

Giacinto della Cananea

*Una giustizia amministrativa transnazionale**

SOMMARIO: 1. Una giustizia transnazionale? – 2. Gli argomenti contrari: la separazione tra diritto pubblico interno ed esterno – 3. Gli argomenti contrari: la giustizia amministrativa come *enclave* nazionale – 4. Confutazione degli argomenti contrari – 5. Una questione di standard – 6. I rapporti giuridici transnazionali: varietà d'interessi in gioco – 7. Le tecniche di protezione degli interessi: i procedimenti transnazionali – 8. Le tecniche di protezione degli interessi: gli arbitrati in materia d'investimenti – 9. Dai fatti alle interpretazioni

1. *Una giustizia transnazionale?*

Di una giustizia transnazionale si può pensare e scrivere in più modi: in modo descrittivo, illustrando dispute che trascendono i confini d'uno Stato in ragione della natura degli interessi collettivi coinvolti, segnatamente in campo ambientale dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Aarhus (1998)¹; in modo analitico-casistico, facendo riferimento a giudizi che mettono in discussione una tradizionale pretesa degli Stati, quella di giudicare

* Questo scritto riunisce, in versione riveduta e ampliata, le argomentazioni da me svolte nelle relazioni tenute in due incontri di studio dedicati ai problemi della globalizzazione giuridica organizzati a Roma rispettivamente dall'Istituto Betti e dalla Fondazione Basso.

¹ Per un'analisi di questo istituto, M. MACCHIA, *Global Administrative Law Compliance: The Aarhus Convention Compliance Review System*, in G. della Cananea-A. Sandulli (eds.), *Global Standards for Public Authorities*, Napoli, ESI, 2012, p. 135. Sui rapporti tra le corti, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, p. 38. Per un'analisi critica (solo in parte condivisibile) quanto alla creazione giudiziale delle regole di diritto, A. VON BOGDANDY-I. VETZKE, *Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers*, in «German Law Journal», 12 (2011), p. 5. Per un'analisi sociologica delle azioni intentate da organizzazioni non governative contro i governi nazionali, v. J. BANDY, *Reterritorializing Borders: Transnational Environmental Justice Movements on the US/Mexico Border* (5), 1997, p. 81.

in modo esclusivo i crimini commessi dai propri governanti², o che vedono contrapposti uno o più investitori esteri e lo Stato che li ospita³; in modo teorico, segnalando il cambiamento del modo d'intendere lo Stato⁴ o le difficoltà cui sono esposte le teorie della giustizia ancorate agli ordinamenti giuridici generali ai quali siamo da più tempo assuefatti, quelli statali⁵.

Dei meriti, e dei limiti, di ciascun modo si discute, con varietà di punti di partenza e di esiti. Nelle pagine che seguono, la questione di metodo non è risolta mediante una chiara opzione per l'uno o l'altro modo, bensì contemperandoli. Si è cercato, cioè, di coniugare una riflessione dotata di un sufficiente spessore sul piano teorico con la necessaria attenzione per l'ordine degli eventi reali e, segnatamente, per quelli rilevanti per il diritto. Peraltro, si è cercato di ridurre la descrizione dei fatti all'essenziale, tenendo presenti, sullo sfondo, i riferimenti di teoria. È da questi ultimi che si prenderanno le mosse, dando conto dei due principali filoni di pensiero contrari al riconoscimento d'una giustizia nei confronti dei poteri pubblici al di là dei confini statali. Alla teoria si tornerà dopo aver esaminato alcune vicende che sotto più di un profilo possono considerarsi significative delle forme di esercizio delle potestà pubbliche e dei rimedi esperibili da parte dei privati.

Resta da aggiungere un'avvertenza: la natura e i limiti di questo scritto esimono dal rendere compiuta ragione della crescente mole di studi, che in varie scienze sociali, oltre che nell'ambito propriamente giuridico, sono incentrati sull'azione dei pubblici poteri oltre lo Stato⁶.

² Tra i giudizi di questo tipo, vi è quello concernente l'ex-dittatore cileno Pinochet, arrestato nel Regno Unito su richiesta della magistratura spagnola: per un'analisi della vicenda giudiziaria, P. DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in «Rivista di diritto internazionale», 1999, p. 933; N. ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect: Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 2005.

³ Per un inquadramento del nuovo assetto di questo ambito giuridico dopo il Duemila, si può fare riferimento a T.W. WALDE, *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in P. Kahn – T.W. Walde (eds.), *New Aspects of International Investment Law*, Sijthoff, Martinus Nijhoff, 2007, p. 43.

⁴ G. SHAFFER, *Transnational Legal Process and State Change*, in «Law & Social Inquiry», 37 (2012), p. 229.

