro senso se ne allontana, perché in quell'ambito il diritto è privato in quell'area in cui domina l'uguaglianza fra cittadini liberi e adulti, e il diritto è pubblico in quell'area in cui il potere, garantito dal soprannaturale, sfugge sistematicamente, per un motivo o per l'altro, al controllo da parte dei cittadini.

Il medio evo

La storia conosce il modello cinese e quello romano; e conosce anche altre soluzioni.

L'idea del potere assoluto o quasi assoluto, esercitato da un sovrano laico legittimato dai personaggi del soprannaturale, ha messo radici più

o meno lunghe a seconda dei luoghi, dei tempi e delle situazioni: il carattere esclusivo del potere monarchico può essere più o meno rigido; contropoteri più o meno importanti possono limitare, erodere o controbilanciare le attribuzioni del re; e ciò che forma la ricchezza della storia del diritto è proprio (nei paesi occidentali) l'abbondanza, la vitalità, la varietà di questi contropoteri.

Il medio evo europeo conosceva bene le comunità di villaggio, dove tutti sono uguali. E in quello stesso medio evo il cavaliere, che riceveva un feudo come remunerazione della promessa di prestazione militare, non soltanto aveva una parte del potere che compete collettivamente agli armati, ma in più acquistava un potere individuale legato al feudo.

Il feudalesimo metteva a dura prova la dicotomia diritto pubblico/diritto privato. Le promesse scambiate fra il sovrano e il vassallo smembravano il potere politico centrale e creavano diritti e poteri patrimoniali e politici ad un tempo, a favore di individui decisi a servirse-ne per il proprio interesse: «Feudo e potere giudiziario sono una cosa sola» si diceva in Francia.

Il medio evo conosce la distinzione fra il privato e il pubblico. Ma la erode. Il potere politico di un re o di un Parlamento è retto dal diritto pubblico. Il rapporto di affari fra due commercianti è retto dal diritto privato. Ma i diritti e poteri dei membri delle classi ammesse alle prestazioni e ai privilegi feudali appartengono a un'area i cui caratteri non sono né nettamente privati, né nettamente pubblici.

Quella bilancia di poteri e contropoteri, di cui abbiamo parlato fin qui, è anche più visibile in Inghilterra. Villaggi, città, baroni, feudatari oppongono all'autorità del sovrano i propri diritti e le proprie prerogative. Le cronache di questo paese ci fanno assistere agli alti e bassi di queste rivendicazioni.

Il diritto pubblico inglese non ha mai avuto la pesantezza del diritto pubblico continentale. In questo paese, l'uomo libero aveva ottenuto per tempo garanzie sul piano del diritto sostantivo e delle procedure. L'amministrazione era sottoposta da sempre al controllo giudiziario. Il re e i collaboratori ch'egli si sceglieva non potevano modificare il diritto se non in limiti ristretti.

E ora, la società liberale

La rivoluzione francese ristabilisce la netta opposizione diritto pubblico/diritto privato su basi facili a capirsi, e perciò apparentemente chiare. Lo Stato sopprime i diritti feudali, o li eredita.

In Inghilterra, il potere legislativo esercita da due secoli, in modo appariscente, poteri pubblici che per il passato non aveva mai reclamato, e che il re non aveva mai rivendicato per sé. E quel diritto (feudale) che non è completamente privato e non è completamente pubblico scompare in Inghilterra come in Francia. I diritti del nobile perdono quelle attribuzioni che facevano di essi tanti poteri semipubblici, e diventano diritti patrimoniali privati. regole speciali incominciano ad essere predisposte nei confronti della pubblica amministrazione, su cui gravano oramai nuovi compiti, ch'essa intende svolgere attenendosi a una normativa che non è più, strettamente parlando, *common law*.

Differenze permangono fra i sistemi francese e britannico, ma queste differenze non impediscono di parlare, nell'uno e nell'altro paese, di una contrapposizione fra diritto pubblico e diritto privato.

E la storia produce instancabilmente nuovi e nuovi cambiamenti. Ecco qualche dato.

a) Da sempre, in Inghilterra gli organi del potere politico sottostavano al controllo delle Corti, instaurato per la difesa dei cittadini. Questo connotato implica un certo parallelismo fra le due metà del diritto. Il cittadino, infatti, può invocare un diritto soggettivo tanto nei confronti di un privato, quanto nei confronti del potere politico. Regole nuove, introdotte nei paesi romanisti, conducono a risultati analoghi.

b) Il diritto pubblico è nato quando la divisione del lavoro e delle funzioni ha reso necessaria la fissazione delle prerogative degli strati sociali più in vista: cioè dei sacerdoti, dei militari, dei nobili, degli scribi, ecc. Il medio evo a sua volta ha conosciuto lo statuto dell'ecclesiastico, del nobile, del mercante, del servo. Ma il diritto liberale, con la regola di uguaglianza che lo accompagna, ha dissolto il privilegio della casta.

c) Il diritto pubblico assegna al potere l'autorità che occorre per legiferare e per stabilire quali saranno le entrate dello Stato e i doveri del contribuente. Ma il nuovo diritto, che identifica l'organo chiamato al-

l'esercizio di questa prerogativa con il Parlamento, distribuisce tra i cittadini adulti il potere di partecipare alla selezione dei membri del Parlamento.

d) Giova ora menzionare la novella funzione della costituzione (formale o materiale che essa sia).

Il diritto privato, finché ha mantenuto integri i suoi connotati originali, fu consuetudinario, e, poiché la consuetudine è la traduzione immediata della cultura della comunità data, ciò che era giuridico appariva anche giusto, tranne quando le segmentazioni sociali (che non sono mai prodotte dalla sola consuetudine, e portano con sé una connotazione pubblicistica) creavano disparità odiose di trattamento fra le caste o fra le etnie.

Finché il diritto privato è consuetudinario non ha bisogno di giustificazione, bastando al fine il consenso di coloro che lo praticano.

Il diritto pubblico ha bisogno, invece, di una giustificazione convincente, perché carica il cittadino di prestazioni fiscali e militari, nonché di regole amministrative che scendono in campo senza che il singolo interessato vi consenta. Questa giustificazione oggi si situa a livello soprannaturale solo nel mondo islamico. Nella tradizione occidentale si tende a ritrovare l'idea legittimante in una concezione politica, in valori politici apparentati a regole etiche. E per lo più si affida ad un organo dello Stato, l'assemblea costituente, il compito di formulare solennemente questa concezione, in cui si ama vedere la nuova verità. La presenza di una costituzione, mentre giustifica la forza del potere politico, delimita peraltro, con rigore, le modalità di esercizio di questo potere.

Abbiamo accennato a tanti cambiamenti recenti. Per effetto di essi, nuove correlazioni passano tra il diritto pubblico e il privato. Il diritto privato, che esiste da sempre, è fatto per i membri della società, e nel corso della sua storia è stato maneggiato dal dotto o dal potere. Il diritto pubblico, più recente, è stato istituito per creare un potere politico centralizzato, e assegnare a quest'ultimo il dominio sulla società. Oggi peraltro questo potere e questo dominio sono sottoposti a una serie di controlli giuridici.

Ne segue che il diritto pubblico, mentre edifica un potere politico centralizzato, e gli assegna il dominio sulla società, sottopone poi que-

sto potere a sistematici e severi controlli giuridici. Il diritto privato gli ha ceduto i propri caratteri.

e) Allorché il diritto pubblico ha messo le mani sul diritto privato, la legittimazione propria del diritto pubblico si è estesa al diritto privato. Il soprannaturale ha garantito l'una e l'altra metà dell'ordinamento. Con ulteriori passaggi alternativi, si è vista la fonte di tutto il diritto in un soprannaturale laicizzato, impersonale (la natura umana, la ragione umana) o personificato (il re assoluto); con un nuovo passaggio, alla volontà del re si sostituirà la volontà dello Stato. Giacobini, hegeliani, leninisti e altri teorici dello Stato-partito offriranno materiali per dare all'idea radici filosofiche.

Da ultimo, in un'atmosfera più favorevole alla centralità delle persone (ossia dei cittadini, dei privati) e delle loro scelte si tende a rivalutare la creazione sociale spontanea del diritto privato⁴ (mentre il discorso non potrebbe estendersi con pari latitudine al diritto pubblico, più autoritativo e più legato ad una volontà dominante, che lo produce).

Questa creazione sociale si esprime nelle consuetudini e negli usi mercantili, si manifesta nelle fonti atipiche che ispirano l'interpretazione innovativa dello studioso o del giudice, si estrinseca nel gioco di crittotipi notevoli.

I Principii di Unidroit sono l'esempio di un pensiero non autoritativo, che si propone come criterio giuridico per la soluzione dei conflitti.

Questa presenza «naturale» di elementi non autoritativi, pronti ad erodere la regola scritta, e difficili da individuare, è responsabile del fatto che lo spettrogramma del diritto privato è particolarmente ricco di formanti contraddittorii, donde la maggiore complessità e ricchezza dell'indagine comparatistica nell'area privatistica.

⁴ Vengono in aiuto al giurista i filosofi del diritto: von Hayek, Bruno Leoni, e tanti altri.

LE REGOLE ANTITRUST TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

Gian Antonio Benacchio

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La distinzione nel diritto Antitrust. – 3. Regole di concorrenza tra tutela pubblica e tutela privata (public enforcement e private enforcement). – a. L'apporto della giurisprudenza. – b. L'apporto del legislatore UE. – c. La pregiudizialità amministrativa. – 4. Concorrenza e tutela dei consumatori. – 5. Conclusioni.*

1. Introduzione

Come ogni classificazione, partizione, categorizzazione, anche la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato esiste nella misura in cui noi, giuristi, vogliamo che esista. Siamo noi che la creiamo; tanto che, come abbiamo sentito nelle relazioni presentate in questi giorni al Convegno, tale distinzione non solo ha avuto alterne vicende nella storia anche meno recente, ma neppure è presente in tutti i Paesi.

E noi, giuristi, utilizziamo e vogliamo questa distinzione per diversi motivi: un po' per abitudine e tradizione, un po' per ragioni di sistematica, un po' per giustificare determinate scelte o soluzioni diverse, un po' per motivi politico-culturali.

Noi, infatti, siamo abituati a far coincidere il diritto pubblico con quelle regole concepite per esigenze di organizzazione statale, amministrativa, oppure anche per rispondere a necessità di ordine pubblico, o per proteggere interessi che travalicano quelli della singola persona, interessi che coinvolgono l'intera società.

Basti pensare, ad esempio, alla discussione nel secondo dopoguerra sulla natura pubblica o privata del diritto di famiglia: non si trattava di una discussione solo giuridica, ma anche politico-culturale-sociale per intendersi su quale valore dare alla famiglia, al matrimonio, alla filia-

zione, allo *status* dei figli nati fuori del matrimonio o in costanza di matrimonio, ecc.

Sono molti decenni ormai che si discute sulla attualità e utilità di questa distinzione pubblico/privato; ciò nonostante essa ha continuato inesorabilmente ad esistere.

Eppure essa è sempre più frequentemente messa in discussione da una serie di interventi per lo più normativi ma anche giurisprudenziali, sia nazionali che comunitari, che ne riducono, ne assottigliano il confine, fino a farci chiedere se la distinzione continui davvero ad avere un senso, un significato, una utilità.

2. *La distinzione nel diritto Antitrust*

Questo processo di progressivo avvicinamento tra quelli che siamo soliti considerare come i due principali rami del diritto, è particolarmente evidente nell'ambito del *diritto Antitrust*, dove assistiamo ad un processo che va da una semplice interazione o collaborazione o sinergia fino ad una vera e propria integrazione dell'uno nell'altro, fino a farne sbiadire se non addirittura cancellare i rispettivi confini.

Il diritto Antitrust offre una serie molto nutrita di istituti nuovi oppure di istituti vecchi ma rivisitati, ricostruiti, che, grazie a nuove necessità ed esigenze, fanno evidenziare quanto la distinzione tra pubblico e privato possa essere effimera, labile, e quanto istituti da sempre considerati tipicamente pubblicistici possano confondersi con istituti da sempre considerati tipicamente privatistici, dando vita a forme di interazione tra pubblico e privato considerate impensabili fino a pochi anni fa.

Paradossalmente, proprio in una materia come l'Antitrust che, come vedremo, sembra fondarsi su una netta distinzione tra *pubblico* e *privato*, in realtà proprio in questa materia noi troviamo uno dei più significativi ed evidenti esempi di quanto la distinzione sia messa in discussione, di quanto vi sia "contaminazione" tra l'una e l'altra delle due aree.

Come dicevo noi giuristi siamo soliti far rientrare, grosso modo, nel diritto pubblico le regole che disciplinano interessi della collettività,

mentre ascriviamo al diritto privato le regole che riguardano la tutela di diritti e di interessi individuali.

Ora, proprio con riferimento a questo criterio fondamentale, bisogna chiedersi: il diritto Antitrust, il diritto moderno della concorrenza, è diritto pubblico o diritto privato? Le sue regole proteggono diritti individuali (imprese, consumatori, cittadini) o collettivi (libera concorrenza, mercato)?

La soluzione non è affatto scontata.

Basti pensare, ad esempio che, in Italia, fino all'anno zero dalla disciplina Antitrust, cioè al 1990 con l'entrata in vigore della Legge n. 287/90 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato"), le uniche e poche disposizioni che si occupavano di concorrenza erano contenute nel Codice civile. Tra queste, l'art. 2596 c.c. in tema di *patti restrittivi della concorrenza*, e l'art. 2597 c.c. in tema di *obbligo a contrarre per le imprese monopoliste*, possono essere considerate le più vicine alle problematiche che la materia della concorrenza deve affrontare in questi ultimi anni.

Eppure le due norme citate sono di natura essenzialmente privatistica la cui applicazione era (ed è) demandata ai tribunali ordinari.

Nell'ordinamento statunitense il diritto Antitrust dello *Scherman Act* si è sviluppato soprattutto nei tribunali civili proprio grazie alle azioni di risarcimento intentate da imprese concorrenti.

È lo stesso David Gerber ad affermare che, negli Stati Uniti, "le azioni Antitrust nelle liti tra privati... hanno spesso giocato un ruolo preminente rispetto a quello dell'Autorità pubblica nell'applicazione delle regole sulla concorrenza". Al contrario, nell'Europa continentale "la disciplina della concorrenza si è originariamente sviluppata come strumento amministrativo, come un mezzo per lo Stato per intervenire nelle dinamiche di mercato al fine di salvaguardare gli interessi pubblici". "La rigida distinzione che animava il pensiero giuridico continentale europeo, tra norma posta a tutela di un interesse pubblico e norma posta a tutela di un interesse privato, ebbe l'effetto di forzare la disciplina della concorrenza nella branca del diritto pubblico, e in particolare nel settore amministrativo, dato che la disciplina della concorrenza non era stata concepita come una materia privatistica e quindi non poteva essere applicata nei tribunali a tutela di posizioni giuridiche sog-

gettive. La disciplina della concorrenza si è sviluppata perciò in seno al diritto amministrativo, nel cui raggio d'azione è stata collocata da quel momento in poi¹.

Anche per quanto riguarda più propriamente l'ordinamento italiano tale considerazione trova piena conferma nella Legge 287 del 1990, legge concepita per permettere quello specifico controllo pubblico sui comportamenti delle imprese volto a garantire, come più volte aveva richiesto la Commissione europea, un mercato libero, aperto, concorrenziale, non discriminatorio.

3. Regole di concorrenza tra tutela pubblica e tutela privata (public enforcement e private enforcement)

a. L'apporto della giurisprudenza

Se, dunque, l'alveo nel quale è stata inserita la normativa Antitrust è quello del diritto pubblico/amministrativo, ciò non ha impedito di far evolvere la disciplina arricchendosi di alcuni strumenti tipicamente privatistici. Tale evoluzione verso una apertura ad aspetti privatistici della disciplina Antitrust ha caratterizzato tutti gli Stati europei ed è fortemente debitrice all'attività della Commissione europea e della Corte di giustizia.

Mi riferisco all'evoluzione che ha avuto negli ultimi 15 anni in Europa e in Italia il rapporto tra *private enforcement* e *public enforcement*, tra azioni di risarcimento danni per violazione di regole Antitrust e attività cognitiva e repressiva dell'Agcm (versante nazionale) e della Commissione (versante comunitario) nei confronti di pratiche anticoncorrenziali o di abusi di posizioni dominanti.

Da un punto di vista storico, la chiave di volta del nuovo rapporto tra pubblico e privato, tra giudici amministrativi e giudici ordinari, tra *public* e *private enforcement* è rappresentata dalla sentenza di ormai

¹ D. GERBER, *Il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale: Stati Uniti ed Europa a confronto*, *Quaderni del Centro di Documentazione Europea*, Trento, 2010, pp. 10 ss.

quattordici anni fa, la sentenza *Courage*² del 20 settembre 2001 con la sua celebre affermazione “chiunque può chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza”.

A dire il vero quella frase, divenuta di fatto un vero e proprio principio di diritto comunitario, era stata elaborata con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno derivante proprio da *colui che era stato parte* di un accordo anticoncorrenziale (e il dubbio sulla possibilità di tutelare giuridicamente ed economicamente anche chi ha contribuito a violare una norma imperativa era stato il vero motivo del rinvio da parte del giudice inglese).

Tuttavia essa è stata poi in qualche misura strumentalizzata e utilizzata in un senso non esattamente analogo a quello iniziale; il principio per cui *chiunque può chiedere il risarcimento del danno Antitrust*, infatti, è stato successivamente utilizzato non solo a favore di colui che era stato parte di una intesa anticoncorrenziale ma, in generale, *a favore di qualunque soggetto, persona fisica o impresa, che avesse subito un danno* in conseguenza del comportamento illecito delle imprese colluse.

Quella frase è stata quindi utilizzata per spalancare le porte al *private enforcement* del diritto Antitrust e per preparare il terreno ad alcuni fondamentali atti normativi comunitari tra i quali ricordiamo in particolare il *Regolamento 1/2003* sulla modernizzazione del diritto *Antitrust* e la più recente *Direttiva 2014/104* sul risarcimento del danno *Antitrust*.

Come afferma la citata sentenza *Courage* in un altro passaggio fondamentale, “un siffatto diritto rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi e le pratiche che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest’ottica, le azioni di risarcimento dei danni davanti ai giudici nazionali possono contribuire al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità”.

Il diritto al risarcimento del danno *Antitrust*, dunque, affianca e rafforza la sanzione della nullità di pieno diritto prevista dal Trattato all’articolo 101.2, completando, in questo modo, il lato privatistico della

² Corte di giustizia, *Courage c. Crehan*, C-453/99.

reazione dell'ordinamento giuridico comunitario alle illecite distorsioni della concorrenza.

Il messaggio che giunge dalla sentenza *Courage* è duplice.

- a) Da un lato, infatti, si deduce che l'azione civile, il risarcimento del danno, il diritto privato insomma, può contribuire al raggiungimento del medesimo scopo del *public enforcement*, del controllo amministrativo, del diritto pubblico;
- b) dall'altro lato se ne deduce che la tutela privata non è fine a se stessa, non è finalizzata esclusivamente a risarcire il danno; in altre parole il risarcimento del danno *Antitrust* non è un fine ma un mezzo attraverso il quale lo Stato può rafforzare la tutela del mercato e della concorrenza.

b. L'apporto del legislatore UE

Se la chiave di volta del rapporto tra pubblico e privato nel settore Antitrust è rappresentata dalla citata sentenza *Courage c. Crehan*, il Regolamento comunitario n. 1/2003, rappresenta il consolidamento di questa congiunzione, di questo matrimonio tra il pubblico e il privato.

Nel solco di quanto affermato dai giudici di Lussemburgo, il Regolamento afferma testualmente che: “Le giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie. Esse tutelano i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni. Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri”³.

Ancora più interessanti sono le affermazioni contenute nella Direttiva 2014/104⁴ che detta, per la prima volta, alcune importanti e fondamentali regole in tema di azione di risarcimento del danno Antitrust.

³ Regolamento n. 1/2003, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 [oggi 101 e 102] del Trattato*, Considerando n. 7.

⁴ Direttiva del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle*

L'art. 1 della Direttiva 2014/104 sancisce espressamente che il suo fine consiste nel dettare “norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento”, salvo poi precisare nella seconda parte che tali norme consistono nel garantire “a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione”.

Ora, a ben vedere, l'obiettivo di *promuovere una concorrenza non falsata* nel mercato *eliminando gli eventuali ostacoli* al suo dispiegarsi, è esattamente l'obiettivo che la Commissione e le Autorità garanti nazionali si propongono di raggiungere attraverso gli strumenti previsti agli artt. 101 (*cartelli*) e 102 (*abuso di posizione dominante*) del TFUE (nonché attraverso le rispettive disposizioni nazionali per quanto riguarda le fattispecie a carattere meramente interno).

Ciò significa che, grazie alla Direttiva 2014/104, i divieti di *cartelli* e di *abusi di posizione dominante* da strumenti a disposizione delle istituzioni amministrative per garantire la tutela di interessi pubblicistici tutelabili in sede di Commissione europea (e Corte di giustizia) o di Autorità garanti nazionali (e giurisdizioni amministrative), sono ora diventati strumenti utilizzabili dai privati, cittadini e imprese, per fare leva sull'azione di risarcimento danni, da esercitarsi ovviamente avanti i tribunali ordinari anziché presso le Autorità o gli organi di Giustizia amministrativa.

c. La pregiudizialità amministrativa

Come è noto, le azioni di danno Antitrust si distinguono in azioni *follow-on*⁵ ed azioni *stand-alone*⁶. Anche in questo caso la distinzione

disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati Membri e dell'Unione europea, da recepire entro il 27 dicembre 2016.

⁵ Si definiscono *follow-on* le azioni fondate su di un'illecita distorsione della concorrenza accertata dall'Autorità (nazionale o comunitaria) con provvedimento definitivo. Le azioni civili *follow-on*, quindi, seguono cronologicamente il provvedimento dell'Autorità. Come vedremo, la relazione che lega l'azione privata al provvedimento amministrativo va al di là del mero elemento temporale per riflettersi più incisivamente su specifici aspetti sostanziali e procedurali dell'azione.

⁶ Le azioni *stand-alone*, al contrario, vengono incardinate dall'attore in assenza di un precedente accertamento della violazione delle regole di concorrenza da parte del-

riflette il carattere bifronte (pubblico/privato) del sistema di applicazione delle regole di concorrenza, suscettibili di una applicazione parallela ed autonoma da parte delle Autorità di concorrenza (nazionali e comunitaria) e delle giurisdizioni nazionali.

Abbiamo già rilevato l'importanza di tale applicazione complementare, tanto nell'ottica dell'effettività delle regole Antitrust quanto nel complessivo effetto deterrente.

Eppure i vantaggi dovuti all'interazione tra *public & private enforcement* non si esauriscono a livello (generale) di sistema, ma si riscontrano anche a livello particolare (nella singola azione giudiziale).

Si pensi, infatti, alla relativa facilità della proposizione di un'azione di danno (quantomeno in merito all'accertamento della violazione) dopo che, ad esempio, sulla fattispecie sostanziale posta a fondamento della domanda (l'illecito anticompetitivo) si sia espressa, con provvedimento definitivo, l'Autorità di concorrenza.

Tuttavia, nelle azioni *stand-alone*, le giurisdizioni nazionali non sono lasciate completamente sole nel maneggiare la difficoltà insita nei casi *Antitrust*. Infatti, nell'ambito del principio di *cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali*, in tutte le ipotesi di violazione delle regole comunitarie di concorrenza i giudici nazionali possono, secondo quanto stabilito dall'articolo 15.1 del Regolamento 1/2003, chiedere alla Commissione di trasmettere "le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie". Inoltre, "qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 101 o dell'articolo 102 del Trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati Membri. Previa autorizzazione

l'Autorità amministrativa. Spetterà, dunque, alla Giurisdizione nazionale adita accertare la supposta violazione delle regole di concorrenza nel mercato ed, eventualmente, liquidare il danno sofferto dalla vittima. È evidente che le azioni *stand-alone* si preannunciano astrattamente più complesse rispetto a quelle che seguono (e si fondano) su di un accertamento dell'illecita violazione delle regole di concorrenza da parte di un organo altamente specializzato quale l'Autorità garante e dotato di poteri di investigazione e di ispezione piuttosto accentuati.

della giurisdizione competente, essa può inoltre presentare osservazioni orali”⁷.

Analoga collaborazione è sancita, sul piano interno, tra le Autorità garanti della concorrenza degli Stati Membri e le *giurisdizioni nazionali dei rispettivi Stati Membri*.

Le regole appena richiamate valgono, ovviamente, tanto nei casi *follow-on* che in quelli *stand-alone*, anche se è proprio in quest’ultima tipologia di casi che esse assumono una maggiore rilevanza.

Il carattere bifronte (pubblico/privato) dell’applicazione delle regole di concorrenza porta necessariamente con sé l’esigenza di stabilire un meccanismo di coordinamento minimo tra l’attività dell’autorità amministrativa e di quella giurisdizionale. Difatti, l’applicazione parallela delle regole di concorrenza implica una potenziale sovrapposizione dell’attività dei due organi, chiamati a pronunciarsi, a diverso titolo ed in tempi diversi, sulla medesima questione sostanziale.

In particolare, quando un soggetto leso da un illecito anticompetitivo si rivolge alla giurisdizione nazionale per chiedere tutela di un proprio diritto soggettivo leso, le Corti nazionali, nell’applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE, svolgono una funzione specifica, diversa dall’applicazione fattane nell’interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità nazionali garanti della concorrenza⁸.

Da questa prospettiva, l’intervento pubblico e quello privato rafforzano, ciascuno a proprio modo, l’effettività complessiva del sistema di applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico. Le due modalità di applicazione si caratterizzano per una sostanziale diversità di obiettivi e finalità, che si riflette, tra l’altro, sull’intensità dei poteri a disposizione dell’Autorità e delle Corti, sulle modalità concrete di intervento e sui tempi dell’azione.

Ad esempio, solo alle giurisdizioni nazionali è riconosciuto il potere di dichiarare la nullità di un contratto *ex* articolo 101.2 del Trattato o concedere il risarcimento del danno patrimoniale sofferto dalla vittima.

⁷ Cfr. articolo n. 15 del Regolamento 1/2003, cit.

⁸ Si veda sentenza Tribunale di Prima Istanza, del 18 settembre 1992, T-24/90, *Automec c. Commissione*, punto 85.

A seguito della decentralizzazione dell'applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, il coordinamento dell'intervento amministrativo e giudiziale ha assunto una rilevanza ancora maggiore.

Il problema della pregiudizialità amministrativa consiste, quindi, proprio nel determinare, se ed in quale misura il giudice nazionale che si trovi ad applicare, in un caso concreto, l'articolo 101 o l'articolo 102 del Trattato debba considerarsi (giuridicamente) vincolato a seguire un precedente provvedimento dell'Autorità amministrativa (nazionale, comunitaria o di un altro Stato Membro)⁹.

Il problema della definizione del rapporto di pregiudizialità intercorrente tra la decisione amministrativa e quella giurisdizionale si può porre sia sul piano interno (come avviene nel caso del provvedimento dell'Autorità nazionale rispetto a quello dei giudici dello stesso Stato Membro), sia sul piano comunitario (nel caso di un provvedimento della Commissione europea rispetto a quello dei giudici di ogni altro Stato Membro), sia sul piano intracomunitario (nel caso della decisione di un'Autorità di concorrenza nazionale rispetto a quella del giudice di un altro Stato Membro).

Di tali rischi è consapevole il legislatore comunitario, tanto che nel Considerando n. 22 del Regolamento 1/2003 si legge che “per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell'applicazione uniforme delle regole di concorrenza comunitarie in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti fra decisioni”.

L'art. 16 del Regolamento 1/2003 (rubricato *Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*), codifica le regole elaborate dalla Corte di giustizia nei casi *Delimitis* e *Masterfood* delineando il meccanismo di coordinamento *comunitario* tra l'operato della Commissione e l'azione delle giurisdizioni nazionali: queste ultime, quando applicano l'articolo 101 o 102 del Trattato, non possono adottare decisioni che contrastino con una decisione già adottata dalla Commissione.

Pertanto, sul piano comunitario, nel caso in cui esista una precedente *Decisione* della Commissione, l'applicazione uniforme degli articoli 101 ed 102 del Trattato dovrebbe essere garantita dal fatto che i tribu-

⁹ La questione assume rilievo, ovviamente, soltanto nelle azioni *follow-on*.

nali nazionali non potranno adottare decisioni contrastanti con la Decisione della Commissione (ferma restando la possibilità di presentare alla Corte di giustizia un ricorso in via pregiudiziale in merito alla validità o all'interpretazione della Decisione stessa)¹⁰.

Sul piano interno, nazionale, il rapporto tra le decisioni delle Autorità garanti e quelle delle rispettive giurisdizioni nazionali è stato affrontato e risolto solo recentemente, grazie alla Direttiva 2014/104 in tema di risarcimento del danno da comportamento anticoncorrenziale.

Si noti, infatti, che l'effettività e l'uniformità dell'applicazione delle regole di concorrenza nel mercato unico non può non passare anche attraverso il riconoscimento di una forza vincolante intracomunitaria ai provvedimenti delle Autorità di concorrenza nazionali, sempre e quando il provvedimento *de quo* abbia valore definitivo, sia cioè inappellabile.

Prendendo spunto dalla legislazione tedesca, che ha costituito negli ultimi anni il fronte più avanzato a livello europeo su questo specifico aspetto e, in particolare dalla riforma della Legge di Concorrenza (*GWB*), la citata Direttiva 2014/104, all'art. 9 rubricato "effetto delle decisioni nazionali", impone agli Stati Membri di provvedere affinché "...una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza".

Lo scopo della norma è, ovviamente, quello di impedire che le due Autorità (AGCM e giurisdizione ordinaria) possano approdare a soluzioni divergenti o addirittura opposte; sta di fatto, comunque, che una decisione presa nell'ambito di un procedimento amministrativo volto alla tutela del mercato e della concorrenza produce effetti vincolanti

¹⁰ Art. 16.1 del Reg. 1/2003 dove si legge che "tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 267 del TFUE". Qualora invece la decisione non sia stata ancora adottata dalla Commissione nell'ambito di un procedimento da essa già avviato, le giurisdizioni nazionali dovranno valutare l'opportunità di sospendere il procedimento presso di esse eventualmente incardinato (art. 16.1 del Reg. 1/2003).

anche nell'ambito di un procedimento giurisdizionale volto a far risarcire il danno arrecato al singolo.

Tale esigenza di uniformazione delle valutazioni dei comportamenti delle imprese in materia è sentita anche nel caso di decisioni di un'Autorità garante straniera; la soluzione è però parzialmente diversa in quanto la decisione dell'Authority pur non essendo vincolante per il giudice di un altro Stato, sarà da questi valutata come *prova non definitiva*, come una specie di presunzione *iuris tantum*: “Gli Stati Membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato Membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti” (art. 9, c. 2 dir. 2014/104)¹¹.

4. Concorrenza e tutela dei consumatori

La distinzione tra sfera pubblica e sfera privata, tra interesse pubblico e interesse privato, distinzione che sta alla base della dicotomia pubblico/privato è quindi sempre meno netta, meno precisa.

Ciò avviene perché quello che prima era considerato prevalentemente un interesse pubblico oggi è diventato anche un interesse privato e,

¹¹ A dire il vero, già prima della Direttiva 2014/104 e in mancanza di una presa di posizione del legislatore, la Corte di Cassazione, confermando l'indipendenza della giurisdizione civile rispetto a quella amministrativa, aveva riconosciuto, proprio in considerazione della notevole specializzazione dell'*AGCM* e della sua indubbia indipendenza come Istituzione, che il carattere autorevole delle sue decisioni può consentire al giudice di merito di fondare sulle stesse delle presunzioni relative rispetto all'accertamento della violazione delle regole di concorrenza. Secondo la Corte, per dimostrare l'esistenza dell'illecito Antitrust, il danneggiato avrà “l'onere di allegare [...] l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale [...] ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi [...]”; cfr. Cass. civ., 2 febbraio 2007, III sez., n. 2305, p. V.

viceversa, quello che prima veniva considerato un interesse privato è divenuto interesse anche collettivo.

Questo aspetto si coglie con particolare evidenza nel rapporto tra *concorrenza e tutela dei consumatori*.

Se normalmente siamo soliti ascrivere le disposizioni in materia di tutela del consumatore nell'ambito del diritto privato, condizionati sicuramente dalle numerose regole contrattuali, dalle disposizioni di controllo sulle loro clausole, dai modelli di tutela del contraente debole, ecc., tuttavia ci sono molti aspetti della materia che non trovano una così precisa collocazione.

E questo si riflette su quello che unanimemente viene considerato il duplice ruolo o, meglio, la *duplice funzione* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

In effetti l'AGCM è oggi¹² competente ad occuparsi anche delle pratiche commerciali scorrette delle imprese nei confronti dei consumatori inserite in condizioni generali di contratto o moduli, modelli e formulari predisposti dalle imprese, della vessatorietà delle clausole contrattuali¹³ nonché delle recenti disposizioni contenute nel d.lgs. n. 21/2014¹⁴ sui diritti dei consumatori.

Ora, se è vero che le questioni relative alla validità di una clausola reputata vessatoria o al risarcimento del danno subito dal consumatore o dalle imprese sono affidate al giudice ordinario, non può passare inosservato che anche l'intervento dell'Autorità amministrativa è rivolto alla valutazione del rapporto sinallagmatico che può comportare l'eliminazione degli effetti *contra legem*.

In materia di pratiche commerciali scorrette, ad esempio, la Direttiva 2005/29 aveva lasciato libertà agli Stati di scegliere se affidare i poteri di *enforcement* ad una autorità giurisdizionale o ad una autorità amministrativa (art. 11, par. 1 della Direttiva).

¹² Più precisamente con il d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, in attuazione della Direttiva 2005/29 *relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, che ha sostituito gli artt. 18-27 del *Codice del consumo*.

¹³ Art. 37-*bis*, del *Codice del consumo*, inserito dall'art. 5, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27.

¹⁴ In attuazione della Direttiva 2011/83.

Nel nostro ordinamento (seguendo l'esempio statunitense) la competenza è stata affidata all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. Tale scelta, effettuata con il d.lgs. n. 145/2007, conferma anche per quanto riguarda questo tema, la duplicità del carattere della disciplina della concorrenza che coniuga all'interno di un'unica Autorità amministrativa, la tutela di interessi pubblici (la concorrenza e il mercato) e interessi privati (i consumatori e le singole imprese).

Dal punto di vista dei poteri dell'AGCM ricordo che questi non consistono soltanto nell'*inibire* la continuazione delle pratiche commerciali scorrette ma anche nella *eliminazione degli effetti* del comportamento scorretto (art. 27, c. 2 *Codice del consumo*).

È innegabile, dunque, che l'Autorità garante, nello svolgimento del compito affidatole, svolga una attività di valutazione del rapporto contrattuale, sinallagmatico, tra individui o tra imprese che non può non avere ripercussioni sull'eventuale piano risarcitorio di cui il giudice ordinario rimane competente.

Ancora più evidente è il riferimento all'art. 37-bis del *Codice del consumo*¹⁵ in base al quale "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato... dichiara la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari".

Ciò vuol dire che all'Autorità amministrativa, e al giudice amministrativo, ai quali viene attribuito il potere di accertare se le condizioni contrattuali alterano in maniera significativa l'equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, viene affidata una competenza atta a verificare l'esercizio di una attività negoziale¹⁶.

¹⁵ Inserito dall'art. 5 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

¹⁶ Sul tema vedi V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in G. PELLEGRINO, A. STERPA (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014.

5. Conclusioni

Quanto è stato sopra illustrato, ci dimostra, innanzitutto, che il diritto Antitrust ha bisogno di regole privatistiche per potersi esprimere nella sua maggiore potenzialità. Ma anche il *Private Antitrust Enforcement* ha la necessità di utilizzare il diritto pubblico per dare maggiore effettività al diritto dei privati e alla tutela dei loro diritti.

Il diritto *Antitrust* favorisce dunque la coniugazione pubblico/privato per una sua maggiore efficacia e per raggiungere i propri obiettivi in modo più penetrante.

Da una parte abbiamo strumenti privatistici (risarcimento del danno) che vengono utilizzati per rafforzare gli effetti della politica Antitrust; dall'altra abbiamo un'Autorità garante della concorrenza che interviene all'interno di un rapporto individuale per stabilire se quel rapporto dia luogo a comportamenti scorretti o contro la buona fede, o se l'equilibrio contrattuale è compromesso, e quindi per correggere l'asimmetria tra le parti.

A causa della complessità dei temi e del loro intrecciarsi con un'infinità di regole, di prassi, di esigenze e di necessità in continuo divenire, non è facile individuare a cosa sia dovuto questo fenomeno di "riposizionamento" delle regole di diritto pubblico/privato nell'odierno ordinamento giuridico.

A mio avviso, è possibile azzardare una risposta affermando che alla base del fenomeno descritto vi è il forte mutamento socio-politico che stiamo vivendo in questi ultimi decenni, dal secondo dopoguerra in poi.

Un mutamento che riguarda, tra l'altro, la posizione del singolo, dell'individuo nei confronti del potere, delle istituzioni, della politica, dell'economia, della società in generale.

In altre parole l'individuo è sempre meno suddito e sempre più cittadino, sempre più indotto a partecipare al complesso meccanismo con il quale si esercita il potere, consapevole che il suo destino di persona, di cittadino, di consumatore, di risparmiatore, il suo destino anche economico insomma, è strettamente legato non solo alla produzione delle regole da parte dei suoi rappresentanti politici ma anche al corretto funzionamento delle medesime.

C'è una nota sentenza della Cassazione che sancisce questa presa di coscienza e riassume emblematicamente il senso del mutamento. Mi riferisco alla sentenza *Cass. 4 febbraio 2005, n. 2207*, nella quale si afferma che “La legge Antitrust 287/90 non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse alla conservazione del suo carattere competitivo fino al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”.

In questo processo evolutivo il diritto comunitario ha sicuramente avuto il ruolo principale.

Basti pensare che le regole finalizzate alla creazione di un mercato unico e, quindi, *in primis* alle regole sulla concorrenza ma anche a quelle sulla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali che ne costituiscono il corollario, così come sono sistematicamente formulate nel Trattato e così come sono state interpretate dalla Corte di giustizia, si rivolgono non soltanto agli Stati né soltanto agli individui ma ad entrambi congiuntamente.

Ciò ha consentito al giurista europeo di abituarsi all'idea che una medesima norma possa avere allo stesso tempo una valenza tanto verticale quanto orizzontale, possa essere tanto a valenza organizzativa/di-spositiva quanto a valenza regolatrice di rapporti individuali.

Norme, quindi, come sono appunto quelle a tutela del mercato, che contengono in sé il superamento della distinzione tra sfera pubblica e sfera privata.

Il diritto Antitrust ci insegna, in sostanza, che le nozioni di Stato e mercato, di autorità e autonomia, di pubblico e privato non sono necessariamente in contrapposizione ma l'una e l'altra si completano a vicenda, l'una e l'altra possono interagire per il raggiungimento di scopi condivisi.

In questo senso diventa sempre più difficile, riconoscere nell'ambito della materia Antitrust il confine preciso tra diritto pubblico e diritto privato, ammesso che, in questa materia, ancora esista.

IL DIRITTO DEGLI INVESTIMENTI E L'ARBITRATO

Andrea Giardina

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il sostanziale abbandono dei classici schemi interstatali della protezione degli investimenti e la Convenzione di Washington del 1965: il sistema ICSID. – 3. L'espansione dell'arbitrato in tema di investimenti. – 4. L'introduzione dell'Arbitration without privity. – 5. L'ampliamento della nozione di Investimento. – 6. L'ampliamento degli standards di protezione dell'investimento e la clausola della nazione più favorita. – 7. Le espropriazioni dirette e indirette. – 8. Segue: Qualche sviluppo al riguardo e le Regulatory Measures. – 9. L'impatto dell'Unione europea sull'arbitrato degli investimenti e conclusioni.*

1. Introduzione

Sono molto grato agli organizzatori del IV Congresso nazionale della SIRD per l'onore che mi è fatto di presentare una relazione sul diritto internazionale degli investimenti, partecipando così al dibattito fra eminenti comparatisti sul tema del “Declino della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato”.

Dalla scelta dei temi e dal contenuto delle relazioni affidate si comprende che il tema generale del declino della distinzione implica l'analisi, a seconda dei vari settori, di strutture ed elementi privatistici in materie ed istituti essenzialmente pubblicistici e, di converso, l'analisi di strutture ed elementi pubblicistici in materie ed istituti essenzialmente privatistici.

Penso che il diritto internazionale degli investimenti nei suoi rapidi e tumultuosi sviluppi recenti offra interessanti esempi di entrambi i tipi di fenomeni.

Gli interessi pubblici alla protezione degli investimenti all'estero hanno sempre dovuto confrontarsi con il rispetto degli impegni contrat-

tuali internazionali assunti fra privati o, talvolta, fra investitori e Stati stranieri.

Peraltro, in situazioni contrattuali di impostazione essenzialmente privatistica, si manifesta la necessità di tener conto di misure pubblicistiche e regolamentari che si impongono a protezione di interessi pubblici e generali.

L'evoluzione del diritto degli investimenti internazionali verrà descritta dunque qui di seguito mettendo in luce i vari sviluppi che dimostrano una commistione sempre più intensa fra elementi pubblicistici e privatistici nella disciplina degli investimenti.

Da un lato, la finalità generale della protezione degli investimenti ha progressivamente determinato una tutela crescente degli interessi dei privati investitori rispetto agli interessi degli Stati regolamentatori delle attività economiche degli stranieri nel loro territorio.

Ne rappresenteranno una chiara prova: la possibilità dei privati di ricorrere all'arbitrato pur senza aver stipulato contratti con clausole bilaterali, ma sulla semplice base di clausole generali contenute nei Trattati bilaterali fra Stati sulla protezione degli investimenti; l'ampliamento del concetto di investimento oggetto della protezione; l'introduzione e l'applicazione della figura delle espropriazioni indirette, oltre che dirette e gli indennizzi calcolati sulle legittime aspettative degli investitori.

Dall'altro lato, gli interessi pubblici degli Stati alla regolamentazione degli investimenti fino al limite di non considerare più espropriazioni quelle misure adottate ad esempio a tutela dell'ambiente, della salute umana, della sicurezza e dell'ordine pubblico appaiono ormai in via di definitivo consolidamento.

A questo riguardo verrà osservato come l'ingresso dell'Unione europea sulla scena del regime internazionale degli investimenti a seguito dell'assunzione, con il Trattato di Amsterdam, da parte della UE della competenza in materia di investimenti, appare suscettibile di notevoli implicazioni, tutte tendenti ad assicurare la prevalenza fra le norme comunitarie a protezione dei valori pubblici della UE, rispetto alle norme internazionali a protezione degli interessi fra investitori privati stranieri o, almeno, tendenti ad un più equo temperamento fra i due tipi di norme.