⁵ Per una rilettura, in chiave critica, della 'classica' impostazione di John Rawls, T. NAGEL, *The Problem of Global Justice*, in *Philosophy & Public Affairs* (33), 2005, p. 113.

⁶ L'espressione, è noto, si deve a S. ROMANO, *Oltre lo Stato* (1918), ora in Id., *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè, 1950, p. 347. Per approfondimenti in sede giuridica e sociologica, S. CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press, 2012; D. Held-A. McGrew (eds.), *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, Oxford, Polity, 2007.

2. *Gli argomenti contrari: la separatezza tra diritto pubblico interno ed esterno.*

Coerentemente con la scelta di dare il dovuto risalto ai riferimenti di teoria, si può utilmente cominciare con l'espone gli argomenti contrari al riconoscimento della possibilità stessa d'una giustizia transnazionale. Due argomenti, in particolare, spiccano, l'uno basato sulla separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, l'altro (che verrà considerato nel prossimo §) volto a negare l'esistenza di un diritto amministrativo al di fuori dei confini statali. Un'adeguata comprensione dei fondamenti intellettuali e dei presupposti istituzionali di questi argomenti è indispensabile, oltre che per intendere il corso delle idee, anche per saggiarne i limiti, una volta mutati quei presupposti istituzionali.

Tra Sette e Ottocento, due concezioni profondamente diverse si confrontarono, oltre che nell'area culturale tedesca, nell'intera Europa, influenzando profondamente sulla storia delle idee: la filosofia di Kant e quella di Hegel. Seppure diverse nelle basi assiologiche ed epistemologiche, rivali, le due posizioni erano accomunate dalla ricerca di un ordine internazionale non imperniato sull'impossibile recupero del primato dei due poteri universali, ossia l'Impero e la Chiesa.

Nell'impostazione di Kant, è noto, i limiti delle tradizionali politiche nazionali dovevano essere superati mediante l'instaurazione di un ordinamento di tipo nuovo, una federazione tra repubbliche⁷. Solo una federazione siffatta avrebbe potuto fornire garanzie adeguate contro gli abusi nell'esercizio del potere nei confronti dei diritti spettanti agli individui; avrebbe potuto – così – garantire un trattamento non discriminatorio agli stranieri; soprattutto, avrebbe potuto rimuovere le cause dei conflitti tra gli Stati, assicurando una pace duratura.

Nell'impostazione di Hegel, dichiaratamente opposta a quella di Kant, non mancava lo spazio per il riconoscimento di diritti a favore degli individui. Tuttavia, il riconoscimento quei diritti spettava unicamente allo Stato, a ogni Stato. Due erano i capisaldi di questa impostazione: da un lato, la dicotomia, tra le due grandi province del diritto pubblico, l'una interna allo Stato, l'altra esterna ad esso; dall'altro lato, l'assenza d'una base giuridica comune – come lo *jus gentium* – preesistente a una qualsivoglia manifestazione di volontà da parte d'ogni Stato. Nell'argomentazione di Hegel, si manifestava appieno la tendenza a far coincidere l'ideale e il reale: «l'idea

⁷ I. KANT, *Zum ewigen Frieden* (1795), tr. it. *Per una pace perpetua*, Milano, Feltrinelli, 2003. Per una recente ripresa di questi motivi, A. STONE SWEET, *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, in «Global Constitutionalism», 1 (2012), p. 53.

dello Stato ha a) realtà immediata, ed è lo Stato individuale, ... [il diritto pubblico interno]; b) essa si muta nel rapporto dello Stato singolo con altri Stati – diritto statale esterno». La separazione eretta tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato aveva una precisa conseguenza, nel senso che i diritti degli Stati «hanno la loro realtà, non in una volontà universale, bensì in una loro volontà particolare». Ciò non impediva che gli Stati si determinassero a scambiarsi reciprocamente impegni, autolimitando il proprio potere, mediante la stipulazione di trattati internazionali. Ma si trattava, appunto, di autolimiti, come tali fondati sulla volontà dello Stato, di ogni Stato contraente, il cui rispetto non poteva essere imposto da alcuna autorità superiore⁸.

La posizione di Hegel prevalse sulla posizione di Kant, anche tra i giuristi⁹. La scelta di fare riferimento solo ed esclusivamente al diritto positivo prodotto dallo Stato, nell'ambito internazionale, riscosse numerose e significative adesioni, segnatamente quella del Kelsen della 'dottrina pura del diritto'¹⁰. Ottenne consensi, altresì, la tesi della separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno. Essa fu posta alla base del paradigma del diritto internazionale, inteso come campo di studio a sé stante, nella scuola di pensiero di cui Triepel fu uno tra gli esponenti più significativi¹¹ e che manifesta la propria perdurante influenza sul modo di concepire i vari regimi regolatori come *self-contained*.

3. *Gli argomenti contrari: la giustizia amministrativa come enclave nazionale*

Mentre il primo argomento contrario all'esistenza d'una giustizia transnazionale si fonda su un assunto, non dimostrato ma riguardato come la logica e inevitabile conseguenza dell'idea di Stato, il secondo argomento – almeno apparentemente – non muove da una posizione di tipo filosofico,

⁸ G.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht* (1821), tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, Laterza, 1913, § 259 e 333.

⁹ La contrapposizione tra l'impostazione dell'illuminismo e le correnti irrazionalistiche del romanticismo è sottolineata dallo studioso tedesco che ha cercato di riformulare l'impostazione di tipo dogmatico: P. BADURA, *Die Methoden der neueren Allgemeines Staatslehre* (1959), tr. it. *I metodi della nuova dottrina generale dello Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1998.

¹⁰ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1922), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, 96 («il diritto vale soltanto come diritto positivo»).

¹¹ E. TRIEPEL, *Volkerrecht und Landesrecht* (1899), tr. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, in *Biblioteca di scienze politiche* (a cura di A. Brunialti), Torino, 1913; *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *Recueil des Cours*, 1923, p. 82.

né presta omaggio alla concezione hegeliana della filosofia della storia. Non muove neppure dall'adesione al convincimento espresso da Alexis de Tocqueville subito dopo la metà dell'Ottocento, ossia che l'instaurazione di un regime giuridico distinto per le dispute riguardanti lo Stato fosse inevitabile, prima o poi, in tutte le nazioni civili, una volta raggiunto un determinato grado di sviluppo.

L'argomento è legato a uno dei maggiori amministrativisti europei nella generazione attiva fin dagli anni immediatamente precedenti il secondo conflitto mondiale e nei decenni successivi: Massimo Severo Giannini. Da Tocqueville, Giannini non riprese l'idea che l'instaurazione di un regime giuridico distinto rispetto a quello riguardante le dispute *inter privatos* fosse collegata con lo sviluppo civile ed economico, bensì la critica che lo studioso francese aveva rivolto alla giustizia amministrativa francese nella *Democrazia in America*¹². Giannini non si limitò a riprendere e approfondire quella critica, facendo riferimento alle istituzioni giuridiche del suo tempo, in Italia. Aderì alla ricostruzione elaborata, nel penultimo decennio dell'Ottocento dal costituzionalista inglese Albert Venn Dicey, secondo cui il diritto amministrativo che si era affermato in Francia e in altri Paesi dell'Europa continentale non solo non esisteva in Inghilterra, ma non poteva esistervi. La ragione era, secondo Dicey, l'insanabile contrasto tra il *droit administratif*, figlio del dispotismo, e la *Rule of law*, in cui si esprimeva il basilare valore dell'eguaglianza di tutti e in ogni tipo di disputa, inclusa qualsivoglia disputa in cui fosse coinvolto un apparato dello Stato¹³. Sviluppando questa linea di ragionamento, Giannini affermò che il diritto amministrativo, inteso come branca autonoma della normazione positiva, era un tratto comune ad alcuni Stati, ma non a tutti, segnatamente non agli ordinamenti di ceppo inglese¹⁴.

Pochi anni più tardi, in una conferenza sul diritto amministrativo comunitario, Giannini sviluppò questa argomentazione. Asserì che non poteva parlarsi, in senso proprio, di un diritto amministrativo comunitario. La ragione era, secondo Giannini, che, sebbene quelle istituzioni giuridiche (gli ordini, gli ammassi, le sanzioni e le garanzie giurisdizionali nei loro confronti) presentassero evidenti analogie con le istituzioni che da più tempo si erano affermate negli ordinamenti giuridici statali, esse erano prive dei necessari presupposti istituzionali: per un verso, la Comunità non era un

¹² A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1825).

¹³ A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1887.

¹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, II ed., p. 20.

ordinamento giuridico a fini generali, solo lo Stato aveva questa caratteristica, configurandosi conseguentemente come il potere pubblico per antonomasia, non semplicemente per eccellenza; per un altro verso, nell'ordinamento comunitario mancava la pienezza di tutela delle situazioni giuridiche soggettive¹⁵. Ne discendeva un'ulteriore conseguenza: la giustizia amministrativa restava una prerogativa degli Stati, anzi di alcuni Stati, non di tutti; non poteva configurarsi al di fuori di quegli Stati, segnatamente non nelle organizzazioni superstatali.