2. Il sostanziale abbandono dei classici schemi interstatali della protezione degli investimenti e la Convenzione di Washington del 1965: il sistema ICSID

Tradizionalmente la disciplina relativa alla protezione accordata agli investimenti era basata, a livello internazionale, su trattati bilaterali e multilaterali con la previsione di standard minimi di trattamento dello straniero, e a livello nazionale, su normative di protezione dell'investimento straniero in funzione dell'interesse del Paese ospite al suo sviluppo economico generale o di un settore particolare di attività. È pertanto evidente come il sistema di protezione degli investimenti in esame era caratterizzato dai diversi e talvolta contrapposti interessi degli Stati coinvolti, piuttosto che sulla loro cooperazione. È stata proprio la necessità di superare i problemi e le contrapposizioni politiche in tema di investimenti privati negli Stati esteri a suggerire la ricerca di alternative arbitrali internazionali per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti internazionali. Prima della Convenzione di Washington del 1965, l'investitore straniero era riluttante all'idea di essere soggetto a giudizio di fronte ai Tribunali dello Stato ospite, considerati con molto sospetto. Ne conseguiva che, i mezzi di protezione degli investimenti risultavano limitati e di applicazione incerta, e spesso si riducevano alla protezione diplomatica ad opera dello Stato di appartenenza degli investitori nei confronti dello Stato ospite di tali investimenti.

È quindi condivisibile l'affermazione secondo cui "Since the entry into force of the 1965 Washington Convention establishing ICSID, direct arbitration between foreign investors and host governments has become the preferred method for resolving investment disputes"¹.

La Convenzione di Washington è entrata in vigore il 14 ottobre 1966 e ad oggi è ratificata da 150 Paesi.

La Convenzione disciplina la risoluzione di controversie in materia di investimenti tra Stati Membri e cittadini di altri Stati contraenti e of-

¹ G. SACERDOTI, *Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Pre-requisites, Applicable Law, Review of Awards*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 5.

fre un foro arbitrale dotato di neutralità e autonomia, in un sistema *self-contained*², cioè autosufficiente e completo.

La Convenzione incentra la sua attenzione sugli investimenti privati nei Paesi emergenti e tenta di stabilire un clima di fiducia e comprensione tra l'investitore privato e lo Stato ospite, "depoliticizzando" le relative controversie³: "by ensuring an impartial and efficient arbitral mechanism, administered by an International organization, whereby disputes would be resolved by application of legal rules and with due respect for International legal principles"⁴.

La Convenzione di Washington, peraltro, conserva pur sempre degli elementi tradizionali, ossia che le parti esprimano il loro *mutual consent*⁵, *in writing*⁶, alla sottoposizione della controversia al meccanismo arbitrale. Quindi la Convenzione, da una parte supera i sistemi "classici" di protezione, quali la protezione diplomatica e le leggi nazionali in materia di investimenti⁷, mediante la predisposizione di un Centro avente lo scopo di offrire un foro arbitrare neutrale, un arbitrato autonomo per risolvere le controversie sugli investimenti. Peraltro, nello stesso Preambolo, la Convenzione dichiara che gli Stati contraenti, per il sol fatto della ratifica, accettazione o approvazione della Convenzio-

² A. DE LUCA, *L'arbitrato internazionale treaty-based sugli investimenti esteri*, in *Comunicazioni e studi*, XXIII, Milano, 2007.

³ P. BERNARDINI, *La Convenzione di Washington del 1965 sulla risoluzione delle controversie tra stati e privati in materia di investimenti*, in ID., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, pp. 274, 276.

⁴ G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 5.

⁵ Cfr. il quinto Considerando della Convenzione, "Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with".

⁶ Si veda l'Art. 25 della Convenzione: "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre".

⁷ P. BERNARDINI, *Le prime esperienze arbitrali del centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1981, p. 29.

ne, non si obbligano a sottoporre una particolare controversia a conciliazione o arbitrato, senza la manifestazione del loro previo esplicito consenso. Infatti tutti gli iniziali arbitrati ICSID si sono fondati su tradizionali clausole arbitrali incluse in contratti di investimento che esprimevano la volontà delle parti di sottoporre le loro eventuali controversie all'arbitrato ICSID della Banca Mondiale.

3. *L'espansione dell'arbitrato in tema di investimenti*

La grande espansione dell'arbitrato in tema di investimenti può farsi risalire solo all'inizio degli anni novanta, quando per la prima volta il consenso all'arbitrato da parte dello Stato ospite di un investimento straniero fu fondato direttamente su di un Trattato Bilaterale per la protezione degli investimenti (BIT) stipulato dallo Stato ospite con lo Stato nazionale dell'investitore. È proprio il fenomeno dei BITs uno dei cardini dello sviluppo dell'arbitrato internazionale realizzando una fitta rete di rapporti bilaterali tra Stati per la protezione degli investimenti stranieri. Solitamente, le clausole dei BITs, contengono una serie di opzioni che proteggono gli investitori, i quali, attraverso diversi metodi e tecniche in relazione al contenuto della disposizione, possono ricorrere a disparati metodi di risoluzione delle controversie. Tra questi vi è generalmente la possibilità di ricorrere all'arbitrato ICSID⁸. Tutto ciò “reflects the position that arbitration has come to have as the preferred means of settling investment disputes that the parties are unable to resolve by direct negotiations”⁹.

È pertanto importante ricordare che l'origine della serie dei BITs avvenne nel 1959 quando Germania e Pakistan siglarono il primo BIT. Da allora il numero dei BITs è cresciuto esponenzialmente fino a contarne attualmente più di 3000¹⁰.

⁸ A. DE LUCA, *op. cit.*

⁹ A.R. PARRA, *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, in *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 1997, p. 287.

¹⁰ Cfr. già L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *Non-contractual ICSID Arbitration*, Guide to ICSID Arbitration, The Hague, 2004, p. 38.

Il consenso di entrambe le parti all'arbitrato si forma dunque tramite la manifestazione del consenso dello Stato a risolvere controversie sugli investimenti mediante arbitrato espressa nel BIT o in una legge nazionale, e il consenso dell'investitore è solitamente espresso tramite la stessa istanza dell'arbitrato. Dal momento in cui l'investitore straniero accetta l'offerta di arbitrato dello Stato ospite, il consenso si perfeziona divenendo irrevocabile ai sensi dell'art. 25 della Convenzione.

Quando l'arbitrato viene attivato sulla base di un BIT, sembra difficile considerare l'offerta di arbitrato contenuta nel BIT come priva di effetto dopo l'estinzione del Trattato, poiché è un'obbligazione internazionale reciprocamente assunta dagli Stati contraenti nei confronti degli investitori privati reciproci¹¹. Quindi il diritto dell'investitore di ricorrere all'arbitrato sulla base del BIT per assicurarsi l'applicazione degli standard di trattamento a lui garantiti da parte dello Stato ospite, potrebbe rimanere impregiudicato, salvo casi particolari come per esempio in caso nel BIT sia stata inserita una clausola limitativa degli effetti dell'accordo per un certo numero di anni dall'estinzione dello stesso BIT.

Il momento di perfezionamento del consenso delle parti generalmente coincide con l'introduzione della domanda di arbitrato da parte dell'investitore. È peraltro da notare che alcuni BITs o trattati multilaterali prevedono un obbligo di notifica preliminare dell'intenzione di promuovere un arbitrato. Quest'ultima va poi distinta da eventuali altri obblighi previsti convenzionalmente, prodromici all'attivazione dell'arbitrato, considerati come un obbligo per l'investitore allo Stato concernente l'intenzione di attivare l'arbitrato; accompagnata da una sommaria esposizione in fatto e in diritto delle violazioni lamentate. A questa notifica segue generalmente un periodo di *cooling off* che varia in relazione a diversi tipi di BITs (generalmente intorno ai sei mesi), la cui decorrenza testimonia la volontà dell'investitore di ricorrere all'arbitrato *treaty-based*, trascorso tale periodo, l'arbitrato può essere legittima-

¹¹ In effetti a seguito dell'estinzione di un BIT si può porre una questione riguardante l'efficacia dell'offerta di arbitrato contenuta nel Trattato estinto per l'invocazione da parte dell'investitore della violazione degli *standard* della Convenzione da parte dello Stato ospite, occorsa durante la vigenza di tale Trattato.

mente istituito, segnando formalmente l'inizio della controversia internazionale.

È da aggiungere che l'evoluzione che ha caratterizzato l'attività dei Tribunali ICSID è stata determinata dall'interpretazione estensiva in favore degli investitori data alle espressioni generiche contenute nei BITS, con un conseguente aumento del numero e del tipo dei casi portati davanti al Centro, tantoché la sua attività non appare più limitata a controversie tradizionali relative a contratti di investimento. In particolare questa evoluzione ha determinato l'accettazione di nozioni notevolmente più elastiche dei termini "investimento", "investitore", nonché un utilizzo sempre più ampio e frequente del diritto internazionale, piuttosto che del diritto statale applicabile, per la soluzione delle controversie.

4. *L'introduzione dell'Arbitration without privity*

Come è stato detto, il preambolo della Convenzione dichiarava che gli Stati contraenti, per il mero fatto della ratifica, accettazione o approvazione della Convenzione stessa, non potevano essere obbligati, senza la manifestazione di un apposito consenso, a sottoporre una particolare controversia a conciliazione o arbitrato.

Questa situazione è stata innovata negli anni 1985-1990 a partire dal celebre caso detto delle *Piramidi (S.P.P. c. Egitto)*¹² quando viene introdotto per la prima volta nella manifestazione del consenso delle parti un "elemento di squilibrio" che non viene riportato né tantomeno considerato nella Convenzione di Washington, la quale prevede un consenso reciproco espresso nell'accordo arbitrale (clausola compromissoria o compromesso). In quel caso per la prima volta la giurisdizione del Centro e la competenza del Tribunale arbitrale furono basate su una dispo-

¹² Cfr. ICCA Yearbook 1991, p. 19 ss. Si vedano in proposito: I. SHIHATA, A. PARRA, *The Experience of the International Centre for Settlement of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *Foreign Investment Law Journal*, 1999, p. 304 ss.; A. GIARDINA, *International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse*, in A. DEL VECCHIO (ed.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milan, 2006, p. 42 ss.

sizione di una legge interna, nel caso l'art. 8 della Legge egiziana n. 47 del 1974 sugli investimenti stranieri. Il Tribunale arbitrale ritenne in quel caso che l'accordo arbitrale avesse come elementi costitutivi, da un lato per l'Egitto il consenso all'arbitrato ICSID previsto dall'art. 8 della Legge n. 47 e, dall'altro, la proposizione della domanda di arbitrato ICSID ad opera della società straniera investitrice. Segue nel 1996 il caso *Tradex Hellas c. Albania*, in cui il consenso all'arbitrato ICSID dell'Albania venne individuato nell'art. 8.2 della Legge albanese n. 7764 del 1993 sugli investimenti esteri¹³. Il filo comune ad entrambi i casi è l'aver individuato la base del consenso dello Stato all'arbitrato internazionale in leggi interne. È qui da notare che le leggi interne in questione avrebbero ben potuto intendersi ed applicarsi in maniera tradizionale, cioè come semplici espressioni di *policy* dell'Egitto e dell'Albania, favorevoli all'inserimento di clausole per arbitrato ICSID nei futuri contratti di investimento da stipulare con soggetti stranieri, e non come prestazione di effettivo consenso scritto per tutta una serie indeterminata di specifiche controversie future da introdursi poi "unilateralmente" dagli investitori.

Ulteriore e decisivo superamento del sistema tradizionale ICSID si è avuto con il caso *A.A.P.P. c. Sri Lanka* del 1990. In questo caso, per la prima volta è stato ritenuto che in un BIT la clausola di risoluzione delle controversie per mezzo dell'arbitrato potesse considerarsi come espressione del consenso dello Stato all'arbitrato ICSID in ogni futuro caso. È con questo caso che la clausola di risoluzione delle controversie viene considerata come un impegno incondizionato a sottoporre le future controversie tra investitori stranieri e lo Stato ospite al Centro ICSID. Tale obbligo per lo Stato infatti diventa un vero e proprio consenso irrevocabile alla giurisdizione del Centro nel momento in cui l'investitore esprime il suo consenso attraverso la presentazione del ricorso contro lo Stato.

Tradizionalmente, come già detto, le clausole contenute nei BIT potevano essere intese più semplicemente come una semplice previsione dell'impegno per gli Stati ospiti di inserire uno dei meccanismi di riso-

¹³ A. MIGNOLLI, *Arbitrato ICSID e Tempestività dell'assoggettamento agli arbitri*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 580 ss.; M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

luzione delle controversie previsti dal BIT nei contratti di investimento da stipulare con gli investitori, lasciando peraltro liberi Stati e investitori di convenire il meccanismo in concreto prescelto. Prima del 1990, la soluzione adottata nel caso *A.A.P.P. c. Sri Lanka* non era mai stata né immaginata né configurata, nonostante i primi BITs risalgano alla fine degli anni 1950. Questa soluzione costituisce oramai generalmente recepita ed è la principale ragione della vera e propria esplosione dell'arbitrato ICSID negli anni recenti¹⁴.

Oggi gli arbitrati in pratica vengono generalmente iniziati "unilateralmente" dagli investitori, direttamente mediante la proposizione della domanda di arbitrato che si viene a coniugare con la generale offerta di arbitrato contenuta, per quanto riguarda lo Stato, in una legge interna o in un BIT. Ne consegue un'asimmetria che si manifesta nella impossibilità per lo Stato di iniziare un'azione arbitrale diretta contro l'investitore se questo non ha sottoscritto una clausola arbitrale *ad hoc*. Si è parlato al riguardo, e con una felice espressione, di *arbitration without privity* per evidenziare come l'instaurazione dell'arbitrato si basi esclusivamente sulla proposizione dell'atto introduttivo del giudizio da parte dell'investitore senza che sia stata sottoscritta un'apposita clausola arbitrale con lo Stato; il consenso di quest'ultimo si considera espresso nella clausola di risoluzione delle controversie contenuta nel BIT¹⁵. Le previsioni del BIT rendono superfluo verificare che le parti esplicitino il loro consenso per iscritto in una clausola contrattuale dato che il BIT costituisce per lo Stato *the advance consent*¹⁶. Questa evoluzione è stata anche possibile perché l'art. 25 della Convenzione ICSID, il quale definisce lo scopo della giurisdizione, dichiara solamente che il consenso deve essere dato per iscritto, senza specificare ulteriori requisiti. "So

¹⁴ S. ALEXANDROV, *The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals. Shareholders as Investors under Investment Treaties*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2005, p. 307 ss.; M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato fra Stato ed investitore straniero nella recente giurisprudenza dei Tribunali ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 67 ss.

¹⁵ La definizione è di J. PAULSSON, *Arbitration without privity*, in *ICSID Review*, 1995, p. 232 ss. Su questa pratica si veda anche A. GIARDINA, *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, in *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 347 ss., spec. p. 661 ss.

¹⁶ G. SACERDOTI, *op. cit.*, p. 7.

long as the parties' consent is clear, mutual and in writing, it is sufficient to establish ICSID jurisdiction"¹⁷.

Questa nuova impostazione dell'arbitrato ha comportato l'accettazione di nozioni notevolmente più elastiche dei termini di investimento e di nazionalità dell'investitore. Nonché, come si è visto, un utilizzo più frequente del diritto internazionale quale diritto applicabile per la risoluzione delle controversie.

5. *L'ampliamento della nozione di Investimento*

La Convenzione di Washington per la risoluzione pacifica delle controversie relative agli investimenti ha un suo proprio e delimitato ambito di applicazione.

L'art. 25 della Convenzione di Washington stabilisce tre condizioni cumulative per l'accertamento della giurisdizione del Centro: a) il consenso delle parti; b) la competenza *ratione materiae*: secondo la quale la controversia deve essere giuridica e direttamente collegata a un investimento; c) la competenza *ratione personae*: secondo cui una delle parti in causa deve essere uno Stato che ha aderito alla Convenzione, e l'altra parte deve essere un cittadino di un altro Stato contraente¹⁸.

¹⁷ L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸ Merita un accenno anche la nozione di Investitore. Ai sensi della Convenzione possono essere parte del procedimento arbitrale ICSID, da un lato uno Stato contraente o una collettività pubblica o un organismo da esso dipendente, e dall'altro un nazionale di un altro Stato contraente. In particolare la nazionalità di un altro Stato contraente per le persone fisiche di cui all'art. 25, par. 2, lett. a, costituisce un ulteriore necessario presupposto affinché un investitore, nel caso in cui sorga una controversia, possa accedere alla procedura arbitrale prevista dalla Convenzione. La nazionalità di una persona fisica viene determinata in base alla legge dello Stato la cui cittadinanza è invocata. Questa viene definita legalmente e denota il legame di una persona con il suo Stato, riconosciuto come tale dal diritto internazionale, conferendo all'investitore una serie di diritti e di obblighi (come ad esempio la protezione diplomatica e la giurisdizione penale). Il requisito della *nationality* viene considerato rilevante per determinare se la procedura arbitrale prevista dalla Convenzione può essere utilizzata dalle parti che hanno dato il loro consenso. Con maggiore precisione l'art. 25 della Convenzione fa riferimento a due requisiti per poter ricorrere all'arbitrato ICSID: uno "positivo" e uno "negativo". Il primo afferma che la persona fisica deve possedere la nazionalità di uno

In particolare dunque, l'art. 25 della Convenzione precisa che la “controversia di natura giuridica” deve essere “in relazione diretta con un investimento”. Pertanto il concetto di investimento è centrale ai fini della Convenzione. Tale nozione può essere facilmente fraintesa ed equivocata. Ciò in quanto la Convenzione non definisce il significato di investimento, ma riconosce il ruolo internazionale degli investimenti privati nell'ambito della cooperazione internazionale per lo sviluppo economico¹⁹.

All'epoca della negoziazione della Convenzione, l'esigenza di definire il significato del termine *investment* non era indispensabile perché era sufficiente l'accordo delle parti quale espresso nel contratto di investimento. Esso presupponeva necessariamente che le parti (Stato e investitore) convenissero che nel caso di specie si trattava di investimento rientrante nella giurisdizione del Centro su tale nozione per ricorrere all'arbitrato del Centro. A questo proposito, nelle discussioni nel corso dei lavori preparatori della Convenzione viene sottolineato che “there are no limitations as to the nature of the dispute” e che “although the Convention and the Center would be intended to be used primarily in connection with what are commonly referred to as “investment disputes” there is no need to write a limitation to that effect into the Con-

Stato contraente diverso da quello che è parte della controversia; il requisito negativo invece, afferma che tale persona fisica non deve possedere la stessa nazionalità dello Stato contraente che è parte della controversia. entrambi tali requisiti devono essere presenti sia nel momento in cui è stato accordato il consenso, sia nel momento della registrazione della domanda di arbitrato da parte del Segretario generale del Centro. In argomento si vedano: A.C. SINCLAIR, *ICSID's Nationality Requirements*, in *ICSID Review*, 2008, pp. 60, 61, 74; A.C. SINCLAIR, *The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration*, in *ICSID Review*, 2005, p. 360; M. HIRSH, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 1993, p. 75; A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei Tribunali arbitrali ICSID*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 391; G. SACERDOTI, *La Convenzione di Washington del 1965 per la soluzione di controversie tra Stati e nazionali di altri Stati in materia di investimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 631.

¹⁹ K.V.S.K. NATHAN, *The ICSID Convention*, New York, 2000, pp. 111, 112; A. BROCHES, *World Bank*, in ID., *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Norwell, 1995, p. 168.

vention, since it is up to the parties to an undertaking to decide whether they want to bring the dispute within the terms of the Convention”²⁰.

Nella relazione del 10 settembre 1964 dei Direttori Esecutivi del Centro si sosteneva che dato il requisito essenziale del consenso, e dato che uno Stato può riconoscere in anticipo quali categorie di controversie potrebbero essere sottoposte alla competenza dei Tribunali ICSID, non si rivelava necessario dare una definizione del termine “investimento”. Questa resterebbe quindi una questione che deve essere determinata dai singoli Stati contraenti²¹.

Georges R. Delaume, primo consigliere giuridico dell’ICSID, aveva affermato che in quell’iniziale contesto: “è a discrezione esclusiva di ciascuno Stato contraente determinare il tipo di controversie relative agli investimenti che possono essere sottoposte al procedimento arbitrale ICSID”²².

Nell’applicazione della Convenzione ICSID, i Tribunali hanno individuato le caratteristiche che un investimento per essere considerato tale deve avere: “a) Had a significant duration; b) Provided a measurable return to the investor; c) Involved an element of risk on both sides; d) Involved a substantial commitment on the part of the investor; e) Was significant to the State’s development”. Si deve aggiungere che la caratteristica di internazionalità dell’investimento deriva dalla nazionalità dell’investitore, per cui si può considerare tale un investimento compiuto nel territorio di uno Stato diverso da quello di appartenenza²³.

²⁰ *History of the Convention*, Volume 1, p. 116.

²¹ Report of the Executive Directors of 10 September 1964, paragrafo 27.

²² G.R. DELAUME, *ICSID Arbitration: Practical Considerations*, in *Journal of International Arbitration*, 1984, pp. 104, 105.

²³ L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *op. cit.*, p. 14, 15; L. ZACCARIA, *I criteri di competenza dei Tribunal CIRDI e il contratto internazionale d’appalto quale investimento*, in *Rivista dell’arbitrato*, 2002; C. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, New Haven, 2001, p. 129; N. RUBINS, *The Notion of ‘Investment’ in International Investment Arbitration*, in N. HORN, S. KROELL (eds.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, p. 283 ss.; A. BROCHES, *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in J.C. SCHULTSZ, A.J. VAN DEN BERG, *The Art of Arbitration. Liber Amicorum Pieter Sanders*, Deventer, 1982, p. 63. In giurisprudenza, si veda la Decisione di annullamento del Comitato *ad hoc* nel caso *Michell c. Rep. Dem. del Congo* del 2006 e i commenti al riguardo di E. GAILLARD, *Centre*

Quasi tutti i BITs contengono definizioni di investimento molto estese. Spesso, il termine in questione viene introdotto da un'ampia descrizione generale, seguito da un elenco non esaustivo di diritti tipici. La descrizione generale si riferisce molto spesso ad "ogni tipo di bene" e l'elenco di solito comprende: diritti di proprietà tradizionale, partecipazioni in società, diritti alle prestazioni, diritti di proprietà intellettuale e industriale, diritti di concessione o diritti analoghi²⁴. Inoltre, alcuni BITs richiedono che, per qualificarsi come investimento, l'operazione debba essere stata attuata conformemente alle leggi dello Stato ospite in materia di ammissione. In particolare, in certi casi, l'investimento deve essere specificamente approvato dallo Stato ospite.

Similmente, il fatto che nei BITs si trovino delle definizioni simili del termine "investimento" non significa che essi riflettono una definizione generale di tale concetto. È inoltre doveroso osservare che non

International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), Chronique des sentences arbitrales, in Journal du Droit International, 2007, p. 340 ss. spec. p. 346 ss.; B. HAMIDA, Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Proceedings, in Journal of International Arbitration, 2007, p. 287.

²⁴ Tipico esempio di definizione di investimento: "The term "investment" shall mean any kind of asset invested, before or after the entry into force of this Agreement, by a natural or legal person of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in conformity with the laws and regulations of that Party, irrespective of the legal form chosen, as well as of the legal framework. Without limiting the generality of the foregoing, the term "investment" shall include in particular, but not exclusively: a) movable and immovable property and any ownership rights in rem, including real guarantee rights on a property of a third party, to the extent that it can be invested; b) shares, debentures, equity holdings and any other instruments of credit, as well as Government and public securities in general; c) credits for sums of money connected with an investment as well as reinvested incomes and capital gains or any service right having an economic value as integral part of an investment; d) copyright, commercial trademarks, patents, industrial designs and other intellectual and industrial property rights, know-how, trade secrets, trade names and goodwill; e) any economic right accruing by law or by contract and any licence and franchise granted in accordance with the provisions in force on economic activities, including the right to prospect for, extract and exploit natural resources; f) any increase in value of the original investment; g) any alteration of the legal form chosen for the investments shall not affect their classification as investments." (Modello Italiano di Trattato Bilaterale sugli Investimenti, 2012).

sempre la libertà e il consenso delle parti nell'individuazione della nozione di investimento è *infinitely flexible*, dato che le definizioni sono dichiaratamente non esaustive indicando principalmente, ma solo a titolo esemplificativo, alcune categorie tipiche che al tempo stesso non escludono tipi e forme di investimento non menzionate. Preme sottolineare che se la definizione data dal BIT va oltre i requisiti della Convenzione ICSID, non vi sarà competenza.

Numerose sono le decisioni giurisprudenziali che danno una definizione estensiva del termine investimento e altre che invece si orientano nel senso contrario. Un esempio di tale secondo orientamento si ha con il caso *Asian Express c. Greater Colombo Economic Commission* del 1985 nel quale il Segretario ICSID ha rifiutato la registrazione della richiesta di arbitrato in relazione ad un caso di compravendita di beni, in quanto sosteneva che tale attività non rientrasse nella nozione di investimento. Il rifiuto è avvenuto nonostante tale richiesta fosse stata fatta sulla base di un BIT che prevedeva il ricorso all'arbitrato ICSID e che comprendeva nella nozione di investimento il caso della compravendita di beni²⁵. Merita di essere citato il caso *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*²⁶, nel quale sulla base della Convenzione si è escluso che le spese precontrattuali successive alla firma di una lettera di intenti in vista della realizzazione di un progetto, rientrassero nella nozione di investimento. Alcuni Tribunali hanno cercato di limitare la nozione di investimento attraverso l'individuazione di parametri particolari, come per esempio il carattere duraturo dell'operazione, l'apporto di capitali, la presenza del rischio per l'investitore ed il contributo allo sviluppo del Paese ospite. Nel caso *Fedax c. Venezuela*²⁷ si è contestata la competenza del Centro sulla base dell'art. 25 in quanto l'operazione in causa non poteva essere considerata un investimento. Secondo il Tribunale un investimento comporta "certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and

²⁵ M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei Tribunali dell'ICSID*, cit., p. 78.

²⁶ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB./00/2, in *ICSID Reports*, 2004, p. 310 ss.

²⁷ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB./96/3, in *Journal du Droit International*, 1999, p. 276.

significant for the host State's development". Questo fa pensare che la nozione di investimento non possa considerarsi in maniera restrittiva, ma questa nozione andrà definita in relazione alla libertà delle parti e alla discrezionalità degli arbitri del centro.

Al contrario, vi sono numerosi casi che adottano invece una nozione molto ampia di investimento. Caso da ricordare è senz'altro *Salini c. Marocco* nel quale un contratto di costruzione relativo ad un tratto di autostrada venne considerato un investimento. Qui il Tribunale ha per la prima volta fornito una definizione di investimento affermando che, affinché possa considerarsi un investimento ai fini ICSID un'operazione compiuta da un investitore straniero in uno Stato ospite, è necessario che ci siano: "degli apporti, una certa durata nell'esecuzione del contratto ed una partecipazione ai rischi dell'impresa" con l'aggiunta del "contributo economico dello Stato ospite dell'investimento"²⁸.

Nel caso *SGS c. Pakistan* venne considerato investimento un'attività di ispezione effettuata nel territorio dello Stato ospite, in base alla Convenzione e al BIT Svizzera-Pakistan del 1995. Dunque i Tribunali ICSID sembrerebbero rimettere alla discrezionalità delle parti il significato della nozione di investimento. Questo viene affermato espressamente nel caso *Tokios Tokéles c. Ucraina*²⁹ del 29 aprile 2004. Nel caso in questione, l'Ucraina aveva contestato la competenza del Centro in quanto a suo avviso, all'origine della controversia non vi era un investimento che potesse considerarsi "genuinamente internazionale". I capitali investiti e gli interessi di controllo della società attrice avevano, infatti, origine in Ucraina. Nel BIT stipulato tra Lituania e Ucraina, il Tribunale osservò che non veniva richiesta la dimostrazione che i capitali investiti provenissero dalla Lituania, o dall'Ucraina. Di conseguenza la competenza del Centro non fu esclusa anche se vi era la dimostrazione che tutto il capitale utilizzato per l'investimento aveva avuto ori-

²⁸ *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Marocco*, ICSID Case No. ARB./00/4, in *Journal du Droit International*, 2004, p. 257 ss.; L. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 400.

²⁹ *Tokios Tokéles v. Ukraine* ICSID Case No. ARB./02/18; E. SAVARESE, *La Nazionalità delle società commerciali e la funzione del controllo: alcune riflessioni in margine alla Decisione Tokios Tokéles v. Ukraine*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2005, volume 15, p. 396.

gine nello stesso Stato ospite dell'investimento³⁰. Fu quindi disattesa la tesi dello Stato secondo cui l'ambito di applicazione della Convenzione attribuirebbe un ruolo decisivo alla natura "internazionale" dell'investimento, di modo che la competenza ICSID sarebbe esclusa quando l'origine ultima dei capitali "esteri" investiti sia nello stesso Stato ospite³¹.

L'estensione della nozione di investimento è legata a due fattori principali: il moltiplicarsi dei flussi economici e delle forme delle operazioni economiche e l'esigenza di protezione e promozione degli investimenti. Questo può condurre ad un allargamento "abusivo" della nozione che potrebbe così determinare, per reazione, un indebolimento della protezione degli investitori e una conseguente regressione dell'intero sistema ICSID³².

6. L'ampliamento degli standards di protezione dell'investimento e la clausola della nazione più favorita

Di preminente importanza appare in proposito la clausola della nazione più favorita (MFN). Si tratta di una clausola presente in tutti i trattati bilaterali e multilaterali sulla protezione degli investimenti. Tale clausola fa sì che ogni Stato si obblighi a concedere all'altro Stato, come pure a persone o cose che si trovino in un rapporto determinato con quest'ultimo, un trattamento non meno favorevole di quello che questo accorda a Stati terzi con riguardo alle materie che vengono richiamate nella clausola stessa. I BITS, contengono quasi tutti tale clausola e, proprio a causa della sua frequente presenza nei trattati, essa realizza la "multilateralizzazione" dei benefici accordati all'investitore straniero e al suo investimento³³.

³⁰ M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei Tribunali dell'ICSID*, cit., pp. 75-77.

³¹ A. CARLEVARIS, *Nazionalità dell'investitore e competenza dei Tribunali arbitrali ICSID*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2005, fasc. 2, pp. 394, 395.

³² M.R. MAURO, *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei Tribunali dell'ICSID*, cit., p. 80.

³³ P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pp. 258-263.

Tali clausole possono essere formulate in maniera diversa nei vari trattati, con conseguenze ovviamente diverse.

L'effetto della clausola MFN è quello di ampliare l'ambito dei diritti sostanziali e procedurali dell'investitore. Tale effetto ha di conseguenza creato controversie, in quanto può ritenersi che l'utilizzo della clausola MFN determini un vero e proprio *treaty shopping*, alla ricerca del trattamento ritenuto più favorevole previsto da altri trattati sottoscritti dallo Stato ospite dell'investimento.

Un caso molto noto al riguardo è quello *Emilio Augusto Maffezini c. Regno di Spagna*³⁴ del 2000 che riguarda il trattamento accordato dalle autorità spagnole ad Augusto Maffezini, cittadino argentino, il quale aveva investito in Galicia nei settori di produzione e distribuzione di prodotti chimici attraverso la costituzione della società, la EMSA, in *joint venture* con la *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia* (SODIGA).

In virtù dell'art. 10 del BIT stipulato tra Spagna e Argentina l'arbitrato ICSID poteva essere instaurato, purché non fosse stato possibile risolvere la questione in maniera amichevole, nel termine di sei mesi dal giorno in cui era sorta la controversia; e purché non fossero trascorsi diciotto mesi senza che vi fosse stata una soluzione da parte dei Tribunali interni³⁵. La Spagna sosteneva l'incompetenza del Tribunale ICSID in quanto riteneva che il signor Maffezini avesse fatto ricorso al Tribunale senza il previo esaurimento dei ricorsi interni e non rispettando l'obbligo di rivolgersi ai Tribunali interni per la risoluzione delle controversie.

Il Tribunale ICSID ha accolto la richiesta dell'investitore affermando che l'impegno della Spagna di estendere agli investitori argentini il trattamento più favorevole sulla base della clausola MFN, comprendesse non solo il trattamento materiale dell'investimento e i mezzi di cautela idonei a garantirlo, ma anche i mezzi di risoluzione delle controversie sulla base dello stretto collegamento tra questi e il regime di protezione degli investimenti stranieri. Di conseguenza i requisiti previsti

³⁴ Si veda *Emilio Augusto Maffezini v. Kingdom of Spain* ICSID Case No. ARB/97/7, in *Journal of International Arbitration*, 2005, p. 225 ss.

³⁵ L. LIBERTI, *Arbitrato ICSID, Clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, pp. 574 s.

dall'art. 10 del BIT Spagna-Argentina non furono applicati in virtù della clausola MFN contenuta nel BIT ed il riferimento che fu fatto al trattamento più favorevole che era previsto dal BIT fra Spagna e Cile che non prevedeva tali requisiti³⁶.

La soluzione è stata piuttosto discussa con il risultato che si sono sviluppati diversi orientamenti³⁷: da un lato è stata condivisa l'interpretazione estensiva della clausola MFN nel solco del caso Maffezini, dall'altro è stata sostenuta invece una interpretazione restrittiva, in quanto si è ritenuto di dover verificare l'effettivo intento degli Stati nella adozione di ogni singola clausola³⁸. Questa divergenza di principio viene però resa meno marcata dal fatto che molte decisioni considerano accuratamente la diversa formulazione delle clausole MFN che si trovano nei BIT per escludere o affermare la loro applicazione³⁹. Ma è innegabile che l'applicazione della clausola MFN anche ai meccanismi di risoluzione delle controversie ha contribuito e contribuisce tutt'oggi all'espandersi e rafforzarsi dell'arbitrato ad iniziativa unilaterale dei privati in materia di investimenti internazionali.

³⁶ L. LIBERTI, *Arbitrato ICSID, Clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 577.

³⁷ Ad esempio si veda la Decisione *Siemens c. Argentina* del 3 giugno 2004, nella quale si applica allo stesso modo la clausola MFN, sebbene la formulazione della clausola BIT Germania-Argentina fosse meno ampia del caso in esame e non comprendesse *All matters subject to this agreement*. Al contrario si veda il caso *Salini Costruttori e Italstrade c. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB./02/13 in *Journal du Droit International*, 2005, p. 182. Nel caso in questione, il BIT Italia-Germania prevedeva che le eventuali controversie si dovessero riferire all'arbitrato previsto nel contratto stipulato tra l'investitore e lo Stato. L'investitore aveva cercato di applicare il meccanismo arbitrale ICSID previsto nel BIT Giordania-Stati Uniti del 1997 in base alla clausola MFN del BIT Giordania-Italia e il Tribunale ha respinto l'applicazione di tale clausola per il fatto che le circostanze della controversia differivano rispetto al caso *Maffezini*, ma soprattutto per il fatto che la clausola MFN non considerava ed includeva "all matters covered by this Agreement".

³⁸ A favore di una interpretazione restrittiva si veda la conclusione raggiunta da A. GIARDINA, *Legal Aspects of Recourse to Arbitration by an Investor Against the Authorities of the Host State under Inter-State Treaties*, Report, Institut de Droit International, Tokyo Session, 2013, p. 54.

³⁹ P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 261; C.H. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention. A Commentary*, 2nd ed., Oxford, 2009, p. 245 ss.

7. Le espropriazioni dirette e indirette

Nella materia del trattamento degli investimenti stranieri va inquadrato il problema che attiene al regime delle espropriazioni.

La protezione offerta dai BITs all'investitore si estende anche a tutti quei comportamenti di una qualsiasi pubblica autorità dello Stato ospite finalizzati ad un *taking* dell'investimento o, in ogni caso, ad una sostanziale modificazione dei diritti o delle aspettative garantite all'investitore.

Secondo le tradizionali concezioni, per essere considerata legittima, l'espropriazione o le misure ad essa equiparate dovrebbero a) essere adottate per il raggiungimento di un fine pubblico, b) non essere discriminatorie, c) essere sempre accompagnate dal pagamento di un indennizzo *prompt, adequate and effective*, secondo la celebre Formula Hull⁴⁰.

È ben noto che il punto maggiormente controverso tanto nella dottrina che nella giurisprudenza sia statale che arbitrale internazionale è quello della adeguatezza dell'indennizzo. Oggi è adeguato l'indennizzo che corrisponde al giusto valore di mercato del bene espropriato, immediatamente prima dell'espropriazione⁴¹.

⁴⁰ M.R. MAURO, *Gli accordi Bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, cit., p. 263 ss., C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford, 2007, p. 315 ss., L.Y. FORTIER, S.L. DRYMER, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it When I See It, or Caveat Investor*, in *Asia Pac. L. Rev.* 13, 2005, p. 79 ss.

⁴¹ L'adozione del criterio del *fair market value* per la determinazione dell'indennizzo dovuto in caso di espropriazione appare ormai stabilmente accolto nella giurisprudenza arbitrale internazionale. Ogni riferimento in proposito appare superfluo; si veda a tal proposito C. MCLACHLAN, L. SHORE, M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford, 2007, p. 323-340; il riferimento a criteri diversi, volti ad una maggiore protezione degli interessi pubblici degli Stati ospiti degli investimenti, è stato dunque considerato generalmente come un semplice riferimento storico concernente i tentativi effettuati, soprattutto nella prima metà degli anni settanta in sede di Assemblea Generale delle Nazioni Unite, di promuovere la realizzazione di un Nuovo Ordine Economico Internazionale improntato, appunto, ad una maggior protezione dell'interesse degli Stati all'esercizio della sovranità permanente sulle proprie risorse naturali ed all'autonomo governo della propria economia. Su uno dei documenti più rilevanti in tema di NOEI, la Carta dei diritti e doveri economici degli Stati, adottata

Per il caso in cui tale *fair market value* non possa essere determinato a causa delle particolari caratteristiche dell'investimento e/o dell'inesistenza di un possibile mercato di riferimento, la Banca Mondiale, la IFC e la MIGA hanno elaborato le *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* che contengono criteri proposti per determinare l'ammontare dell'indennizzo dovuto⁴². Tra questi, il primo metodo proposto dalla *Guideline IV.6* è quello del flusso di cassa scontato (*discounted cash flow*) per un'impresa con un tasso di redditività provato da un sufficiente periodo di attività pregressa (*going concern*); per flusso di cassa scontato si intende il netto tra entrate ed uscite di cassa ragionevolmente prevedibili, se la misura espropriativa non fosse occorsa, per ogni futuro anno di attività dell'impresa, scontato di un fattore percentuale che tenga conto del valore nel tempo della moneta di riferimento, dell'inflazione prevista e del rischio proprio di flusso di cassa in questione nelle circostanze specifiche del caso concreto.

Diverso è il caso di un'impresa che non possa considerarsi un *going concern* a causa di una dimostrata assenza di redditività; per una tale impresa il metodo considerato appropriato è quello del *valore di liquidazione* della impresa stessa. Per altri beni, il metodo considerato appropriato è quello della determinazione del costo da incorrere per la sostituzione dei beni stessi (*replacement value*), oppure il valore di bilancio (*book value*) dei beni, qualora tale valore sia stato determinato di recente oppure in occasione dell'esproprio, e purché tale valore di bilancio possa considerarsi corrispondente ad un *reasonable replacement value*.

Il principio dell'indennizzo *prompt, adequate and effective* appare costantemente invocato dagli investitori nelle loro controversie con gli Stati ospiti ed è costantemente applicato dalla più gran parte della giurisprudenza arbitrale internazionale, senza distinzioni di sorta. La critica che può muoversi contro l'applicazione di tale principio è che questa

dalla Assemblea Generale delle NU con la risoluzione n. 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974, si veda il commento di A. DI BLASE, in A. GIARDINA, G.L. TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 147 ss.

⁴² Le *Guidelines* della Banca Mondiale sono state adottate il 21 settembre 1992 da un Comitato per lo sviluppo creato sotto l'egida della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale. Su di esse si veda A. GIARDINA, G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 459 ss.

totale assenza di distinzioni appare ingiustificata ed eccessivamente penalizzante per gli Stati, in quanto non prende in considerazione l'esercizio di poteri regolamentari del tutto legittimi anche in regimi statali improntati a criteri economici liberisti e rispettosi della proprietà e dei diritti privati. Il caso ICSID *Compañia de Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica* può essere ricordato come classico esempio di questa assenza di considerazione delle pur legittime finalità pubbliche che avevano determinato dapprima il restringimento e poi il sostanziale annullamento dei diritti di un investitore⁴³.

8. Segue: *Qualche sviluppo al riguardo e le Regulatory Measures*

Sembra dunque particolarmente opportuno mettere in rilievo qui di seguito qualche segnale in senso diverso rinvenibile sia nei testi internazionali e nazionali di riferimento, sia nella pratica arbitrale e giudiziaria internazionale. Quanto ai testi internazionali rilevanti, si considerino ancora le *Guidelines* della Banca Mondiale, in particolare la

⁴³ La sentenza in data 17 febbraio 2000 è riprodotta in *Rivista dell'arbitrato*, 2001, p. 111 ss. Con nota di A. GIARDINA, *Diritto internazionale e diritto interno in tema di espropriazione. Il momento della svalutazione del bene espropriato e l'interesse di applicare*, *Ibid.*, p. 120 ss. Svartati sono gli altri casi nei quali scarso o nessun rilievo, ai fini della determinazione dell'indennizzo, è stato dato agli arbitri alle motivazioni di interesse pubblico che avevano determinato gli Stati ad adottare delle misure espropriative dei diritti degli investitori stranieri. Può essere ricordato a tal proposito il caso delle Piramidi (*supra* è richiamata la sentenza sulla competenza dello stesso caso, in data 14 aprile 1988) nel quale la finalità pubblica della misura espropriativa egiziana, consistente nella necessità di rispettare un obbligo internazionale dello Stato, aveva determinato soltanto l'eliminazione dell'indennizzo della parte relativa al mancato guadagno reclamato dall'investitore; cfr. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^{ème} éd., Paris, 2006, p. 737; ulteriore caso da menzionare è quello *Metalclad c. Messico* deciso nell'ambito del NAFTA, con sentenza 30 agosto 2000, in *ICSID Review*, 2001, p. 168 ss., nel quale, in presenza di un diniego di permesso di costruzione di un impianto di trattamento di rifiuti, nonostante le assicurazioni precedentemente date dalle pubbliche autorità, la motivazione di tutela dell'ambiente invocata dal Messico, non fu ritenuta dagli arbitri sufficiente a limitare la responsabilità dello Stato; si veda in proposito A. REINISCH, *Expropriation*, p. 42 s. TDM 5 (2005), <www.transnational-dispute-management.com>.