4. *Confutazione degli argomenti contrari*

Una volta esposti gli argomenti contrari al riconoscimento d'una giustizia amministrativa transnazionale, essi vanno sottoposti a verifica, da un lato, sotto il profilo dei fondamenti intellettuali e, dall'altro, sotto il profilo della corrispondenza tra l'ordine degli eventi reali e l'ordine delle rappresentazioni teoriche di quegli eventi.

Cominciando con la tesi della separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, è sufficiente un semplice sguardo per rendersi conto che in essa manifesta la propria rilevanza l'impostazione filosofica di Hegel. Movendo dalla «idea dello Stato [inteso come] Stato individuale», quella posizione non si limitava a discostarsi dalla posizione di Kant, incentrata su una *res publica* universale. Essa faceva altresì coincidere l'essere con il dover essere, con riferimento allo Stato. Come mise acutamente in risalto Santi Romano, in quell'epoca si era «abituati a vedere nello Stato il massimo e ultimo termine di riferimento di tutto ciò che concerne lo sviluppo dell'umanità: una sorta di colonna d'Ercole». Una volta «messi su questa via e fatto dello Stato un ente o l'ente supremo» si finiva per rinvenire in esso una sorta di «misteriosa emanazione e rivelazione di Dio ... o l'ingresso di Dio nel mondo»¹⁶. È una posizione, quindi, che corrisponde a una precisa fase nell'evoluzione delle istituzioni politiche. Quella fase può considerarsi conclusa dopo il 1945, non tanto e non solo per l'edificazione di un nuovo ordine internazionale, ma prima ancora per l'acquisita consapevolezza dei limiti intrinseci del positivismo e del nazionalismo giuridico. Quei limiti

¹⁵ M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee* (1967), ora in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2003, p. 981, con una premessa di S. Battini. Per un confronto con l'impostazione che Benvenuti diede al tema, con riferimento alla prima Comunità, rinvio a quanto scritto altrove: G. DELLA CANANEA, *Benvenuti e l'Europa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2017, p. 27.

¹⁶ S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, cit. nt. 6, p. 419.

sono stati segnalati, con particolare chiarezza, da Robert Alexy. Lo studioso tedesco ha dimostrato che, al di sotto di determinati standard, è discutibile la possibilità stessa di riconoscere un 'ordinamento giuridico' come tale¹⁷.

L'impostazione riconducibile a Hegel, con la radicale separatezza tra il diritto pubblico interno ed esterno allo Stato, è altresì discutibile da un altro angolo visuale. Ben prima dell'instaurazione del nuovo ordine internazionale post-bellico, vi è stato un importante sviluppo. Prima del 1900, non è certo mancata la consapevolezza dell'importanza dei principi condivisi, se non da tutte le nazioni, da quelle civili. Vi avevano fatto riferimento in epoche diverse Grozio e Montesquieu. All'esistenza di un nucleo comune fece riferimento la Convenzione dell'Aia del 1899, nel menzionare la 'coscienza giuridica dei popoli civili'. Una categoria ben più precisa sul piano giuridico fu introdotta nel 1920 dall'articolo 38 dello statuto della Corte permanente di giustizia internazionale: la categoria dei 'principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili'¹⁸. La categoria fu ripresa, nel 1948, dagli autori dello statuto della Corte internazionale di giustizia. Fu inclusa tra le norme giuridiche che la Corte è competente ad applicare¹⁹. Venne ribadita – così – la distinzione tra le fonti dei principi del diritto internazionale: da un lato, i principi di fonte convenzionale o consuetudinaria; dall'altro lato, i principi di diritto interno, validi *in foro domestico*, condivisi da più paesi, qualunque sia il significato che nell'epoca attuale può essere ascrivito al riferimento che la disposizione effettua alle 'nazioni civili'.

La categoria dei principi generali del diritto assunse una ben maggiore importanza all'interno dell'ordine giuridico europeo, grazie a due scelte di fondamentale rilievo sul piano della politica del diritto. La prima è la scelta effettuata dal Trattato di Parigi istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio: esso mutuò dall'ordinamento giuridico francese l'impostazione del controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa non imperniato soltanto sul rispetto della legge, ma basato su alcune clausole generali e al tempo stesso fondato sulla distinzione tra legittimità e merito. Attribuì alla Corte di giustizia la funzione di accertare eventuali violazioni di ogni 'regola di diritto' relativa all'applicazione del Trattato. Fece riferi-

¹⁷ R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997.

¹⁸ Per una sintesi del dibattito, M. SCERNI, *I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nella giurisprudenza della Corte permanente di giustizia internazionale*, Padova, CEDAM, 1939.