Guideline IV, n. 10 che prevede, nell'ambito generale delle espropriazioni, un regime speciale per le *nazionalizzazioni*. Sono tali quelle misure espropriative generali e non discriminatorie adottate nell'ambito di riforme sociali su larga scala, in circostanze eccezionali, quali, rivoluzioni, guerre o circostanze simili. In questi casi l'indennizzo dovuto agli investitori stranieri *può* essere determinato attraverso negoziati fra lo Stato ospite e lo Stato nazionale degli investitori⁴⁴ o, altrimenti, mediante arbitrato internazionale. Sebbene la disposizione non sia molto netta al riguardo, il regime sostanziale dell'indennizzo in caso di nazionalizzazioni potrebbe legittimamente essere diverso da quello delle comuni espropriazioni, proprio in quanto è stata indicata la possibilità che la questione sia risolta con un accordo interstatale ed in questo caso i precedenti dei *lump-sum agreements* potrebbero assumere appropriato rilievo, quali esempi da considerare. In mancanza di accordo, la questione dovrebbe essere sottoposta ad arbitrato internazionale o fra gli Stati in questione o fra l'investitore e Stato. In un tal caso la regola in-

⁴⁴ Il riferimento è evidentemente fatto alla pratica dei c.d. *lump-sum agreements* che molto numerosi sono stati stipulati tra Stati nazionalizzatori e Stati nazionali degli stranieri espropriati soprattutto dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale ed a seguito delle nazionalizzazioni degli anni cinquanta, sessanta, settanta. È noto come il problema si sia posto se tali accordi, in quanto fissanti l'indennizzo ad un livello nettamente più basso di quello previsto dalla regola tradizionale dell'indennizzo *prompt, adequate and effective*, abbiano dato luogo alla formazione di una nuova regola consuetudinaria in proposito, oppure rappresentino una serie di deroghe pattizie alla regola consuetudinaria preesistente. È noto che la Corte Internazionale di giustizia in un celebre *dictum* contenuto nella sentenza nel caso *Barcelona Traction* del 1970 ha negato che la regola consuetudinaria classica sia stata modificata dalla pratica dei *lump-sum agreements* stipulati numerosi a seguito di nazionalizzazioni (si veda il ben noto paragrafo 61 della sentenza), difettando a tale pratica l'elemento dell'*opinio iuris sive necessitatis* indispensabile per la modifica delle preesistenti o la creazione di nuove norme consuetudinarie. La dottrina ha generalmente condiviso queste argomentazioni e conclusioni. Si vedano, per tutti, ma con riferimento piuttosto alle decisioni del Tribunale Iran-Stati Uniti e particolarmente la sentenza del 1987 nel caso *Amoco IFC c. Iran*; in B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 9^a ed., Napoli, 2007, p. 33 s.; T. TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 247; per l'importanza del caso *Amoco* sul tema dei rapporti fra diritto pattizio e diritto consuetudinario cfr. F. CAPOTORTI, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, La Haye, T. 248 (1994-IV), p. 142 s.

ternazionale (consuetudinaria) da applicare in materia di misure generali di nazionalizzazione può, ed anzi, deve essere diversa da quella in tema di espropriazioni singole che prevede il tradizionale indennizzo *prompt, adequate and effective*. E la negazione della differenza fra il regime delle nazionalizzazioni e quello delle espropriazioni quanto al criterio del pieno indennizzo previsto per le espropriazioni singole finirebbe per rendere impossibile quelle riforme generali dell'economia e della regolamentazione dell'interesse generale della proprietà di certe risorse economiche e naturali, tipiche dell'esercizio della sovranità dello Stato in materia di utilizzo delle proprie risorse naturali e di governo (regolamentazione) della propria economia⁴⁵.

Attualmente, comunque, in regimi economici nazionali sempre più improntati a criteri di stampo liberale, i temi più ricorrenti e interessanti in materia di disciplina dei diritti dei privati, ed in particolare, dei diritti spettanti agli investitori stranieri, non sono più quelli delle classiche

⁴⁵ Sembra qui il caso di osservare come nella Risoluzione dell'Institut de Droit International adottata a Tokio il 13 settembre 2013, il regime delle nazionalizzazioni rimane ancora assimilato a quello delle espropriazioni, nel senso che le regole concernenti alle seconde si estendono anche alle prime, facendo salvi solo gli accordi specifici fra l'investitore e lo Stato ospite, oppure gli accordi fra lo Stato ospite e gli Stati nazionali degli investitori.

L'articolo 14 della Risoluzione stabilisce:

“Expropriation of foreign property, whether direct or indirect, including measures tantamount to an expropriation, is subject to the following rules. Foreign property cannot be expropriated except: (i) for public purposes, (ii) on a non-discriminatory basis, (iii) in accordance with due process of law, and (iv) against compensation.

Without prejudice to the particular provisions of the applicable treaty or of the specific agreement on which the investment is based, compensation must be: (i) prompt, (ii) adequate, and (iii) effective. As to the interpretation and application of the notion of “adequate” compensation, an appropriate balance must be assured between the interest of the investor and the public purposes of the State.

In principle, these rules are also applicable to nationalizations in the absence of specific agreed rules”.

Comunque, un certo margine di flessibilità delle soluzioni rimane pur sempre ai sensi della disposizione di base in tema di indennizzi che stabilisce che per compensazione “adeguata” si intende quella che assicura un giusto equilibrio fra gli interessi dell'investitore e le finalità pubbliche dello Stato, e questo in ogni caso, sia che si tratti di espropriazioni che di nazionalizzazioni.

misure individuali di espropriazione o delle misure generali di riforma dell'economia o di nazionalizzazione, bensì quello delle c.d. "espropriazioni indirette", altresì dette *regulatory expropriations*. Si tratta di quelle misure delle autorità statali o locali, comunque pubbliche, adottate nell'interesse generale al fine di tutelare l'ambiente, la salute pubblica, le condizioni di lavoro e un adeguato regime di concorrenza fra le imprese. Queste misure sono in grado di colpire interessi e diritti degli operatori nazionali e degli investitori stranieri. Sorgono però al riguardo i seguenti quesiti: innanzitutto queste misure sono da considerarsi legittime ai sensi delle norme internazionali particolari o generali applicabili che tutelano i diritti e gli interessi stranieri e, in questi casi, qual è la misura dell'indennizzo eventualmente spettante agli investitori stranieri?

Dato questo contesto generale, notevolmente interessante appare la sentenza arbitrale, adottata nel quadro NAFTA il 3 agosto 2005, nel caso *Methanex c. Stati Uniti*. In questo caso una società canadese chiedeva di essere indennizzata per il danno subito al suo progetto di operazione in California a causa del divieto adottato dalle autorità californiane di impiego del metanolo quale additivo per carburanti. La misura californiana non fu ritenuta dal Tribunale arbitrale una violazione delle *legitimate expectations* dell'investitore dato che la modifica della regolamentazione era stata effettuata in maniera non discriminatoria, per finalità pubbliche di tutela della salute e in conformità alla legge adottata dallo Stato ospite, così da non costituire una espropriazione tale da dar luogo ad un indennizzo. Il Tribunale affermò: "As a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for public purpose, which is enacted in accordance with due process... is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulatory government to the then putative foreign investor...".

Sono da aggiungere ancora due casi fra gli altri. Il primo è il caso UNCITRAL *Saluka v. Czech Republic*, sentenza parziale del 17 marzo 2006 dove il Tribunale concluse che uno Stato non fa una espropriazione "when it adopts general regulations that are commonly accepted as within the police power of State".

Il secondo, anch'esso UNCITRAL, è il caso *Chemtura v. Canada*, sentenza arbitrale del 2 agosto 2010. In questo caso di fronte a misure canadesi adottate al fine di preservare la salute umana e l'ambiente, in materia di regolamentazione di fertilizzanti agricoli, il Tribunale affermò che: “irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent’s police powers... a measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the police powers and as a result does not constitute an expropriation”⁴⁶.

La soluzione adottata da questi Tribunali arbitrali sembra totalmente da condividere pur nella consapevolezza che si tratta di decisioni per ora piuttosto isolate nell'insieme degli arbitrati internazionali in materia di investimenti. Esse tuttavia appaiono corrispondere agli *standards* che sono garantiti a tutti gli individui (cittadini e stranieri) nei paesi a struttura economico-politica liberale e democratica in virtù delle norme costituzionali di tali paesi e, soprattutto, in virtù delle norme internazionali sui diritti dell'uomo che in tali Paesi vengono applicate. Il diritto di proprietà e gli altri diritti economici delle persone sono ampiamente tutelati, ma al contempo quelle forme di intervento delle autorità pubbliche adottate nell'interesse della collettività che variamente restringono e condizionano i diritti individuali pur garantiti e protetti, sono misure considerate legittime.

Nell'ambito delle espropriazioni indirette è quindi importante evidenziare un nuovo orientamento che vuole distinguere le *regulatory measures* dalle comuni *indirect or creeping expropriations*. Le *regulatory measures* sono quelle misure adottate dallo Stato per proteggere legittimi obiettivi di sicurezza pubblica, quali la salute, la sicurezza e l'ambiente, senza dover necessariamente prevedere un indennizzo per le conseguenze scaturenti da queste misure sugli investimenti stranieri. Questo sviluppo è ulteriormente testimoniato dai Modelli di Trattato Bilaterale sugli Investimenti (*Model BIT*) adottati dagli Stati Uniti e dal

⁴⁶ Cfr. la sentenza arbitrale citata sopra, para. 265-266, e il commento di A. PELLET, *Police Powers or the State’s right to regulate*, in M. KINNEAR (ed.), *Building International Investment Law. The first 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 447 ss. spec. 455 ss.

Canada sin dal 2004 confermati poi nei Modelli BITs del 2012. Ad esempio, nell'Appendix B del Model BIT degli Stati Uniti si prevede che è un'indirect expropriation "(...) a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure", ma al contempo si precisa che non costituiscono una espropriazione indiretta quelle regulatory measures che il Paese adotta per "(...) protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment". Inoltre, sempre il Model BIT degli Stati Uniti, prevede nell'Articolo 12 "Investment and Environment" che: "The Parties recognize that each Party retains the right to exercise discretion with respect to regulatory, compliance, investigatory, and prosecutorial matters, and to make decisions regarding the allocation of resources to enforcement with respect to other environmental matters determined to have higher priorities. Accordingly, the Parties understand that a Party is in compliance with paragraph 2 where a course of action or inaction reflects a reasonable exercise of such discretion, or results from a bona fide decision regarding the allocation of resources"⁴⁷. Di notevole importanza per il consolidamento di questa linea di sviluppo è infine il CETA, il cui testo è stato definitivamente fissato fra il Canada con l'Unione europea ed i suoi Stati Membri ai sensi della Appendix 8-A, che esclude dal novero delle espropriazio-

⁴⁷ Conferma di tale orientamento si trova anche nell'Appendix B del Model BIT del Canada del 2004; nell'Annex 10-C del CAFTA-Dominican Republic del 2004. Sul tema si vedano: S. SCHWEBEL, *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, in *On International Investment Law and Investment Arbitration*, ASIL Proceedings 2004, TDM 2005; J. MCILROY, *Canada's new Foreign investment protection and promotion agreement. Two steps forward, one step back?*, JWIT, 2004, 621; R.D. EDSALL, *Indirect expropriations under NAFTA and DR-CAFTA: potential inconsistencies in the treatment of State public welfare regulations*, in 86 *Boston University Law Review*, 2006, p. 931 ss.; A. NEWCOMBE, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, in 20 *ICSID Rev.*, 2005.

Più recentemente cfr. ancora, da un lato, S. SCHWEBEL, *In defense of bilateral investments treaties*, Columbia, FDI Perspectives n. 135 of 24 November 2014; e dall'altro, P.-M. DUPUY, J. MAUPIN, *Of Wit, Wisdom and Balance in International Law: Reflections on the Tokyo Resolution of the Institut de Droit International*, in *Practising Virtue-inside International Arbitration (Studies for C.N. Brower)*, Oxford, 2015, p. 706 ss.

ni le misure regolamentari che proteggono appunto i “legitimate public welfare objectives as health, safety and environment”⁴⁸.

9. L'impatto dell'Unione europea sull'arbitrato degli investimenti e conclusioni

Con il Trattato di Amsterdam del 1997, entrato in vigore nel 1999, l'UE ha acquistato competenza in materia di investimenti diretti. Questo ha determinato un impatto del diritto dell'Unione in materia che è stato subito valutato come importante ed i cui effetti sono certamente in via di espansione e consolidamento.

Tale impatto può essere apprezzato con riguardo agli effetti delle norme ed i principi del diritto sugli accordi bilaterali conclusi fra Stati Membri o fra Stati Membri e Stati terzi che hanno poi aderito all'Unione⁴⁹. Ma tale impatto sarà poi costituito dal contributo che l'Unione dà e darà, con la stipulazione dei propri accordi per la protezione degli investimenti, all'evolversi o al consolidarsi di certe soluzioni e linee di sviluppo del diritto internazionale degli investimenti⁵⁰.

I trattamenti favorevoli agli investitori stranieri (siano essi cittadini di Stati Membri o di Stati terzi) appaiono attribuire condizioni di vantaggio ai cittadini di tali Stati che risultano, secondo la UE, inammissibili se rapportati ai trattamenti riservati ai cittadini nazionali dei vari Stati dell'UE.

In particolare, la posizione delle Istituzioni europee è molto netta per quanto riguarda il trattamento degli investitori di Stati terzi che

⁴⁸ “3. For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations”.

⁴⁹ Report by A. GIARDINA, IDI Session of Naples 2009 e poi Report Session of Tokyo 2013, *Yearbook of the Institute of International Law*, 2013, p. 26 ss.

⁵⁰ A. REINISCH, *The Future Shape of EU Investment Agreements*, in *ICSID Review*, Vol. 28 No. 1, 2013.

avevano stipulato accordi bilaterali con Stati Membri e che poi hanno aderito all'Unione.

È stato ritenuto dalla Commissione UE e poi confermato dalla Corte di giustizia che costituisce violazione dei principi e delle regole dell'Unione continuare ad applicare i c.d. BIT intra-comunitari dopo l'adesione.

Nell'ottica di mettere in luce come il contrasto di approccio fra quello generalmente adottato a livello di arbitrato degli investimenti e quello adottato a livello UE a protezione delle norme regolamentari e dei principi UE merita menzione il caso paradigmatico dell'arbitrato ICSID nel caso *Micula c. Romania*⁵¹. Nel corso di tale procedimento arbitrale,

⁵¹ Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania ICSID Case No. ARB/05/20.

È necessaria una premessa: il 1° febbraio 1995 entrava in vigore l'accordo europeo tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall'altra, al fine di preparare la Romania all'adesione all'Unione. L'articolo 64 dell'accordo dichiara incompatibile con il corretto funzionamento dell'accordo stesso, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra l'Unione e la Romania, qualsiasi aiuto statale che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsi o minacci di falsare la concorrenza. Oltre all'obbligo sostanziale di conformarsi alla normativa dell'Unione in materia di aiuti di Stato, gli articoli 69 e 71 dell'accordo imponevano alla Romania di armonizzare la legislazione nazionale con l'*acquis communautaire*, menzionando espressamente le regole di concorrenza dell'Unione, e quindi la normativa dell'Unione in materia di aiuti di Stato che ne costituisce parte integrante. Di conseguenza, l'accordo obbligava la Romania e la Romania si impegnavano a rispettare l'intero corpus di norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato. Nel 1998 la Romania aveva adottato la EGO 24 che concedeva ad alcuni investitori in regioni sfavorite, una serie di incentivi. Una di queste regioni era proprio l'area di Ștei-Nucet, provincia di Bihor dove i ricorrenti avevano effettuato alcuni investimenti all'inizio degli anni 2000. Il 15 maggio 2000 il Consiglio per la concorrenza rumeno constatava che alcuni incentivi offerti nel quadro della EGO 24 falsavano la concorrenza, osservando che "l'esenzione dal pagamento dei dazi doganali sulle materie prime è considerata un aiuto di Stato al funzionamento (...) che determina una distorsione della concorrenza" e decideva che "il rimborso dei dazi doganali su materie prime, parti di ricambio e/o componenti importati necessari per la produzione propria all'interno di una regione (...) deve essere revocato". Il 31 agosto 2004 la Romania abrogava tutti gli incentivi previsti dalla EGO 24, a decorrere dal 22 febbraio 2005. Il 28 luglio 2005, in risposta alla revoca degli incentivi agli investimenti previsti dalla EGO 24, i ricorrenti inoltravano la domanda di arbitrato presso l'ICSID.

la Commissione europea era intervenuta, in qualità di *amicus curiae* a supporto della posizione della Romania, affermando che gli incentivi concessi agli investitori stranieri nella forma di esenzioni fiscali, rimborsi sui dazi e erogazione di sussidi, erano: “incompatibili con le norme comunitarie in materia di aiuti a finalità regionale. In particolare, gli incentivi non rispettavano i criteri previsti dal diritto comunitario per quanto riguarda l'aiuto. Inoltre gli strumenti costituivano un aiuto vietato in base alle norme sugli aiuti a finalità regionale”. Aggiungeva che: “qualunque decisione intesa a ristabilire i privilegi aboliti dalla Romania, o a risarcire i ricorrenti della perdita di tali privilegi, si tradurrebbe nella concessione di un nuovo aiuto che sarebbe incompatibile con il Trattato CE”. Essa segnalava inoltre al Tribunale che: “l'esecuzione di un lodo che imponesse alla Romania di ripristinare i regimi di investimento considerati incompatibili con il mercato interno nell'ambito dei negoziati di adesione non potrebbe dunque avere luogo qualora sia in contrasto con le regole della politica dell'UE in materia di aiuti di Stato”.

Con lodo arbitrale dell'11 dicembre 2013, il Tribunale ICSID ha deciso che uno Stato Membro dell'Unione europea non può violare i suoi obblighi internazionali nei confronti di un investitore straniero invocando il diritto europeo sugli aiuti di Stato. Pertanto il Tribunale ha condannato la Romania e ha attribuito un risarcimento in favore dei fratelli Micula per non avere assicurato un trattamento giusto ed equo dei loro investimenti, violando così il BIT fra Svezia e Romania. Il Tribunale ha inoltre deciso che su tale importo sarebbero maturati interessi fino alla piena attuazione del lodo da parte della Romania.

In ambito UE, la Commissione europea nel 2014 ha ingiunto alla Romania di sospendere qualsiasi azione potesse dare luogo all'attuazione o all'esecuzione della parte del lodo non ancora corrisposta, in quanto ciò sarebbe equivalso al pagamento di un aiuto di Stato illegale, fino a quando la Commissione non avesse adottato una decisione finale sulla compatibilità dell'aiuto di Stato con il mercato interno. La Decisione finale della Commissione è stata adottata il 30 marzo 2015 ingiungendo alla Romania di recuperare presso i Sig.ri Micula e le loro

Società le somme versate in esecuzione del lodo ICSID, in quanto rappresentanti un aiuto di Stato illecito secondo il diritto dell'Unione⁵².

Contro la Decisione della Commissione, la Romania ha fatto ricorso alla Corte di giustizia EU per chiederne l'annullamento, mentre contemporaneamente i fratelli Micula stanno procedendo a tentativi di esecuzione del lodo ICSID negli Stati Uniti. Occorrerà pertanto attendere la sentenza della Corte di giustizia che stabilirà se la Romania ha violato o meno il diritto UE dando esecuzione al lodo ICSID. Inoltre la Romania aveva pure impugnato per annullamento il lodo ICSID. Ma il Comitato *ad hoc* ha respinto il ricorso⁵³.

Nel contempo i fratelli Micula hanno intrapreso un'azione per l'esecuzione del lodo ICSID negli Stati Uniti di fronte alla District Court for the Southern District of New York, contro la quale si è opposta la Romania. In questa procedura è intervenuta la Commissione UE in qualità di *amicus curiae*. La procedura risulta ancora in corso.

Concludendo, e senza poter approfondire in questa sede le molteplici, e rilevanti, questioni sostanziali e procedurali che si pongono con riferimento ai rapporti tra i diversi regimi giuridici che vengono in rilievo, le vicende del caso *Micula* sopra richiamate, se considerate e rapportate agli omologhi futuri accordi bilaterali conclusi dall'Unione, mettono in luce i conflitti potenziali tra le decisioni dei Tribunali arbitrali da essi istituiti e alcune regole e principi fondamentali del diritto dell'Unione europea.

In definitiva la materia degli investimenti internazionali con la descritta generale interazione e talvolta conflitto, fra esigenze di tutela degli investitori ed esigenze di tutela degli interessi pubblici statali e/o sovranazionali, sembra offrire ulteriori specifici spunti di riflessione sulle tematiche generali di questo Convegno.

⁵² Decisione (UE) 2015/1470 della Commissione.

⁵³ Impugnazione respinta con Decisione del Comitato *ad hoc* del 26 febbraio 2016; [Nota redazionale].

PUBBLICO E PRIVATO NELLA 'REINVENZIONE DEL GOVERNO': UN'INDAGINE COMPARATA

Giulio Napolitano

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. L'avanzata dello Stato e la lunga stagione della pubblicizzazione. – 3. La ritirata dello Stato e il trionfo (apparente?) del privato negli ultimi vent'anni del Novecento. – 4. Le riforme all'inizio del XXI secolo: l'impatto della crisi e il superamento della dicotomia pubblico-privato come chiave del cambiamento. – 4.1. La creazione di un logical government negli Stati Uniti. – 4.2. Il Regno Unito dalla Big Society allo Smarter State. – 4.3. La modernizzazione dello Stato in Francia. – 5. Conclusioni.*

1. Premessa

La dialettica tra pubblico e privato ha sempre giocato un ruolo fondamentale nella costruzione teorica del diritto amministrativo e dei suoi rapporti con il diritto civile. Più in generale, ha svolto una funzione determinante nella rappresentazione dei rapporti tra Stato e società e nella descrizione del ruolo economico del governo. Pubblico e privato hanno così spesso costituito gli estremi di riferimento per indicare le oscillazioni del movimento pendolare della storia e delle decisioni collettive negli ordinamenti dei vari paesi e a livello globale.

È così abituale rappresentare la lunga avanzata dello Stato nel corso del Novecento nel segno di una diffusa pubblicizzazione di istituti e schemi giuridici. È in questo contesto, infatti, che matura la costruzione di un autonomo sistema del diritto amministrativo, concepito in opposizione al diritto privato. Anche se gradualmente emerge la varietà degli intrecci tra strumenti di diritto pubblico e privato, con il conseguente proliferare di istituti misti.

Sul finire dello scorso secolo, l'opposta ritirata dello Stato di fronte all'avanzata del mercato e della globalizzazione è stata spesso descritta nei termini di un vero e proprio trionfo del privato e dei suoi schemi

giuridici, cui farebbe da contrappunto la caduta, se non la fine del diritto pubblico. Anche in questo caso, peraltro, si è trattato, almeno in parte, di una rappresentazione ideologica. Le forme di regolazione sviluppatesi per accompagnare i processi di privatizzazione e di apertura alla concorrenza, infatti, hanno condotto allo sviluppo di nuovi istituti del diritto amministrativo.

Oggi, dopo lo scoppio della crisi economica e finanziaria, la fiducia nelle opposte ricette del pubblico e del privato che aveva segnato il XX secolo sembra essere entrata in crisi. Il programma, almeno quello annunciato in sede politica, non è né quello di avanzare la frontiera dell'intervento statale, né quello di ridurre il perimetro. L'aspirazione, invece, a seconda delle varie giurisdizioni, è costruire uno Stato più intelligente o ragionevole, oppure, più semplicemente, di modernizzarlo. Rispetto a questo obiettivo, i termini della dialettica tra pubblico e privato, diversamente dal passato, sembrano aver smarrito la capacità di indicare una direzione complessiva di movimento: segno dell'età dell'incertezza che stiamo attraversando.

2. *L'avanzata dello Stato e la lunga stagione della pubblicizzazione*

Per larga parte del XX secolo, la progressiva espansione dell'intervento governativo ha messo in crisi i confini ereditati dalla tradizione ottocentesca e l'idea allora dominante di una netta separazione tra Stato e società¹. Si è così affermata l'idea di una crescente estensione dell'azione diretta e indiretta dello Stato con la corrispondente riduzione della sfera di iniziativa privata. Si tratta di misure che accompagnano prima il consolidamento degli Stati moderni, soprattutto quelli a più recente costruzione unitaria, come l'Italia e la Germania²; poi il decollo

¹ Con riferimento all'esperienza francese, V. P. LEGENDRE, *Stato e società in Francia*, trad. it., Milano, 1978; S. PAPAETHYMIU, *La distinction «droit privé-droit public» en France entre 1848 et 1900: le paradigme positiviste perdu*, in O. BEAUD, P. WACHSMANN (a cura di), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, 1997, p. 101 ss.

² Si veda in proposito M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (a

dei relativi sistemi amministrativi, industriali e sociali; quindi la gestione delle grandi emergenze, dai conflitti bellici mondiali alla crisi economico-finanziaria³. A ciò corrisponde, sul piano scientifico-disciplinare, la costruzione di autonomi sistemi del diritto amministrativo, basati su istituti pubblicistici concepiti in opposizione a quelli del diritto privato.

È un itinerario per molti versi comune ai principali paesi europei. Basti qui ricordare quanto accade in Francia nel trentennio che va dalla prima alla seconda guerra mondiale. Il potere regolamentare del governo si amplia. Le prerogative dell'amministrazione si rafforzano, in particolare sulla proprietà privata. Il settore pubblico industriale e commerciale si allarga. Anche i limiti posti dalla giurisprudenza all'attività economica degli enti locali si allentano. Queste vicende sono vissute in modo tormentato dalla scienza giuridica: «droit public, droit privé, la distinction, dans sa forme classique, était le reflex d'un certain ordre du monde; or, le monde change», anzi, «dans ses profondeurs, la terre tremble»⁴. Il ruolo assunto dallo Stato determina una vera e propria pubblicizzazione della società che ne impedisce una raffigurazione in termini antagonistici. Gradualmente, l'imposizione di missioni di interesse generale in capo ai privati e la diffusione del potere pubblico determinano il passaggio *du droit civil au droit public*, anche se il secondo si avvale delle forme e delle tecniche del primo, modificandole e adattandole alle sue esigenze⁵. La conclusione, ora entusiasta, ora rassegnata, è che «tout devient droit public»⁶. Altri, tuttavia, rilevano la progressiva dissociazione tra ruolo dello Stato e ambito del suo diritto: «la personne publique peut s'annexer un territoire sans l'annexer au droit

cura di), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 58 ss.

³ Su questi sviluppi, per tutti, K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), trad. it., III ed., Torino, 1974, p. 88 ss.

⁴ Sono parole di J. RIVERO, *Droit public et droit privé: conquête, ou statu quo?*, in *Rec. Dalloz*, 1947, chr., p. 69 ss.

⁵ Come evidenzia R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, 1945, Paris; ID., *Droit privé et droit public*, in *Rec. Dalloz*, 1946, chr., p. 25 ss.

⁶ Per evocare la nota formula di Portalis, poi ripresa da G. RIPERT, *Tout devient droit public*, in ID., *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, 1949, p. 37 ss.

public»⁷. Ciò consentirà di esprimere ampie riserve sulla tesi della pubblicizzazione del diritto privato. Questo, anzi, amplia i propri confini verso il diritto amministrativo determinando conseguenze profonde sulla sua stessa ricostruzione scientifica. Matura così, per la prima volta in modo netto e consapevole, l'idea che l'allargamento della sfera pubblica non determina necessariamente l'ampliamento 'territoriale' del regime amministrativo.

Si tratta di una parabola simile a quella registrata nei principali Paesi europei per larga parte del Novecento. Anche in Italia, la crescita dell'intervento pubblico nell'economia e nella società è continua. Trionfano le ricostruzioni del diritto amministrativo come sistema autonomo, uno dei grandi rami del diritto pubblico. Eppure, nel tempo, cambiano le forme giuridiche. Inizialmente, sono i corpi centrali dell'amministrazione ad allargare il loro perimetro di azione. Mano a mano si istituiscono figure soggettive speciali: nasce la cosiddetta amministrazione parallela. La natura soggettiva è pubblica, ma la strumentazione è derogatoria. In alcuni casi, il ricorso a regole e istituti privatistici è espressamente previsto dalla legge. In questo modo si vuole dare maggiore libertà e flessibilità all'azione amministrativa. Da questo punto di vista è paradigmatica la vicenda delle imprese pubbliche. Nasce il modello dell'ente pubblico economico: operante sulla base delle regole del diritto privato. Quindi, soprattutto a seguito del crollo del *Wall Street* e ancor più dopo la seconda guerra mondiale, si diffonde il modello della società per azioni privata ma a partecipazione pubblica. Lo statuto di tali società, tuttavia, è molto diversificato: in alcuni casi, è di diritto comune; in altri, è di diritto speciale o singolare. Anche il contesto giuridico e di mercato in cui operano cambia. A volte, competono ad armi pari con i privati. In altri, sono titolari di diritti speciali ed esclusivi. A ciò si aggiunga che, a monte, molti campi di iniziativa pubblica e privata sono conformati da programmazioni pubbliche, meccanismi di incentivo e disincentivo, controlli amministrativi più o meno penetranti.

Tutto ciò contribuisce a spiegare una almeno apparente contraddizione, che domina larga parte del Novecento. Da un lato, la scienza giu-

⁷ J. RIVERO, *Droit public et droit privé: conquête, ou statu quo?*, in *Rec. Dalloz*, 1947, chr., p. 69 ss., p. 73.

ridica continua a predicare l'autonomia del diritto amministrativo e il primato del diritto pubblico sul diritto privato nella sua ricostruzione concettuale. Dall'altro, sempre più spesso, guarda a quest'ultimo, ora come strumento di modernizzazione dell'azione amministrativa e di collaborazione economica e sociale con il privato, ora come tecnica di riequilibrio nei rapporti tra Stato e cittadino, nella direzione di un'auspicata, anche se forse irrealizzabile, parità⁸.

3. La ritirata dello Stato e il trionfo (apparente?) del privato negli ultimi vent'anni del Novecento

Questo equilibrio si rompe negli ultimi vent'anni del XX secolo quando in tutto il mondo si diffonde quella che è stata efficacemente chiamata l'età delle riforme amministrative, nel segno del primato delle idee liberali⁹. Si tratta, naturalmente, di un processo che conosce dimensioni e sviluppi diversi nei vari ordinamenti. Eppure la direzione complessiva di marcia è chiara. Lo Stato nazione entra in crisi nello scenario globale. L'intervento pubblico si riduce, soppiantato da privatizzazioni e liberalizzazioni. L'amministrazione è sottoposta a una drastica cura interna, basata su ricette aziendali. Il primato e l'identità disciplinare del diritto amministrativo sono messe in questione.

A indicare la strada sono i paesi anglosassoni, da un lato e dall'altro dell'Atlantico. Per larga parte del Novecento, gli Stati Uniti appaiono come un'esperienza eccezionale rispetto ai tradizionali canoni di sviluppo del diritto amministrativo nell'Europa continentale. La presenza

⁸ In proposito sia consentito rinviare a quanto argomentato in *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile e gli altri*, Milano, 2013, p. 393-413, nonché, più ampiamente, in *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Si vedano anche L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.

⁹ S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 79 ss., che a sua volta dichiara di mutuarla da V. WRIGHT, *Reshaping the State: the Implications for Public Administrations*, in *West European Politics*, 1994, 3, p. 104; in proposito si vedano anche E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, II ed., 2004, spec. p. 133 ss. e A. NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, Bologna, 2005.

pubblica nell'economia è molto limitata, almeno a livello federale. Anche nelle *public utilities* rimane dominante la gestione privata. La costruzione dello Stato regolatore alla fine dell'Ottocento e ancor più durante il *New Deal* non mette in questione il primato dell'iniziativa privata. Sul piano disciplinare, d'altra arte, la ricca evoluzione normativa, a cominciare dall'*Administrative Procedure Act* del 1946, non conduce a una ricostruzione scientifica del diritto amministrativo in chiave di opposizione al diritto privato. Così chiarita la diversità dei punti di partenza, l'inizio degli anni Ottanta, sotto la Presidenza Reagan, segna una rilevante contrazione dell'intervento pubblico indiretto. Qui non c'è un folto gruppo di imprese pubbliche da privatizzare. C'è però un sistema regolatorio penetrante da smantellare o comunque da alleggerire. La capacità dei poteri pubblici di porre rimedio ai fallimenti del mercato è messa duramente in questione: il governo diventa il problema, non la soluzione. Le politiche di *deregulation*, iniziate con la storica liberalizzazione del trasporto aereo, sono portate avanti attraverso la costruzione di un sofisticato sistema di analisi costi-benefici che deve precedere l'adozione di qualsiasi misura da parte delle agenzie federali. Si introduce così un chiaro pregiudizio anti-regolatorio, il cui *enforcement* è assicurato attraverso un controllo politico accentrato. Si annuncia così, dopo l'inarrestabile ascesa, la caduta del diritto amministrativo, seppure con tutte le cautele che l'evidenza empirica suggerisce¹⁰. L'onda lunga prosegue nel decennio successivo, anche durante la presidenza Clinton. Il campo della *deregulation* si estende ai mercati finanziari. Invece della semplice ritirata della mano pubblica, l'esecutivo mira a reinventare il governo. Le ricette basate sulla managerializzazione e il 'taglio del nastro rosso' (*cutting red tape*), tuttavia, secondo alcuni autorevoli studiosi, si traducono in una distorsione e in un abuso del diritto amministrativo¹¹.

Le trasformazioni del governo e del diritto amministrativo americano, tuttavia, diventano per la prima volta egemoniche, grazie alla capacità di conquista e di seduzione che gli Stati Uniti esercitano ormai in

¹⁰ R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chi.-Kent L. Rev.* 72 (1996), 953-963.

¹¹ J. MASHAW, *Reinventing Government and Regulatory Reform: Studies in the Neglect and Abuse of Administrative Law*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 57 (1995-1996), p. 405-422.

larga parte del mondo, ancor più dopo la caduta del comunismo. La Banca mondiale, a sua volta, seguendo i dettami del cosiddetto *Washington consensus*, incentiva i Paesi in via di sviluppo ad adottare analoghe misure nel loro processo di *nation building* e di riforma economica. Privatizzazioni e liberalizzazioni si diffondono in tutto il mondo. Indicatori globali, a cominciare da quello sulla facilità del fare impresa (*doing business*), premiano politiche di riduzione dei vincoli pubblici.

Negli stessi anni, in Europa, è il Regno Unito, durante la lunga stagione del governo conservatore di Margaret Thatcher, a inaugurare questa nuova fase. Le principali imprese nazionalizzate nel Novecento, comprese quelle operanti nei settori di servizio pubblico e in condizioni di monopolio, sono dismesse. Le azioni sono collocate in borsa. La gestione passa a manager privati, che devono rispondere ai loro azionisti. La strategia diventa puramente commerciale: l'obiettivo è la massimizzazione del profitto¹². Queste dinamiche diventano via via più accentuate mano a mano che l'innovazione tecnologica e la disciplina europea aprono i relativi mercati alla concorrenza. Molte attività tradizionalmente gestite dalla mano pubblica vengano esternalizzate, al fine di ridurre i costi. Si inizia con le funzioni strumentali, prevalentemente materiali, necessarie al funzionamento degli apparati amministrativi. Ma l'ambito si allarga rapidamente, toccando ben presto funzioni e servizi pubblici. Ci si interroga così sull'esistenza di limiti alle esternalizzazioni, soltanto in alcuni casi positivamente stabiliti¹³.

L'intera macchina pubblica, intanto, è riorganizzata in base ai dettami del *New Public Management*, a somiglianza delle imprese private. In questo quadro si iscrive anche l'istituzione delle *Next Step Agencies*. Queste operano sulla base di modalità e obiettivi definiti nei con-

¹² Per una rivisitazione di questa vicenda sul piano politologico, R. HEFFERNAN, *UK Privatization revisited: ideas and policy change, 1979-92*, in *Political Quarterly*, 76(2) (2005), p. 264 ss.

¹³ Per un'ampia ricostruzione, P. VINCENT-JONES, *The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services*, in *Publ. Law*, 1999, p. 304 ss., e, soprattutto, J. FREEMAN, *Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law*, e D. GUTTMAN, *Public Purpose and Private Service: The Twentieth Century Culture of Contracting Out and the Evolving Law of Diffused Sovereignty*, entrambi in *Adm. Law Rev.*, 2000 (52), rispettivamente, p. 813 ss., e p. 859 ss.

tratti stipulati con i dipartimenti governativi di riferimento (*framework document*). Le agenzie devono svolgere i propri compiti e fornire i relativi servizi sulla base dei principi di efficienza, economicità, ed efficacia. Sono guidate da dirigenti assunti a tempo determinato con premi basati sulla *performance* raggiunta. Infine, si sviluppano forme di *Public private partnership* e di *Private finance initiative* (PFI), anche a livello locale, in settori come le opere pubbliche, l'edilizia economica e popolare, la sicurezza delle comunità locali, la difesa ambientale, l'igiene degli abitati, la lotta alla povertà. Le forme giuridiche ed organizzative in cui sono calate queste esperienze di *partnership* sono essenzialmente convenzionali. È in questo contesto che il privato comincia per la prima volta a prevalere sul pubblico¹⁴. Privatizzazione e managerializzazione diventano così le parole d'ordine di un processo più generale di trasformazione del ruolo dei pubblici poteri, nel segno di un progressivo e inevitabile ritiro dello Stato.

Gli sviluppi appena descritti toccano, sebbene in misura diversa, la maggior parte dei paesi occidentali. Si registra così uno straordinario sviluppo delle politiche di privatizzazione e di liberalizzazione, grazie anche all'influenza dell'ordinamento europeo e alle misure per la costruzione del mercato interno. Italia e Spagna sono i paesi che forse si aprono maggiormente alle soluzioni che arrivano dal Regno Unito. Maggiori resistenze si riscontrano in Francia e in Germania. In Francia, le politiche di privatizzazione sono discontinue e non riguardano, se non residualmente, i grandi servizi pubblici. Le misure di liberalizzazione adottate a livello comunitario a volte sono contrastate e il ruolo delle autorità di regolamentazione si afferma con difficoltà. Le riforme amministrative si ispirano a obiettivi di 'rinnovamento' dei servizi pubblici, senza mettere in discussione il ruolo dello Stato. In Germania, già dalla fine degli anni ottanta, si afferma l'obiettivo di un nuovo modello di gestione pubblica (*Neues Steuerungsmodell*). Questo non si basa sull'acritica importazione di schemi aziendali. Eppure richiede la formulazione di un bilancio orientato agli obiettivi, l'analisi dei costi associati ai prodotti e ai servizi dell'amministrazione, l'adozione di una contabi-

¹⁴ C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Administrative Law in Context: Restoring a Lost Connection*, in *Public Law*, 2014, 28 ss., in part. pp. 39-40.

lità di tipo commerciale, il decentramento delle responsabilità, l'orientamento al consumatore, l'esternalizzazione dei servizi, il ricorso a forme di *benchmarking*.

La scienza giuridica dei paesi maggiormente legati alla tradizione continentale reagisce in modo diverso a queste trasformazioni. Denuncia la possibile fine del diritto pubblico¹⁵. Si erge a difesa degli assetti consolidati, denunciando come le scelte del legislatore non rispondano sempre a logica; a volte, anzi, si determinano vere e proprie «*aberrations dans la frontière entre le droit administratif et le droit commun*»¹⁶. Più in generale, contesta l'idea che il diritto amministrativo sia costitutivamente contrario alla *performance publique* e debba essere sovvertito dall'affermazione dei principi della concorrenza. Cerca, comunque, di aprirsi alle esigenze di modernizzazione, sviluppando nuove costruzioni teoriche. In Germania, si delinea una nuova dogmatica del diritto amministrativo. In questo contesto, si afferma la tesi secondo cui diritto pubblico e diritto privato costituiscono ordini intercambiabili 'di intercettazione' (*Auffangordnungen*), utilizzabili in ragione del fine da perseguire. Così, ad esempio, se il diritto pubblico non offre gli strumenti adatti al perseguimento di un certo obiettivo, l'amministrazione può ricorrere a quelli civilistici. Analogamente, e in direzione inversa, se in un rapporto tra privati le norme di diritto comune non assicurano una garanzia sufficiente, si può ricorrere a quelle pubblico-regolative. Diritto pubblico e privato svolgono funzioni diverse, ma le rispettive discipline possono integrarsi per assicurare un'adeguata protezione dei vari interessi.

L'idea di un trionfo del privato, tuttavia, è almeno in parte fallace, persino nell'ambiente anglosassone, dove si respinge la tesi secondo cui «*administrative law will go the way of the dinosaur: eradicated by the chilly climate of economic rationalism or the meteorities of the New*

¹⁵ Su questi orientamenti, nella letteratura francese, si confrontino J. BOULOUIS, *Supprimer le droit administratif?*, in *Pouvoirs*, 1988, n. 46, *Droit administratif. Bilan critique*, p. 5 ss., e O. VALLET, *La fin du droit public?*, in *Rev. amm.*, 1992, p. 5 ss.

¹⁶ G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, VII ed., Paris, 2005, p. 47 ss.

Public Management»¹⁷. Innanzi tutto, la persistenza di aspetti monopolistici e l'esigenza di assicurare prestazioni universali impongono l'istituzione di autorità di regolazione sulla base del modello importato dagli Stati Uniti: tra queste, gli *Offices of Gas Supply* (Ofgas), *Electricity Regulation* (Offer), *Water Services* (Ofwat), *Telecommunications* (Of-tel). L'attività delle agenzie di regolazione conduce ad una notevole espansione del diritto amministrativo: infatti, mentre l'attività delle *public corporations* è essenzialmente imprenditoriale, quelle delle agenzie istituite al momento della loro privatizzazione avviene nelle forme giuridiche tipiche del diritto pubblico, con l'emanazione di *rules, orders, injunctions*. In secondo luogo, l'affidamento di compiti pubblici a soggetti terzi su basi convenzionali conduce allo sviluppo di *regulatory frameworks* e al rafforzamento del *public law of contracts*¹⁸.

Più in generale, in reazione alle trasformazioni in atto, si sviluppa una vigorosa difesa dei *public law values*. Si cerca, così, di distillare l'essenza del diritto amministrativo per trasportarla nelle nuove aree deregolate e privatizzate, dove si affermano i principi di trasparenza, correttezza, ragionevolezza, *accountability*, partecipazione, equità, parità di trattamento. Ciò conduce anche a interrogarsi sulla possibilità di sottoporre a *judicial review*, nella tradizionale prospettiva giurisdizionale del diritto amministrativo, i soggetti privati incaricati di compiti pubblici.

4. Le riforme all'inizio del XXI secolo: l'impatto della crisi e il superamento della dicotomia pubblico-privato come chiave del cambiamento

La crisi economico-finanziaria scoppiata nel 2008 cambia profondamente lo spirito delle riforme amministrative ed economiche affer-

¹⁷ M. TAGGART, *Reinvented Government, Traffic Lights and the Convergence of Public and Private Law. Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration*, in *Publ. Law*, 1999, p. 124 ss., qui p. 137.

¹⁸ Si veda per tutti T. PROSSER, *Law and the Regulators*, Oxford, 1997.

matosi negli ultimi due decenni del Novecento¹⁹. La cieca confidenza in un insieme universale di misure dal sicuro e immediato successo viene meno. La risposta istituzionale alla crisi avviene sotto la spinta di due diverse esigenze: da un lato, quella del salvataggio di operatori finanziari e industriali, della ripresa economica e della protezione sociale; dall'altro, quella del contenimento della spesa pubblica, soprattutto per i paesi maggiormente esposti sul piano finanziario. Di qui il possibile confliggere e il rischio di strabismo per richieste di "più" e "meno" Stato allo stesso tempo²⁰. Per uscire da questa strettoia, le politiche di riforma amministrativa sembrano abbandonare la linea di distinzione tra pubblico e privato. L'obiettivo è costruire uno Stato più intelligente, capace di sfruttare le potenzialità offerte dalle tecnologie digitali e da tecniche più sofisticate di regolazione, in un quadro di accresciuta partecipazione e trasparenza, piuttosto che rivolgersi al settore privato per mutuare soluzioni e ricette.

4.1. La creazione di un logical government negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti, lo scoppio della crisi impone di affrontare pragmaticamente i problemi sollevati dalla crisi. La gestione dell'emergenza finanziaria può così richiedere di avanzare la frontiera dell'intervento pubblico, come accade con il programma di acquisto di titoli tossici nelle banche e in altri operatori finanziari e industriali. Le dimensioni del programma sono imponenti. I beneficiari delle misure di *bailout* sono ben 958. I picchi nell'operazione si registrano tra la fine del 2008 e l'inizio del 2009, anche se non mancano nuovi salvataggi ancora nel 2015. Si tratta tuttavia di misure concepite come meramente temporanee. I rimborsi iniziano già nel 2009. Insieme agli utili derivanti dagli

¹⁹ Sul parziale cambiamento di ricette e paradigmi, più ampiamente, G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 611 ss. Un quadro aggiornato sulle riforme in atto in S. KUHLMANN, H. WOLLMANN, *Introduction to comparative public administration: Administrative systems and reforms in Europe*, Cheltenham, 2014.

²⁰ Per questa riflessione si rinvia a quanto argomentato in G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi*, Bologna, 2012, p. 471 ss.

investimenti, il tesoro americano realizza così un profitto di 69 miliardi di dollari. Per quanto temporanea, la proprietà pubblica di azioni e titoli non manca di sollevare delicate questioni giuridiche. La nuova disciplina dei mercati finanziari introdotta con il *Dodd-Frank Act* intanto opera una significativa ri-regolazione del settore e delega le agenzie competenti ad emanare una notevole mole di atti di *rule-making*. L'*American Recovery and Reinvestment Act* del 2009 introduce incentivi fiscali e finanziari e rilancia le opere pubbliche. Il *Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010 consente di estendere all'intera popolazione gli schemi assicurativi di protezione sanitaria, attraverso la combinazione di meccanismi regolatori, trasferimenti finanziari pubblici, incentivi e disincentivi fiscali.

Per quanto riguarda il funzionamento della macchina pubblica, l'obiettivo è migliorare la performance amministrativa attraverso pianificazioni e controlli più efficaci e trasparenti. A tal fine nel 2010 è approvato il *GPRA Modernization Act*, che modifica e aggiorna il *Government Performance and Results Act* adottato nel 1993. La legge mira a definire un quadro più organico di pianificazione strategica e a rendere più frequenti le misurazioni e gli obblighi di informazione (su base trimestrale invece che annuale). La legge obbliga ciascuna agenzia a individuare i soggetti responsabili dei programmi di miglioramento delle prestazioni, sotto l'indirizzo e la vigilanza di un apposito *Council* istituito presso l'Amministrazione. Infine, il *Governmental Accountability and Transparency Board* ha il compito di promuovere la trasparenza nei programmi di spesa federali e di cercare di prevenire frodi, sprechi e abusi. Molta importanza è quindi attribuita alla *Digital Government Strategy*, basata sulla centralità del consumatore-utente, al quale offrire servizi e informazioni sempre più accessibili e valutabili anche in termini di soddisfazione del cliente finale. Un apposito team di *Presidential Innovation Fellows* è quindi chiamato a portare i maggiori esperti di innovazione nel settore pubblico al fine di favorire il cambiamento tecnologico e digitale nell'organizzazione e nell'azione dello Stato.

Sul versante della regolazione, l'obiettivo è "make the government logical": rendere cioè lo Stato logico, razionale, ragionevole²¹. Con una serie di ordini esecutivi, il Presidente Obama mira a tracciare un rapporto equilibrato tra ragioni della regolazione e obiettivi di sviluppo economico in tempi di crisi. A tal fine, particolare attenzione è rivolta alla partecipazione pubblica, alla revisione delle regolazioni esistenti, alla trasparenza circa i risultati da esse conseguite. Si sottolinea quindi l'importanza della cooperazione regolatoria internazionale. Infine, con l'ordine esecutivo adottato il 15 settembre 2015, il Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama invita dipartimenti e agenzie ad applicare gli insegnamenti dell'economia e della scienza comportamentale al modo con cui si disegnano e si attuano le politiche pubbliche. Soltanto così sarà possibile migliorare l'efficacia e l'efficienza dello Stato e servire adeguatamente il popolo americano. La reinvenzione del governo negli Stati Uniti, dunque, non passa per l'adozione di schemi e modelli privatistici. Ciò che si chiede ai dipartimenti e alle agenzie governative è, invece, una conoscenza il più possibile scientifica dei meccanismi comportamentali dei privati. L'assunto fondamentale da cui muovere non è certo quella della razionalità perfetta di imprese e consumatori, postulata invece dalle politiche di riforma della fine del XX secolo che, proprio per tale ragione, teorizzavano la superiorità del privato sul pubblico. Ogni decisione pubblica, dunque, dovrebbe essere preceduta da un'attenta analisi e valutazione empirica degli effetti di regole, incentivi e 'spinte gentili' in un contesto spesso caratterizzato da razionalità limitata, errori ed "abbagli" comportamentali. È questa diversa consapevolezza che dovrebbe ispirare l'arte del governare nel terzo millennio²².

4.2. *Il Regno Unito dalla Big Society allo Smarter State*

Anche nel Regno Unito, la crisi economico-finanziaria costituisce un importante stimolo alla revisione del ruolo dello Stato e allo sviluppo di interventi specifici e mirati, rivolti sia al settore pubblico sia a

²¹ C.R. SUNSTEIN, *Making Government Logical*, in *The New York Times*, 20 settembre 2015, p. 9.

²² Per riprendere la formula di C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2013.

quello privato. Il salvataggio di banche e intermediari finanziari, d'altra parte, mette in questione il dogma della privatizzazione cui si sono ispirate le politiche di riforma del Regno Unito negli anni Ottanta e Novanta del XX secolo: soltanto la promessa di una *temporary public ownership* consente di trovare una soluzione pragmatica senza sconvolgere la visione di fondo dei rapporti tra Stato e mercato che contraddistingue il sistema inglese. Allo stesso tempo, la necessità di fare ordine nei conti pubblici mediante un adeguato processo di *spending review* offre un'occasione per ripensare il ruolo dei poteri pubblici nell'economia e nella società²³. Il progetto di una *Big Society*, che avrebbe dovuto gradualmente sostituirsi all'intervento statale, tuttavia, è ridimensionato e, infine, sostanzialmente accantonato²⁴. L'obiettivo esplicito, invece, diventa quello di edificare uno Stato più intelligente²⁵. Le politiche di riforma, dunque, si caratterizzano per un elevato tasso di pragmatismo. L'attenzione al valore dell'efficienza all'origine del *New Public Management* non è abbandonata. Ma emerge la necessità di soluzioni articolate e differenziate.

In questo disegno, il settore privato è più volte assunto come termine di riferimento esplicito. Eppure esso non serve a predicare un passaggio di competenza dal pubblico al privato, né per importare nel pubblico i moduli operativi del privato. La sua funzione semmai è quella di stimolare processi di continua innovazione nella struttura e nei processi operativi del governo o per abbattere resistenze tipiche del settore pubblico. Si può quindi prendere esempio dal modo in cui operano le imprese, per l'attenzione alla continua innovazione, al cambiamento, alla riduzione dei costi, ma l'idea che l'amministrazione debba essere governata come un'impresa è esplicitamente respinta. Il governo anzi riafferma il valore dei servizi pubblici, a cominciare dal servizio sanitario

²³ Come evidenzia T. PROSSER, "An Opportunity to Take a More Fundamental Look at the Role of Government in Society": *The Spending Review as Regulation*, in *Public Law*, 2011, p. 596 ss.

²⁴ Sulle origini di questa proposta e sulla sua crisi si veda E. CAROLAN, *The Legitimacy of Public Service Reform: Democracy, Accountability and Experimentalism in the Big Society*, in *Public Law*, 2013, p. 240 ss.

²⁵ Si veda il discorso del Primo ministro del Regno Unito, D. CAMERON, *My vision for a smarter state*, Leeds, 11 settembre 2015.

nazionale. Dichiarò il suo impegno per altri interventi nel sociale, per le famiglie più bisognose, per la cura dei bambini, per la situazione nelle carceri. E sottolineò che un governo più efficiente è fondamentale per perseguire obiettivi progressisti.

È solo ai fini della costruzione di uno Stato più intelligente, dunque, che il settore privato può talora fungere come termine di confronto o come fonte di ispirazione. Il funzionamento dei mercati privati, ad esempio, offre lo spunto per rompere assetti monopolistici nella fornitura di beni e servizi pubblici, facilitando così l'affermazione di dinamiche competitive tra diversi fornitori e lo sviluppo di modelli innovativi. In questa prospettiva, il *Deregulation Act* del 2015 contiene 111 misure specifiche, volte alla riduzione di vincoli e adempimenti che intralciano il funzionamento sia di mercati privati, sia di mercati pubblici. Quindi, l'*Efficiency and Reform Group* (Erg), incardinato presso l'ufficio di gabinetto del Primo ministro, opera in stretta collaborazione con il Dipartimento del tesoro e con gli altri ministeri allo scopo di introdurre efficienza, risparmi di spesa e riforme nell'interesse del contribuente. Si adottano così diverse misure per la trasparenza e per l'*accountability* del governo e dei suoi servizi; per la trasformazione dei servizi pubblici al fine di renderli più efficienti ed efficaci per i cittadini; per aiutare i dipartimenti governativi a migliorare la *performance*, anche al fine di salvaguardare e spendere in modo responsabile il denaro dei contribuenti; per l'acquisto e la gestione efficiente di beni e servizi; per la formazione di un personale pubblico sempre più qualificato e digitale. Anche la costruzione del *Government Digital Service*, infatti, è intesa come strumento indispensabile per migliorare le relazioni tra uffici pubblici e cittadini. Attraverso il *Transformation Programme* alcuni tra i più importanti servizi pubblici diventano accessibili soltanto in via digitale. La fornitura del *software* è affidata a un sistema di piccole e medie imprese, in modo da evitare la dipendenza tecnologica da grandi operatori titolari di un significativo potere di mercato.

Particolare attenzione è quindi prestata alla gestione dei progetti pubblici più importanti che spesso comportano spese ingenti e rischi elevati e che, pertanto, richiedono capacità manageriali particolarmente sofisticate. Proprio al fine di aiutare i vari dipartimenti governativi impegnati nella progettazione e nell'esecuzione, è così istituita la *Major*

Projects Authority. Questa, in particolare, ha il compito di dare al governo un quadro aggiornato dello stato di avanzamento dei vari progetti; verificare che essi procedano secondo i tempi, i costi e la qualità predefiniti; sviluppare un adeguato sistema di copertura assicurativa; fornire assistenza professionalmente qualificata alle singole amministrazioni; predisporre e pubblicare rapporti al fine di informare i cittadini.

Anche la politica di devoluzione può avere una spiegazione che attinge al funzionamento dei meccanismi di mercato. L'idea è di avvicinare produttori e consumatori di servizi pubblici consentendo così un più facile incontro tra domanda e offerta. Il favore di questa ricetta, però, prescinde dalla natura pubblica o privata del fornitore locale. Si punta piuttosto a premiare progetti di sviluppo locale, siano essi presentati da governi locali o da comunità di cittadini²⁶. Il *Localism Act* del 2011 amplia la capacità degli enti locali: si supera, cioè, il vincolo finalistico alla promozione del benessere della comunità che tante incertezze aveva generato in passato. La capacità degli enti locali è così equiparata a quella degli individui, fatte salve alcune specifiche eccezioni a tutela dell'integrità della funzione pubblica. Ciò apre la strada a una maggiore autonomia e capacità di innovazione da parte degli enti locali²⁷. Si cerca, inoltre, di incrementare la trasparenza delle amministrazioni locali, con l'imposizione dell'obbligo di pubblicare integralmente i dati sulle spese, sulle remunerazioni e sui contratti.

4.3. La modernizzazione dello Stato in Francia

Anche nell'Europa continentale la riforma del settore pubblico gioca un ruolo fondamentale, anche in paesi, come la Francia, tradizionalmente orgogliosi del funzionamento dello Stato e della professionalità della burocrazia. La crisi, d'altra parte, mina seriamente la fiducia della Francia in se stessa, ridimensionandone anche il ruolo di attore un tem-

²⁶ Sulle origini di questa proposta e sulla sua crisi si veda E. CAROLAN, *The Legitimacy of Public Service Reform: Democracy, Accountability and Experimentalism in the Big Society*, in *Public Law*, 2013, p. 240 ss.

²⁷ Su questi sviluppi, si vedano A. BOWES, J. STANTON, *The Localism Act 2011 and the General Power of Competence*, in *Public Law*, 2014, p. 392 ss.

po fondamentale nello scacchiere europeo e globale. Di qui l'urgenza di un radicale cambiamento delle politiche di riforma dello Stato. In questo ambito, d'altra parte, la Francia sconta tradizionalmente una maggiore resistenza al cambiamento, avendo a lungo coltivato il mito della stabilità e dell'efficienza delle proprie istituzioni amministrative (ben più di quelle politico-costituzionali). Eppure, è sempre più evidente che anche la Francia deve fare i conti con i caratteri dello Stato post-moderno, segnati dall'incertezza, dalla complessità e dall'indeterminatezza²⁸.

Si afferma così l'obiettivo di una complessiva modernizzazione dello Stato, che prescinde, però, dal richiamo di modelli privatistici e dalla discussione dei perimetri dell'azione pubblica rispetto all'iniziativa privata. Particolare enfasi è dedicata alla politica di semplificazione. Per dimensioni e impatto dovrebbe trattarsi di un vero e proprio *choc* per il sistema amministrativo francese. L'attenzione prestata al tema della semplificazione consente così di far passare in secondo piano il problema della liberalizzazione e della deregolamentazione delle attività economiche²⁹. Sulla base di questo impegno programmatico, sono adottate le prime duecento misure di semplificazione, che riguardano le imprese, i singoli e l'amministrazione. Il governo prevede altresì di adottare nuove misure di semplificazione ogni sei mesi. Con una specifica previsione normativa, infine, la legge autorizza il governo ad adottare d'urgenza e in via sperimentale alcune ordinanze per la semplificazione delle relazioni tra l'amministrazione e i cittadini.

Alle misure di semplificazione si accompagnano quelle di digitalizzazione della pubblica amministrazione, intesa come fattore di profonda e radicale trasformazione dello Stato³⁰. L'obiettivo è definire una

²⁸ In tal senso J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, IV ed., Paris, 2014. Sul modo in cui il diritto amministrativo partecipa alle trasformazioni dello Stato e sulla necessità di adeguare conseguentemente approcci e ricostruzioni, J. CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, Paris, 2015.

²⁹ Si cfr. in proposito P. GONOD, *La libéralisation en France*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano, 2013, p. 173 ss., in part. pp. 184-185.

³⁰ Sulla trasformazione in senso digitale dei rapporti tra Stato e cittadini e l'introduzione di veri e propri servizi pubblici elettronici in Francia si veda il dossier *Les téléservices publics*, in *Revue française d'administration publique*, n. 2, 2013 e in parti-

nuova strategia tecnologica capace di cambiare il modo di operare dei pubblici poteri e di premiare i progetti più innovativi. In proposito, si tratta di sviluppare iniziative e azioni che già ora vedono la Francia all'avanguardia nelle classifiche mondiali dell'amministrazione digitale. A tal fine, viene costituito un sistema informatico unico dello Stato: questo è chiamato ad aumentare il grado di interoperabilità dei servizi, razionalizzare le infrastrutture esistenti, e rendere trasparenti i costi dell'azione amministrativa. Fondamentale è quindi la creazione della Rete interministeriale dello Stato: questa riunisce le reti dei vari ministeri e ha lo scopo di assicurare la continuità dell'azione di governo nel caso di gravi disfunzioni nella rete internet. Infine, sono istituiti nuovi servizi pubblici elettronici, volti a semplificare e dematerializzare le relazioni tra l'amministrazione e gli utenti. Tra questi, la gestione delle dichiarazioni che riguardano la vita quotidiana dei cittadini, l'accesso ai servizi educativi e sanitari, il pagamento *on line* dei tributi, il mercato unico semplificato per la partecipazione alle gare pubbliche da parte di piccole e medie imprese. Un apposito barometro dei servizi pubblici elettronici misurerà il grado di adesione e di soddisfazione dei cittadini-utenti nell'utilizzo di questi nuovi strumenti. L'uso delle tecnologie digitali facilita notevolmente anche l'accesso ai dati pubblici, grazie alla pubblicazione elettronica di tutta la normativa vigente, il passaggio in licenza aperta di dati prima riservati dell'amministrazione, la fornitura dei risultati elettorali in un punto unico, la messa a disposizione della base ufficiale dei codici postali dell'intero paese, la divulgazione di dati attinenti alle statistiche giudiziarie e ai livelli di emissione dell'anidride carbonica.

Molto importanti, infine, sono le misure volte a riformare l'organizzazione territoriale³¹. Queste riguardano la nuova delimitazione delle regioni, le modalità di svolgimento delle elezioni, la revisione dell'articolazione della Repubblica sul territorio. L'impulso riformatore nasce dalla constatazione che il 'millefoglie territoriale' costituito da 101 di-

colare il contributo di G. KOUBI, *Les mots de la modernisation des relations administratives*, *ivi*, p. 339 ss.

³¹ Anche se non sono mancate critiche alla proliferazione e all'instabilità normativa che si sono così create: per tutti, B. FAURE, *Le droit de les collectivités territoriales «malade de ses normes»*, in *Revue française du droit administratif*, 2014, p. 467 ss.

partimenti, 36.700 comuni, 22 regioni e 2.600 gruppi intercomunali genera una frammentazione di competenze e una dispersione di risorse pubbliche ormai insostenibili. Si tratta di un assetto stratificato molto complesso divenuto incomprensibile per gli stessi cittadini e nocivo per l'efficacia dell'azione pubblica: di qui l'esigenza di una radicale modifica dell'attuale assetto ordinamentale. A tal fine, in primo luogo, la legge di modernizzazione dell'azione pubblica territoriale introduce un nuovo statuto delle città metropolitane. Si vuole così consentire alle agglomerazioni con più di quattrocentomila abitanti di esercitare pienamente il loro ruolo in materia di sviluppo economico, innovazione, distribuzione dell'energia e politiche della città³². In secondo luogo, la riforma delle regioni prevede la loro riduzione da ventidue a tredici, a partire dal 2016. Esse, pertanto, avranno dimensioni più grandi e competenze maggiori: tra queste, l'elaborazione di un programma regionale per lo sviluppo economico e per l'innovazione, l'animazione dei poli della competitività, la gestione dei porti e degli aeroporti e delle politiche del trasporto interurbano. In terzo luogo, la legge sulla nuova organizzazione territoriale della Repubblica mira a ridefinire e chiarire le competenze dei diversi livelli di governo. In questo quadro, viene soppressa la clausola di competenza generale di regioni e dipartimenti³³. Questi ultimi, in particolare, sono destinati ad assumere la funzione di centri per la solidarietà sociale e territoriale, attraverso l'esercizio dei compiti in materia di assistenza alle persone in stato di bisogno, l'accoglienza ai giovani minori, il sostegno al pieno e autonomo sviluppo della personalità umana.

³² Per un primo commento, si vedano M. DEGOFFE, *L'organisation des métropoles*, in *Revue française du droit administratif*, 2014, p. 481 ss., e P. GERARD, *Première point sur la réforme de l'Etat territoriale*, in *Actualité juridique du droit administratif*, 2015, pp. 432-437. Sulle tendenze di fondo dell'ordinamento, G. MARCOU, *Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale*, in *Revue française d'administration publique*, 1, 2012, p. 5 ss.; si veda anche N. KADA, *La réforme de l'état territorial*, *ivi*, p. 109 ss.

³³ Si veda in proposito M. VERPEUX, *Pavane pour une notion défunte - La clause de compétence générale*, in *Revue française du droit administratif*, 2014, p. 457 ss.

5. Conclusioni

Il fatto che il rapporto tra pubblico e privato non costituisca più il campo di battaglia e di propaganda delle politiche di riforma amministrativa e di reinvenzione del governo non significa che esso abbia perso rilevanza pratica e utilità conoscitiva. Vincoli giuridici ed economici, risorse finanziarie disponibili, strategie di innovazione e scelte politiche si riverberano inevitabilmente sul ruolo dei pubblici poteri, sul loro rapporto con la società, sugli strumenti utilizzati per il perseguimento degli scopi istituzionali. Ogni decisione può così ancora oggi essere misurata anche per gli effetti di privatizzazione e/o di pubblicizzazione che essa produce, pure quando questi effetti non sono declamati da un potere politico sempre più incerto circa i benefici reali o d'immagine dell'una o dell'altra soluzione. A ciò si aggiunga che tali effetti sono spesso intrecciati gli uni con gli altri, con la conseguenza che in ultima istanza finisce per gravare sul giudice della singola controversia il compito di districare la matassa ogni volta che ciò sia richiesto dal diritto positivo.

Nella giurisprudenza, anche la più recente, e in diverse giurisdizioni, d'altra parte, la ricerca del discrimine tra pubblico e privato continua a essere importante per risolvere questioni estremamente rilevanti, come le procedure per l'aggiudicazione di contratti e appalti³⁴, l'ambito di applicazione degli obblighi di informazione ambientale³⁵, la legittimità costituzionale della delega di potere regolatorio in materia di standard tecnici e qualitativi nel trasporto ferroviario³⁶. Si può discutere se ad assumere rilevanza in questi casi sia la natura delle cose o invece la continua interazione fra trame normative complesse spesso disposte su diversi piani istituzionali. Questa giurisprudenza, in ogni caso, indica

³⁴ Sulla valenza sistemica di questa disciplina e delle relative applicazioni giurisprudenziali F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997.

³⁵ Come emerge dalla Decisione dell'*Upper Tribunal (Administrative Appeals Chamber)* del Regno Unito, *Fish Legal and Emily Shirley v. Information Commissioner* e altri, 16 febbraio 2015.

³⁶ Si veda in proposito Corte Suprema degli Stati Uniti, *Department of Transportation, et al., petitioners v. Association of American Railroads*, 9 marzo 2015.

che il legislatore, soprattutto quello speciale e singolare, è sempre meno libero di manipolare a suo piacimento i confini tra pubblico e privato: il che dovrebbe ancor più disincentivare da un uso ideologico (e peggio propagandistico) o solo strumentale della distinzione. Il discrimine tra pubblico e privato, dunque, in taluni casi, può servire ancora oggi ad evitare che la ricerca di uno Stato più intelligente degeneri nella pratica di uno Stato che prova a fare il furbo.

LA REGOLAZIONE DEI MERCATI EUROPEI: VERSO UNA NUOVA DISTINZIONE FRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

Giuseppe Bellantuono

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il dibattito in corso. – 3. Una nuova distinzione pubblico/privato: profili sostanziali. – 4. Una nuova distinzione pubblico/privato: profili rimediaali. – 5. Conclusioni: effetti della nuova distinzione.*

1. Introduzione

Questo capitolo propone la seguente ipotesi di lavoro: la regolazione europea dei mercati ha determinato l'emersione di una nuova distinzione fra diritto pubblico e diritto privato; nello stesso tempo, si è ridotta la rilevanza della distinzione in ambito nazionale.

Questa ipotesi concentra l'attenzione su due aspetti. In primo luogo, il campo di indagine è limitato alla regolazione dei mercati. La nuova distinzione di cui si cerca di delineare i contorni non è necessariamente identificabile in altri ambiti, ad esempio i rapporti fra Stato e privati in contesti non di mercato. In secondo luogo, la nuova distinzione è legata ai processi di europeizzazione, nel duplice senso di elaborazione di classificazioni nell'ambito del diritto europeo e di revisione delle classificazioni nazionali dovuta all'influenza del diritto europeo.

La novità della distinzione europea consiste nella diversa funzione per la quale è impiegata. In ambito nazionale, la distinzione pubblico/privato è stata utilizzata per finalità teoriche e pratiche. In particolare, è servita all'individuazione di un regime giuridico differenziato per alcuni soggetti e attività, nonché per la distribuzione delle competenze giurisdizionali o la selezione delle procedure applicabili all'interno della medesima giurisdizione. La distinzione europea serve invece a definire i rapporti fra livello nazionale e sovranazionale. La sua funzione è di

identificare i casi in cui la regolazione europea dei mercati può essere derogata o integrata dalla regolazione nazionale. Tale funzione opera sia sul piano sostanziale, e cioè la definizione del contenuto della regolazione, che sul piano rimediale, e cioè la definizione degli strumenti diretti a garantire l'attuazione delle regole sostanziali.

Il tentativo di delineare una distinzione pubblico/privato di matrice europea presuppone la possibilità di dimostrarne l'utilità sia sul piano dell'interpretazione delle regole vigenti che della loro revisione. Gli studi di diritto europeo sono già affollati di costruzioni teoriche dirette a ricostruire i rapporti fra livello nazionale e sovranazionale. La distinzione pubblico/privato potrebbe essere considerata uno schema classificatorio del passato, inadeguato ad un sistema di regolazione multilivello. Inoltre, è stato osservato che a livello nazionale la distinzione non rappresenta quasi mai l'argomento decisivo per la decisione di casi complessi. Questi casi richiedono di solito l'impiego di numerose tecniche argomentative¹.

Le obiezioni sull'utilità della distinzione meritano di essere prese sul serio. Come si vedrà nei paragrafi che seguono, la nuova distinzione europea può essere considerata utile se consente di identificare i fattori istituzionali che determinano gli esiti della regolazione in ciascun livello. Da questo punto di vista, la distinzione europea può servire a concentrare l'attenzione sull'interazione fra i due livelli e sulle sue conseguenze.

Per ragioni di spazio, l'ipotesi di lavoro non può essere verificata in ciascuno dei mercati in cui la regolazione europea gioca un ruolo di primo piano. È possibile, però, fornire alcune indicazioni di carattere generale sul significato della distinzione. Il secondo paragrafo propone una breve rassegna del dibattito in corso, con particolare attenzione ai contributi che affermano o negano l'utilità della distinzione a livello europeo. Il terzo paragrafo analizza i profili sostanziali della distinzione attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla regolazione

¹ W. LUCY, A. WILLIAMS, *Public and Private: Neither Deep nor Meaningful?*, in K. BARKER, D. JENSEN (a cura di), *Private Law: Key Encounters with Public Law*, Cambridge, UK, 2013, 45 ss. Gli autori propongono questa osservazione con riferimento al diritto inglese, ma non sembra che la sua validità dipenda da particolari caratteristiche di quel sistema giuridico.

dei prezzi nel settore dell'energia. Il quarto paragrafo analizza i profili rimediali della distinzione attraverso una recente sentenza della Corte di giustizia sui poteri dei regolatori nazionali nel settore delle comunicazioni elettroniche. Il quinto paragrafo riassume l'analisi e illustra gli effetti della nuova distinzione sulla ricerca e la didattica di diritto comparato.

2. *Il dibattito in corso*

La regolazione dei mercati europei chiama in causa la distinzione pubblico/privato sotto due profili: obiettivi perseguiti e strumenti utilizzati. Quanto agli obiettivi, la costruzione del Mercato Unico ha richiesto l'introduzione di regole che garantissero l'integrazione dei mercati nazionali e la loro apertura alla concorrenza. Laddove sono stati lasciati spazi alla regolazione nazionale, deroghe agli obiettivi di integrazione e concorrenza sono state ammesse in un numero limitato di casi.

I nuovi obiettivi della regolazione europea hanno inciso sulla distinzione pubblico/privato a livello nazionale. Di solito, un regime europeo unificato sostituisce il regime nazionale, differenziato per categorie di soggetti e di attività. L'unificazione può operare in entrambe le direzioni. Ad esempio, un'associazione di diritto privato può essere chiamata a rispettare il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro sancito dall'articolo 56 TFUE². Allo stesso modo, lo *status* di diritto pubblico di un'organizzazione professionale non impedisce l'applicazione del diritto europeo della concorrenza³. In entrambi i casi, la distinzione pubblico/privato perde rilevanza come criterio di identificazione della

² Corte di giustizia UE, sentenza C-94/07 del 17.07.2008, *Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, in *Foro it.*, 2008, IV, 531. V. l'analisi di C. SEMMELMANN, *The Public-Private Divide in European Union Law*, in U. NEERGAARD, R. NIELSEN (a cura di), *European Legal Method - in a Multi-Level EU Legal Order*, Copenhagen, 2012, 183.

³ Corte di giustizia UE, sentenza C-180/98 e C-184/98 del 12.09.2000, *Pavlov et al. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, in *Foro it.*, 2002, IV, 244. Il passaggio dai soggetti alle attività per la definizione del campo di applicazione del diritto della concorrenza è analizzato da O. ODUDU, *The Public/Private Distinction in EU Internal Market Law*, 46 *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 2010, 826.

disciplina applicabile. L'attenzione si sposta sull'interpretazione e attuazione del diritto europeo.

Quanto agli strumenti utilizzati, le modalità di intervento delle politiche europee non riflettono la distinzione pubblico/privato. Il coinvolgimento di soggetti privati in regimi di autoregolazione o co-regolazione, l'introduzione di regole contrattuali che perseguono obiettivi più ampi di quelli dei contraenti, la previsione di nuove procedure di risoluzione delle controversie amministrative da autorità indipendenti sono esempi di strumenti di regolazione che spingono a dubitare della tradizionale distinzione e a cercare nuove classificazioni.

Benché un confronto sul versante degli obiettivi e degli strumenti porti ad accentuare le differenze fra il livello europeo e il livello nazionale, due analogie meritano di essere sottolineate. In primo luogo, il diritto europeo adotta la medesima tecnica regola/eccezione che i diritti nazionali hanno utilizzato per identificare il campo di applicazione del diritto pubblico e del diritto privato. In secondo luogo, le modalità attraverso le quali il diritto europeo definisce il contenuto delle regole e delle relative eccezioni riflette le caratteristiche del processo decisionale europeo. Lo stesso può dirsi per la distinzione pubblico/privato a livello nazionale⁴.

Queste due analogie suggeriscono che l'europeizzazione della distinzione pubblico/privato può influenzare i diritti nazionali sia in negativo che in positivo. Un'influenza negativa comporta una minore rilevanza della distinzione. La nuova disciplina europea affianca o elimina la precedente disciplina nazionale. Ma un effetto esclusivamente negativo è reso altamente improbabile dalla necessità di governare l'interazione fra livello europeo e nazionale di regolazione. Una nuova disciplina europea può armonizzare i regimi applicabili negli Stati Membri. Tuttavia, la sua attuazione richiede di solito la scelta fra diversi modelli.

⁴ Ad esempio, il ruolo del *Conseil d'État* nella formazione del diritto amministrativo francese a partire dalla fine del diciannovesimo secolo fu in parte dovuto alla limitata attività del potere legislativo. La maggiore rilevanza assunta da quest'ultimo a partire dal secondo dopoguerra ha prodotto una trasformazione del diritto amministrativo. V. E. PICARD, *The Public-Private Divide in French Law Through the History and Destiny of French Administrative Law*, in M. RUFFERT (a cura di), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, 2009, 17.

Inoltre, gli obiettivi di integrazione e concorrenza ammettono un numero limitato di deroghe. Il diritto europeo della regolazione richiede criteri di valutazione che consentano di stabilire se i modelli nazionali di attuazione e le deroghe introdotte siano coerenti con gli obiettivi.

Intorno a tali criteri di valutazione ruota la nuova distinzione europea fra diritto pubblico e diritto privato. I due ambiti possono essere identificati sulla base degli obiettivi perseguiti. All'ambito del diritto privato appartengono le regole europee che attuano gli obiettivi di integrazione e concorrenza. All'ambito del diritto pubblico appartengono le regole europee che definiscono la compatibilità con tali obiettivi delle misure nazionali di regolazione⁵. La nuova distinzione prescinde del tutto dalle caratteristiche dei soggetti e degli strumenti utilizzati. In ciascun ambito è possibile trovare soggetti e strumenti che, secondo le tradizionali distinzioni nazionali, appartengono al diritto pubblico o al diritto privato. All'interno della regolazione europea, quei soggetti e quegli strumenti sono utilizzati congiuntamente e assumono nuove funzioni.

La nuova distinzione presenta il vantaggio di concentrare l'attenzione sui fattori che determinano la distribuzione di competenze fra i due livelli. Questo profilo rappresenta uno dei nodi più critici per la regolazione europea. Negli anni Ottanta e Novanta l'obiettivo di liberalizzare il maggior numero possibile di mercati ha fatto emergere con chiarezza la matrice regolatoria del diritto europeo. Ne è derivato un complesso insieme di regole e istituzioni nel quale gli aspetti di diritto pubblico e di diritto privato non sono separabili⁶. Si tratta, però, di un processo incompleto. In molte industrie a rete l'integrazione dei mercati

⁵ La distinzione proposta non è lontana dalle osservazioni di L. AZOULAI, *Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne*, 46 *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 2010, 842, 856, che elabora una definizione di diritto pubblico europeo legata alla necessità di incorporare interessi transnazionali nell'esercizio dei poteri nazionali di regolazione. V., inoltre, S. BARBOU DES PLACES, *Summa Divisio et droit communautaire: dépassement, déplacement ou reconstitution d'une frontière disciplinaire?*, in X. BIOY (a cura di), *L'identité du droit public*, Paris, 2010, 39, 70 s., per l'osservazione che il tentativo di definire la distinzione pubblico/privato a livello europeo conduce ad un'analisi delle interazioni verticali e orizzontali.

⁶ H.-W. MICKLITZ, *Rethinking the Public/Private Divide*, in M. MADURO *et al.* (a cura di), *Transnational Law*, Cambridge, UK, 2014, 271.

nazionali e il livello di concorrenza sono ancora insufficienti⁷. I benefici potenziali di una più profonda integrazione sono quantificati nell'ordine dei 990 miliardi di euro, pari al 7,5% del PIL europeo⁸. Le iniziative messe in campo dalla Commissione per realizzare la nuova strategia del Mercato Unico, l'Unione Energetica, il Mercato Unico Digitale, il Mercato Unico dei Capitali e l'Unione Bancaria sono chiaramente orientate ad assicurare che quei benefici non rimangano sulla carta⁹. Ma l'apparente linearità di questo processo, che dovrebbe condurre gradualmente al completamento del Mercato Unico, maschera le tensioni sul versante delle scelte regolatorie. I benefici di una maggiore integrazione potranno essere conseguiti solo modificando le attuali strutture di governo dei mercati europei. Questo cambiamento presuppone un consenso diffuso sulla distribuzione di competenze fra il livello europeo e nazionale. Per varie ragioni, tale condizione è assente nella maggior parte dei mercati regolati dal diritto europeo.

In primo luogo, soluzioni istituzionali ampiamente condivise richiedono da un lato un grado significativo di coinvolgimento del livello nazionale, dall'altro la rinuncia a strategie di unificazione a tutto campo. La crisi dell'area euro ha confermato queste due indicazioni¹⁰. Sono quindi preclusi i tentativi di collegare un'integrazione più profonda ad uno spostamento di competenze verso il livello europeo, ma rimangono aperte numerose opzioni per il governo di ciascun mercato.

In secondo luogo, i trent'anni trascorsi dall'avvio delle liberalizzazioni hanno mostrato la difficoltà di limitare gli effetti indesiderati delle

⁷ J. PELKMANS, G. LUCHETTA, *Enjoying a Single Market for Network Industries?*, Notre Europe - Jacques Delors Institute, febbraio 2013.

⁸ J. DUNNE, *Mapping the Cost of Non-Europe, 2014-2019*, Parlamento europeo, European Added Value Unit, luglio 2014, con riferimento a 25 settori.

⁹ V. EUROPEAN COMMISSION, *Upgrading the Single Market: More Opportunities for People and Business*, COM(2015)550 del 28.10.2015; EUROPEAN COMMISSION, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015)192 del 6.5.2015; EUROPEAN COMMISSION, *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, COM(2015)80 del 25.02.2015; EUROPEAN COMMISSION, *Building a Capital Markets Union*, COM(2015)63 del 18.02.2015; EUROPEAN COMMISSION, *A Roadmap Towards a Banking Union*, COM(2012)510 del 12.09.2012.

¹⁰ V. i contributi in M. DAWSON *et al.* (a cura di), *The Governance Report 2015*, Oxford, 2015.

politiche europee. L'accesso ai servizi essenziali ad un prezzo ragionevole non è stato garantito né alle categorie di consumatori a maggior rischio di esclusione né in tutte le regioni dell'UE¹¹. Questo dato induce a riflettere sull'efficacia degli strumenti che avrebbero dovuto garantire un'equilibrata distribuzione dei benefici della concorrenza, e cioè il servizio universale e gli obblighi di servizio pubblico. Il tema sarà ripreso nel terzo paragrafo. Per il momento è sufficiente rilevare che le future scelte regolatorie non potranno essere guidate solo dall'obiettivo di conseguire i benefici potenziali in forma aggregata, ma dovranno prestare attenzione alla loro distribuzione.

In terzo luogo, il tentativo di costruire concetti e regole funzionali all'obiettivo dell'integrazione crea inevitabilmente frizioni con i preesistenti regimi nazionali. Ma ciascuna frizione si presta ad una lettura ambivalente. Da un lato è possibile sostenere che le politiche europee non sono in grado di riconoscere e valorizzare le differenze nazionali¹². Dall'altro è possibile affermare che l'accettazione di ogni differenza nazionale impedisce qualsiasi progresso sul versante dell'integrazione¹³. Questa ambivalenza è destinata a persistere in mancanza di criteri che consentano di distinguere fra ostacoli all'integrazione e legittime scelte regolatorie.

L'elaborazione di una nuova distinzione pubblico/privato in ambito europeo dovrebbe garantire che gli obiettivi di integrazione e concorrenza siano perseguiti con modalità che non compromettano il funzionamento delle istituzioni nazionali. La ricerca di questo equilibrio è

¹¹ J. CLIFTON *et al.*, *Is Market-Oriented Reform Producing a Two Track Europe? Cases from Electricity and Telecommunications*, 82 *Annals Pub. and Coop. Econ.* 495 (2011); M. FLORIO, *Network Industries and Social Welfare*, Oxford, 2013.

¹² V. M. LASSER, *Fundamentally Flawed: The CJEU's Jurisprudence on Fundamental Rights and Fundamental Freedoms*, 15 *Theoretical Inquiries in Law* 229 (2014) per una critica degli orientamenti giurisprudenziali che applicano un regime europeo uniforme senza considerare le classificazioni operate a livello nazionale.

¹³ Ad esempio, l'identificazione di diverse categorie di contratti pubblici può nascondere il tentativo di sottrarsi alla disciplina europea sugli appalti pubblici: v. per l'Italia R. CARANTA, *The Fall From Fundamentalism in Italian Administrative Law*, in M. RUFFERT, *op. cit.*, 99; per la Francia J.-B. AUBY, *La distinction du droit public et du droit privé*, in ID. (a cura di), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public français*, 2010, 287.

chiaramente visibile nel sistema di regole ed eccezioni costruito dai Trattati europei e dalla Corte di giustizia, nell'interpretazione dei criteri di sussidiarietà e di proporzionalità, nonché nella negoziazione dei margini di discrezionalità per l'attuazione delle direttive. Altrettanto evidente è che le soluzioni regolatorie più innovative, come le varie forme di co-regolazione e gli strumenti non gerarchici, sono dirette a garantire una distribuzione di competenze nello stesso tempo accettabile ed efficace. Introdurre in questo dibattito la distinzione pubblico/priato significa collegare in modo più esplicito i processi di formazione e applicazione del diritto europeo e nazionale. Se la regolazione europea non può fare a meno di modificare il ruolo dei regolatori nazionali, la portata di tale cambiamento dovrebbe essere calibrata sulla base delle capacità istituzionali disponibili ai due livelli. Detto altrimenti, le caratteristiche di ciascun problema regolatorio possono suggerire ragioni a favore o contro una specifica distribuzione di competenze.

Questo genere di analisi presuppone l'identificazione dei fattori che consentono o impediscono alle istituzioni europee di regolare efficacemente un determinato mercato. La letteratura politologica può dare indicazioni sulle dinamiche istituzionali del processo legislativo europeo e sulle ragioni che determinano la scelta di specifiche soluzioni regolatorie. Più specificamente, tre contributi della letteratura politologica appaiono rilevanti in questo contesto. In primo luogo, le teorie della *governance* multilivello indicano che l'elaborazione ed attuazione delle politiche europee dipendono soprattutto dalle modalità di coordinamento fra i diversi attori istituzionali¹⁴. In secondo luogo, la capacità di regolare efficacemente i mercati dipende dall'attivazione di meccanismi che consentano di evitare paralisi decisionali sia a livello nazionale che europeo¹⁵. In terzo luogo, la capacità di regolare dipende non solo dai poteri formalmente attribuiti a ciascun regolatore, ma anche dall'inte-

¹⁴ Per una rassegna recente della letteratura v. P. STEPHENSON, *Twenty Years of Multi-Level Governance: 'Where Does It Come From? What Is It? Where Is It Going?'*, 20 *J. Eur. Pub. Pol.* 817 (2013). Sull'uso della nozione di *governance* multilivello nella letteratura giuridica v. i contributi in V. BARSOTTI (a cura di), *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

¹⁵ G. FALKNER (a cura di), *The EU's Decision Traps: Comparing Policies*, Oxford, 2011.

razione con altri regolatori (allo stesso livello o ad un livello diverso) e con i destinatari della regolazione, nonché dalla disponibilità di specifiche risorse di tipo analitico, organizzativo e politico¹⁶.

La prospettiva politologica può essere integrata con un'indagine di diritto comparato. Quest'ultima dovrebbe chiarire l'impatto che ciascuna soluzione regolatoria potrebbe avere a livello nazionale, nonché la disponibilità di risorse istituzionali che giustifichino l'attribuzione di maggiori o minori competenze a ciascun livello. L'integrazione delle prospettive politologica e giuridica dovrebbe consentire l'identificazione di criteri di valutazione che diano uguale rilievo ai fattori di cambiamento interni ed esterni ai diritti europeo e nazionale.