¹⁹ Articolo 38, primo comma, lettera c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

mento, altresì, allo sviamento di potere e alle violazioni delle forme sostanziali²⁰. Dispose che, in caso di annullamento, la Corte rinviava all'Alta Autorità, nel rispetto della separazione dei poteri. Il Trattato di Roma confermò questa impostazione. Nel determinare la missione spettante alla Corte, precisò che si trattava di assicurare il rispetto nell'interpretazione e nell'applicazione delle varie disposizioni. Aggiunse, relativamente alla giurisdizione sulla responsabilità extracontrattuale dei funzionari e degli agenti della Comunità, che la relativa disciplina doveva essere tratta dai 'principi generali del diritto comuni agli ordinamenti degli Stati membri'. Servendosi di quella base legale, la Corte di giustizia enucleò i vari elementi della responsabilità: l'evento dannoso, il nesso di causalità, l'elemento psicologico, gli standard cui ancorare il risarcimento.

Già negli anni precedenti, essa aveva iniziato a fare riferimento ai principi generali del diritto amministrativo comuni agli ordinamenti dei sei Paesi fondatori. Da un lato, coerentemente con il collaudato metodo delle corti internazionali, attinse a quei principi per colmare le lacune rinvenute nell'ordine giuridico europeo, per esempio assicurando la massima espansività del principio di legalità in rapporto alla potestà di revoca dei provvedimenti amministrativi illegittimi. Dall'altro lato, mostrando piena consapevolezza del ruolo 'fondativo' che i principi generali hanno, a partire dalla celebre pronuncia resa in via pregiudiziale sulla richiesta di un tribunale amministrativo tedesco, incluse i diritti fondamentali e il principio di proporzionalità tra le norme di cui essa è tenuta ad assicurare il rispetto²¹. Vi aggiunse, negli anni seguenti, il diritto di essere sentiti nel procedimento amministrativo e la protezione del legittimo affidamento, nonché, più di recente, la buona amministrazione.

Questi richiami essenziali tornano utili per esaminare criticamente i presupposti istituzionali e culturali dell'altro argomento contrario all'esistenza d'una giustizia transnazionale. Sul piano culturale, il diniego dell'esistenza di un diritto amministrativo comunitario si basava sull'assunto che il diritto amministrativo sia proprio degli Stati e neppure di tutti, per cui non era configurabile al di fuori degli Stati. Sul piano istituzionale, già negli anni Sessanta del secolo scorso, quel diniego era in contrasto non solo con l'esi-

²⁰ Artico 33, Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, su cui v. F. BENVENUTI, *Ordinamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, La CECA ordinamento sovrano, Padova, CEDAM, 1961. Sulle disposizioni del Trattato di Roma, resta fondamentale l'analisi di M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 1966, p. 47.

²¹ Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

stenza d'una serie di procedimenti amministrativi che si concludevano con l'irrogazione di ordini e sanzioni rivolti agli operatori economici privati, all'interno degli Stati, sottoposti al controllo di un apposito giudice, la Corte di giustizia, sulle cui funzioni era evidente l'influenza esercitata dal giudice amministrativo francese. Era venuta meno, quindi, la funzione di 'écran' tradizionalmente assolta dall'ordine giuridico statale. L'emergere d'una responsabilità non dei funzionari nazionali, bensì di quelli della Comunità, ne costituiva la logica e inevitabile conseguenza.

5. *Una questione di standard*

Prima di muovere dagli imprescindibili riferimenti di teoria all'esame dell'ordine degli eventi reali, vi è un'ulteriore questione che merita di essere riguardata. Essa è stata posta da più parti in rapporto all'istituzione e al funzionamento dei nuovi poteri pubblici ultrastatali, come l'Unione europea. È stata posta in termini dichiaratamente critici, in ragione di quella che viene ritenuta una distorsione del principio democratico, se non addirittura una sua perversione.

I termini della questione sono i seguenti. I trattati internazionali mediante i quali la Comunità europea è stata istituita e successivamente trasformata nell'Unione europea – cioè gli atti fondativi, da cui essa trae la propria legittimazione – fanno di essa un'organizzazione potenzialmente aperta a tutti i Paesi d'Europa. Tuttavia, essa è ben più esigente rispetto al Consiglio d'Europa e, a maggior ragione, all'ONU. La ragione è presto detta: mentre l'ONU ammette al proprio interno Stati aventi regimi politici autoritari o governati da fanatici religiosi e anche il Consiglio d'Europa ammette Stati retti da governi illiberali se non palesemente autoritari, l'Unione ha stabilito una serie di criteri per selezionare i Paesi aderenti. Lungi dall'ambire semplicemente a regolare – non dirigere – il mercato unico, si fonda su una serie di valori; nel novero di quei valori, vi sono, in particolare, la libertà e la democrazia, il rispetto dello Stato di diritto e dei diritti dell'uomo²²; l'effettivo rispetto di quei valori costituisce non soltanto un preciso requisito ai fini dell'adesione d'uno Stato, ma anche ai fini dell'esercizio delle prerogative connesse con l'appartenenza all'Unione. Oltre ai tradizionali rimedi di tipo giurisdizionale, vi è anche un meccanismo di tipo politico,