Nei due paragrafi seguenti il significato della nuova distinzione europea pubblico/privato è discusso con riferimento ai profili sostanziale e rimediabile. Nel terzo paragrafo la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla regolazione dei prezzi dell'energia è utilizzata per analizzare la delimitazione delle sfere di azione europea e nazionale. Nel quarto paragrafo la giurisprudenza della Corte di giustizia sui poteri dei regolatori nazionali nel settore delle comunicazioni elettroniche è utilizzata per documentare l'evoluzione degli strumenti sanzionatori nei mercati regolati dal diritto europeo.

3. *Una nuova distinzione pubblico/privato: profili sostanziali*

Nella causa C-36/14 la Polonia è stata condannata per violazione della terza Direttiva gas (2009/73/CE) a causa del mantenimento di prezzi regolati per i consumatori finali¹⁷. La Corte ripropone in questa sentenza i medesimi criteri già applicati in una sentenza precedente, con riferimento alle analoghe previsioni della seconda Direttiva gas (2003/

¹⁶ M. LODGE, *Regulatory Capacity*, in M. LODGE, K. WEGRICH (a cura di), *The Problem-Solving Capacity of the Modern State*, Oxford, 2014, 64; M. HOWLETT, M. RAMESH, *Achilles' Heels of Governance: Critical Capacity Deficits and Their Role in Governance Failures*, *Regulation & Governance*, early view 20 maggio 2015.

¹⁷ Corte di giustizia UE, sentenza C-36/14 del 10.09.2015, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*.

55/CE)¹⁸. Misure nazionali che limitano o escludono la concorrenza nel mercato del gas naturale sono considerate legittime se soddisfano un interesse economico generale, se sono chiaramente definite, trasparenti, non discriminatorie e verificabili, se garantiscono alle imprese europee un uguale accesso ai consumatori nazionali e rispettano il criterio di proporzionalità. Quest'ultimo si traduce in tre parametri che guidano la valutazione della Corte: durata temporanea della misura nazionale, stretto collegamento con l'obiettivo da realizzare e chiara individuazione delle categorie di consumatori a cui si applica.

Questa giurisprudenza presenta due motivi di interesse per la distinzione pubblico/privato. In primo luogo, la regolazione dei prezzi finali dell'energia richiede una valutazione sia sotto il profilo dell'efficienza economica che degli effetti distributivi. Si tratta, quindi, di un tema che presuppone non solo una valutazione delle opzioni disponibili per realizzare il Mercato Unico dell'Energia, ma anche la scelta delle modalità per proteggere le categorie di consumatori non in grado di trarre vantaggio dalla liberalizzazione. La contrapposizione fra obiettivi di integrazione e concorrenza da un lato e obiettivi distributivi dall'altro riflette il senso della distinzione pubblico/privato nel diritto europeo. Se a livello nazionale l'introduzione di un regime di diritto pubblico è servita spesso per derogare al diritto privato, nel diritto europeo il ricorso alla nozione di obbligo di servizio pubblico, in questo caso invocata sulla base dell'art. 3(2) terza Direttiva gas, serve per derogare ai normali meccanismi di mercato. L'interrogativo più importante riguarda i

¹⁸ Corte di giustizia UE, sentenza C-265/08 del 20.04.2010, *Federutility et al. c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Foro it.*, 2010, IV, 390. Per l'applicazione dei criteri stabiliti dalla Corte v., fra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 28.09.2012, n. 5144, che conferma la legittimità delle misure adottate dal regolatore nazionale. Sulla fissazione del prezzo della fornitura di energia elettrica per gli impianti essenziali v. Corte di giustizia UE, sentenza C-242/10 del 21.12.2011, *Enel Produzione SpA c. Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3572. V. l'analisi in G.M. ROBERTI, *Lo statuto europeo del consumatore energetico*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Annuario di diritto dell'energia, Bologna, 2015, 51; E. BRUTI LIBERATI, *Mercati retail dell'energia e disciplina dei servizi*, *Ibid.*, 135; J.V. NYSTEN, D. FOUQUET, *Regulated Prices for Gas and Electricity: The Never Ending Story of Federutility*, 5(4) *Eur. Energy J.* 56 (2015).

processi decisionali attraverso i quali si definisce l'estensione della deroga.

In secondo luogo, la regolazione dei prezzi finali dell'energia richiede di analizzare le capacità regolatorie che ciascun livello può mobilitare per entrambe le categorie di obiettivi. Si tratta, cioè, di individuare le ragioni che potrebbero giustificare l'attribuzione di competenze esclusive al livello europeo sia per gli aspetti relativi all'efficienza del mercato che per gli aspetti distributivi o, in alternativa, la condivisione di competenze regolatorie con il livello nazionale.

Consideriamo innanzitutto i processi decisionali che possono essere utilizzati per definire l'estensione della deroga alla concorrenza. Nel settore dell'energia la nozione di obblighi di servizio pubblico definisce il perimetro della discrezionalità lasciata agli Stati Membri. Tale nozione rappresenta un elemento della più ampia categoria dei servizi di interesse economico generale (SIEG), a sua volta priva di una definizione legislativa. Una disciplina europea dei SIEG a carattere orizzontale sarebbe possibile sulla base dell'art. 14 TFUE. Ma la Commissione ha finora rifiutato di esercitare il suo potere di iniziativa in materia, probabilmente per timore di dover concedere ai co-legislatori deroghe troppo ampie¹⁹. Alcune previsioni sugli obblighi di servizio pubblico o sul servizio universale sono state inserite nella legislazione di settore²⁰. Si tratta di previsioni che confermano la possibilità di una deroga, senza però definirne l'estensione. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte di giustizia e la prassi della Commissione giocano un ruolo più importante della fonte legislativa²¹.

¹⁹ W. SAUTER, *Public Services in EU Law*, Cambridge, UK, 2014, 177 s.

²⁰ W. SAUTER, *Public Services*, cit., 180 ss.; H. SCHWEITZER, *Services of General Economic Interest: European Law's Impact on the Role of Markets and Member States*, in M. CREMONA (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, 41 ss.

²¹ Il riferimento alla prassi della Commissione include sia le decisioni in materia di aiuti di Stato, nelle quali è cruciale l'interpretazione dell'art. 106 TFUE, sia le numerose comunicazioni con le quali la Commissione cerca di orientare le scelte degli Stati Membri in materia di SIEG. Su questo uso del *soft law* v. U. NEERGAARD, *The Commission's Soft Law in the Area of Services of General Economic Interest*, in E. SZYSZCZAK et al. (a cura di), *Developments in Services of General Interest*, The Hague, 2011, 37.

Lo spostamento verso un processo decisionale di tipo casistico indica che l'approccio principale dovrebbe consistere nel bilanciamento degli interessi. Il principio di proporzionalità fornisce gli strumenti concettuali e linguistici per tale bilanciamento. Tuttavia, è stato rilevato che la giurisprudenza europea non effettua un reale bilanciamento. La compatibilità delle misure nazionali con il diritto europeo è solitamente valutata attraverso il test della misura meno restrittiva. Inoltre, la severità del test dipenderebbe dal minore o maggiore grado di armonizzazione promosso dal diritto europeo²².

Queste indicazioni possono essere utilizzate in parte per la regolazione dei prezzi dell'energia. Il limite di durata, lo stretto collegamento della misura con l'obiettivo da realizzare e la chiara identificazione dei beneficiari servono ad evitare che le misure nazionali vadano oltre quanto richiesto dall'interesse pubblico nazionale che si intende promuovere. Si tratta, quindi, di un'applicazione del test della misura meno restrittiva. Meno convincente, invece, sembra il tentativo di spiegare il differente esito dei casi *Federutility* e *Polonia* sulla base del grado di armonizzazione. In *Federutility* la Corte ha ammesso la possibilità di regolare i prezzi finali, purché sia rispettato il principio di proporzionalità. In *Polonia* la Corte ha rilevato una violazione del principio. Le differenze procedurali fra i due casi sono ovviamente rilevanti. La sentenza *Federutility* ha origine dal rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, la sentenza *Polonia* da una procedura di infrazione in base all'art. 258 TFUE. Nel primo caso la Corte era tenuta a lasciare al giudice nazionale il compito di verificare il rispetto del principio di proporzionalità²³. Ma un test più severo sarebbe stato possibile. Ad esempio, la Corte avrebbe potuto affermare che la regolazione dei prezzi è incompatibile con il processo di liberalizzazione dei mercati dell'energia, op-

²² W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, 15 *Cambridge Yearbook of Eur. Legal Stud.* 439 (2013); D.-U. GALETTA, *Le principe de proportionnalité*, in J.-B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Traité de droit administratif européenne*, 2^a ed., Bruxelles, 2014, 501 ss.

²³ Ma la Corte ha più volte dimostrato di voler mantenere il controllo sull'applicazione del principio di proporzionalità attraverso istruzioni dettagliate sul bilanciamento, a cui i giudici nazionali devono uniformarsi. V. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2^a ed., 2012, Oxford, 2012, 636-639.

pure che tale misura può essere utilizzata solo per proteggere una ristretta categoria di consumatori vulnerabili. La scelta di un approccio meno restrittivo non può essere spiegata sulla base del limitato grado di armonizzazione europea. Già la seconda Direttiva gas, applicata nel caso *Federutility*, e in modo ancora più ampio la terza Direttiva gas, applicata nel caso *Polonia*, hanno introdotto un sistema di regole chiaramente orientato a completare il Mercato Unico dell'Energia. In tale sistema, qualsiasi forma di regolazione dei prezzi finali rischia di ritardare o ostacolare il processo di integrazione²⁴.

Una spiegazione più convincente della giurisprudenza sulla regolazione dei prezzi può essere individuata nell'interazione fra processo legislativo europeo e interpretazione giudiziale. Benché nel corso degli ultimi tre decenni il diritto europeo dell'energia sia diventato progressivamente più dettagliato e abbia sottratto competenze significative al livello nazionale, tutte le direttive gas hanno previsto deroghe e misure transitorie per garantire una regolazione differenziata dei mercati nazionali. In particolare, la possibilità di introdurre obblighi di servizio pubblico è stata riconosciuta dalla prima Direttiva gas (art. 3(2) Direttiva 1998/30/CE) e confermata dalla seconda e terza Direttiva gas. Queste previsioni indicano che esiste uno spazio di discrezionalità per gli Stati Membri. È possibile, quindi, considerare la sentenza *Federutility* come un riconoscimento della distribuzione di competenze fra i diversi livelli accettata dal legislatore europeo. Una soluzione più rigida, che escludesse la compatibilità di qualsiasi forma di regolazione dei prezzi con il diritto europeo, avrebbe profondamente modificato tale distribuzione di competenze. La Corte ha preferito delegare al dialogo fra i colegislatori il compito di trovare un equilibrio fra concorrenza e regolazione dei prezzi.

²⁴ Sull'interazione fra liberalizzazione e obblighi di servizio pubblico v. M. HARKER *et al.*, *Public Service Obligations and Competition*, Centre on Regulation in Europe, febbraio 2013 (<www.cerre.eu>). Ma nel settore della telefonia mobile, dove la concorrenza è più sviluppata rispetto ai mercati dell'energia, il legislatore europeo impone prezzi massimi per il *roaming* a causa di una combinazione di fallimenti di mercato e fallimento della regolazione. V. W. SAUTER, *Public Services*, cit., 193 s. Il Regolamento (UE) 2015/2120 prevede l'abolizione del *roaming* a partire dal giugno 2017.

Nel settore dell'energia, questa scelta deve essere valutata positivamente. La metà degli Stati Membri adotta ancora forme di regolazione dei prezzi²⁵. Nel Regno Unito, uno dei pionieri della liberalizzazione, l'indagine della *Competition & Markets Authority* sta valutando la possibilità di introdurre prezzi massimi di salvaguardia a fronte della mancanza di concorrenza nei mercati finali²⁶. Dal canto suo, la Commissione sembra orientata a negoziare la graduale abolizione della regolazione²⁷. Non meno rilevante è la considerazione che una maggiore concorrenza non è automaticamente garantita se l'abolizione dei prezzi regolati non è accompagnata da misure di supporto²⁸. In questo quadro, un'interpretazione più stringente del principio di proporzionalità da parte della Corte non avrebbe prodotto benefici significativi. In termini più generali, un approccio più rigido da parte della Corte è giustificabile qualora serva ad uscire da una trappola decisionale che paralizza il processo legislativo. In questo caso i co-legislatori europei non sono rimasti inerti, ma hanno individuato nel corso degli anni un equilibrio fra i due livelli. Si tratta, quindi, di una situazione che non presenta le caratteristiche della trappola decisionale²⁹. Occorre, peraltro, rilevare che la

²⁵ ACER/CEER, *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Natural Gas Markets in 2014*, novembre 2015, 87 ss.

²⁶ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Energy Market Investigation – Provisional Decision on Remedies Report*, 17.03.2016, 209 ss., 435 ss. (proposta di prezzo massimo transitorio per 4 milioni di consumatori non in grado di trarre vantaggio dalla concorrenza), disponibile in <<https://www.gov.uk/cma-cases/energy-market-investigation>>.

²⁷ Nella comunicazione sull'Unione Energetica COM(2015)80, cit., 11 s., la Commissione fa riferimento da un lato alla necessità di eliminare i prezzi regolati quando siano al di sotto dei costi di fornitura, dall'altro all'opportunità di stabilire strategie nazionali per l'abolizione di tutti i prezzi regolati. Ma non è chiaro se la regolazione dei prezzi possa essere eliminata in futuro con nuovi interventi legislativi, attraverso un ricorso più aggressivo alle procedure di infrazione o con strumenti non legislativi. Ad esempio, il nuovo Piano di Azione per la *Baltic Energy Market Interconnection* (BEMIP), sottoscritto nel giugno 2015, prevede la graduale (e volontaria) abolizione dei prezzi regolati per i consumatori domestici nel settore elettrico entro il 2017/2020.

²⁸ Per una discussione di questo aspetto v. G. BELLANTUONO, *Diritti e tutele del consumatore di energia: un quadro di diritto comparato*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 15.

²⁹ Di *joint-decision trap* è possibile parlare quando il diritto europeo non può essere modificato a causa di preferenze divergenti, ma allo stesso tempo sottrae capacità di

Corte sarà presto chiamata a decidere sulla legittimità del sistema francese di regolazione dei prezzi nel settore del gas³⁰. Se i giudici europei daranno peso alla decisione della Francia di abolire i prezzi regolati per i consumatori non domestici dall'inizio del 2016, le medesime posizioni già espresse in precedenza potrebbero essere confermate. La Corte potrebbe cioè decidere di lasciare al negoziato fra Commissione e Stati Membri la completa abolizione dei prezzi regolati. Tuttavia, nelle sue conclusioni dell'aprile 2016 l'Avvocato Generale Mengozzi ha espresso forti dubbi sulla compatibilità della regolazione francese con il principio di proporzionalità. Qualora la Corte decidesse di seguire tale posizione, lo spazio di manovra concesso agli Stati Membri potrebbe ulteriormente restringersi.

La distribuzione di competenze fra i diversi livelli può servire anche a spiegare l'esito del caso *Polonia*. Gli argomenti utilizzati per giustificare la regolazione dei prezzi sono stati la presenza di un operatore storico in grado di controllare circa il 95% del mercato finale e contratti a lungo termine in grado di condizionare l'ingresso di nuovi fornitori. Tuttavia, si tratta di ostacoli alla concorrenza che i regolatori nazionali avrebbero potuto eliminare o ridurre con adeguati interventi. La constatazione di un'infrazione in questo caso serve ad accelerare il processo di liberalizzazione³¹.

È possibile, quindi, riconoscere nella giurisprudenza sulla regolazione dei prezzi una forma di bilanciamento mascherato degli interessi in gioco. Si tratta, però, di un bilanciamento non influenzato solo dal grado di armonizzazione, ma anche da considerazioni di natura istituzionale, e cioè legate alla struttura multilivello della regolazione europea. Il principio di proporzionalità diventa più o meno stringente in relazione alla coerenza delle misure nazionali con la distribuzione di competenze decisa dal legislatore europeo. Dal punto di vista della di-

intervento agli Stati Membri. V. F.W. SCHARPF, *The JTD Model: Context and Extensions*, in G. FALKNER, *op. cit.*, 218.

³⁰ V. il rinvio pregiudiziale del *Conseil d'État* nella causa C-121/15. L'*Autorité de la Concurrence* ha già espresso un parere negativo sul mantenimento di prezzi regolati nel mercato francese del gas: v. l'*Avis* n. 13-A-09 del 23 marzo 2013.

³¹ Secondo notizie di stampa, in seguito alla condanna la Polonia potrebbe abolire la regolazione dei prezzi per i consumatori non domestici di maggiori dimensioni.

stinzione pubblico/privato, la giurisprudenza in esame conferma che nel diritto europeo il suo significato è strettamente legato alle dinamiche dell'interazione fra la Corte e i co-legislatori. Se la Corte non è necessariamente vincolata alle scelte dei co-legislatori, un'interpretazione conforme diventa più probabile quando tali scelte sono supportate da una strategia che non può essere sostituita da una diversa strategia giudiziale³².

Consideriamo ora il secondo aspetto menzionato in precedenza, e cioè le ragioni che potrebbero giustificare l'attribuzione di specifiche competenze al livello nazionale. Il protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona riconosce l'ampio margine di discrezionalità di cui gli Stati Membri dispongono per i SIEG, la necessità di considerare le differenze geografiche, sociali e culturali e di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, un trattamento non discriminatorio, la promozione dell'accesso universale e dei diritti degli utenti. L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali collega l'accesso ai SIEG alla promozione della coesione sociale e territoriale nell'UE. È possibile che queste previsioni conducano ad applicare una versione debole del principio di proporzionalità, oppure all'elaborazione di una nozione europea di solidarietà che aiuti a gestire le conseguenze negative delle liberalizzazioni³³. Se questo aspetto è considerato nella prospettiva della distinzione pubblico/privato, un'ulteriore possibilità è che a tali previsioni si faccia riferimento per identificare, in ciascun mercato regolato a livello europeo, la distribuzione di competenze più appropriata.

Utilizzando la letteratura politologica, è possibile far leva sul fattore delle capacità regolatorie. Si tratta, cioè, di valutare quale livello sia in grado di governare sia i profili attinenti al corretto funzionamento del mercato che le conseguenze distributive dei processi di integrazione e liberalizzazione. In termini generali, il livello europeo appare in grado di governare solo il primo profilo. La struttura finanziaria dell'UE non

³² Sulle ragioni che possono indurre la Corte ad una maggiore o minore deferenza nei confronti del legislatore v. G. DAVIES, *Legislative Control of the European Court of Justice*, 51 *Common Mkt. L. Rev.* 1579 (2014).

³³ V. la discussione in H. SCHWEITZER, *op. cit.*, 55 ss.; H.-W. MICKLITZ, *Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law*, in M. CREMONA, *op. cit.*, 63, 94 ss.

consente di pianificare programmi redistributivi. Il settore dell'energia offre un chiaro esempio di tali limiti. Dati recenti mostrano che il problema della povertà energetica potrebbe riguardare il 12% dei consumatori domestici europei³⁴. La legislazione europea ha finora delegato agli Stati Membri il compito di adottare le misure necessarie. In futuro il legislatore europeo potrebbe decidere di intervenire in questo campo. Ma gli interventi possibili si limitano a definizioni uniformi della nozione di povertà energetica e alla fissazione di criteri che consentano di evitare misure con effetti distorsivi della concorrenza. Tutte le altre scelte, dal tipo di strumenti alla platea dei destinatari all'entità delle risorse, rimarranno di competenza degli Stati Membri.

Questo assetto appare in linea con la natura delle politiche distributive, necessariamente legate a scelte culturali che possono differire profondamente da uno Stato Membro all'altro. Ma una competenza nazionale appare anche coerente con il tipo di capacità regolatorie richieste per le politiche distributive. La loro attuazione dipende dalla disponibilità di informazioni sulle preferenze e le necessità dei cittadini, dalla capacità di comprendere quali politiche possono essere considerate legittime e realizzabili, nonché dalla capacità di attuare concretamente tali politiche³⁵. Questi requisiti sono più facilmente individuabili a livello nazionale³⁶. Il vantaggio principale di una chiara distinzione in termini di capacità regolatorie consiste nell'evitare che le misure di promozione della concorrenza e dell'integrazione rimangano inattuate perché nessuno dei due livelli è in grado di governare le loro conseguenze distributive. Da questo punto di vista, il nuovo significato europeo della

³⁴ V. EUROPEAN COMMISSION, *Monitoring Progress Towards the Energy Union Objectives - Concept and First Analysis of Key Indicators*, SWD(2015)243 del 18.11.2015, 42. Considerando solo i circa 250 milioni di consumatori di energia elettrica (ACER/CEER, *Annual Report*, cit., 273), circa 30 milioni sarebbero a rischio. Sul dibattito relativo alla misurazione della povertà energetica e alle misure più efficaci nei paesi industrializzati e in via di sviluppo v. i contributi in A. HALFF *et al.* (a cura di), *Energy Poverty: Global Challenges and Local Solutions*, Oxford, 2014.

³⁵ M. HOWLETT, M. RAMESH, *Achilles' Heels*, cit., 4 ss.

³⁶ La necessità di utilizzare la "conoscenza locale" per la progettazione e attuazione delle politiche di sostegno ai consumatori vulnerabili è sottolineata da C. WADDAMS, D. DELLER, *Affordability of Utilities' Services: Extent, Practice, Policies*, Centre on Regulation in Europe, 22.10.2015 (<www.cerre.eu>).

distinzione pubblico/privato può servire ad orientare il dibattito verso la ricerca di soluzioni efficaci. Il test della misura meno restrittiva può continuare ad essere utilizzato, ma può essere ancorato a dati più oggettivi nel momento in cui si tratta di valutare i criteri di selezione dei beneficiari e gli strumenti per attuare le politiche distributive³⁷.

Riassumendo: il nuovo significato della distinzione pubblico/privato può servire ad affrontare alcuni nodi irrisolti dell'architettura istituzionale europea, e cioè l'allocazione di competenze fra i due livelli e la gestione degli effetti distributivi delle politiche di integrazione e liberalizzazione.

4. Una nuova distinzione pubblico/privato: profili rimediali

Nella causa C-3/14 l'oggetto del procedimento principale era la decisione del regolatore nazionale polacco relativa all'accesso a servizi di informazione forniti sulla rete di un altro operatore³⁸. La decisione sostituiva il mancato accordo fra i due operatori coinvolti e fissava le condizioni economiche dell'accesso. Questo potere di risoluzione della controversia deriva dall'art. 20 Direttiva 2002/21/CE (Direttiva quadro sulle reti e servizi di comunicazione elettronica) e dall'art. 5 Direttiva 2002/19/CE (Direttiva su accesso e interconnessione di reti di comunicazione elettronica). Il diritto polacco sembra attribuire natura contrattuale alla decisione che sostituisce l'accordo. Eventuali controversie relative all'adempimento devono essere risolte dal giudice civile. Il rinvio pregiudiziale verteva sulla necessità di adottare in questo caso il procedimento che richiede di notificare alla Commissione e ai regolatori degli altri Stati Membri il progetto di misura prima che sia adottata (art. 7(3) Direttiva quadro). La risposta affermativa della Corte fa pre-

³⁷ La scelta di istituire un SIEG con finalità redistributive potrebbe essere vagliata con criteri economici per stabilire se politiche alternative sarebbero più efficienti. Tale valutazione offrirebbe il vantaggio di rendere più facilmente confrontabili le scelte compiute in diversi Stati Membri. V. in proposito G.S. ØLYKKE, P. MØLLGAARD, *What is a Service of General Economic Interest?*, 41 *Eur. J. L. & Econ.* 205 (2016).

³⁸ Corte giustizia UE, sentenza C-3/14 del 16.04.2015, *Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej e Telefonia Dialog sp. z o.o. c. T-Mobile Polska SA*.

valere l'esigenza di armonizzare le decisioni nazionali, allo stesso tempo estendendo i poteri di controllo preventivo della Commissione. Ma questo caso segnala due profili rilevanti per la distinzione pubblico/privato.

In primo luogo, l'attuazione del diritto europeo passa sempre più spesso attraverso i poteri attribuiti ai regolatori nazionali³⁹. Questa scelta comporta una sottrazione di competenze ai giudici nazionali. Si tratta, quindi, di una modifica della distribuzione nazionale di competenze fra autorità amministrativa e autorità giudiziaria. In secondo luogo, il diritto europeo favorisce l'attribuzione ai regolatori nazionali di strumenti di intervento con chiari riflessi privatistici. Il riferimento è al potere di modificare i rapporti contrattuali oggetto della regolazione e di applicare rimedi di tipo risarcitorio⁴⁰.

Questi sviluppi possono sembrare una conferma del declino della tradizionale distinzione pubblico/privato sul versante rimediale. Sia le procedure che gli strumenti di intervento utilizzati dai regolatori rendono difficile, e forse superfluo, separare i due aspetti. Ma la distinzione potrebbe assumere un nuovo significato e servire ad interpretare i cambiamenti in corso nelle regole rimediali influenzate dal diritto europeo.

Gli interventi più recenti si prestano a letture contrastanti. Una tendenza ad estendere il campo di applicazione del livello sovranazionale può essere identificata sia nelle misure a carattere orizzontale, comuni a più settori, sia nella legislazione di settore. Esempi importanti sono la Direttiva 2014/104/UE sulle azioni risarcitorie nel diritto della concorrenza e la Raccomandazione 2013/396/UE sulle azioni collettive. Nei settori non armonizzati, il principio dell'autonomia procedurale degli Stati Membri ha perso gran parte del suo significato. I principi di equivalenza ed effettività sono applicati sulla base di un bilanciamento fra

³⁹ H.-W. MICKLITZ, *Administrative Enforcement of European Private Law*, in R. BROWNSWORD *et al.* (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford/Portland, Or., 2011, 563.

⁴⁰ C. HODGES, *Consumer Redress: Ideology and Empiricism*, in K. PURNHAGEN, P. ROTT (a cura di), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Dordrecht, 2014, 793; G. BELLANTUONO, *Public and Private Enforcement of European Private Law in the Energy and Telecommunications Sectors*, 23 *Eur. Rev. Private L.* 649 (2015).

obiettivi delle regole nazionali e importanza della situazione soggettiva riconosciuta dal diritto europeo. Questo approccio giurisprudenziale rappresenta una forma alternativa di armonizzazione⁴¹.

Ma l'europeizzazione dei rimedi non consiste solo nello spostamento di competenze al livello sovranazionale. Nella maggior parte dei casi, il funzionamento dei rimedi disegnati dalla legislazione e dalla giurisprudenza europea presuppone un ruolo decisivo del livello nazionale. Il caso discusso in apertura di paragrafo è un esempio di procedura di coordinamento che dovrebbe garantire l'uniformità degli interventi dei regolatori nazionali nel mercato unico delle comunicazioni elettroniche. Analoghe finalità di coordinamento possono essere attribuite al coinvolgimento dei regolatori nazionali nelle agenzie europee di supervisione per il settore finanziario⁴². Questa interazione evidenzia i due problemi che il diritto europeo dei rimedi deve affrontare.

Il primo problema è l'efficacia delle sanzioni e degli strumenti di controllo. Se considerate dal punto di vista degli obiettivi di coordinamento, le attuali procedure sono tutt'altro che soddisfacenti. Nel settore delle comunicazioni elettroniche la mancata integrazione dei mercati nazionali è in parte imputata alle differenti modalità di applicazione del diritto europeo da parte dei regolatori nazionali. La Commissione potrebbe proporre nuove misure di armonizzazione nel 2016, ma i precedenti tentativi di ottenere un maggior controllo sono falliti⁴³. Alla mancanza di coordinamento si aggiunge l'incertezza sull'efficacia di differenti strumenti di controllo. Se da un lato l'UE sembra intenzionata ad introdurre meccanismi sanzionatori uniformi, dall'altro spinge gli Stati Membri a sperimentare sia nuove forme di *public enforcement* che di *private enforcement*. Ma ciascuno di questi strumenti presuppone scelte

⁴¹ P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law*, 6ª ed., Oxford, 2015, 239, 249.

⁴² R. VAN GESTEL, R. VAN GOLEN, *Enforcement by the New European Supervisory Agencies: Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, in K. PURNHAGEN, P. ROTT, *op. cit.*, 757; M. SCHOLTEN, A. OTTOW, *Institutional Design of Enforcement in the EU: The Case of Financial Markets*, 10(5) *Utrecht L. Rev.* 80 (2014).

⁴³ EUROPEAN COMMISSION, *A Digital Single Market Strategy for Europe - Analysis and Evidence*, SWD(2015)100, 34 ss. Per un'analisi critica sulle prospettive di un'ulteriore armonizzazione v. J.S. MARCUS, T. GANTUMUR, *Economic Implications of Further Harmonization of Electronic Communications Regulation in the EU*, 29.06.2015 (<<http://ssrn.com/abstract=2624617>>).

complesse in termini di istituzioni complementari e di risorse da attribuire ai diversi attori coinvolti. La varietà di approcci possibili è messa in evidenza dalle teorie sulla *experimentalist governance*, la *reflexive governance* e la *responsive regulation*⁴⁴. Non meno rilevante è la possibilità di disegnare strumenti sanzionatori e di controllo sulla base degli studi di psicologia cognitiva⁴⁵. Senza un'adeguata considerazione di questi aspetti, qualsiasi tentativo di europeizzare le regole rimediali rischia di produrre un'ulteriore frammentazione delle esperienze nazionali. Si noti che la tradizionale distinzione pubblico/privato diventa nuovamente rilevante in questo ambito perché influenza la percezione che del loro ruolo hanno i regolatori nazionali⁴⁶. Da questo punto di vista, occorre riconoscere che le regole rimediali possono essere meno facilmente modificabili delle regole sostanziali.

Il secondo problema è la legittimità del processo di europeizzazione dei rimedi. Il significato del principio di sussidiarietà assume ovviamente rilevanza, ma non è chiaro se possa fornire indicazioni concrete sulla distribuzione di competenze fra i due livelli. Oltre all'aspetto dei rapporti verticali, la legittimità delle regole rimediali è anche discussa sotto il profilo della responsabilità dei regolatori. Il tentativo di rendere più efficace l'applicazione del diritto europeo ha prodotto sia l'espansione dei poteri delle autorità nazionali (e talvolta delle agenzie europee) sia un incremento dei casi di delega a soggetti privati dei poteri di monitoraggio e risoluzione delle controversie. Tale cambiamento non assicura necessariamente eguali diritti di accesso a tutte le categorie di

⁴⁴ C.F. SABEL, J. ZEITLIN (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford, 2010; O. DE SCHUTTER, J. LENOBLE (a cura di), *Reflexive Governance*, Oxford/Portland, Or., 2010; J. BRAITHWAITE, *The Essence of Responsive Regulation*, 44 *U. British Columbia L. Rev.* 475 (2011). Per un'applicazione della *responsive regulation* in sistemi multilivello v. M.A. HELDEWEG, R.A. WESSEL, *The Appropriate Level of Enforcement in Multilevel Regulation: Mapping Issues in Avoidance of Regulatory Overstretch*, 5(1) *Int. L. Research* 16 (2016).

⁴⁵ C. HODGES, *Law and Corporate Behaviour*, London, 2015, 15 ss.

⁴⁶ V. l'indagine empirica di Y. SVETIEV, A. OTTOW, *Financial Supervision in the Interstices Between Private and Public Law*, 10 *Eur. J. Contract L.* 496 (2014).

soggetti. Inoltre, le stesse procedure utilizzate per la risoluzione delle controversie diventano meno trasparenti e controllabili⁴⁷.

I due problemi dell'efficacia e della legittimità nel campo dei rimedi suggeriscono una simmetria con quanto osservato a proposito delle regole sostanziali. Se in quell'ambito occorre governare i rapporti fra il livello nazionale e sovranazionale sia dal punto di vista dell'efficienza che della giustizia distributiva, per i profili rimediali occorre identificare un equilibrio fra efficacia e legittimità. La ricerca di tale equilibrio passa attraverso l'analisi di numerosi fattori, a cominciare dal grado di armonizzazione desiderabile. Il nuovo significato della distinzione europea pubblico/privato può offrire il quadro teorico nel quale collocare l'analisi diretta ad identificare i criteri per la selezione degli strumenti di intervento. La dimensione privata include le considerazioni legate all'efficacia dei rimedi, la dimensione pubblica le considerazioni legate alla loro legittimità.

Il tentativo di individuare le due dimensioni nel dibattito sull'europeizzazione dei rimedi appare coerente con la rilevanza che questo tema assume per l'architettura istituzionale dei sistemi giuridici multilivello. Con riferimento al federalismo statunitense è stato osservato che la priorità attribuita al *private enforcement* è direttamente collegata all'interazione strategica fra Congresso, potere esecutivo e Corte Suprema⁴⁸. Con riferimento all'UE è stato osservato che un maggiore ricorso al *private enforcement* potrebbe avere conseguenze profonde (positive e negative) per il contenuto delle politiche europee⁴⁹. Questo accostamento dei sistemi giuridici statunitense ed europeo non presuppone necessariamente una convergenza sul versante rimediale. Ma segnala la neces-

⁴⁷ V. le considerazioni critiche di H.-W. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement in European Private Law: Preliminary Considerations*, 23 *Eur. Rev. Priv. L.* 491 (2015) e di A. WECHSLER, B. TRIPKOVIĆ, *Conclusions: Enforcement in Europe as a Market for Justice*, in H.-W. MICKLITZ, A. WECHSLER (a cura di), *The Transformation of Enforcement*, Oxford, 2016, 377.

⁴⁸ S. FARHANG, *The Litigation State: Public Regulation and Private Lawsuits in the US*, Princeton, 2010; S.B. BURBANK, S. FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, 162 *U. Penn. L. Rev.* 1543 (2014).

⁴⁹ R.D. KELEMEN, *Eurolegalism and Democracy*, 50(S1) *J. Common Mkt. Stud.* 55 (2012).

sità di collegare la selezione dei rimedi al più ampio dibattito sulla *governance* europea⁵⁰.

5. Conclusioni: effetti della nuova distinzione

L'ipotesi di lavoro proposta in questo capitolo collega la distinzione pubblico/privato alle relazioni verticali fra l'UE e i suoi Stati Membri. La dimensione privata include le misure legislative e non legislative adottate dalle istituzioni europee per realizzare gli obiettivi di integrazione e liberalizzazione. La dimensione pubblica include i criteri che il diritto europeo individua per giudicare la compatibilità delle misure nazionali di regolazione con gli obiettivi di integrazione e liberalizzazione. La nuova distinzione europea influenza il significato delle tradizionali distinzioni nazionali. Se alcuni temi di diritto pubblico o privato sono attratti nella sfera del diritto europeo, la loro qualificazione nazionale diventa meno rilevante. Ma l'aspetto più importante è il contenuto prescrittivo che la distinzione assume nel diritto europeo. Le politiche di integrazione e liberalizzazione producono conseguenze distributive che devono essere gestite a livello europeo o a livello nazionale. Inoltre, la selezione dei rimedi solleva problemi di legittimità e di responsabilità. L'analisi condotta nel terzo e quarto paragrafo suggerisce che il governo delle relazioni verticali non riguarda semplicemente la scelta del livello competente, ma le modalità di coordinamento fra i due livelli.

È possibile che la distinzione pubblico/privato sia considerata superflua per l'analisi e l'applicazione del diritto europeo. Altri criteri di classificazione sono stati proposti e non può escludersi che assolvano in modo soddisfacente alle finalità teoriche e pratiche tradizionalmente attribuite alla distinzione pubblico/privato. Ad esempio, testi dedicati al *droit économique* o al *Regulierungsrecht* propongono un'organizzazione sistematica del diritto europeo che prescinde dalla distinzione⁵¹.

⁵⁰ In questo senso v. i contributi in F. CAFAGGI, H. MUIR WATT (a cura di), *Making European Private Law: Governance Design*, Cheltenham, 2008.

⁵¹ V., ad es., L. VOGEL (a cura di), *Traité de droit économique*, Bruxelles, 4 vol., 2014-2015; E. PICOZZA, V. RICCIUTO (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013; M. FEHLING, M. RUFFERT (a cura di), *Regulierungsrecht*, Tübingen, 2010.

Lo stesso dicasi per i testi dedicati al diritto europeo dell'energia, al diritto europeo delle comunicazioni elettroniche o al diritto del mercato interno. I temi trattati appartengono sia all'area del diritto pubblico che del diritto privato⁵². Anche quando la distinzione tradizionale è utilizzata per lo studio del diritto europeo, si tratta più di un tentativo di “rinazionalizzazione” che di una proposta teorica⁵³. Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti, quest'ultimo approccio rischia di trascurare le aree più innovative del diritto europeo.

Un'analisi del diritto europeo che prescindendo dalla distinzione pubblico/privato si espone alla critica di ignorare le funzioni di una ben definita area di diritto pubblico e di diritto privato⁵⁴. Ma i paragrafi precedenti mostrano che nel diritto europeo il nuovo significato della distinzione serve a definire il contenuto di misure regolatorie non riconducibili alle tradizionali classificazioni nazionali. La distinzione europea aiuta a identificare una zona di confine che comprende una combinazione di interessi e strumenti⁵⁵. L'aspetto più rilevante non è la natura pubblica o privata di ciascun interesse o strumento, ma il modo in cui la loro combinazione è gestita a ciascun livello.

La prospettiva proposta rimane un'ipotesi di lavoro che richiede ulteriori approfondimenti. Un'indagine estesa a tutti i mercati regolati dal diritto europeo è necessaria per identificare elementi comuni e differenze nelle soluzioni adottate con riferimento alla delimitazione delle sfere

⁵² V., ad es., P. NIHOUL, P. RODFORD, *EU Electronic Communications Law*, Oxford, 2011; A. JOHNSTON, G. BLOCK, *EU Energy Law*, Oxford, 2012; N. REICH *et al.*, *Understanding EU Internal Market Law*, Oxford, 2015.

⁵³ V. BARBOU DES PLACES, *Summa Divisio*, cit., 68 s.

⁵⁴ V., ad es., A. HAREL, *Public and Private Law*, in M.D. DUBBER, T. HÖRNLE (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2014, 1040 (l'autonomia del diritto pubblico dev'essere garantita per alcune attività che sono intrinsecamente pubbliche); H. DAGAN, *Between Regulatory and Autonomy-Based Private Law*, 14.11.2015 (<<http://ssrn.com/abstract=2691665>>) (necessità di attribuire al diritto privato il ruolo di promuovere l'autonomia individuale).

⁵⁵ Considerazioni analoghe in M. FREEDLAND, *The Evolving Approach to the Public/Private Distinction in English Law*, in J.-B. AUBY, M. FREEDLAND (a cura di), *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, Paris, 2004, 101, 116 s. (aree della regolazione da comprendere non come discipline distinte, ma come settori in cui diritto pubblico e privato interagiscono).

nazionale e sovranazionale, alla gestione delle conseguenze distributive della regolazione, all'efficacia e legittimità dei rimedi. Inoltre, occorre riconoscere le implicazioni della nuova distinzione sul versante della ricerca e della didattica di diritto comparato. Quanto alla prima, l'analisi della regolazione europea presuppone una conoscenza del livello nazionale che consenta di identificare la più appropriata distribuzione di competenze. Si tratta, cioè, di fornire a legislatori, regolatori e giudici europei le informazioni necessarie per distinguere fra legittime differenze nazionali e ostacoli all'integrazione e alla concorrenza. Per questa finalità, un approccio di diritto comparato appare necessario, ma può considerarsi utile solo se abbraccia contemporaneamente gli aspetti di diritto pubblico e di diritto privato⁵⁶. Inoltre, l'indagine comparatistica deve essere in grado di includere valutazioni di tipo prescrittivo. Quest'ultimo aspetto solleva problemi metodologici di ampia portata⁵⁷.

Quanto alla didattica, gli esempi proposti dimostrano che la regolazione dei mercati europei può essere compresa solo considerando congiuntamente caratteristiche dei regolatori, processi decisionali e conseguenze per le relazioni fra privati. Rimane, quindi, molto lavoro da fare per elaborare una didattica in grado di offrire una visione non semplicistica e interdisciplinare della regolazione europea⁵⁸.

⁵⁶ Da questo punto di vista, le tradizioni accademiche nazionali, organizzate intorno alla distinzione pubblico/privato, costituiscono un ostacolo alla ricerca comparatistica perché tendono a scoraggiare qualsiasi tentativo di introdurre nuove classificazioni. Come osserva O. BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé: un dualisme qui résiste aux critiques*, in J.-B. AUBY, M. FREEDLAND, *op. cit.*, 29, 38 ss., in Francia la creazione di *concours d'agrégation* distinti per il diritto pubblico e privato a partire dal 1897 contribuì in modo decisivo al consolidamento della distinzione. In Italia la riunificazione di diritto pubblico comparato e diritto privato comparato è stata realizzata per le procedure di reclutamento, ma la distinzione persiste sul piano dei temi di ricerca.

⁵⁷ Sulla possibilità di utilizzare gli studi di diritto comparato per finalità prescrittive v. la discussione in M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, UK, 2014, 22 s., 297-301.

⁵⁸ Propongo un tentativo in questa direzione nel corso di *Comparative Energy Law* presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. L'obiettivo principale del corso è identificare le modalità di utilizzazione delle conoscenze comparatistiche in ciascuna fase del processo di elaborazione e applicazione del diritto europeo.

LA TUTELA DELL'AMBIENTE TRA STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO E STRUMENTI DI DIRITTO PUBBLICO: LE GRANDI EPOCHE DEL DIRITTO DELL'AMBIENTE

Barbara Pozzo

SOMMARIO: *Introduzione.* – I. *L'età della scoperta.* – 1. *La rivisitazione degli strumenti di diritto privato a fronte dell'emergere di una problematica ambientale.* – 2. *Il dibattito dottrinale sull'adattabilità del sistema di diritto privato alle nuove problematiche ambientali.* – 3. *Conclusioni.* – II. *Seconda fase.* – 1. *L'età della fede negli strumenti di diritto amministrativo.* – 2. *La crisi delle norme comando-controllo.* – III. *La terza fase: l'età dell'ansia.* – 1. *La presa di coscienza dei fenomeni globali.* – 2. *Il quadro culturale di riferimento per le recenti iniziative promosse in questo settore.* – 3. *Il dibattito sulla green economy.* – 4. *I Millennium Development Goals e il programma UNEP.* – 5. *I nuovi strumenti di politica ambientale.* – 6. *La rivisitazione in chiave pubblicistica degli strumenti di diritto privato posti a tutela dell'ambiente.* – 6.1. *La responsabilità per danni all'ambiente.* – 6.2. *La rivisitazione della proprietà.* – 6.3. *Il contratto e l'ambiente. L'impiego di altri strumenti negoziali.* – *Conclusioni.*

Introduzione

Proiettato nella dimensione della *longue durée*¹, ovvero nella scala di quel susseguirsi ininterrotto di secoli in cui maturano le tradizioni giuridiche, il problema dell'ambiente figura come un ultimo nato.