²² Si vedano il terzo considerando del preambolo del Trattato sull'Unione europea («Confermando il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto») e l'articolo 2, TEU.

disciplinato dall'articolo 7 TEU²³. Dunque, l'adesione d'uno Stato all'Unione comporta la rinuncia alla pienezza della sovranità nella conformazione della forma di governo, come e più dell'adozione d'una norma costituzionale che vieti la transizione a un altro tipo di regime politico. Le questioni che ne derivano non sono poche, né di trascurabile rilievo. Non lo è, in particolare, la questione riguardante l'effettività del meccanismo appena richiamato. Il tempo dirà se, dopo l'attivazione del procedimento da parte della Commissione e la formulazione del parere da parte del Parlamento europeo, il Consiglio sarà in grado di assumere una decisione o ne sarà impedito da comportamenti di tipo opportunistico.

La questione che qui interessa è, però, un'altra. Essa non riguarda l'effettività del meccanismo e dei valori che è volto a proteggere, bensì proprio l'adesione dell'UE a quei valori. Secondo i critici, per un apparente paradosso, sebbene l'UE esiga l'osservanza di tali valori sia al momento dell'adesione di nuovi Stati, sia in seguito, essa non li rispetta, li trasgredisce. Essi contestano, in particolare, la violazione di un valore essenziale, la democrazia, dal momento che, pur se la Commissione ha una sorta d'indiretta investitura, tramite il Parlamento europeo, non ve n'è neppure un simulacro per quanto concerne il principale organo d'indirizzo politico, il Consiglio europeo.

Tale critica coglie indubbiamente alcuni elementi reali, relativamente al principale organo intergovernativo. Tuttavia, ne trascura altri e, soprattutto, incorre in un errore di fondo, un errore di categoria. Trascura l'ampio filone di studi che dimostra l'esistenza di svariati modi d'intendere la legittimazione in un ordinamento democratico. Vi è la legittimazione derivante dall'investitura popolare (*input legitimacy*). Vi sono le forme di legittimazione fondate sui *checks and balances*, sulle procedure (*procedural legitimacy*) e sui risultati (*output legitimacy*)²⁴. I rispettivi punti di forza e di debolezza sono stati più volte indicati in un dibattito mai sopito nelle sedi scientifiche e che in taluni casi ha raggiunto le sedi istituzionali. Altrettanto può dirsi per le applicazioni di tali standard, per esempio secondo alcuni proprio la legittimazione derivante dai risultati, che a lungo è stata annoverata tra i punti di

²³ L'attivazione della procedura è stata richiesta dal Parlamento europeo nei confronti dell'Ungheria, dopo l'approvazione di un rapporto sulla violazione di alcuni diritti fondamentali.

²⁴ Un'interessante variante, basata su un'analisi storica e comparata, è in S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 31 (2002), I, p. 141. Sull'*output legitimacy*, M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati nell'Unione europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in *Europa: sfida per l'Italia*, Roma, LUISS University Press, 2017, p. 195.

forza dell'UE, si è appannata, è risultata inadeguata, negli ultimi dieci anni²⁵.

Detto ciò, l'obiezione principale alla critica mossa nei confronti dell'Unione europea per l'inosservanza dei criteri che essa stessa ha stabilito ai fini dell'adesione di nuovi Stati è di ordine filosofico. Si tratta, infatti, di un errore di tipo categoriale. Esso non assume rilievo dal punto di vista linguistico o semantico, come accade allorché si attribuisce a un termine un significato sulla base di affinità esteriori con un altro termine rispetto al quale presenta in realtà differenze sostanziali di non trascurabile importanza. Assume rilievo, qualora si applichino a una determinata entità, i criteri di giudizio che, in maniera esplicita, risultano essere stati appositamente predisposti per entità che appartengono a un'altra specie o, a maggior ragione, a un altro genere²⁶. Ai fini che qui interessano, non è indispensabile prendere posizione sull'alternativa tra queste due opzioni, che comunque richiede almeno consapevolezza della *differentia specifica*, secondo la tradizione aristotelica. È sufficiente una semplice constatazione: l'Unione europea non è uno Stato, neppure di tipo federale o confederale. Conseguentemente, pur senza ritenerla sottratta ai criteri di giudizio applicabili alla ben più ampia e articolata categoria dei poteri pubblici aventi finalità generali, occorre quanto meno adeguare quei criteri di giudizio alla natura del particolare potere pubblico che s'intende esaminare. Agire diversamente implica rinunciare alle distinzioni e, in ultima analisi, abbandonare il rigore dell'analisi scientifica.