Tuttavia, è possibile identificare alcune fasi storiche della sua evoluzione, in cui la dialettica tra diritto privato e diritto pubblico ha assunto proprie specificità e che hanno portato all'assetto attuale, in cui strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato sembrano fonder-

¹ Cfr. i tre saggi di F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali*, W.W. ROSTOW, *Storia e scienze sociali: la lunga durata* e W. KULA, *Storia ed economia: la lunga durata*, ora raccolti in F. BRAUDEL (a cura di), *La storia e le altre scienze sociali*, Bari, 1974, pp. 153 ss.

si ed integrarsi in un tentativo volto a forgiare il sistema “più efficiente” di protezione ambientale.

Per mettere ordine al discorso dividerò il mio intervento in tre parti, che corrispondono – grosso modo – alle *Grandi Epoche del Diritto dell’Ambiente*.

- 1) Una prima parte dedicata *all’età della scoperta* della problematica ambientale e della *rivisitazione degli strumenti di diritto privato*.
- 2) Una seconda parte dedicata *all’età della fede nel diritto amministrativo*, caratterizzata dall’emergere di una legislazione ambientale con caratteri propri.
- 3) Una terza parte, dedicata *all’età dell’ansia o della globalizzazione dei problemi ambientali*, in cui si assiste alla rivalutazione di vari strumenti di diritto privato e alla coniugazione di questi con strumenti di diritto amministrativo in varia foggia, in un contesto caratterizzato da sempre maggior interdipendenza tra livello nazionale e livello sovranazionale.

Qualsiasi riferimento alla periodizzazione di Grant Gilmore è – ovviamente – del tutto casuale².

I. L’età della scoperta

1. La rivisitazione degli strumenti di diritto privato a fronte dell’emergere di una problematica ambientale

I primi passi per l’elaborazione di norme predisposte per la tutela dell’ambiente sono stati mossi diversi anni addietro, quando la legislazione ambientale non era affatto così sviluppata, nemmeno nei Paesi in cui oggi questa risulta essere capillare.

La ricostruzione di questa prima fase evolutiva mostra come questa sia avvenuta all’interno della *Western Legal Tradition* secondo *trends* evolutivi sostanzialmente omologhi ed indipendentemente dal fatto che

² Anche se il libro di G. GILMORE, *The Ages of American Law*, 1977 (trad. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1988) è stato assolutamente la mia fonte di ispirazione.

l'ordinamento giuridico in questione fosse di *civil law* piuttosto che di *common law*.

La rivisitazione di rimedi tradizionali di diritto privato, come le norme sulle immissioni o sulla responsabilità civile, allo scopo di fare fronte a nuove problematiche ha costituito infatti il fulcro di una esperienza comune sia ai sistemi di *civil law* che a quelli di *common law*.

Nel tentativo di superare le strettoie della tradizione, i *common lawyers* ed i *civil lawyers* hanno cercato di liberare la struttura di istituti tradizionali dalla loro base sostanziale, tentando di fare rientrare il nuovo bene ambiente nella serie dei beni da essi tutelati.

Le esperienze giuridiche maggiormente esemplificative dimostrano la presenza di un comune sforzo volto ad estendere al massimo la portata di norme tradizionali, generalmente poste a tutela di beni altrettanto tradizionali, per apprestare una tutela quanto meno indiretta dell'ambiente.

Nei sistemi di *common law*, con l'emergere della problematica collegata ai rischi ambientali ed in assenza di una specifica legislazione in materia ambientale che andava solo allora formandosi, le Corti ricorsero ad una rivisitazione delle dottrine tradizionali che si basavano sul sistema dei *torts*³.

Come è noto, i *torts* sono per i privatisti fra gli strumenti più ricchi dal punto di vista del tasso di progettualità sociale. Non deve quindi stupire come proprio in questo settore soprattutto la dottrina americana si sia cimentata in elaborazioni tendenti a riassorbire le nuove fattispecie di rischio ambientale nell'ambito dei *torts* tradizionali, sviluppando – ad esempio – il concetto di *toxic torts*⁴, non come singolo e separato *tort*, ma piuttosto come *genus* tendente a ricomprendere i *torts* tipici applicati, di volta in volta, ai casi di inquinamento ambientale.

³ Cfr. ad esempio F.E. MALONEY, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in 25 *Vanderbilt L.R.* 145 (1972); sui rimedi vecchi e nuovi per la tutela dell'ambiente nell'esperienza americana, cfr. G. ALPA, M. BESSONE, A. GAMBARO, *Aspetti privatistici della tutela dell'ambiente: l'esperienza americana e francese*, in AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, a cura di A. GAMBARO, Milano, 1976, 295 ss.

⁴ Cfr. W.B. ALCORN Jr., *Liability Theories for Toxic Torts*, in 3 *Natural Resources & Environment*, American Bar Association, p. 3 ss. (1988).

Gli strumenti che sono stati presi in considerazione a questo fine sono stati quei *torts* che per loro natura offrivano maggiori punti di contatto con la problematica ambientale ed in particolare i *torts* di *nuisance*, *trespass*, *strict liability*, *negligence*, e i c.d. *riparian rights*⁵.

2. Il dibattito dottrinale sull'adattabilità del sistema di diritto privato alle nuove problematiche ambientali

La questione circa l'adattabilità del sistema tradizionale di *common law* alle nuove esigenze scaturenti dal c.d. *environmental risk* non ha interessato solo le Corti americane, facendo scorrere non poco inchiostro anche in ambito accademico.

Tra gli anni '70 e gli inizi degli anni '90 appaiono sulle maggiori *law reviews* americane tutta una serie di articoli volti ad identificare i vantaggi e gli svantaggi del *traditional tort system*, che si concretizza in un dibattito *diritto privato v. diritto pubblico* nella disciplina delle nuove problematiche ambientali⁶.

I fautori dell'approccio privatistico hanno sostenuto che l'azione privata, piuttosto che quella pubblica, si presenterebbe come la più adatta ad affrontare le problematiche connesse con il rischio scaturente dalle nuove attività scientifiche della società moderna. Le Corti, di fronte alle nuove problematiche in tema di protezione dell'ambiente, avrebbero il vantaggio, rispetto ad altre istituzioni, di poter usufruire di metodi particolarmente duttili per determinare la responsabilità in concreto del convenuto.

⁵ W.H. RODGERS, *Handbook on Environmental Law*, St. Paul, Minnesota, 1977, p. 100 ss.; F.E. MALONEY, *Judicial Protection of the Environment: A New Role for Common Law Remedies*, in 25 *Vanderbilt L.R.* 145 (1972), in particolare p. 146.

⁶ T.A. BRENNAN, *Environmental Torts*, in 46 *Vanderbilt L.R.* 1 (1993); W.B. AL-CORN, *Liability Theories for Toxic Torts*, in *Nat. Res. Env.*, 1988, vol. 3, p. 3; R.L. RABIN, *Environmental Liability and the Tort System*, in *Houston L.R.*, 1987, vol. 24, p. 27; P.J. STRAND, *The Inapplicability of Traditional Tort Analysis to Environmental Risk: The Example of Toxic Waste Pollution Victim Compensation*, in *Stan. L.R.*, 1983, vol. 35, p. 575.

A contrario, chi sosteneva la sostanziale inapplicabilità del *tort system*, mostrandosi più propenso ad abbandonare quest'ultimo a favore di misure di diritto pubblico, richiamava in particolare due punti deboli del sistema di responsabilità civile rispetto alle peculiarità specifiche dei danni ambientali, ed in particolare:

- il fatto che i danni ambientali possono venire alla luce anche molto tempo dopo il verificarsi dell'azione dannosa, mettendo in crisi il requisito della *remoteness of damage* ed i tradizionali criteri in materia di nesso causale;
- la natura superindividuale degli interessi ambientali, che metteva in crisi le regole comuni in materia di *standing* e di legittimazione attiva;
- il fatto che i fenomeni di inquinamento si possano presentare come *mass torts*, in cui né tutti i danneggiati, né tutti i danneggianti possono essere facilmente identificati⁷.

Un analogo dibattito lo si può ritrovare negli stessi anni in Francia, in Germania ed in Italia.

In Francia il dibattito ha riguardato soprattutto le *troubles de voisinage*. Come si ricorderà, in assenza di una norma specifica che le prevedesse, le *troubles de voisinage* sono state sussunte nell'alveo dell'art. 1382 Code Napoléon e sono servite come appiglio per accordare una prima tutela – almeno indiretta – all'ambiente.

Inizialmente ancorate allo statuto giuridico della proprietà fondiaria, le *troubles de voisinage* sono state sottoposte ad un processo di adattamento alle nuove esigenze ambientali, tanto che in dottrina si era arrivati ad affermare che più che di *troubles de voisinage* si dovesse parlare di *troubles de l'environnement*⁸ e ad affermare che: «Nul, ou presque, n'as pris le parti qui nous semble s'imposer, de déclarer qu'il y a exactement le même rapport entre le statut juridique de la propriété foncière

⁷ Per la nozione di *indeterminate plaintiff* e di *indeterminate defendant* si veda J.G. FLEMING, *The American Tort Process*, cit., p. 252. Dello stesso autore cfr. anche *Mass Torts*, in 42 *Am. J. Comp. L.*, p. 507 (1994), che raccoglie i contributi presentati nel *General Report* al XIV Congresso Internazionale di Diritto Comparato di Atene del 1994.

⁸ Cfr. M.-F. NICOLAS, *La protection du voisinage*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1976, p. 678.

et les troubles de voisinage, qu'entre le statut juridique d'un pot de fleurs et les droits du passant qui le reçoit sur sa tête»⁹.

Non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina francese¹⁰ era arrivata ad affermare che nelle *troubles de voisinage* il rapporto di responsabilità si veniva a creare non tra proprietari di diversi fondi, ma – piuttosto – tra una vittima, sovente lontana, e solo in alcuni casi titolare di un diritto reale, ed un imprenditore, che poteva non essere titolare di un diritto di proprietà sul fondo, per cui il rapporto di vincolo tra i due soggetti diventava sempre più fittizio.

Come ricorda Blaise: «En réalité dans la jurisprudence la plus récente, le voisinage ne qualifie plus un rapport entre fonds, ni même une proximité géographique permanente, mais une variété de dommages qui font preuve d'une certaine permanence ou d'une certaine fréquence dans le temps»¹¹.

Non diversamente anche in Germania, ove si riscontrano istanze omologhe a quelle presenti negli altri Stati. Il § 823 BGB sulla responsabilità civile ed il § 906 BGB sulle immissioni sono stati anche qui i primi a servire da base per elaborare una tutela dell'ambiente.

Anche qui il dibattito non è solo quello che nasce dalla giurisprudenza, ma è anche la dottrina ad occuparsi della problematica ambientale, ponendosi su due fronti: il primo più incline a sostenere l'adattabilità del vecchio diritto (in Germania, il *Bürgerliches Gesetzbuch*, negli Stati Uniti il *common law* in generale) alla nuova fattispecie di danno ambientale¹². Il secondo, invece, contrapposto al primo, per cui la nuova problematica ambientale costituirebbe un quid completamente nuovo, che non troverebbe nelle norme giuridiche già esistenti in seno all'ordi-

⁹ In questo senso B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, p. 167. Conformemente v. J. DERRIDA, nota a Tribunal de Grande Instance de Nice, in D, 1965, p. 221.

¹⁰ Cfr. P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, Parigi, 1974, p. 90.

¹¹ Cfr. J.B. BLAISE, *Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, p. 275.

¹² Cfr. per una visione d'insieme A. PIGNATELLI, *Responsabilità per danni ambientali secondo l'ordinamento giuridico tedesco*, in *Resp. civ. prev.*, 1988, p. 935.

namento un'adeguata disciplina e per cui qualsiasi tentativo di adattamento comporterebbe una stortura.

Una parte della dottrina tedesca si è a lungo interrogata su come fosse possibile estendere l'applicabilità delle norme del BGB riguardanti la responsabilità extra-contrattuale (in particolare la disciplina contenuta nel § 823 BGB) alla fattispecie di illecito derivante da danno all'ambiente¹³.

Come è noto, l'ordinamento tedesco recepisce un sistema di tipicità degli illeciti, per cui il § 823 BGB configura un obbligo di risarcimento del danno solo nelle ipotesi in cui venga leso con dolo o colpa ed in modo contrario all'ordinamento giuridico uno dei beni specificatamente indicati nel paragrafo stesso, ossia la vita, la salute, il corpo, la libertà, la proprietà od un altro diritto analogo (*ein sonstiges Recht*)¹⁴.

Parte della dottrina tedesca ha sostenuto che il primo comma del § 823 BGB sia applicabile alla fattispecie del danno ambientale talora considerando il *diritto all'ambiente pulito* come un diritto alla personalità – come un *Persönlichkeitsrecht*¹⁵ –, talaltra interpretando la locuzione *sonstiges Recht* in modo ampio e ricomprendendo in questo termine piuttosto lato anche il concetto di ambiente¹⁶.

¹³ Sull'applicabilità del § 823 BGB ai danni derivanti da inquinamento cfr. R.H. GANTEN, M. LEMKE, *Haftungsprobleme im Umweltbereich*, in *Umwelt- und Planungsrecht*, 1989, p. 1.

¹⁴ Il testo del § 823 BGB, comma 1, recita infatti: «Schadenersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet». Cfr. B. SCHÄFER, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse §§ 823-826, sub Rn. 1 ss.

¹⁵ Cfr. H. FORKEL, *Immissionsschutz und Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1968, p. 47 ss.; G.H. ROTH, *Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte eines privatrechtlichen Umweltschutzes*, in *NJW*, 1972, p. 921 ss.

¹⁶ Cfr. J. KÖNDGEN, *Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts*, in *UPR* 1983, p. 345 ss.; quest'ultimo Autore viene poi criticato da D. MEDICUS, in *Zivilrecht und Umweltschutz*, in *JuristenZeitung*, 1986, p. 778 ss., e da U. DIEDERICHSEN, in *Die Haftung für Umweltschäden*, in *BB*, 1973, p. 485 ss.

L'altro aggancio che la dottrina tedesca ha trovato nel BGB per far fronte ai nuovi rischi ambientali è costituito dalla disciplina delle immissioni¹⁷.

Il § 906 BGB, inserito nel terzo libro del Codice civile tedesco dedicato ai diritti reali (*Sachenrechte*), prevedeva originariamente la seguente disciplina: il proprietario di un fondo non poteva impedire l'immissione di gas, vapori, odori, fumo, fuliggine, calore, rumori, vibrazioni ed altri fenomeni analoghi provenienti da un altro fondo, qualora questi fenomeni non avessero pregiudicato o avessero pregiudicato solo in modo non essenziale l'utilizzo del suo stesso fondo. La norma prevedeva inoltre che il proprietario avrebbe dovuto comunque sopportare il pregiudizio anche se essenziale, qualora ciò fosse derivato da un uso consueto dell'altro fondo, avuto riguardo alla situazione dei luoghi (*ortsübliche Benutzung des anderen Grundstücks*).

Questa disciplina, che prevede un tipo di responsabilità oggettiva a carico dell'imprenditore-inquinatore, ed in combinato disposto con il § 1004 BGB dà diritto all'inibitoria¹⁸, può essere considerata analoga a quella che si ritrova nel nostro art. 844 c.c.¹⁹. Essa è stata oggetto nel corso

¹⁷ Cfr. J.F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 15^a ed., Monaco, 1989, § 25 IV, p. 228 ss.; ID., *Zur Entstehung des Umweltschutzes aus dem Sachenrecht des BGB*, in *Juristen Zeitung*, nr. 7, 1987, p. 317; H. WESTERMANN, *Die Funktion des Nachbarrechts: Zugleich eine Untersuchung der Bedeutung eines Immissionsschutzgesetzes für das Privatrecht*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1973, p. 1003 ss.; O. JAUERNIG, *Zivilrechtlicher Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung*, in *Juristenzeitung*, 1986, p. 605; U. DIEDERICHSEN, *Schadenersatz und Entschädigung im Umweltschutz*, in *Natur und Umweltschutz*, Heidelberg, 1989, p. 23 ss.; M. RONELLENFITSCH, R. WOLF, *Ausbau des Individualschutzes*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 1960. Cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e "rapporto proprietario"*, Napoli, 1984, p. 74.

¹⁸ U. DIEDERICHSEN, *Schadenersatz und Entschädigung im Umweltschutz*, cit., 19 ss.

¹⁹ La disciplina contenuta nell'art. 844 c.c. italiano e quella del § 906 BGB, così come quella dell'art. 685 del Codice civile svizzero in pari materia, hanno infatti la stessa matrice, costituita dalla teoria elaborata da Rudolph von Jhering (*Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn*, apparso negli *Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*, Jena, 1863, p. 81 ss.) al quale si devono l'individuazione della fattispecie e l'inquadramento di essa nell'ambito della disciplina della proprietà fondiaria, nonché la deter-

degli anni di elaborazione ad opera sia della giurisprudenza che del legislatore. Il fatto che il proprietario di un fondo dovesse sopportare tutte le immissioni che non pregiudicassero o pregiudicassero in modo non essenziale l'utilizzo del fondo e comunque tutte le immissioni che, anche se essenziali, venissero ritenute consuete nella situazione di quei particolari luoghi, portava a gravi ingiustizie soprattutto là dove le immissioni essenziali, ma consuete, pregiudicavano i proprietari dei fondi vicini nella loro attività economica.

Ciò accadeva soprattutto là dove intere zone adibite ad agricoltura si trovavano confinanti con zone industriali e dove era di fatto impossibile decidere quale delle due attività fosse per la rispettiva zona la più consueta.

Per risolvere tali conflitti la giurisprudenza tedesca, alla fine degli anni '50, sviluppò il principio del *nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis*, ossia del rapporto di comunità di vicinato²⁰, in base al quale se in una determinata zona sia l'industria che l'agricoltura debbano considerarsi attività tipiche per quei luoghi, le due attività dovranno avere rispetto reciprocamente l'una dell'altra, con la conseguenza che i danni inevitabili dovranno comunque essere oggetto di un indennizzo secondo equità.

Questa evoluzione della disciplina dei rapporti di vicinato effettuata ad opera della giurisprudenza tedesca prendeva le mosse dal principio del "rapporto di comunità" che deve esistere tra proprietari finitimi e cercava, contemporaneamente, di incentivare l'industria a ricercare le misure tecniche più avanzate per evitare di produrre danni agli altri fondi.

minazione del criterio della normale tollerabilità (R. v. JHERING, *op. cit.*, p. 115) come principio generale in questa materia. Le conclusioni raggiunte da questo autore verranno poi riprese dal P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza* (in *Foro it.*, 1910, Anno XXXV, fasc. XXII) e serviranno da modello al legislatore italiano. Cfr. a questo proposito SALVI, *Le immissioni industriali, rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, p. 108 ss.; A. GAMBARO, *La proprietà*, Trattato Iudica-Zatti, 1990, p. 386 ss.

²⁰ Cfr. per quanto concerne l'evoluzione di questa giurisprudenza, B. KLEINDIENST, *Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB*, Tubinga, 1964; ed inoltre *BGH NJW* 1959, 97; *BGHZ* 30, 273.

Tale tendenza fu in seguito sancita dal legislatore, che nel 1960 introdusse una riforma del testo del § 906 BGB²¹, aggiungendo agli altri criteri che rendono obbligatorio sopportare un'immissione la caratteristica che questa non possa essere evitata applicando le misure offerte dalla moderna tecnologia; per cui oggi il comma secondo del § 906 recita: «Lo stesso vale qualora un pregiudizio essenziale sia arrecato dall'impiego dell'altro fondo secondo la consuetudine dei luoghi e non possa essere evitato da misure che debbano ritenersi economicamente accettabili da coloro che effettuano tale impiego. Qualora il proprietario debba in ogni caso sopportare un pregiudizio, potrà richiedere al proprietario dell'altro fondo un equo indennizzo, qualora il pregiudizio rechi danno ad uno sfruttamento del suo fondo secondo gli usi del luogo, oppure qualora il pregiudizio sia tale da superare la misura accettabile».

In dottrina, inoltre, vi è stato chi, come Mittenzwei²², ha ipotizzato di sostituire la formula *Ortsüblichkeit*, ossia l'uso del fondo secondo la consuetudine dei luoghi, di cui al § 906 BGB, con la *Umweltverträglichkeit*, ossia l'uso del fondo nel modo più compatibile con l'ambiente e più consono con le nuove esigenze ecologiche.

Senz'altro si può affermare, in conclusione, che si è assistito ad un'inversione di tendenza nell'interpretare alcuni termini e concetti che il legislatore tedesco del 1900 aveva voluto intendere in altro modo, ossia a favore dell'industria.

In Italia, l'art. 844 c.c. è stato fatto oggetto di rilettura sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza al fine di addivenire ad una migliore tutela del patrimonio ambientale.

Vanno a questo proposito ricordate quelle decisioni giudiziali che, sulla base del combinato disposto dell'art. 844 c.c. ed art. 32 Cost., hanno definito come comunque intollerabili quelle immissioni dannose per la salute²³, e che hanno determinato l'esclusione della possibilità di

²¹ Con Legge del 22 dicembre 1959 (BGBl. I 781) entrata in vigore il 1° giugno 1960.

²² I. MITTENZWEI, *Umweltverträglichkeit statt Ortsüblichkeit als Tatbestandsvoraussetzung des privatrechtlichen Immissionsschutzes*, in *MDR*, 1977, p. 99 ss.

²³ Cfr. Tribunale di Biella 22 aprile 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 3304, con nota di R. SIMONE, *Immissioni, salute, ambiente: il tramonto della logica dominicale*; Tribuna-

continuare l'attività dannosa in cambio di un indennizzo. Di qui la propensione in questi casi a concedere senz'altro il rimedio inibitorio²⁴.

Agli inizi degli anni '70, la Corte di Cassazione, in particolare, stabiliva che la salute fisica è un diritto soggettivo «che l'ordinamento protegge specificatamente da immissioni pericolose e moleste (art. 844 c.c.) e se del caso mediante la norma dell'art. 2043 c.c. contro le lesioni che vengono ad essa arrecate mediante un comportamento doloso o colposo di altri»²⁵.

Anche nella dottrina italiana si è posto il problema di quale possa essere il compito del diritto privato nella tutela e nella preservazione dell'ambiente²⁶ e vi è chi ha proposto una lettura alternativa di alcune norme del Codice civile a questo fine, soprattutto dell'art. 844²⁷.

Si è inoltre proposto – sempre nella chiave di questa lettura alternativa – di estendere il rimedio dell'inibitoria a situazioni di appartenenza diverse da quella del proprietario²⁸.

le di Milano 7 gennaio 1988, in *Foro it.*, 1989, I, 904 con nota di Formica; Tribunale di Vicenza 24 novembre 1986, in *Foro it.*, 1988, I, 285.

²⁴ Cfr. A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 391 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 30 luglio 1984 n. 4523, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1585, ove venne affermato il principio per cui «qualora le immissioni provochino la lesione del diritto alla salute e alla tranquillità e del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno di una casa di abitazione, non è applicabile la soluzione che consiste nel pagamento di un indennizzo».

²⁵ Cfr. Cass. sez. un. 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, c. 843.

²⁶ Sulla tutela privatistica dell'ambiente cfr., oltre all'opera di Salvatore Patti già segnalata, i contributi di G. MORBIDELLI, *Strumenti privatistici contro l'inquinamento delle acque interne*, in *Foro amm.*, 1971, p. 369; M. PARADISO, *Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1391; C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, Padova, 1982; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni...*, cit., soprattutto p. 398 ss.; F. NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1986, p. 170 ss.

²⁷ F. FORTE, *Per una lettura alternativa dell'art. 844 del codice civile*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1976, p. 650; F. NAPPI, *op. cit.*, p. 7 ss.

²⁸ F. FORTE, *op. cit. loc. cit.*; cfr. inoltre F. DI GIOVANNI, *Strumenti privatistici e tutela dell'ambiente*, cit., p. 92; G. ACERBIS, *Le immissioni, con particolare riferimento alla tutela della salute e dell'ambiente*, Parte I, in *Quadrim.*, 1988, p. 733 ss.; cfr. inoltre E. VISINTINI, *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 689.

La problematica della possibile estensione della disciplina delle immissioni a situazioni diverse da quelle originariamente previste dal legislatore ha avuto una certa risonanza quando l'art. 844 è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale dal Pretore di Bologna nel 1972²⁹.

In quella sede le ragioni che il Pretore bolognese fece valere per sottoporre l'art. 844 c.c. al vaglio di costituzionalità furono, in primo luogo, quella della violazione del principio di uguaglianza dei cittadini colpiti dagli effetti dalle immissioni e, in secondo luogo, quella della insufficiente tutela predisposta nei confronti di beni come quello della salute dalla norma stessa.

La Corte costituzionale respinse nel 1974 l'eccezione di incostituzionalità, poiché pur ammettendo che tramite l'art. 844 c.c. non si poteva pervenire a tutela più ampia dei soggetti lesi di quelli che dovevano considerarsi proprietari vicini, sostenne anche che l'art. 844 c.c. era meramente diretto alla tutela della proprietà³⁰.

Alla tutela della salute e dell'ambiente sarebbe preposta, secondo quanto affermato dalla Corte, la legislazione penale ed amministrativa in materia, «salva in ogni caso la applicazione dell'art. 2043»³¹.

Questa sentenza segnò praticamente una svolta nella storia dell'interpretazione dell'art. 844 c.c., che venne collocato in una dimensione proprietaria, quindi difficilmente estendibile ad altre fattispecie non direttamente previste dalla norma stessa.

²⁹ Pret. Bologna 18 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 798. Tale ordinanza è stata oggetto di numerosi commenti: C. SALVI, *Immissioni, ecologia, norme costituzionali*, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 798; L. GOTTI PORCINARI, *In tema di legittimità costituzionale del divieto di immissioni nocive previste dall'art. 844 c.c.*, in *Giur. agr. it.*, 1973, p. 310 ss.; M. LONGO, *Assurdi dubbi della costituzionalità dell'art. 844 c.c.*, in *Riv. dir. agr.*, 1974, p. 608 ss.

³⁰ Per un commento alla Decisione della Corte costituzionale cfr. A. IANNELLI, *Sulla tutela delle immissioni industriali e sulla non operatività dell'art. 844*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 371, p. 375 ss.; G. VISINTINI, *Il divieto di immissioni ed il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 249.

³¹ Corte cost. 23 luglio 1974, in *Giur. cost.*, 1974, 2371; la sentenza viene inoltre riportata da G. ALPA, M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, II, *Orientamenti di giurisprudenza*, Milano, 1977, p. 270.

3. Conclusioni

In tutti gli ordinamenti appena menzionati, col graduale sviluppo di una legislazione specifica in campo ambientale, viene a porsi il problema se considerare a priori intollerabili – secondo il paradigma delle norme privatistiche – quelle immissioni che avessero superato i limiti posti a tutela dell'ambiente dalla legislazione posta dallo Stato a questo proposito con una risposta sostanzialmente affermativa in tutti i contesti e che rende manifesto un primo intreccio tra pubblico e privato.

II. Seconda fase

1. L'età della fede negli strumenti di diritto amministrativo

Come è stato messo in luce sin dagli anni '60 dagli insegnamenti di Guido Calabresi³², al fine di raggiungere la riduzione degli incidenti esistono essenzialmente due strumenti.

Il primo consiste nel *metodo collettivo o della prevenzione specifica*, nel senso che vi sarà una decisione a *livello politico* per quanto concerne le attività che verranno considerate opportune, le modalità con cui queste dovranno essere esplicate, i soggetti che potranno esercitarle³³.

Il secondo, invece di presupporre una scelta collettiva specifica lascia che sia il mercato stesso a selezionare le attività che debbano essere considerate opportune, secondo il metodo della *prevenzione generale*.

Lo strumento della prevenzione specifica viene – soprattutto nella materia ambientale – di fatto a coincidere con il *modus operandi* del diritto pubblico, poiché è solo con lo strumento delle *regulations* che si possono disciplinare su vasta scala le attività umane.

A partire dagli anni '70, gli strumenti tipici del diritto amministrativo paiono costituire il nucleo operativo delle politiche ambientali e del-

³² Il riferimento è all'opera di G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970; trad. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

³³ *Ibid.*, p. 102.

la gestione delle risorse naturali³⁴. Si tratta sostanzialmente di strumenti che svolgono la loro efficacia nel momento preventivo, ed anche per questo sono stati considerati particolarmente adatti nel campo ambientale, dove grande è la preoccupazione di prevenire i danni piuttosto che curarli.

La prevenzione costituisce un po' la parola-chiave nelle politiche ambientali³⁵. Tuttavia la centralità assegnata agli strumenti che, grosso modo, si collocano tra i moduli caratteristici del diritto amministrativo non deriva solo dalla loro maggior efficacia preventiva, quanto dal sentimento che attribuisce grandi potenzialità terapeutiche ai metodi della pianificazione. Proprio perché il diritto pubblico è in grado, più del diritto privato di effettuare una pianificazione a livello preventivo degli usi permessi di una determinata risorsa naturale, ad esso è stata attribuita un' enorme importanza nella disciplina dell'ambiente³⁶.

È questa l'epoca in cui negli Stati Uniti vengono promulgati i grandi *Federal Acts* in campo ambientale: il *Clean Air Act* e il *National Environmental Policy Act* del 1970, il *Clean Water Act* del 1972.

Dall'altro lato dell'oceano, con la previsione di una specifica competenza in campo ambientale nell'Atto Unico Europeo nel 1986, si assiste alla proliferazione di tutta una serie di direttive volte a proteggere l'ambiente in tutte le sue forme. Nel corso del tempo entrano in vigore: le Direttive Seveso³⁷, la Direttiva quadro acque³⁸, la Direttiva quadro

³⁴ Cfr. ad esempio C.M. ROSE, *Rethinking Environmental Controls: Management Strategies for Common Resources*, 1991, *Duke L.J.* 1.

³⁵ Cfr. L. KRÄMER, *EEC Treaty and Environmental Protection*, London, 1990, p. 61.

³⁶ Cfr. F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici della tutela ambientale*, in *RGA*, 1993, p. 209.

³⁷ Direttiva 82/501/CEE del Consiglio, del 24 giugno 1982, sui rischi di incidenti rilevanti connessi con determinate attività industriali, GU n. L 230 05.08.1982 p. 1-18. La Direttiva Seveso è stata più volte modificata. Si veda: Direttiva 2012/18/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, sul controllo del pericolo di incidenti rilevanti connessi con sostanze pericolose, recante modifica e successiva abrogazione della Direttiva 96/82/CE del Consiglio, GU n. L 197, 24.07.2012, p. 1.

³⁸ Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, GU n. L 327, 22.12.2000, p. 1. Sempre in tema di acque, devono poi essere ricordate: la Diretti-

aria³⁹, la Direttiva Uccelli⁴⁰, la Direttiva Habitat⁴¹, la Direttiva sull'inquinamento acustico⁴², la Direttiva sulla valutazione d'impatto ambientale⁴³, la Direttiva sulla valutazione ambientale strategica⁴⁴, la Direttiva sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento⁴⁵, con le varie modifiche, emendamenti e direttive derivate⁴⁶.

Nel giro di poco più di venti anni entrano in vigore più di duecento direttive in campo ambientale, che – nella maggior parte dei casi – riprendono la struttura delle norme comando-controllo, impiegano *standards* qualitativi o quantitativi particolari, subordinano a concessioni od autorizzazioni alcune attività ritenute a vario titolo pericolose per l'ambiente.

va 98/83/CE del Consiglio, del 3 novembre 1998, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, GU n. L 330, 05.12.1998, p. 32-54 e le varie Direttive in materia di qualità delle acque per la balneazione (a partire dalla Direttiva 76/160/CEE del Consiglio, dell'8 dicembre 1975, concernente la qualità delle acque di balneazione, GU n. L 031, 05.02.1976, p. 1-7).

³⁹ Direttiva 96/62/CE del Consiglio, del 27 settembre 1996, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente, GU n. L 296, 21.11.1996 p. 55.

⁴⁰ La Direttiva 79/409/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, GU n. L 103, 25.04.1979 p. 1-18, andrà ad integrarsi all'interno delle disposizioni della Direttiva Habitat.

⁴¹ Direttiva 92/43/CE del Consiglio, del 21 maggio 1992, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, GU n. L 206, 22.07.1992, p. 7.

⁴² Direttiva 2002/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2002, relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale, GU n. L 189, 18.07.2002.

⁴³ Direttiva 85/337/CEE del Consiglio, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, GU n. L 175, 05.07.1985.

⁴⁴ Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2001, concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, GU n. L 197, 21.07.2001 p. 30-37.

⁴⁵ Direttiva 2008/1/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, GU n. L 24/8, 29.01.2008.

⁴⁶ La Direttiva 96/62/CE del Consiglio, del 27 settembre 1996, in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente viene ad esempio considerata la "Direttiva-madre" rispetto a tutte le altre direttive in materia di aria.

2. La crisi delle norme comando-controllo

Tuttavia, le norme comando-controllo, oltre all'indubitabile pregio di essere uno strumento efficace nella prevenzione di rischi che potrebbero riverberarsi sulla salute umana o sulla qualità dell'ambiente, non costituiscono sempre dei validi incentivi per i potenziali inquinatori, i quali tendono a conformarsi allo *standard*, senza che vi sia un valido incoraggiamento a ricercare e ad introdurre tecnologie più pulite o prodotti meno inquinanti⁴⁷.

Inoltre, l'efficacia delle norme comando-controllo dipende in gran parte dal grado e dalla qualità del controllo, che nel settore ambientale appare demandato a organi che non sempre appaiono forniti delle competenze necessarie a questo fine⁴⁸.

La carenza del diritto amministrativo appare più evidente nel momento patologico della norma, ossia nel momento in cui essa viene violata. Il diritto amministrativo tanto appare conveniente da un punto di vista di prevenzione del danno, tanto dimostra i suoi *deficit* nel momento in cui la norma posta dal legislatore sia stata violata⁴⁹.

Forse a cagione del fatto che le tecniche di pianificazione sono state caricate di speranze quasi messianiche nella pratica di ogni giorno emergono evidenti lacune del diritto amministrativo. Si prenda l'esempio degli *standards*. Con lo strumento degli *standards* il diritto pubblico può fissare dei tetti massimi di immissione nell'aria o nell'acqua di sostanze che possono divenire tossiche in certe concentrazioni sia per l'uomo che

⁴⁷ Cfr. M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Roma, 1993, p. 210.

⁴⁸ Come mettevano in luce le Nazioni Unite sin dal 1997, con il Global State of the Environment Report, Chapter 3: Policy Responses and Directions: «Although command-and-control standards are effective in many cases in terms of short-term environmental improvements, the costs of implementation, enforcement, and compliance are high and may hinder long-term economic development. Furthermore, although such policies have proved to be efficient for pollution control, they are less effective for problems associated with the management, protection, and conservation of natural resources, particularly when a large number of different groups and people use these resources». Il documento è scaricabile sul sito dello United Nations Environmental Program, <<http://www.unep.org/geo/geo1/ch/toc.htm>>.

⁴⁹ J.W. GERLACH, *Die Grundstrukturen des privaten Umweltrechts im Spannungsverhältnis zum öffentlichen Rechts*, in *JZ*, 1988, p. 161.

per l'ambiente. Si tratta quindi di un validissimo strumento per combattere le alterazioni ambientali e prevenire i danni all'ambiente.

Il problema sorge quando si tratta di stabilire un controllo sul rispetto degli *standards*. Spesso questo viene affidato ad organi burocratici, di frequente inadatti ad effettuare tali controlli, che in parte non avvengono del tutto oppure solamente con un notevole ritardo; alle volte ciò è dovuto alla mancanza di strumenti tecnici adeguati, senza contare i casi in cui mancano addirittura le risorse finanziarie per migliorare lo stesso apparato burocratico. L'atto pianificatorio è infatti il prodotto ultimo di un apparato amministrativo, il quale se non è organizzato al livello di efficienza richiesto dalla sua intrinseca complessità, finisce necessariamente con lo scaricare sulle attività pianificate tutti i suoi difetti strutturali.

Se si pensa alla struttura burocratica cui è rimessa la tutela dell'ambiente è inoltre difficile impedire che tra i soggetti preposti alla realizzazione di norme autoritative non vi siano connessioni di potere o politiche, gruppi di interesse che tentino di rallentare l'applicazione di norme ad essi non favorevoli. E ciò non vale solo a livello esecutivo, ma già a livello normativo.

III. La terza fase: l'età dell'ansia

1. La presa di coscienza dei fenomeni globali

L'età dell'ansia appare caratterizzata da una triplice presa di coscienza.

Una prima presa di coscienza che i problemi ambientali non sono più cosa di cui si devono occupare solo i Paesi Occidentali, ma che con lo sviluppo industriale soprattutto di Cina e India⁵⁰, il problema è di tutti e che è difficile imporre standard severi di qualità ambientale a

⁵⁰ K. JAYANTHAKUMARAN, R. VERMA, Y. LIU, *CO₂ emissions, energy consumption, trade and income: A comparative analysis of China and India*, in *Energy Policy*, Vol. 42, March 2012, p. 450-460; D. GRANT, A. JORGENSON, W. LONGHOFER, *Targeting electricity's extreme polluters to reduce energy-related CO₂ emissions*, in *Journal of Environmental Studies and Sciences*, December 2013, Volume 3, Issue 4, pp. 376-380.

Paesi che vedono nello sviluppo economico la chiave di accesso ad un benessere diffuso, che fino ad ora era stato precluso ai loro cittadini.

Una seconda presa di coscienza è che i cambiamenti climatici sono un fenomeno globale nel *vero* senso della parola. Non si tratta più solamente di prendere in considerazione l'effetto potenzialmente *trans-boundary* dell'inquinamento ambientale, ma piuttosto di ammettere – con maggior ansia – che l'inquinamento provocato in Paesi lontani può produrre effetti deleteri per noi e per il nostro ambiente.

Infine, una terza presa di coscienza concerne il rilievo che i cambiamenti climatici riguardano i Paesi ricchi così come i Paesi poveri e mettono a repentaglio la qualità della vita, per non dire la sopravvivenza stessa su questo pianeta, di tutti quanti.

La presa d'atto di questa situazione è alla base di una serie di fenomeni che si sono sviluppati in questa terza fase.

Il primo fenomeno concerne l'evoluzione di un diritto globale ambientale, basato su grandi convenzioni, in cui si afferma il principio delle responsabilità condivise, ma differenziate.

Il secondo fenomeno concerne la rapidissima circolazione dei modelli che caratterizza il settore della disciplina ambientale. La maggiore plasticità che i sistemi nazionali sembrano presentare in campi affrancati dai calchi della tradizione. Come in quello ambientale, spalanca infatti la via ad una intensa circolazione dei modelli. Questa intensa circolazione dei modelli è avvenuta sulla base di criteri diversi. Certo si è guardato innanzitutto a quei sistemi che prima di altri avevano predisposto regole appropriate alle nuove emergenze, come agli Stati Uniti e all'Unione europea. Vi è però stata anche una circolazione di modelli sulla base del loro valore competitivo. La circolazione del modello in questa ipotesi avverrebbe in quanto questo si possa considerare efficiente, piuttosto che culturalmente autorevole. Quale che sia la ragione prima, appaiono comunque chiari alcuni dati di fatto: la presenza di *trends* comuni nell'evoluzione di un sistema di norme a tutela dell'ambiente in vari ordinamenti appartenenti a loro volta a tradizioni o a sistemi giuridici differenti, nonché l'esistenza di un ruolo sempre mag-

giore da parte della Comunità europea nell'elaborazione di una disciplina ambientalistica sovranazionale⁵¹.

Questa evoluzione ci permette di affermare che le problematiche affrontate dagli ordinamenti giuridici contemporanei siano alquanto simili e che simili siano state anche le risposte offerte dal diritto.

2. *Il quadro culturale di riferimento per le recenti iniziative promosse in questo settore*

A questo ampio dibattito sui fenomeni ambientale fa da riscontro il tentativo di mettere a fuoco nuovi strumenti di politica ambientale. Il quadro culturale che funge da sfondo a tale recente dibattito poggia su alcuni pilastri fondamentali. Innanzitutto il concetto stesso di “sviluppo” è stato rivisitato nel corso degli ultimi decenni per mettere in evidenza che non vi può essere “vero” sviluppo se questo non avviene in modo “sostenibile”.

Come si ricorderà, il concetto di sviluppo sostenibile viene elaborato a partire dagli anni '70 ed assume ad un ruolo sempre più significativo, attraverso alcune tappe ormai diventate celeberrime. Nel 1972 il *Club di Roma* pubblicava il rapporto di Dennis e Donella Meadows *I limiti allo sviluppo*. Nello stesso anno la Conferenza di Stoccolma dava inizio allo *United Nations Environment Programme* (UNEP), introducendo il concetto di *ecosviluppo*. La *World Commission on Environment and Development* nel corso della Conferenza delle Nazioni Unite per l'ambiente e lo sviluppo (UNCED) tenutasi nel 1987 fissava poi le coordinate di tale dibattito fornendo un'ampia definizione di sviluppo sostenibile⁵².

⁵¹ G. CORCELLE, *La dimension “environnement” du marché unique*, in *RMC*, n. 334, février 1990, p. 125. Cfr. comunque *infra*, cap. IV.

⁵² «Uno sviluppo sostenibile esige che siano soddisfatti i bisogni primari di tutti e che sia estesa a tutti la possibilità di dare realtà alle proprie aspirazioni per una vita migliore... Uno sviluppo sostenibile deve perlomeno non apportare danni ai sistemi naturali che costituiscono la base della vita sulla Terra, vale a dire l'atmosfera, le acque, il suolo e gli esseri viventi. Non esistono precisi limiti alla crescita in termini di popolazione o di uso delle risorse, superati i quali si abbia il disastro ecologico. Per il consumo

Il *principio dello sviluppo sostenibile* è stato introdotto dal Trattato di Amsterdam (1997) in più disposizioni: nel Preambolo e nell'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, così come negli artt. 2 e 6 del Trattato CE. La Carta dei Diritti Fondamentali proclamata a Nizza nel 2000 nell'articolo 37 dedicato all'ambiente ha poi stabilito che «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

L'idea racchiusa nel principio dello sviluppo sostenibile – in linea teorica – appare semplice: è quella di lasciare alle generazioni future almeno tante opportunità quante ne abbiamo avute noi⁵³. Più difficile è invece determinare – da un punto di vista pratico – quali siano le misure normative e il giusto mix gli strumenti giuridici, di diritto pubblico e di diritto privato, da adottare per raggiungere questo magico punto di equilibrio tra bisogni dell'oggi e quelli del domani⁵⁴.

di energia, materie prime. Acqua e terra valgono limiti differenti, molti di essi si manifestano in forma di costi crescenti e profitti calanti, anziché in forma di un'improvvisa scomparsa di una base di risorse. L'accumulo di conoscenze e lo sviluppo della tecnologia possono incrementare la capacità di conservare tale base; ma esistono pur sempre limiti ultimi, e la sostenibilità esige che, assai prima che li si raggiunga, il mondo assicuri equo accesso alle risorse limitate e riorienti gli sforzi tecnologici allo scopo di alleggerire le pressioni sull'ambiente... In sostanza, lo sviluppo sostenibile è un processo di cambiamento nel quale lo sfruttamento delle risorse, l'andamento degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico e i mutamenti istituzionali sono in reciproca armonia e incrementano il potenziale attuale e futuro di soddisfazione dei bisogni e delle aspirazioni umane». Per la documentazione inerente allo United Nations Environment Program (UNEP), si consulti il sito <<http://www.unep.org>>.