Oltre tutto, si può rovesciare la critica d'incoerenza, osservando che, se la Comunità e l'Unione sono state istituite e sviluppate per porre rimedio ai limiti e ai rischi intrinseci agli Stati nazionali, ed è in ciò che risiede la loro ragion d'essere, è contraddittorio esigere che le istituzioni europee si conformino ai criteri di organizzazione e di azione predisposti per i tradizionali poteri pubblici ai quali si sovrappongono, senza sostituirli, cioè gli Stati. Ciò non comporta, beninteso, che l'Unione si configuri come una singolare entità, per dir così, *standardless*, bensì che debba essere valutata secondo gli standard propri di essa²⁷. Così, per esempio, se l'atto genetico dell'ordinamento europeo – la dichiarazione del 9 maggio 1950 – richiede che il potere sia sottoposto a un controllo di tipo giurisdizionale, l'esistenza

²⁵ G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

²⁶ È l'errore in cui è incorso, per esempio, il professor Massimo La Torre nell'incontro di studio in cui questa relazione è stata presentata.

²⁷ G. MAJONE, *Europe's Democratic Deficit: the Question of Standards*, in «European Law Journal», 4 (1998), p. 5.

e l'effettività di tale controllo assumono un preciso rilievo. Allo stesso modo, se i trattati su cui l'Unione si fonda richiedono che le sue istituzioni rispettino il principio di sussidiarietà e si servano di un'amministrazione efficiente e trasparente²⁸, è questo il banco di prova cui essa va sottoposta.

6. *I rapporti giuridici transnazionali: varietà d'interessi in gioco*

Alla luce di questi riferimenti teorici, passiamo all'esame dell'ordine degli eventi reali. Esso non verrà considerato dall'angolo visuale tipico dei diritti pubblici dell'Europa continentale, incentrato sulle situazioni giuridiche soggettive, e sull'archetipo del diritto soggettivo. Non occorre, ai fini che qui interessano, prendere posizione sulla *vexata quaestio* se quell'archetipo, elaborato con riferimento al diritto di proprietà (una volta disgiunto dalla sovranità) conservi la propria validità o l'abbia vista scemare perché gli ordinamenti giuridici moderni vi hanno impresso una torsione, annettendo importanza alla funzione sociale. Non è determinante nemmeno l'assai maggiore varietà d'interessi che i vari ordinamenti giuridici riconoscono come meritevoli di essere tutelati²⁹. La ragione è che il discorso sulle situazioni giuridiche soggettive tende a mettere in secondo piano il dato che assume crescente importanza sul piano transnazionale, ossia la dialettica tra gli interessi in gioco, che si instaura nei vari procedimenti giuridici, segnatamente in quelli che vedono coinvolti i privati e i pubblici poteri.

Un'ulteriore distinzione può tornare utile. Nel diritto pubblico di matrice statale, i cittadini o altri individui oppure determinate figure giuridiche soggettive (associazioni, fondazioni, società) intentano liti contro i pubblici poteri, invocando una o più norme dell'ordinamento giuridico dello Stato, per esempio il divieto di arbitrio da parte del pubblico ufficiale addetto ai controlli sugli stranieri³⁰. Nel diritto pubblico internazionale, è uno Stato ad agire contro un altro Stato, a meno che una delle parti sia un'organizzazione governativa, dinanzi a un tribunale internazionale³¹. Ma ciò non concerne soltanto i rapporti di tipo 'orizzontale' concernenti, per esempio, lo scambio di credenziali diplomatiche o il riconoscimento di privilegi e im-

²⁸ Articolo 298 TFUE.

²⁹ C. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

³⁰ Di questo caso si occupava già K.C. DAVIS, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Baton Rouge, University of Louisiana Press, 1969.

³¹ Su questa contrapposizione e sul suo superamento, H.K. KOH, *Transnational Public Law Litigation*, «Yale Law Journal», 100 (1990-91), p. 2347.

munità. Concerne anche le azioni che coinvolgono cittadini e operatori economici, come l'espropriazione di diritti dominicali o la confisca di un vascello. Dopo il 1945, i processi di Norimberga e di Tokyo per crimini di guerra e per crimini contro l'umanità hanno eroso l'ambito di applicazione della dottrina (o 'mito') per il diritto internazionale regola unicamente i rapporti tra enti pubblici sovrani o da essi istituiti; hanno, altresì, dato spazio a più aggiornate concezioni dei diritti dell'uomo.