⁵³ Il riferimento principale è a GRO BRUNDTLAND, *Our Common Future*, Oxford, 1987. In particolare, secondo il Rapporto Brundtland “lo sviluppo sostenibile è quello che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri”.

⁵⁴ Si veda E. BROWN-WEISS, *Fairness to Future Generation: International Law, common patrimony and intergenerational Equity*, New York, 1989; A.S. MANNE, *Intergenerational Altruism, Discounting and the Greenhouse Debate*, Stanford, 1996; D.A. FARBER, P.A. HEMMERSBAUGH, *The Shadow of the Future: Discount Rates, Later Generations, and the Environment*, 46 *Vanderbilt L.R.* 267 (1993).

3. Il dibattito sulla green economy

Un altro pilastro che delinea il quadro culturale di riferimento è quello che ruota attorno al dibattito sulla *green economy*. La *green economy* si presenta come una concretizzazione della problematica appena esposta in materia di sostenibilità, dal momento che poggia sulla convinzione che il benessere presente e quello delle generazioni future dipenda fortemente dai rischi ambientali e dalle scarsità delle risorse naturali.

Quando si parla di *green economy* si parte dal presupposto che l'economia che si è sviluppata secondo i parametri delle teorie neoclassiche non abbia tenuto in debito conto il valore dell'ambiente che veniva impiegato nei processi di produzione o, al contrario, veniva distrutto o depauperato da essi⁵⁵. Non tenendo conto del valore di quelle risorse ambientali nella determinazione dei costi di impresa tale, lo sviluppo economico era avvenuto a costi non sostenibili da un punto di vista ambientale.

Vi è da sottolineare che le risorse naturali si presentano il più delle volte come entità non appropriabili, come *public goods*, per cui il mercato non è in grado di esprimere un valore di scambio ed è destinato a non operare correttamente come meccanismo di allocazione ottimale di tali risorse. Ci si rifà in questi casi al concetto di *market failure*⁵⁶, intendendosi per *fallimento del mercato* una situazione in cui o il mercato è del tutto inesistente (dato che le risorse ambientali hanno natura economica di beni pubblici) o non riflette in misura adeguata il “vero” costo o il costo sociale di un'attività economica.

⁵⁵ Cfr. M. ALTMAN, *When green isn't mean: economic theory and the heuristics of the impact of environmental regulations on competitiveness and opportunity cost*, in *Ecological Economics*, 36 (2001) 31-44.

⁵⁶ Sul concetto di *market-failure* cfr. il classico F.M. BATOR, *The Anatomy of Market Failure*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1958, rist. in W. BREIT, H. HOCHMAN (a cura di), *Readings in Microeconomics*, New York, 1968, p. 457; cfr. inoltre R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, USA, 1988, p. 45; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1986, p. 343; F. NUTI, *L'analisi costi-benefici*, Bologna, 1987, p. 151.

In assenza di una specifica attribuzione di *property rights* nei confronti delle risorse naturali, il sistema dei prezzi non è stato generalmente in grado di inviare gli impulsi corretti al sistema produttivo, al fine di costituire una guida per quest'ultimo nel raggiungimento di un consumo efficiente di tali risorse⁵⁷. Ed è proprio in relazione a questi temi che i giuristi saranno chiamati a rivisitare il concetto di proprietà, al fine di una più efficiente indicazione delle titolarità dei beni ambientali.

Un'economia verde è invece quella in cui – per definizione – i costi che derivano dal degrado degli ecosistemi nei processi produttivi vengono internalizzati⁵⁸. Il modello fatto proprio dalla *green economy* analizza quindi, oltre ai benefici economici di un dato regime di produzione, che si concretizzano in un aumento del prodotto interno lordo, anche gli impatti e i danni che tale regime sviluppa sulle risorse ambientali.

Tale valutazione degli impatti ambientali può essere estesa alle varie fasi del ciclo di trasformazione delle materie prime a partire dalla loro estrazione, passando per il loro trasporto e trasformazione in energia e prodotti finiti fino ai possibili danni ambientali che produce la loro definitiva eliminazione o smaltimento⁵⁹.

⁵⁷ Come grado di efficienza si intende generalmente quella paretiana. Cfr. E. GERELLI, *Economia e Tutela dell'ambiente*, Bologna, 1974, p. 69.

⁵⁸ A. STEINER, *Focusing on the Good or the Bad: What Can International Environmental Law Do to Accelerate the Transition Towards a Green Economy?*, in *25 Am. U. Int'l L. Rev.* p. 843, in particolare p. 845.

⁵⁹ L'impostazione fatta propria dalla *green economy* sottolinea come tali danni spesso si ripercuotano anche sul prodotto interno lordo: il PIL tenderà infatti a diminuire a causa della riduzione di resa delle attività economiche che traggono vantaggio direttamente da una buona qualità dell'ambiente come l'agricoltura, la pesca, il turismo, la salute pubblica. Altri effetti negativi sul PIL potranno derivare anche indirettamente, a causa del fatto che una diminuita qualità ambientale potrebbe portare a situazioni di degrado o – nei casi più seri – di disastro ambientale, che necessitano un forte intervento finanziario da parte dello Stato per favorire opere di risanamento.

4. I Millennium Development Goals e il programma UNEP

Nel delineare il contesto di riferimento in esame andranno inoltre ricordate le varie iniziative prese dalle Nazioni Unite, tra cui i c.d. *Obiettivi di Sviluppo del Millennio (Millennium Development Goals)*, che rilanciano una nuova idea di benessere fortemente agganciata a valori non economici⁶⁰.

Anche in quest'ottica, occorre sottolineare come le strategie ambientali venissero integrate nell'agenda delle *priorità* che le Nazioni Unite hanno fatto: la Dichiarazione del Millennio dedica infatti un'intera sezione alla protezione ambientale, facendo esplicito riferimento ai cambiamenti climatici, alla desertificazione, alla biodiversità, alla gestione delle foreste e delle acque⁶¹.

Nella stessa direzione si è poi sviluppato lo *United Nations Environmental Program* con una serie di strategie a favore della transizione dell'economia globale verso la *green economy*, che viene definita dallo stesso UNEP come «un sistema in cui i costi che derivano dal degrado degli ecosistemi vengono internalizzati»⁶².

Come è stato messo in luce dallo stesso Report dell'UNEP⁶³, l'internalizzazione di tali costi dipende dal buon funzionamento dei mercati, ma i mercati, in assenza di una normativa appropriata che disciplini

⁶⁰ La *Dichiarazione del Millennio* adottata in seduta plenaria conteneva infatti otto obiettivi che le parti contraenti si erano impegnate a raggiungere per l'anno 2015: sradicare la povertà estrema e la fame, garantire l'educazione primaria universale, promuovere la parità dei sessi e l'autonomia delle donne, ridurre la mortalità infantile, migliorare la salute materna, combattere l'HIV/AIDS, la malaria ed altre malattie, garantire la sostenibilità ambientale, sviluppare un *partenariato* mondiale per lo sviluppo. Cfr. B. POZZO, G. POLICARO, *Il quadro europeo ed internazionale: introduzione*, in B. POZZO (a cura di), *Green Economy e Leve Normative*, Milano, 2013, p. 122 ss.

⁶¹ Cfr. B. POZZO (a cura di), *op. cit.*, p. 122 ss.

⁶² A. STEINER, *Focusing on the Good or the Bad: What Can International Environmental Law Do to Accelerate the Transition Towards a Green Economy?*, in 25 *Am. U. Int'l L. Rev.* (2010), p. 843.

⁶³ *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, New York, 2011, p. 61.

tutta una serie di variabili⁶⁴, non potranno fornire le risposte che da loro ci si attende per una transizione verso un'economia più verde⁶⁵.

I mercati globali potranno quindi giocare un ruolo molto importante nella fase di transizione verso la green economy, a condizione che esista un quadro normativo adeguato a livello internazionale al fine di indurre i mercati a lavorare per lo sviluppo sostenibile⁶⁶.

Secondo un'impostazione ormai classica⁶⁷, il vero problema delle politiche adottate in sede internazionale sarà quello di determinare strumenti efficienti a livello normativo per far sì che i limiti ecologici imposti alle attività economiche possano essere accettati ed applicati nel concreto.

È da rilevare come tali indicazioni dovranno riguardare sia il profilo dell'offerta, e quindi il mondo delle imprese, così come quello della domanda, ossia il ruolo dei consumatori.

Il Report dell'UNEP del 2011, nel disciplinare il lato dell'offerta sottolinea che debbano essere sviluppati appositi criteri per la valutazione dei beni ambientali, che subiscano danni o depauperamenti nell'ambito dei processi di produzione ambientali⁶⁸, e che questi danni debbano essere internalizzati affinché il mercato possa correggere quelle mancanze che finora ha sempre prodotto non tenendo in debito conto anche i costi delle risorse ambientali⁶⁹. Tale impostazione richiama immediatamente il concreto operare della responsabilità civile.

⁶⁴ Le informazioni che debbano essere rese disponibili ai consumatori, le titolarità dei beni ambientali, i criteri di valutazione degli stessi.

⁶⁵ Cfr. B. POZZO (a cura di), *op. cit.*, p. 132.

⁶⁶ *Towards a Green Economy*, cit., p. 606.

⁶⁷ Il riferimento è a M. JACOBS, *The Green Economy: Environment, Sustainable Development and the Politics of the Future*, London, 1991.

⁶⁸ Sul problema delle stime dei beni ambientali mi sia permesso di rinviare a B. POZZO, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità*, Milano, 1996, il cui capitolo III è interamente dedicato al tema.

⁶⁹ Come messo in luce dal Report UNEP del 2011, *Towards a Green Economy*, cit., p. 16: «Environmental valuation and accounting for natural capital depreciation must be fully integrated into economic development policy and strategy. As suggested above, the most undervalued components of natural capital are ecosystems and the myriad goods and services they provide. Valuing ecosystem goods and services is not easy, yet

Sotto il profilo della domanda, invece, un ruolo chiave verrà giocato dall'informazione concernente l'effettivo impatto ambientale di certi prodotti. Viene infatti sottolineato che il ruolo delle politiche nell'evitare un eccessivo degrado ambientale richiede la disponibilità di informazioni, incentivi, investimenti ed istituzioni appropriate. Una migliore informazione sullo stato dell'ambiente, degli ecosistemi, della biodiversità appare infatti essenziale per tutte le decisioni che debbano essere prese sia a livello privato che a livello pubblico per determinare l'allocazione del capitale naturale per lo sviluppo economico⁷⁰.

Non deve quindi stupire che proprio in questo contesto si sia proceduto ad una rivalutazione degli strumenti di mercato in vista di predisporre una più ampia gamma di strumenti da utilizzare nelle politiche ambientali.

5. I nuovi strumenti di politica ambientale

Nel corso degli ultimi vent'anni la Commissione europea ha ripreso i principi guida elaborati a livello internazionale e li ha fatti propri in specifici piani d'azione, che hanno delineato il quadro di riferimento per specifiche iniziative normative.

In questo contesto appaiono due linee evolutive che si delineano gradualmente nel tempo. Da un lato, la rivisitazione di strumenti di diritto privato in vista di un più efficiente coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nelle politiche di salvaguardia ambientale; dall'altro, un

it is fundamental to ensuring the sustainability of global economic development efforts».

⁷⁰ Report UNEP, *Towards a Green Economy: Pathways to Sustainable Development and Poverty Eradication*, cit.: «...the role of policy in controlling excessive environmental degradation requires implementing effective and appropriate information, incentives, institutions, investments, and infrastructure. Better information on the state of the environment, ecosystems, and biodiversity is essential for both private and public decision making that determines the allocation of natural capital for economic development. The use of marketbased instruments, the creation of markets, and where appropriate, regulatory measures, have a role to play in internalizing this information in everyday allocation decisions in the economy».

attenuarsi della classica distinzione pubblico e privato soprattutto nelle politiche di salvaguardia ambientale.

Tale evoluzione comincia a delinearci chiaramente a partire dal Quinto programma d'azione in campo ambientale adottato dalla Commissione il 18 marzo 1992 intitolato *Per uno sviluppo durevole e sostenibile*⁷¹, in cui si prendeva in considerazione l'ampliamento del ventaglio degli strumenti di politica ambientale.

Al fine di guidare il cambiamento nell'approccio alle problematiche ambientali e al fine di incentivare uno spirito di *responsabilità condivisa*, la Commissione si faceva portavoce dell'esigenza di proporre un ventaglio più ampio di strumenti che rendesse le imprese partecipi di un processo di sensibilizzazione e di presa di coscienza delle problematiche ambientali⁷².

Accanto agli strumenti di politica ambientale tradizionali, quelli basati sul modello comando-controllo, venivano a collocarsi i c.d. strumenti di mercato, che comprendono tasse, oneri, specifici incentivi ambientali, sistemi di scambio di autorizzazioni, regimi di etichettatura ecologica e di bilancio ambientale, la disciplina della responsabilità per danni causati all'ambiente e, infine, gli accordi ambientali⁷³.

Successivamente, con il Sesto programma d'azione in campo ambientale⁷⁴, che lanciava le strategie per il periodo 2002-2010, la Com-

⁷¹ Il Quinto Programma è stato pubblicato in GUCE C 138/5, 17 maggio 1993.

⁷² I nuovi strumenti di politica ambientale e il concetto di "responsabilità condivisa" vengono esaminati al punto 7 del Quinto Programma d'azione, GUCE C 138/70, 17.05.1993.

⁷³ Comunicazione della Commissione, *L'ambiente in Europa: quali direzioni per il futuro? Valutazione globale del programma di politica e azione della Comunità europea a favore dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, "Verso la sostenibilità"*, Bruxelles, del 24 novembre 1999, COM(1999)543 def. Nella successiva Comunicazione, intitolata *L'ambiente in Europa: quali direzioni per il futuro?*, che costituiva una relazione intermedia sull'applicazione del programma, la Commissione dava conto del fatto che negli ultimi cinque anni fossero state attuate molte nuove iniziative negli Stati Membri per incentivare l'impiego degli strumenti di mercato, riconoscendo alle nuove politiche il raggiungimento dei risultati auspicati.

⁷⁴ Si veda la *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni sul Sesto Programma di azione per l'ambiente della Comunità europea "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta"* - Sesto programma di azione per l'ambiente, Bruxelles, del 24 gen-

missione indicava chiaramente che uno degli scopi della politica ambientale dovesse essere quello di indurre il mercato a lavorare per l'ambiente attraverso una migliore collaborazione con il mondo imprenditoriale, introducendo programmi premiali per le aziende con le migliori prestazioni ambientali, promuovendo un'evoluzione verso prodotti e processi più verdi, incentivando l'adozione di marchi ecologici che permettessero ai consumatori di confrontare prodotti analoghi in base alle prestazioni ambientali.

Questo approccio strategico integrato avrebbe dovuto portare all'introduzione «di nuove modalità di interazione con il mercato...» e coinvolgere «i cittadini, le imprese e altri ambienti interessati, per indurre i necessari cambiamenti dei modelli di produzione e di consumo pubblico e privato che incidono negativamente sullo stato dell'ambiente e sulle tendenze in atto»⁷⁵.

Nel più recente Settimo Programma di azione dell'Unione in materia di ambientale, intitolato *Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta*⁷⁶, la Commissione indica le linee guida fino al 2020, coniugando – nell'ambito di una rifondata concezione di benessere, in cui la prosperità economica e il benessere dell'Unione vengono messi in stretta dipendenza dal suo capitale naturale – le ragioni dell'ambiente con quelle del mercato⁷⁷.

Il Settimo Programma di azione riflette l'impegno dell'Unione di trasformarsi in un'economia verde inclusiva che garantisca crescita e sviluppo, tuteli la salute e il benessere dell'uomo, crei posti di lavoro dignitosi, riduca le ineguaglianze, investa sulla biodiversità⁷⁸.

Al fine di raggiungere tali ambiziosi traguardi, la Commissione sottolinea come sia necessaria «un'opportuna combinazione di strumenti

naio 2001, COM(2001)31 definitivo; si veda inoltre la Decisione 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, GUCE L 242/1, 10.09.2002.

⁷⁵ Vedi il 6° Considerando della Decisione 1600/2002 che istituisce il sesto Programma d'azione in campo ambientale.

⁷⁶ Decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013, su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020, GU n. L 354/171, 28.12.2013.

⁷⁷ Punto 17 del programma d'azione.

⁷⁸ Punto 10 del programma d'azione.

politici»⁷⁹, finalizzata a far acquisire agli operatori economici e ai consumatori una migliore comprensione dell'impatto ambientale delle loro attività e a gestirlo. Tali strumenti politici si concretizzano in un ampio vaglio di strumenti giuridici, di diritto pubblico e di diritto privato, tra cui si ricomprendono incentivi economici, strumenti di mercato, obblighi di informazione, nonché in misure e strumenti volontari che impegnano i portatori d'interesse a vari livelli, ad integrazione dei quadri legislativi⁸⁰.

6. La rivisitazione in chiave pubblicistica degli strumenti di diritto privato posti a tutela dell'ambiente

Il *trend* attuale nei Paesi con un'economia avanzata è quindi quello inteso a promuovere modelli di consumo e di produzione per internalizzare gli impatti ambientali positivi e negativi attraverso una combinazione di vari strumenti, che si concretizzano in una rivisitazione di classici strumenti di diritto privato quali, la responsabilità civile posta a tutela dell'ambiente, i meccanismi proprietari impiegati nella disciplina dei permessi negoziabili di emissione, nonché – infine – gli accordi volontari, che ripresentano il tema delle politiche ambientali sviluppate su base contrattuale.

6.1. La responsabilità per danni all'ambiente

La responsabilità civile per danni all'ambiente è stata presentata da più parti come strumento forte per guidare i comportamenti delle imprese: come strumento *deterrente*⁸¹ nei confronti di comportamenti le-

⁷⁹ 33° Considerando della Decisione 1386/2013/UE.

⁸⁰ 33° Considerando della Decisione 1386/2013/UE.

⁸¹ Sulla funzione deterrente della responsabilità civile cfr. G.T. SCHWARTZ, *Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?*, in 42 *UCLA L.R.* 377 (1994); M. LANDES, R. POSNER, *Tort Law as a Regulatory regime for catastrophic personal injuries*, in 13 *J. Leg. Stud.* 417, 1984. Per un'analisi, invece, dei vantaggi della *regulation* rispetto al modello di responsabilità civile, cfr.: D. WITTMAN, *Prior*

sivi dell'ambiente, così come strumento efficiente per addivenire all'internalizzazione delle diseconomie ambientali.

L'analisi comparatistica ha messo in luce come la responsabilità civile possa effettivamente essere uno strumento valido in questo settore⁸², purché alcune condizioni vengano rispettate. In particolare perché la responsabilità civile possa addivenire ad un'effettiva internalizzazione delle diseconomie esterne in campo ambientale, è necessario:

- 1) che vi sia una nitida definizione di *danno ambientale*;
- 2) che vi sia un'indicazione chiara dei soggetti assoggettati al particolare regime di responsabilità;
- 3) che vi sia un *legittimato attivo* ben definito, che possa muoversi prontamente e che posseda i giusti incentivi per attivare il meccanismo della responsabilità civile per danni ambientali;
- 4) che venga scelto un *regime di responsabilità* che corrisponda alle peculiarità specifiche del danno all'ambiente;
- 5) che vi siano *criteri di riparazione* del danno ambientale certi e collaudati, che facilitino l'assicurabilità del danno ambientale.

Le varie iniziative comunitarie che si sono sviluppate in materia⁸³ hanno portato alla promulgazione della Direttiva 2004/35 sulla respon-

Regulation versus Post Liability: The Choice between Input and Output Monitoring, in 6 *J. Leg. Stud.* 193, 1977.

⁸² Mi sia permesso il rinvio a *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità - Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996.

⁸³ Si veda ad esempio il *Libro Verde sul risarcimento dei danni all'ambiente*, presentato come Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento e al Comitato Economico e Sociale della UE, presentato dalla Commissione delle Comunità europee, COM(93)47, Bruxelles, del 14 maggio 1993, GUCE C/149, 29.05.1993. Il Libro Verde esamina l'utilità della responsabilità civile quale mezzo adatto ad imputare la responsabilità per costi legati al risanamento ambientale. Lo stesso approccio è stato poi ripreso dal *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, in COM(2000)66 final. Si veda a questo proposito B. POZZO (a cura di), *La nuova responsabilità civile per danno all'ambiente. Le problematiche italiane alla luce del Libro Bianco dell'Unione europea*, Milano, 2002. Lo stesso dicasi per la Direttiva 35/2004, su cui cfr. B. POZZO (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano, 2005.

sabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale⁸⁴.

Questa prevede una nozione di danno ambientale che copre soltanto alcune selezionate risorse ambientali⁸⁵, mentre esclude la risarcibilità delle posizioni individuali⁸⁶.

Per quanto concerne i soggetti responsabili, la Direttiva 2004/35 prevede che si tratti delle attività “professionali”, il cui svolgimento comporta un rischio potenziale o reale per la salute umana e l’ambiente⁸⁷.

La nozione di *attività professionale* è molto ampia, posto che si deve intendere per attività professionale qualsiasi attività svolta nel corso di un’attività economica, commerciale o imprenditoriale, indipendentemente dal fatto che abbia carattere pubblico o privato o che persegua o meno fini di lucro⁸⁸.

Secondo l’impostazione fatta propria dalla Direttiva, tali attività vanno identificate con riferimento alla legislazione ambientale già in vigore a livello comunitario, che sottoponga lo svolgimento di tali atti-

⁸⁴ Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, GUCE L 143/56, 30.04.2004.

⁸⁵ Stabilisce l’art. 2.2 della Direttiva 2004/35 che la nozione di danno ambientale comprende:

- 1) il danno alle specie e agli habitat naturali protetti, così come disciplinati dalle Direttive 92/43/CEE e 79/409/CEE;
- 2) il danno alle acque, vale a dire qualsiasi danno che incida in modo significativamente negativo sullo stato delle acque, così come definito dalla Direttiva 2000/60/CE;
- 3) il danno al terreno, vale a dire qualsiasi contaminazione del terreno che crei un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana a seguito dell’introduzione diretta o indiretta nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanza, preparati, organismi o microrganismi nel suolo.

⁸⁶ L’art. 3.3. della Direttiva stabilisce infatti che: «Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente Direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a un danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno».

⁸⁷ Cfr. 8° Considerando della Direttiva.

⁸⁸ Art. 2(7) della Direttiva.

vità a determinate condizioni, quali l'ottenimento di una autorizzazione o di una apposita registrazione, l'adozione di certe precauzioni o altro⁸⁹.

La Direttiva prevedeva quindi un elenco, in un apposito Allegato III, di attività professionali ambientalmente pericolose e come tali soggette ad un regime speciale che le differenzia dalle generiche attività economiche.

Nel caso in cui il danno venga causato alla biodiversità, la Direttiva richiede che la responsabilità sia estesa a *qualsiasi* attività professionale, anche a quelle non direttamente identificabili dalla legislazione comunitaria già in vigore, purché se ne possa dimostrare la colpa o la negligenza⁹⁰.

Sotto il profilo dell'imputazione della responsabilità va ricordato che nella Direttiva l'elemento della *volontà dell'operatore* assurge a criterio discretivo delle ipotesi di responsabilità, alla luce del principio guida stabilito dal 20° Considerando della Direttiva: «Non si dovrebbe chiedere ad un operatore di sostenere i costi di misure di prevenzione o riparazione adottate conformemente alla presente Direttiva in situazioni in cui il danno in questione o la minaccia imminente di esso derivano da eventi indipendenti dalla volontà dell'operatore. Gli Stati Membri possono consentire che gli operatori, di cui non è accertato il dolo o la colpa, non debbano sostenere il costo di misure di riparazione in situazioni in cui il danno in questione deriva da emissioni o eventi espressamente autorizzati o la cui natura dannosa non era nota al momento del loro verificarsi».

Per il resto, la Direttiva riprende quanto già delineato nel Libro Bianco *sulla responsabilità per danni all'ambiente* del 2000⁹¹, ed in

⁸⁹ Così dispone l'art. 3 della Direttiva: «La presente Direttiva si applica: a) al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività».

⁹⁰ Così dispone l'art. 3 al comma 1, lettera b): «La presente Direttiva si applica: b) al danno alle specie e agli habitat naturali protetti causato da una delle attività professionali [*sic*] non elencata nell'allegato III e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno a seguito di una di dette attività, in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore».

⁹¹ Per una prima valutazione di questa problematica si veda B. POZZO (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, cit.

particolare l'idea di un doppio binario di responsabilità: un criterio di *responsabilità oggettiva* per i danni causati da attività pericolose regolamentate a livello comunitario, abbinato ad *eccezioni* per i danni tradizionali e all'ambiente, e un criterio di *responsabilità per colpa* per i danni alla biodiversità causati da attività non pericolose⁹².

In questo senso dispone l'art. 8, comma 4a) della Direttiva, prevedendo che gli Stati Membri abbiano facoltà di consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione intraprese conformemente alla Direttiva, qualora dimostri che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo e che il danno ambientale è stato causato da un'emissione o un evento espressamente autorizzati da un'autorizzazione conferita o concessa ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari nazionali.

Un'ulteriore delimitazione della responsabilità ai sensi della Direttiva deriva inoltre dal successivo art. 8, comma 4b), secondo cui gli Stati possono altresì consentire che l'operatore non sia tenuto a sostenere i costi delle azioni di riparazione, nel caso in cui il danno ambientale sia stato causato da un'emissione, da un'attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività, che l'operatore dimostri non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività.

Per quanto concerne poi la legittimazione attiva, l'art. 11 della Direttiva stabilisce che spetta innanzitutto alle "autorità competenti".

In omaggio al principio di sussidiarietà, queste vengono definite come quegli enti che gli Stati Membri devono indicare come responsabili per l'adempimento degli obblighi scaturenti dalla Direttiva⁹³.

All'autorità competente spetterà il compito⁹⁴ di individuare l'operatore che ha causato il danno o la minaccia imminente di danno, di valutare la gravità del danno, di determinare le misure di riparazione da prendere.

⁹² *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, cit., p. 5.

⁹³ Articolo 11, comma 1: «Gli Stati Membri designano l'autorità competente o le autorità competenti ai fini dell'esecuzione dei compiti previsti dalla presente Direttiva».

⁹⁴ Art. 11, comma 2, della Direttiva 2204/35.

La Direttiva stabilisce inoltre che siano gli Stati Membri a provvedere affinché l'autorità competente possa delegare o chiedere a terzi di attuare le misure di prevenzione o di riparazione necessarie⁹⁵.

Le decisioni adottate ai sensi della Direttiva che impongono misure di prevenzione o di riparazione dovranno essere motivate con precisione. Tali decisioni sono notificate senza indugio all'operatore interessato, il quale è contestualmente informato dei mezzi di ricorso di cui dispone secondo la legge vigente dello Stato Membro in questione, nonché dei termini relativi a detti ricorsi⁹⁶.

La Direttiva non prevede la possibilità di singoli o associazioni ambientali di agire direttamente nei confronti dell'inquinatore, ma disciplina una specifica "Richiesta di azione" da parte di altri soggetti, stabilendo che persone fisiche o giuridiche⁹⁷:

- a) che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale, o
- b) che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente concernente il danno o, in alternativa,
- c) che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato Membro esiga tale presupposto, siano legittimate a presentare all'autorità competente osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o minaccia imminente di danno ambientale di cui siano a conoscenza e a chiedere all'autorità competente di intervenire a norma della Direttiva stessa⁹⁸.

Tuttavia, anche in questo caso la determinazione di quali siano gli elementi costitutivi dell'interesse sufficiente e della violazione di un diritto spetta agli Stati Membri⁹⁹.

⁹⁵ Art. 11, comma 3, della Direttiva 2204/35.

⁹⁶ Art. 11, comma 4, della Direttiva 2204/35.

⁹⁷ Art. 12 della Direttiva 2204/35.

⁹⁸ La richiesta di azione dovrà essere corredata di tutti i dati e le informazioni pertinenti a sostegno delle osservazioni presentate in relazione al danno ambientale in questione. Art. 12, comma 2, della Direttiva 2204/35.

⁹⁹ A tal fine, l'interesse di *organizzazioni non governative* che promuovono la protezione dell'ambiente e che sono conformi a tutti i requisiti previsti dal diritto nazionale è considerato sufficiente ai fini della lettera b). Tali organizzazioni sono altresì considerate titolari di diritti che possono subire violazioni ai sensi della lettera c).

L'autorità competente deve tener conto delle richieste di azione e delle osservazioni ad esse allegate che mostrino con verosimiglianza l'esistenza di un caso di danno ambientale. In tali circostanze l'autorità competente deve lasciare la possibilità all'operatore interessato di far conoscere le proprie opinioni circa la richiesta di azione e le osservazioni allegate¹⁰⁰.

Quanto prima, e comunque conformemente alle pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, l'autorità competente informa le persone di cui al paragrafo 1, che hanno presentato osservazioni all'autorità, della sua decisione di accogliere o rifiutare la richiesta di azione e indica i motivi della decisione¹⁰¹.

La Direttiva prevede altresì che le decisioni delle autorità competenti possano essere sottoposte a procedure di riesame¹⁰² su iniziativa dei soggetti legittimati ai sensi dell'articolo 12, dinanzi a un tribunale, o qualsiasi altro organo pubblico indipendente e imparziale, ai fini del riesame della legittimità della procedura e del merito delle decisioni, degli atti o delle omissioni dell'autorità competente ai sensi della Direttiva.

In ogni caso, la Direttiva determina all'art. 7 (*Determinazione delle misure di riparazione*) ed in un apposito Allegato II i criteri che gli operatori e le autorità competenti dovranno seguire per la riparazione del danno all'ambiente¹⁰³, distinguendo analiticamente le diverse ipotesi di danno ambientale a seconda che si tratti di danno arrecato all'acqua e agli habitat naturali protetti, oppure al terreno.

Per l'ipotesi di danno alle acque ed alle specie ed agli habitat naturali protetti la riparazione è conseguita riportando l'ambiente danneggiato alle condizioni originarie tramite misure di riparazione primaria, complementare e compensativa, da intendersi come segue: per riparazione "primaria" dovrà intendersi qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie; qualora le risorse naturali e/o i servizi danneggiati non tornino alle condizioni originarie, sarà intrapresa la riparazione "comple-

¹⁰⁰ Art. 12, comma 3, della Direttiva 2204/35.

¹⁰¹ Art. 12, comma 4, della Direttiva 2204/35.

¹⁰² Art. 13, della Direttiva 2204/35.

¹⁰³ Allegato II - Riparazione del danno ambientale.

mentare”, espressione con la quale deve intendersi qualsiasi misura di riparazione intrapresa in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati.

Lo scopo della riparazione “complementare” è di ottenere, se opportuno anche in un sito alternativo, un livello di risorse naturali e/o servizi analogo a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie. Laddove possibile e opportuno, il sito alternativo dovrebbe essere geograficamente collegato al sito danneggiato, tenuto conto degli interessi della popolazione colpita.

Infine, la riparazione “compensativa” è avviata per compensare la perdita temporanea di risorse naturali e servizi in attesa del ripristino. La compensazione consiste in ulteriori miglioramenti alle specie e agli habitat naturali protetti o alle acque nel sito danneggiato o in un sito alternativo. Essa non è una compensazione finanziaria all’ente pubblico esponenziale.

La *ratio* profonda di tali criteri è quella di escludere nella massima misura possibile la compensazione puramente pecuniaria, in cui si contempra lo Stato incassare risarcimenti spesso cospicui, ma necessariamente – data la struttura della finanza pubblica – non finalizzati alla preservazione dell’ambiente.

Ciò spiega anche la ragione per cui la Direttiva sottolinea che a titolo di riparazione primaria si debba considerare la possibilità di intraprendere azioni per riportare direttamente le risorse naturali e i servizi alle condizioni originarie in tempi brevi, oppure quella di lasciare che ciò avvenga attraverso il ripristino naturale, ove le fonti dell’inquinamento siano cessate; ed anche la ragione per cui sia introdotto altresì l’obbligo di spendere il risarcimento in misure ripristinatorie¹⁰⁴.

L’Allegato II alla Direttiva prevede inoltre che se non è possibile usare, come prima scelta, i metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, si devono utilizzare tecniche di valutazione alternative.

¹⁰⁴ «Where compensation is paid for environmental damage, there is to be an obligation to spend the money in restoration». In questo senso si veda: EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Valuation and Restoration of Damage to Natural Resources for the Purpose of Environmental Liability*, Brussels, 2006, p. 1.

L'autorità competente può prescrivere il metodo per determinare la portata delle necessarie misure di riparazione complementare e compensativa.

Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse naturali e/o dei servizi di sostituzione non può essere eseguita in tempi o a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse naturali e/o dei servizi perduti.

In riferimento all'ipotesi di danno al terreno, la Direttiva prevede che si debbano adottare le misure necessarie per garantire, come minimo, che gli agenti contaminanti pertinenti siano eliminati, controllati, circoscritti o diminuiti in modo che il terreno contaminato, tenuto conto del suo uso attuale o approvato per il futuro al momento del danno, non presenti più un rischio significativo di causare effetti nocivi per la salute umana. Anche in questo caso, la Direttiva infine sottolinea che vada presa in considerazione un'opzione di ripristino naturale, ossia un'opzione senza interventi umani diretti nel processo di ripristino.

In conclusione, il sistema predisposto dalla Direttiva 2004/35 elabora un quadro di riferimento importante per il funzionamento della responsabilità civile nel settore ambientale, applicando il principio «chi inquina paga», e coerentemente con il principio dello sviluppo sostenibile.

6.2. La rivisitazione della proprietà

Un analogo percorso di rivisitazione di un istituto privatistico si è avuto con l'evoluzione dei *tradable pollution rights*, utilizzati in campo ambientale al fine di fornire un incentivo all'uso sostenibile delle risorse.

I *tradable pollution rights* nascono alla fine degli anni sessanta¹⁰⁵ negli Stati Uniti, come risposta alla necessità di rispettare i limiti alle emissioni posti dalla legislazione statunitense sull'inquinamento atmosferico, senza che ciò comportasse un arresto della crescita economica. Il *Clean Air Act* stabiliva dei massimi di concentrazione di determinati inquinanti per ciascuna area, per cui sussisteva il problema di far sì che

¹⁰⁵ J.H. DALES, *Pollution, Property and Prices*, Toronto, 1968.

la crescita economica continuasse anche nelle regioni in cui i massimi di concentrazione fossero già stati raggiunti o superati.

L'idea sottostante agli strumenti economici di tipo proprietario, come i diritti di inquinamento trasferibili, è che il degrado ambientale sia il risultato dell'incompleta attribuzione dei diritti proprietari relativi all'utilizzo delle risorse naturali. Per molti beni e servizi ambientali i mercati non esistono o sono incompleti e questa mancanza è una fonte di inefficienza economica. I sostenitori degli strumenti in questione ritengono che vi sia una forte tendenza a sfruttare e degradare le risorse che sono oggetto di proprietà comune.

Le norme *command-and-control* comportano la previsione (spesso implicita) di diritti proprietari sui beni ambientali solo di tipo pubblicistico, mentre i sistemi di *emissions trading* prevedono una combinazione di proprietà pubblica e privata. I diritti di proprietà pubblica attribuiscono allo Stato il potere di fissare le quote di riduzione delle emissioni, mentre i diritti di proprietà privata attribuiti alle imprese consentono alle stesse di allocare i costi di riduzione dell'inquinamento in modo più efficiente attraverso il mercato¹⁰⁶.

Si sono quindi creati dei diritti all'utilizzo delle risorse o all'inquinamento dell'ambiente, che possono essere scambiati sul mercato. In questo modo il mercato viene utilizzato per allocare una risorsa scarsa, ovvero la capacità dell'ambiente di assorbire inquinanti, in modo efficiente.

L'Unione europea ha indicato tra le soluzioni per il migliorare il funzionamento dei mercati dei prodotti ambientali, necessaria per consentire una sempre maggiore integrazione dell'ambiente nella politica economica, la creazione e assegnazione ai beni e ai servizi ambientali di diritti di proprietà ben definiti, esecutivi e negoziabili.

In un sistema di diritti di inquinamento trasferibili, il bene che viene scambiato sul mercato è costituito da porzioni dell'inquinamento ammissibile in una data area.

È da sottolineare che il funzionamento di tale mercato non viene influenzato dal tipo di distribuzione iniziale dei diritti di inquinamento, in quanto è comunque il mercato a determinarne il prezzo finale, che, in

¹⁰⁶ D.H. COLE, *From local to global property: privatizing the global environment?: clearing the air: four propositions about property rights and environmental protection*, in 10 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 103 (1999).

condizione di equilibrio, si verrà ad attestare ad un livello uguale all'ammontare dei costi marginali aggregati di riduzione dell'inquinamento.

Lo strumento dei *tradable pollution rights* funziona in modo efficiente quando il numero delle imprese che operano nel mercato è elevato, poiché la presenza di pochi operatori potrebbe portare una paralisi nella circolazione dei diritti di inquinamento, in quanto le imprese potrebbero decidere di non scambiare i diritti, impedendo in tal modo l'ingresso di nuove imprese nel mercato.

Inoltre, è da rilevare che questo strumento funziona quando si tratta di inquinanti su grandi aree e la cui presenza non sia episodica.

Lo strumento dei diritti di inquinamento negoziabili consente di minimizzare i costi individuali e collettivi di riduzione delle emissioni, in quanto le riduzioni avvengono dove il loro costo è meno elevato. Inoltre, svolge un'efficace azione di incentivo al progresso tecnico nel campo delle tecnologie di controllo dell'inquinamento, infatti, mentre l'autorità pubblica non è in grado di conoscere tutte le possibilità tecniche a disposizione dei singoli impianti, la flessibilità dei *tradable pollution rights* consente di sfruttare tutte le potenzialità dell'intraprendenza tecnologica degli operatori privati, dando luogo ad una forte spinta all'innovazione¹⁰⁷.

Lo strumento in questione attua completamente il principio "chi inquina paga", raccogliendo così forti consensi nel mondo industriale.

Un'altra ragione per cui i diritti di inquinamento trasferibili sono stati accolti con favore da uomini d'affari, politici e burocrati, è che essi consentono di depoliticizzare il dibattito ambientale, togliendo il potere decisionale dall'arena politica per attribuirlo al mercato.

Dal punto di vista ambientale, i diritti di inquinamento consentono una gestione puntuale dello standard di qualità ambientale, lasciando ai singoli operatori la possibilità di variare i livelli di emissione.

Tuttavia, molti degli oppositori di tale sistema si chiedono come esso possa assicurare una riduzione dell'inquinamento ogni anno, visto che le riduzioni di emissioni ottenute da alcune imprese sono compen-

¹⁰⁷ R. CELLERINO, *Oltre la tassazione ambientale - Nuovi strumenti per il controllo dell'inquinamento*, Bologna, 1993, p. 7 ss.

sate dalle emissioni in eccesso di altre imprese che acquistano i diritti di emissione delle prime. L'unico modo per ridurre l'inquinamento è di ridurre ogni anno il numero dei diritti di inquinamento. Tuttavia, difficilmente le imprese vorranno entrare in questo mercato, se i loro diritti di inquinamento vengono ridotti ogni anno¹⁰⁸. Un'alternativa possibile è di mantenere invariato il numero di diritti in circolazione, diminuendo la quota di inquinamento consentito ad essi corrispondente, ma anche in questo caso si introduce un elemento di incertezza, che potrebbe scoraggiare i potenziali acquirenti. Inoltre, in entrambi i casi, ci si trova di fronte ad una sorta di confisca da parte dello stato, per cui potrebbe essere opportuno che lo stato dia un adeguato indennizzo.

Sebbene siano stati utilizzati anche in settori come quello dell'inquinamento idrico, il campo di applicazione più diffuso dei diritti di inquinamento trasferibili è quello dell'inquinamento atmosferico, per il controllo del quale, la localizzazione delle fonti è spesso trascurabile. Infatti, l'applicazione dello strumento in questione è apparsa efficiente soprattutto nell'ambito dei problemi di inquinamento globale, in particolare, dei gas serra, in quanto la localizzazione degli impianti non è importante per raggiungere un controllo efficiente, dato che gli inquinanti serra hanno esattamente il medesimo effetto a prescindere dalla localizzazione degli impianti, e inoltre i gas serra sono facilmente monitorabili.

In sede internazionale, tali strumenti hanno poi raggiunto una maggiore forza attrattiva, dal momento in cui il Protocollo di Kyoto ha previsto, accanto ad una serie di politiche e misure che debbono essere applicate o elaborate dalle singole Parti, anche la possibilità di fare ricorso a meccanismi di mercato, che dovrebbero consentire di diminuire i costi economici per il raggiungimento degli obiettivi di riduzione.

Il protocollo di Kyoto¹⁰⁹ ha infatti adottato il ricorso a strumenti di mercato per garantire il raggiungimento degli obiettivi tra cui:

- a) lo scambio internazionale dei diritti di emissione (*international emission trading, IET*),
- b) i progetti di attuazione congiunta (*joint implementation, JI*),
- c) i meccanismi di sviluppo (*clean development mechanism, CDM*).

¹⁰⁸ S. BEDER, *Trading the Earth: The Politics Behind Tradable Pollution Rights*, in *3 Environmental Liability* 152 (2001).

¹⁰⁹ Cfr. <<http://unfccc.int/resource/index.html>>.

L'Unione europea, nel marzo 2000, ha adottato un *Libro Verde sullo scambio dei diritti di emissione dei gas ad effetto serra nell'UE*¹¹⁰, cui ha fatto seguito l'adozione della Direttiva 2003/87/CE del 13 ottobre 2003¹¹¹ che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità, venendo quindi a costituire la prima attuazione europea di uno dei meccanismi previsti dal Protocollo di Kyoto.

La Direttiva 2003/87/CE ridisegna dunque lo schema proprietario e disciplina lo scambio dei diritti di emissione, al fine di attuare le riduzioni delle emissioni in tutta la comunità laddove il loro costo risulti meno elevato.

6.3. *Il contratto e l'ambiente. L'impiego di altri strumenti negoziali*

Nel tentativo di coinvolgere sempre più le imprese nella dinamica delle politiche ecologiche si sono sviluppati negli ultimi tempi i c.d. *accordi volontari* conclusi tra le imprese e l'amministrazione pubblica e volti al raggiungimento di obiettivi specifici nel campo della tutela dell'ambiente¹¹².

Nel 1996, la Commissione ha adottato una Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sugli accordi in materia di ambiente¹¹³. Gli accordi ambientali costituivano a quell'epoca un nuovo strumento strategico a complemento delle misure di regolamentazione. Nella comunicazione si riconosce che gli accordi ambientali presentano una serie di potenziali vantaggi, tra i quali quello di incentivare un atteggiamento più partecipativo da parte dell'industria, la possibilità di addi-

¹¹⁰ COM(2000)87, 8 marzo 2000.

¹¹¹ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la Direttiva 96/61/CE del Consiglio (Testo rilevante ai fini del SEE), *GU n. L 275, 25.10.2003, pp. 32-46*.

¹¹² Sul punto cfr. E. SASSOON, C. RAPISARDA SASSOON, *Management dell'ambiente*, Milano, 1993, p. 65; F. BERTOLINI, *Un approfondimento del processo di gestione: il caso del rischio ambientale*, in F. BERTOLINI ET AL. (cur.), *Risk management: strumenti e politiche per la gestione dei rischi puri dell'impresa*, Milano, 1996, p. 181.

¹¹³ COM(96)561 def., 27 novembre 1996.

venire a soluzioni su misura ed efficaci rispetto ai costi, ed infine un più rapido raggiungimento degli obiettivi ambientali.

Nella Comunicazione del 1996 si osservava che, per conseguire questi risultati, gli accordi devono possedere obiettivi ben determinati, essere trasparenti in modo da evitare accordi puramente formali, comprendere meccanismi di attuazione come ammende ed altre sanzioni, oltre ad altre strategie per evitare il fenomeno dei *free-rider*.

Gli esempi più noti di accordi comunitari che sono stati sviluppati in materia ambientale sono quelli delle associazioni di produttori di automobili europea, giapponese e coreana sulla riduzione delle emissioni di CO₂ prodotte dalle autovetture. Tali accordi hanno trovato riconoscimento in alcune raccomandazioni della Commissione¹¹⁴. La Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un sistema di controllo della media delle emissioni specifiche di CO₂ prodotte dalle autovetture nuove¹¹⁵, ha integrato poi tali accordi.

L'inchiesta più esaustiva sul ricorso a questo strumento è stata realizzata dall'OCSE in una relazione pubblicata nel 1999¹¹⁶, dove si conclude che gli accordi ambientali sono più efficaci se usati nell'ambito di un *policy mix*, in combinazione con strumenti economici e legislativi.

Gli accordi ambientali possono avere svariate origini. Si può trattare di decisioni spontanee prese dalle parti interessate in un'ampia gamma di settori in cui la Commissione non ha proposto provvedimenti legislativi, né ha manifestato l'intenzione di legiferare. La Commissione incoraggia le parti interessate ad adottare una strategia di anticipazione nell'elaborazione di detti accordi. Possono, in secondo luogo, derivare da una reazione delle parti interessate in seguito all'intenzione espressa della Commissione di legiferare in un determinato settore. Infine possono essere avviati dalla Commissione. I criteri di valutazione e i requisiti in materia di procedure per la gestione degli accordi ambientali dipenderanno in parte da chi ne è il promotore.

In questi ultimi anni i responsabili delle politiche hanno manifestato un interesse crescente nei confronti degli accordi ambientali. È ampia-

¹¹⁴ Raccomandazioni 1999/125/CE, 2000/303/CE e 2000/304/CE.

¹¹⁵ Decisione 1753/2000/CE, del 22 giugno 2000, GU n. L 202, 10.08.2000, p. 1.

¹¹⁶ *Voluntary Approaches for Environmental Policy - an Assessment*. OCSE 1999, ISBN 92-64-17131-2.

mente riconosciuta l' idoneità di tali accordi tra le parti interessate (spesso associazioni di categoria) per conseguire efficacemente gli obiettivi della politica ambientale. Gli Stati Membri e la Comunità hanno già maturato una certa esperienza nel campo degli accordi ambientali e i risultati finora conseguiti sono incoraggianti. Sebbene questi accordi non risolvano tutti i problemi ambientali, né siano gli strumenti ideali in tutte le circostanze, possono comunque svolgere un ruolo prezioso per integrare – senza peraltro sostituire – altri strumenti politici, in particolare la legislazione.

Innanzitutto è indispensabile che vi siano definizioni chiare. Nel linguaggio comune, le espressioni “accordo volontario”, “accordo ambientale” o “accordo a lungo termine” si usano indifferentemente, trascurando il fatto che la forma giuridica e il contenuto di questi strumenti possono variare considerevolmente. Il termine “accordo” si applica solitamente a strumenti che giuridicamente costituiscono impegni unilaterali sottoscritti da industrie e imprese. Per semplicità e chiarezza, nella presente comunicazione si utilizza solamente l'espressione “accordo ambientale”.

Gli accordi in materia ambientale sul piano comunitario sono accordi in cui le parti interessate si impegnano ad ottenere una riduzione dei livelli di inquinamento, come sancito dal diritto ambientale, o obiettivi di carattere ambientale, di cui all'articolo 174 del Trattato. La presente comunicazione lascia impregiudicati le disposizioni che saranno definite nell'accordo interistituzionale e le modalità e i criteri da applicare per gli accordi volontari in ambiti diversi dal settore ambientale, e non riguarda la legislazione concernente il “nuovo approccio”. Gli accordi ambientali non sono tuttavia negoziati con la Commissione. Possono essere riconosciuti dalla Commissione grazie ad uno scambio di lettere, una Raccomandazione della Commissione, una Raccomandazione della Commissione accompagnata da una Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il controllo o ancora nell'ambito della coregolamentazione stabilita dai legislatori comunitari. Questi accordi vanno distinti dagli accordi in materia ambientale sottoscritti dagli Stati Membri come misura attuativa nazionale di una Direttiva comunitaria.

Successivamente nel 2002 la Commissione ha pubblicato una nuova Comunicazione in tema di accordi ambientali¹¹⁷, in cui gli “accordi volontari ambientali” vengono presentati come strumenti che rispondono al meglio alle nuove esigenze così come scaturite dal Quinto programma in poi.

La logica consensualistica sottesa all'accordo permette di superare la visione conflittuale del rapporto tra ambiente e sviluppo economico, e quindi anche un cambiamento nel modo di concepire l'industria, da causa del problema a protagonista della sua soluzione.

Conclusioni

Nella prospettiva del superamento della dicotomia classica diritto privato/diritto pubblico la parabola della disciplina dell'ambiente mette in risalto come attualmente sia in corso un'ibridazione degli strumenti impiegati nelle politiche ambientali.

Da un lato si abbandona la classica retorica sulla preminenza degli strumenti di diritto pubblico su quelli di diritto privato nelle politiche di salvaguardia dei beni ambientali, dall'altra si assiste alla rivisitazione dei classici strumenti di diritto privato per far fronte alle nuove problematiche ambientali.

Ciò che appare al centro dell'attenzione degli studiosi è il concetto di effettività delle politiche ambientali, richiamando spesso il concetto di *performance* delle norme in questo settore. Il problema non è di sapere se le norme che in teoria potrebbero raggiungere dei buoni risultati sono di diritto pubblico o di diritto privato, ma che si tratti di norme che vengono in concreto rispettate e che riescano a modificare i comportamenti dei consociati in modo coerente con le politiche ambientali.

Insomma: basta che funzioni¹¹⁸!

¹¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione"*, COM(2002)412 definitivo, Bruxelles, 17 luglio 2002.

¹¹⁸ Qui il riferimento non è a un dotto giurista, ma a Woody Allen e al suo film del 2009: *Whatever works!*

DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO IN UNA SOCIETÀ BASATA SULLE LIBERTÀ INDIVIDUALI

Pietro Sirena

SOMMARIO: 1. *La super-diversità del diritto amministrativo europeo.* – 2. *Il progetto costituzionale di una società basata sulle libertà private e la sua matrice ordo-liberale.* – 3. *Il diritto amministrativo di una società basata sulle libertà individuali.* – 4. *Il diritto privato di una società basata sulle libertà individuali.*

1. La super-diversità del diritto amministrativo europeo

Secondo un'acquisizione della scienza giuridica che può considerarsi ormai definitiva, la distinzione tra il diritto privato e quello pubblico è basata su criteri che non sono univoci, né tanto meno immutabili¹: essi sono stati di volta in volta rinvenuti nella natura dei soggetti che sono destinatari della norma, nelle finalità di politica del diritto che la giustificano, ecc.².

La storia peraltro dimostra che la linea di confine tra i due ambiti dell'ordinamento giuridico è contingente³, dipendendo da alcune scelte politiche di fondo, soprattutto in materia economica: è noto, ad es., che

¹ Per qualche indicazione bibliografica, v. recentemente S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, spec. p. 9 ss.

² Per una trattazione classica, v. S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696 ss. Di recente, v. soprattutto A. ZOPPINI, *Diritto privato vs. diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno dell'Associazione Civilisti Italiani, Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, p. 371 ss.

³ M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in W. VON HOFFMAN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 41 ss.

nei periodi bellici ovvero di emergenza sociale «tout devient droit public»⁴.

Più in generale, la dottrina ha avvertito che nel corso del Novecento, e segnatamente dopo la Prima guerra mondiale⁵, si è delineata una profonda “metamorfosi” del diritto privato⁶, la quale può essere descritta nei termini di una sua “pubblicizzazione” ovvero “socializzazione”⁷: la tendenza radicale a centralizzare e burocratizzare la vita economica avrebbe trasformato «anche ciò che prima era considerato di diritto privato»⁸.

L’espansione della sfera pubblicistica, la quale si era già manifestata mediante la “costituzionalizzazione” del diritto privato⁹, l’introduzione della contrattazione collettiva e l’intervento dello Stato in economia¹⁰, ha conosciuto una nuova stagione a causa della crisi finanziaria mondiale che si sta protraendo dal 2007-2008¹¹: è stata così almeno in parte

⁴ La formula di Portalis fu ripresa nel secondo dopoguerra da G. RIPERT, *Tout devient droit public*, in ID., *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, 1949, p. 37 ss. Sul tema, v. altresì R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public*, Paris, 1945 (2^a ed., 1950); ID., *Droit privé et droit public*, in *Dalloz Chr.*, 1946, p. 25 ss.; J. RIVERO, *Droit public et droit privé: conquête, ou statu quo?*, in *Dalloz Chr.*, 1947, p. 69 ss.

⁵ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 119 ss.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2001, p. 252 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, p. 153 ss.

⁶ V. le tre serie di M. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d’aujourd’hui*, Paris, la prima del 1948 (2^a ed., 1952), la seconda e la terza del 1959.

⁷ Per un’analisi critica di tali formule concettuali, resta fondamentale il contributo di M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, ora in ID., *Scritti minori*, Napoli, 1988, p. 441 ss.

⁸ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, 1998, p. 65 ss.

⁹ Per un bilancio critico, v. U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 77 ss.

¹⁰ U. BRECCIA, *L’immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, ora in ID., *Immagini del diritto privato*, I, cit., p. 105 ss.; G. ALPA, *op. cit.*, p. 323 ss.

¹¹ A tale proposito, v. i saggi raccolti in G. ALPA, E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Atti del Convegno dell’Associazione Civilisti Italia-

contraddetta quella preminenza del diritto privato, che si era nuovamente delineata a partire dagli anni Ottanta e che sembrava aver dato luogo a un “congedo” o a una “fuga” dal diritto pubblico¹², anche mediante una progressiva depenalizzazione del diritto dell’economia in tutte le sue ramificazioni (finanziaria, tributaria, societaria, e così via)¹³.

Tali fenomeni si sono peraltro intersecati con la manifestazione di una sempre più profonda crisi dello Stato, la quale ha rimesso in discussione il suo rapporto con il diritto in quanto tale¹⁴. Da un lato, hanno così ripreso quota le vecchie tesi sulla extrastatalità del diritto civile¹⁵, le quali sono state riformulate a proposito del *soft law* che si sta svilup-

ni, Roma, 28-29 giugno 2013, Milano, 2015 e quelli raccolti in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, nonché ID., *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: New Trends in Public Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 81 ss.; ID., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale dir. amm.*, 2008, p. 1083 ss.

¹² Per un quadro d’insieme, v. E. SCHMIDT-ABMANN, *Öffentliches Recht und Privatrecht: ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze*, in W. VON HOFFMAN-RIEM, E. SCHMIDT-ABMANN (hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, cit., p. 41 ss. Nella letteratura spagnola, v. S. MARTIN-RETORTILLO, *Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo*, in *Rev. adm. públ.*, 1996, p. 25 ss.; I. BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, in *Rev. adm. públ.*, 1993, p. 233 ss.

¹³ G.M. FLICK, *La domanda di diritto penale nell’economia*, in M. DE TILLA, G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Diritto dell’economia*, Milano, 2002, p. 850 s. Sul fenomeno, che si riscontra in tutti i Paesi europei, v. in generale G. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, p. 78 s.

¹⁴ V. i saggi raccolti in N. JANSEN, R. MICHAELS (eds.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen, 2008. Anche nel quadro di concezioni più tradizionali dello Stato, si era peraltro potuto sostenere che esso non fosse il creatore del diritto, ma detenesse soltanto il monopolio della sua applicazione (v. C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell’individuo*, a cura di C. GALLI, Bologna, 2013, spec. p. 54 ss.): un punto di vista che, pur nel quadro di un’impostazione politica radicalmente diversa, poteva essere facilmente condiviso dalla dottrina ordo-liberale (v. K.H. LADEUR, *Der Staat gegen die Gesellschaft. Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“*, Tübingen, 2006).

¹⁵ Non può non essere ricordato il celebre contributo di F. VASSALLI, *Extrastatalità del diritto civile*, in ID., *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 755 ss.

pando come un vero e proprio *ius commune europaeum*¹⁶. Dall'altro, si è verificata una proliferazione di autorità indipendenti¹⁷, le quali si collocano e agiscono al di fuori della pubblica amministrazione di cui all'art. 95 Cost.¹⁸. È stato pertanto sostenuto che, per quanto attuata mediante strumenti diversi da quelli del diritto amministrativo tradizionale, la regolazione dell'attività economica seguirebbe la logica di uno Stato decentrato e l'apparente privatizzazione dell'ordinamento giuridico si pervertirebbe così nel suo opposto¹⁹.

Come si evince da tali vicende storiche, la prospettazione di una "grande dicotomia" tra il diritto privato e il diritto pubblico²⁰ implica che quest'ultimo sia propriamente identificato con quello amministrativo, per lo meno negli ordinamenti giuridici che hanno recepito il modello francese²¹: si ritrova così la distinzione storica tra il *ius commune* (rappresentato appunto dal diritto privato di tradizione romanistico-canonica) e il diritto speciale dello Stato-apparato, che nell'esercizio del suo potere è sottratto alle leggi civili²².

¹⁶ Per qualche riferimento bibliografico, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. dir. civ.*

¹⁷ P. SCHLESINGER, *Il "nuovo" diritto dell'economia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 55 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*⁴, Roma-Bari, 2003, p. 35 ss.

¹⁸ Per tutti, v. S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali e L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 21 ss. e, rispettivamente, p. 44 ss.

¹⁹ C. HARLOW, *The 'Hidden Paw' of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. DYZENHAUS, M. HUNT, G. HUSCROFT (eds.), *A Simple Common Lawyer. Essays in Honour of Michael Taggart*, Oxford-Portland, 2009, p. 75 ss.

²⁰ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3 ss.

²¹ Su tale modello, v. le notazioni politico-costituzionali di C. SCHMITT, *La formazione dell'esprit in Francia per mezzo dei legisti*, in ID., *La formazione dell'esprit in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, a cura di C. PONTORIERI, Genova, 2015, spec. p. 95 ss.

²² Per tutti, v. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, ora in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2000, p. 3 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, spec. p. 343 ss. Un chiaro sguardo d'insieme si può leggere in G. NAPOLITANO, *Miti e funzio-*

Il diritto costituzionale si colloca invece in una posizione trasversale, in quanto detta sia regole di diritto comune (“i diritti e i doveri dei cittadini”), che regole di organizzazione dello Stato-apparato (“l’ordinamento della Repubblica”)²³. In ogni caso, il diritto costituzionale pone i “principi fondamentali” che stanno alla base tanto del diritto privato, quanto di quello amministrativo, e per definizione non può dunque contrapporsi all’uno o all’altro.

Per altro verso, il confine tra il settore penalistico e quello privatistico dell’ordinamento giuridico è più rilevante dal punto di vista della politica del diritto, che da quello della sua teoria generale²⁴, trattandosi principalmente di una scelta del legislatore riguardo alla sanzione più appropriata rispetto a un determinato comportamento anti-giuridico²⁵.

ni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo, in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, cit., p. 393 ss.

²³ Cfr. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, a cura di A. PETRONI, S. MONTI BRAGADIN, Milano, 1989, p. 168 ss., secondo il quale il diritto costituzionale detterebbe esclusivamente regole di organizzazione, provvedendo alla limitazione e distribuzione dei poteri del governo e dello Stato: si tratterebbe pertanto di diritto in senso meramente formale, e non già in senso materiale. Non sembra tuttavia che tale considerazione sia adeguata rispetto al diritto costituzionale contemporaneo, il quale non solo ha stabilmente incorporato la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali dell’uomo (per tutti, v. M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli, 2014, spec. p. 12 ss.), ma ha sempre più accentuatamente manifestato l’attitudine a essere applicabile anche nei rapporti intersoggettivi di diritto privato (c.d. *Drittwirkung*; per tutti, v. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, e M. LUCIANI, *Diritto costituzionale e diritto civile*, entrambi in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, cit., p. 235 ss. e, rispettivamente, p. 291 ss.).

²⁴ Se si muove dal presupposto che la “grande dicotomia” tra il diritto privato e diritto pubblico coincida con quella normativistica tra regole di mera condotta (*nomos*) e, rispettivamente, regole di organizzazione (*thesis*) (v. F.A. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 164), ad es., il diritto penale deve essere collocato nella branca privatistica, e non già in quella pubblicistica dell’ordinamento giuridico (v. ID., *op. cit.*, p. 166, dichiarando di rifarsi così alla tradizione inglese).

²⁵ In generale, v. M. FRANZONI, *Civile e... penale* e C. PIERGALLINI, “*Civile*” e “*penale*” a perenne confronto: *l’appuntamento del terzo millennio*, entrambi in V. ROPPO, P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, cit., p. 91 ss. e, rispettivamente, p. 111 ss.

Tenuto anche conto delle materie attribuite alla competenza dell'Unione, è pertanto il diritto amministrativo (europeo) che propriamente si pone in antinomia con il diritto privato (europeo)²⁶.

Per diritto amministrativo europeo si deve intendere non soltanto il diritto amministrativo proprio dell'Unione europea, ma anche il risultato dell'europeizzazione dei diritti amministrativi nazionali²⁷. Se concepito in tali termini, il diritto amministrativo europeo può essere considerato speciale rispetto al diritto privato, ma al contempo può essere considerato speciale anche rispetto al diritto amministrativo nazionale degli Stati Membri dell'Unione: si pone così il problema di una sua super-diversità²⁸.

²⁶ Dapprima contestato (da M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, con presentazione di S. BATTINI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 985 ss.), il concetto di diritto amministrativo europeo ha ormai dato luogo a un'imponente letteratura in italiano (per tutti, v. i saggi di S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali? e Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, entrambi in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, cit., p. 373 ss. e, rispettivamente, p. 393 ss.; AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007; AA.VV., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di S. CASSESE, F. BIGNAMI, Milano, 2004; G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*², *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, p. 1877 ss.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999). Sul concetto di diritto privato europeo, v. per tutti C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, 3 voll., Milano, 2007; G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, 4 voll., Padova, 2003 e già *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, 2 voll., Padova, 1997. Per quanto sia ormai configurabile un diritto penale europeo, sia sostanziale, che processuale (per tutti, v. F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e costituzionale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 2/2014, p. 167 ss.), il suo sviluppo e la sua estensione sono indubbiamente più limitati.

²⁷ A. VON BOGDANDY, *Il diritto amministrativo nello spazio europeo: cosa cambia, cosa rimane*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, 2013, p. 98.

²⁸ Nelle scienze umane, si parla di super-diversità (*super diversity*) per indicare la coesistenza di criteri sovrapposti di specialità o di differenziazione di una stessa realtà umana. Tra gli altri, v. S. VERTOVEC, *Super-diversity and its implications*, in *29 Ethnic and Racial Studies*, 2007, p. 1024 ss.; J. BLOMMAERT, B. RAMPTON, M. SPOTTI (eds.),

In effetti, il diritto europeo nel suo complesso è stato appunto interpretato come un diritto speciale “di indirizzo”, mediante il quale «un ‘apparato’ amministrativo-governativo promuove trasformazioni sociali alla luce di una nuova unità politica, economica e giuridica»²⁹.

Un’importante indicazione in tal senso può essere ravvisata nell’art. 274 TFUE, il quale è correntemente interpretato nel senso che non sono sottratte alle giurisdizioni nazionali soltanto le controversie privatistiche di cui è parte l’Unione europea, laddove il controllo pubblicistico sulla validità dei suoi atti è riservato alla giurisdizione della Corte di giustizia³⁰. Per quanto non sia espressamente sancito dai Trattati istitutivi, questo monopolio giurisdizionale è stato giustificato dalla stessa Corte di giustizia in base all’esigenza di salvaguardare l’unitarietà del diritto dell’Unione³¹.

2. *Il progetto costituzionale di una società basata sulle libertà private e la sua matrice ordo-liberale*

Secondo quanto risulta già chiaramente dai Trattati istitutivi, il diritto europeo è basato sul primato costituzionale delle libertà individuali³²,

Language and Superdiversities, in 13 *Diversities*, ed. by UNESCO & MPI MMG, 2011, No. 2; T. RAMADAN, *On Superdiversity*, Berlin, 2011. Sull’utilità di tale concetto nella teoria generale del diritto, v. S. GRUNDMANN, H.W. MICKLITZ, M. RENNER (hrsg.), *Privatrechtslehre*, I, Tübingen, 2015, p. 1 ss.

²⁹ A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 107.

³⁰ È stato notato che tale soluzione presenta assonanze con i rapporti che, nel periodo dell’assolutismo, intercorrevano tra fisco e tribunali (anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, p. 110 s.).

³¹ Corte di giustizia, 18 luglio 2007, C-119/05, Ministero dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato c. Lucchini s.p.a.; Corte di giustizia, 10 gennaio 2006, C-344/04, The Queen, International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association c. Department for Transport; Corte di giustizia, C-143/88 e C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG c. Hauptzollamt Itzehoe, Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Paderborn; Corte di giustizia, 22 ottobre 1987, 314/85, Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost.

³² E.J. MESTMÄCKER, *European Economic Constitution*, in J. BASEDOW, K.J. HOPT *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Tübingen, 2012, p. 588 ss.

il quale è stato chiaramente affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia³³.

Così come lo conosciamo oggi, il diritto europeo ha preso in un certo senso l'avvio dalla grande sentenza della Corte di giustizia nel caso van Gend & Loos³⁴, la quale ha stabilito che i Trattati istitutivi non operano soltanto sul piano dei rapporti internazionali tra gli Stati Membri, ma riconoscono a ciascun cittadino anzitutto quelle libertà individuali che egli può far valere in giudizio come una situazione giuridica soggettiva, di cui è il titolare. Tra l'altro, questa svolta del diritto europeo deve essere ascritta al merito di un grande giurista italiano che faceva allora parte della Corte di giustizia, ossia Alberto Trabucchi, il quale riuscì a superare le resistenze degli altri componenti del collegio giudicante, convincendoli ad abbandonare la concezione internazionalistica del diritto europeo³⁵.

Dal punto di vista non soltanto della politica del diritto, ma forse ancor prima della filosofia politica, si può dire che una società è costituzionalmente basata sulle libertà individuali quando il potere pubblico ha anzitutto il compito di proteggere e di incentivare l'autodeterminazione di ciascun individuo, non di funzionalizzarla al perseguimento di obiettivi centralizzati. In tale modello, il potere pubblico è pertanto rigorosamente vincolato dal principio di sussidiarietà e da quello di proporzionalità.

Il pensiero ordo-liberale di matrice tedesca, che tanta influenza ha avuto sulla genesi e la storia del diritto europeo, ha senz'altro identificato il primato costituzionale delle libertà individuali con il modello di una "società basata sul diritto privato" (*Privatrechtsgesellschaft*)³⁶, po-

³³ Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le "libertà fondamentali" dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 121 ss.

³⁴ Sentenza 5 febbraio 1963, C 26-62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte.

³⁵ Tale vicenda è narrata in A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 259 ss.

³⁶ La compiuta elaborazione di tale modello si deve soprattutto a F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO*, 1966, p. 75 ss. A tale proposito, v. C.-W. CANARIS, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in P. VON BADURA, R. SCHOLZ (hrsg.), *Wege und Verfahren*

nendo così anche le basi per una critica radicale delle dottrine nazional-socialiste della società e dell'economia.

Non si deve tuttavia pensare che si siano così assecondate le tesi favorevoli a un progressivo “ritiro” del diritto amministrativo³⁷, il quale, per lo meno nella sua derivazione dal modello francese, è percepito come incompatibile con il liberalismo, o più specificamente con la versione inglese del liberalismo³⁸. Al contrario, è tipicamente ordo-liberale l'enfatizzazione del ruolo dello Stato e più in generale dei poteri pubblici nella creazione e nella “imposizione” di un ordine giuridico del mercato³⁹: in tal senso dev'essere intesa la grande “scelta di sistema” (*Systementscheidung*) a favore di un'economia sociale di mercato, la quale identifica la costituzione economica (*Wirtschaftsverfassung*)⁴⁰.

L'obiettivo istituzionale del mercato interno unico, che le libertà individuali sono finalizzate a realizzare ai sensi dell'art. 26, 2° comma, TFUE, non si esaurisce pertanto in una (per quanto socialmente ed eco-

gen des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, 1993, p. 873 ss., nonché i saggi raccolti in K. VON RIESENHUBER (hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen, 2007. Per l'importanza di tale concetto nella costituzione e nell'evoluzione del diritto privato europeo, v. S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *European Review of Private Law*, 2008, p. 553 ss. e già K. MEYER, J. SCHEINPFLUG, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen, 1996, spec. p. 11 ss., p. 75 ss.

³⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 57.

³⁸ S. CASSESE, *La formazione e lo sviluppo dello Stato amministrativo in Europa*, in S. CASSESE, P. SCHIERA, A. VON BOGDANDY, *Lo Stato e il suo diritto*, cit., p. 17 ss.

³⁹ Tale impostazione di politica del diritto ha suscitato reazioni vivacemente critiche, le quali si possono riassumere nell'accusa di un sostanziale autoritarismo (D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Markt*, Baden-Baden, 1991, spec. p. 77 ss. a proposito di Böhm e della *Freiburger Schule*), il quale rinverrebbe le proprie radici addirittura nel totalitarismo del *Drittes Reich* nazionalsocialista (A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, *passim* e spec. p. 21 ss., e già ID., *Tutte le strade portano a Fiume. L'involuzione liberista del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 263 ss.; ID., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss.).

⁴⁰ F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart, 1937, spec. p. 54 ss.

conomicamente importante) *policy* di rimozione delle disparità di trattamento nel commercio intracomunitario (c.d. integrazione negativa).

In realtà, è stata così superata l'impostazione meramente strumentale del diritto europeo, la quale lo concepiva come un puro e semplice mezzo per raggiungere l'integrazione economica ed eventualmente politica degli Stati Membri (*integration through law*), ed esso è stato concepito piuttosto come un autonomo ordinamento giuridico, teleologicamente orientato alla realizzazione di un proprio modello costituzionale, quello appunto di una società basata sulle libertà individuali.

In questi termini, si spiega e si giustifica la qualificazione di tali libertà come "fondamentali"⁴¹, in quanto la loro tutela da parte del diritto dell'Unione non è (soltanto) diretta a impedire le disparità di trattamento a svantaggio dei professionisti di altri Stati Membri (ovvero che operano anche in altri Stati Membri) rispetto a quelli nazionali (ovvero che operano esclusivamente sul mercato nazionale), ma (anche) a promuovere positivamente una vera e propria liberalizzazione dell'economia e del diritto di ciascuno Stato Membro⁴².

Movendo dal presupposto che i diritti fondamentali possano essere suddivisi tra quelli che sono inviolabili e quelli che non lo sono⁴³, è stato tuttavia recentemente affermato che le libertà garantite dai Trattati istitutivi sarebbero fondamentali «unicamente nel senso che sono *fondanti* rispetto al sistema dell'Unione europea incentrato sulla costruzione del mercato unico», ma non avrebbero «il potere di qualificare l'impronta, sul terreno valoriale, di tale ordinamento»⁴⁴.

⁴¹ Dal punto di vista della dottrina pubblicistica, v. T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*², Oxford-Portland, 2009, p. 315 ss.

⁴² In senso contrario, cfr. S. PERNER, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, 2013, p. 70 ss., nonché A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 9 ss.

⁴³ Anche per riferimenti dottrinali, v. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 672 s.

⁴⁴ E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 41 ss.

In realtà, sopprimere o non tutelare la libertà di iniziativa economica privata avrebbe conseguenze dannose sull'ordine democratico della società non meno gravi di quelle che sarebbero provocate se si sopprimesse o non si tutelasse la libertà sindacale, o quella di associazione, e così via⁴⁵, fermo restando che può porsi l'esigenza di un loro bilanciamento con i diritti fondamentali della persona⁴⁶.

⁴⁵ A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali*², *Parte speciale*, Padova, 1992, p. 470 ss., spec. nota 9. Com'è noto, la distinzione posta da Benedetto Croce (ora in *Etica e politica*³, Bari, 1945, p. 316 ss.) tra il liberismo (economico) e il liberalismo (morale) ha suscitato una notevole controversia con Luigi Einaudi, sviluppatasi dagli anni Trenta fino all'immediato dopoguerra. Alla tesi crociana secondo cui il liberalismo non implicherebbe necessariamente il liberismo, ma sarebbe al limite compatibile con la soppressione della libertà di iniziativa economica privata (pianificazione dell'economia) e della proprietà privata (comunismo), Einaudi appassionatamente replicava: «La libertà del pensiero è [...] connessa necessariamente con una certa dose di liberismo economico [...]. La concezione storica del liberismo economico dice che la libertà non è capace di vivere in una società economica nella quale non esista una varia e ricca fioritura di vite umane vive per virtù propria, indipendenti le une dalle altre, non serve di un'unica volontà. In altri termini e per non lasciare aperta alcuna via al rimprovero di far dipendere la vita dello spirito dall'economia, lo spirito libero crea un'economia a se medesimo consona e non può creare perciò un'economia comunista che è economia asservita ad un'idea, qualunque sia, imposta da una volontà, per definizione e per ragion di vita, intollerante di qualsiasi volontà diversa». (L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, ora in ID., *Il buongoverno*, Bari, 1954).

⁴⁶ Corte di giustizia, 14 ottobre 2004 (Omega Spielhallen- und Automatenanstalt GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn), in *Racc.*, p. I-9641 ss.; in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 181 ss., con nota di E. PELLECCIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*; Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, causa C-438/05 (International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti), in *Racc.*, p. I-10806 ss.; Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-341/05 (Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet et al.), in *Racc.*, p. I-11845 ss. In dottrina, v. H. SCHEPEL, *Freedom of Contract in Free Movement Law: Balancing Rights and Principles in European Public and Private Law*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 1211 ss.

3. Il diritto amministrativo di una società basata sulle libertà individuali

Se è vero che il diritto europeo ha introdotto una massiccia liberalizzazione di molti settori cruciali dell'economia, è altresì vero che tale processo politico ed economico non ha generalmente implicato una rarefazione del diritto amministrativo, ma anzi una sua intensificazione⁴⁷.

In realtà, il modello costituzionale di una società basata sulle libertà individuali ha poco a che fare con quell'ordine spontaneo del mercato che è stato indicato mediante il termine di “catallassi”⁴⁸.

Se le libertà private sono abbandonate a se stesse, è infatti avvertito il rischio che il loro esercizio tenda paradossalmente a distruggere proprio il modello di una società che le riconosce come un *prius*, facendo così prevalere la libertà del più forte su quella del più debole. Dal punto di vista ordo-liberale, l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando è esercitato dal potere pubblico, ma anche quando esso si afferma di fatto nei rapporti tra i cittadini⁴⁹: in realtà, una società basata sulle libertà individuali può realizzarsi soltanto se esse sono inserite in una cornice di regole “forti” di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico.

⁴⁷ Per tutti, v. S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 433 ss.

⁴⁸ F.A. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 314 ss., il quale reputa che le interferenze in tale ordine spontaneo generino disordine e non possano mai essere giuste, precisando che esse sono costituite soltanto da ordini specifici che, diversamente dalle norme di mera condotta, tendono a risultati particolari. L'evoluzione dei sistemi capitalistici ha tuttavia messo in evidenza che la prevenzione e la neutralizzazione dei rischi di fallimento del mercato possono richiedere ordini specifici, i quali, in quanto siano propriamente finalizzati a imporre o a simulare la concorrenza, ovvero a sostituire un atto di autonomia privata, non sono affatto incompatibili con il modello di una società basata sul diritto privato; in tal senso, si deve ammettere che vi sono atti di interferenza i quali sono conformi all'ordine del mercato (v. soprattutto W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrise der Gegenwart*⁵, Erlenbach-Zürich, 1948, p. 259).

⁴⁹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, I, Milano, 2002, p. 47 ss. Più di recente, v. i saggi raccolti in F. VON MÖSLEIN (hrsg.), *Private Macht*, Tübingen, 2016.

In altri termini, una società basata sulle libertà individuali può instaurarsi soltanto come risultato di un intervento deliberato del potere pubblico, il quale si assuma essenzialmente il compito di preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione.

Il diritto amministrativo europeo non è più caratterizzato pertanto dalla funzionalizzazione pubblicistica dell'agire dei privati, ma è piuttosto finalizzato al perseguimento degli interessi primari che sono protetti dalle libertà individuali. Si tratta dunque di una discrezionalità che è sempre più nettamente vincolata, e che si differenzia così da quella che nel diritto amministrativo tradizionale ha caratterizzato il potere pubblico.

Inoltre, la rilevanza costituzionale delle libertà private esige che nel diritto amministrativo europeo il procedimento sia ormai retto da quelli che sono stati definiti come «i valori permanenti del processo»⁵⁰, dando così attuazione alle istanze di politica e di civiltà del diritto che essi incorporano⁵¹. In altri termini, si tratta di dare compiuta attuazione al principio generale del giusto procedimento amministrativo, il quale è stato enunciato dalla Corte costituzionale in una coraggiosa sentenza del 1962⁵², ma è stato poi progressivamente depotenziato dalla sua giurisprudenza successiva⁵³.

⁵⁰ E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, I, p. 1 ss.

⁵¹ E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 ss.

⁵² Corte cost., 22 febbraio 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, p. 126 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*.

⁵³ Un'ampia analisi dei precedenti si rinviene in G. ROEHRSSSEN, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali, in 1956-2006. Cinquant'anni di Corte Costituzionale*, II, Roma, 2006, p. 1025 ss. Per ulteriori indicazioni, v. N. LONGOBARDI, *Il principio del "giusto procedimento" come limite al legislatore*, in *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione*; A. MAZZITELLI, *Il principio del giusto procedimento tra giurisprudenza costituzionale e diritto positivo*, in C. AMIRANTE, A. SACCOMANNO (a cura di), *Il nuovo ordinamento locale*, Soveria Mannelli, 1995, p. 247 ss.; G. GARANCINI, *Le garanzie del giusto procedimento amministrativo*, in B. PERRONE (a cura di), *Istituzioni*

È stata così progressivamente introdotta nel procedimento amministrativo quella serie di garanzie che nel diritto romano-comune è andata sotto il nome di *ordo iudiciarius*⁵⁴: il contraddittorio⁵⁵, la parità delle armi, la terzietà dell'autorità decidente, la certezza e la prevedibilità della procedura. Ed è indubbio che si sia così verificato un avanzamento verso quel "diritto amministrativo paritario", che già in precedenza aveva costituito l'auspicio più generale della dottrina italiana di orientamento liberale⁵⁶.

Ciò evidentemente non esclude, ma anzi implica che il diritto amministrativo disciplini il potere autoritario di limitare le libertà private in conflitto tra loro, per quanto tale limitazione debba essere strettamente necessaria e comunque proporzionata rispetto a inderogabili esigenze di interesse generale⁵⁷, le quali sono tipizzate nei Trattati istitutivi o comunque suscettibili di controllo da parte dell'autorità giurisdizionale dell'Unione europea.

pubbliche e garanzie del cittadino, Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. per il 60° di *IUSTITIA*, Milano, 3-4 luglio 2008, Milano, 2009, p. 61 ss.

⁵⁴ E. FAZZALARI, voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 819 ss.

⁵⁵ Sulla distinzione tra la dimensione orizzontale del principio del contraddittorio (sottesa al brocardo *audiatur et altera pars*) e quella verticale, v. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 ss. V. inoltre M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 665 ss.; L. MARUOTTI, *Il contraddittorio nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino, 1999, p. 43 ss.; M. COMBA, *Il fondamento costituzionale del diritto al giusto procedimento in Italia: spunti di riflessione derivanti dalla comparazione con il due process of law statunitense*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, p. 205 ss.

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, p. 3223 ss.

⁵⁷ Il principio costituzionale di proporzionalità implica una scelta di favore per i modelli consensuali dell'azione amministrativa, tra i quali spiccano indubbiamente quelli aventi funzione sostitutiva del procedimento ovvero dell'atto amministrativo (per tutti, v. F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998).

In questo senso, la connotazione pubblicistica del diritto amministrativo resta ferma⁵⁸: e la sua distinzione rispetto al diritto privato può essere descritta nei termini di un declino, soltanto se quest'ultimo è inteso come una progressiva erosione dei connotati originari che il diritto amministrativo tradizionale ha attribuito alla *puissance publique* e, in definitiva, anche come un tendenziale superamento della sua impostazione statalista, che è stata appunto caratteristica del modello francese⁵⁹.

4. Il diritto privato di una società basata sulle libertà individuali

All'inverso, il diritto privato europeo ha mantenuto la propria tradizionale funzione di facilitazione e di incentivazione delle libertà individuali, e pertanto la propria attitudine a costituire il *ius commune* di una società che su tali libertà sia appunto basata.

È indubbiamente vero che anche il diritto privato europeo è caratterizzato da una sistematica limitazione dell'autonomia di una delle parti (generalmente il professionista nei confronti del consumatore, o comunque del consumatore), e tale limitazione corrisponde pur sempre a funzioni regolatorie ed è finalizzata al mantenimento di un ordine con-

⁵⁸ In senso più radicale, cfr. tuttavia B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 909 ss., secondo il quale «il diritto amministrativo non può più essere considerato una parte del diritto pubblico. Da un lato, esso è il terreno di incontro tra principi e istituti di diritto pubblico e diritto privato: il diritto amministrativo importa la logica paritaria del diritto privato, con la privatizzazione di soggetti, beni e attività; ed esporta la logica funzionale del diritto pubblico, assoggettando a regole e controlli pubblici soggetti, beni e attività privati». In tema, v. inoltre S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, p. 77 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, spec. p. 75 ss.

⁵⁹ M. HAURIU, *La puissance publique et le service publique*, prefazione a ID., *Précis de droit administratif et de droit publique*¹¹, Paris, 1926. Per un ripensamento critico del tema, v. B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1 ss. e già ID., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000.

correnziale e pluralistico⁶⁰: in particolare, il diritto privato europeo è principalmente finalizzato a prevenire o neutralizzare i rischi derivanti dalla strutturale asimmetria informativa tra le parti contraenti, nonché l'irrazionalità che può caratterizzare le scelte negoziali della persona fisica che stipuli il contratto al di fuori della propria eventuale attività professionale⁶¹.

Ma al tempo stesso, il diritto europeo dei contratti definisce il livello oltre il quale la regolazione del mercato da parte degli Stati nazionali è presuntivamente eccessiva ed è pertanto consentita solo se resa necessaria da esigenze imperative di interesse generale (caso *Cassis de Dijon*)⁶², ovvero se sussista una delle cause tipiche di giustificazione che sono elencate dall'art. 34 TFUE (già art. 30 del TCE).

In questo senso, è stato convincentemente affermato⁶³ che il diritto privato europeo costituisce lo strumento necessario affinché le libertà individuali (e anzitutto quelle economiche) possano essere esercitate al di là delle frontiere nazionali. L'esercizio di tali libertà ricomprende generalmente anche la scelta della legge applicabile al contratto o alla responsabilità extracontrattuale, legge che può essere costituita non soltanto dall'ordinamento nazionale di uno degli Stati Membri, ma anche da un assetto normativo di *soft law* (ad es., i *Principles of European Contract Law*)⁶⁴.

⁶⁰ Per un quadro della problematica, v. F. MEZZANOTTE, *Regulation of Business-Clients Relationships through «Organizational Law»*, relazione tenuta al First Colloquium "Supranational Trends of Civil and Commercial Law: Towards a Reunification of Private Law?", Università di Siena, 8-10 ottobre 2015.

⁶¹ Mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *L'euuropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 3 ss.

⁶² Corte di giustizia, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁶³ P.-C. MÜLLER-GRAF, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht - das Privatrecht in der europäischen Integration*, in *NJW*, 1993, spec. p. 14.

⁶⁴ Il punto è tuttavia vivacemente controverso. Per qualche indicazione bibliografica, mi permetto di rinviare a P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, ora in G. GITTI, F. DELFINI, D. MAFFEIS (a cura di), *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, IV, Milano, 2015, p. 2819 ss.

In tal modo, non soltanto si innesca una vera e propria competizione concorrenziale tra le legislazioni degli Stati Membri⁶⁵, ma soprattutto si assoggetta il potere legislativo alla pressione della critica razionale della dottrina e a quella degli interessi in gioco sul mercato.

⁶⁵ V. i saggi raccolti in A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004 e in A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

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.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

STEFANO BATTINI, *Università degli Studi della Tuscia*

GIUSEPPE BELLANTUONO, *Università degli Studi di Trento*

GIAN ANTONIO BENACCHIO, *Università degli Studi di Trento*

GIACOMO DELLEDONNE, *Institut d'études européennes, Université Saint-Louis - Bruxelles*

ANDREA GIARDINA, *Emerito, Università La Sapienza - Roma*

MICHELE GRAZIADEI, *Università degli Studi di Torino*

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *École Normale Supérieure (Paris); Institut Universitaire de France*

GIULIO NAPOLITANO, *Università degli Studi Roma Tre*

RENATO NAZZINI, *King's College - London*

BARBARA POZZO, *Università degli Studi dell'Insubria*

RUTH RUBIO-MARÍN, *Istituto Universitario Europeo - Fiesole*

RODOLFO SACCO, *Accademia Nazionale dei Lincei; Emerito, Università degli Studi di Torino*

MARIO SERIO, *Università degli Studi di Palermo*

PIETRO SIRENA, *Università Commerciale L. Bocconi*

BERNARDO SORDI, *Università degli Studi di Firenze*

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (ed. by) ANDREA PRADI (2015)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *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 (2016)