Nei moderni rapporti giuridici transnazionali, vi è una ancora maggiore eterogeneità di vicende. Si consideri, anzitutto, il caso d'una cittadina spagnola che chieda all'autorità francese l'accesso ai gameti del coniuge, a sua volta cittadino italiano o tedesco e nel frattempo deceduto, detenuti da una società presso la propria sede in Francia³². Si consideri, inoltre, il caso di una impresa europea che, in base al mutuo riconoscimento, sia abilitata a rendere i propri servizi a quanti vi siano interessati all'interno dell'intera Unione, ma restando sottoposta al controllo del Paese d'origine. Una variante, ancor più complessa, si ha nel caso in cui l'acquisizione di una impresa di telecomunicazioni italiana da parte di un'impresa spagnola sia subordinata al *placet* del regolatore italiano, ma l'impresa italiana ne controlli un'altra in un paese terzo (poniamo, il Brasile), la quale a sua volta detenga un significativo potere di mercato, che deve essere accertato e valutato in base a standard diversi rispetto a quelli applicati nel mercato unico. Si consideri, ancora, il caso di una impresa italiana o tedesca che effettui investimenti in un Paese latinoamericano (per la costruzione e gestione d'un albergo, per la prospezione e lo sfruttamento di un giacimento d'idrocarburi, per l'erogazione di un servizio di pubblica utilità), sulla base della protezione accordata dal trattato bilaterale stipulato dai due Stati, il quale, peraltro, può contenere il rinvio al diritto di uno Stato terzo o ai principi del diritto internazionale, ai sensi dell'articolo 42 della Convenzione istitutiva dell'ICSID e preveda, in caso di dispute, che siano risolte da collegi arbitrali, anziché dai giudici nazionali. Si consideri, infine, il caso dei cittadini di un Paese non appartenente all'Unione europea, i quali dopo aver fatto ingresso in un Paese membro ne raggiungano un altro e si oppongano all'ordine di espulsione decretato dal Ministro della giustizia di quel Paese invocando sia le garanzie giuridiche minime comuni sancite dalla direttiva n. 2008/115, sia l'articolo 6 della CEDU³³.

³² Si veda la decisione presa dal Conseil d'Etat francese, 31 maggio 2016, *M.me C.A.*, n. 396848.

³³ Corte di giustizia, sentenza 10 settembre 2013, causa C-383/13, *M.G. e N.R. c. Ministero della giustizia dei Paesi Bassi*.

Questi richiami essenziali non rendono ragione della varietà di rapporti che si instaurano oltre i confini nazionali. Hanno il più limitato scopo di mostrare che la determinazione di assetti tra gli interessi in gioco non si realizza esclusivamente nei processi che si svolgono davanti ai giudici, ma in procedimenti amministrativi e arbitrali. Entrambi verranno considerati nelle pagine che seguono.

7. *Le tecniche di protezione degli interessi: i procedimenti transnazionali*

Esemplifichiamo facendo riferimento al secondo dei casi appena richiamati. In base alla direttiva dell'Unione europea sulla prestazione dei servizi di assicurazione³⁴, un'impresa costituita in Romania il cui principale azionista è un cittadino italiano è abilitata a vendere i propri servizi nell'intero territorio dell'Unione, restando sottoposta al controllo dell'autorità amministrativa del Paese di origine.

La regola è chiara, ma la sua applicazione può risultare complessa ove, per esempio, l'autorità amministrativa o giudiziaria del Paese in cui i servizi sono offerti al pubblico assuma iniziative o compia atti suscettibili di comportare il venir meno degli imprescindibili requisiti riguardanti status e capacità. Oppure, possono esservi reclami da parte dei fruitori dei servizi, segnalazioni d'irregolarità ripetute. In questi casi, non viene meno il controllo del Paese d'origine della società. Tuttavia, quel controllo va esercitato in modo effettivo.

Ciò può richiedere sia una costante cooperazione con le autorità di altri Paesi membri, sia l'adozione di misure volte a tutelare gli interessi in gioco. Nel novero di quelle misure, vi sono i provvedimenti di tipo interinale o provvisorio. Essi sono volti a evitare che i rischi cui quegli interessi sono esposti si concretizzino o, quanto meno, a evitare che i rischi assumano dimensioni non controllabili. Ma, se l'autorità titolare della potestà di controllo non è in grado di assolvere la propria missione, perché – poniamo – le norme del proprio ordinamento non permettono l'emanazione di provvedimenti siffatti³⁵, vi è il concreto rischio che la funzione di controllo, in quanto tale, perda effettività, non riesca ad assicurare un'adeguata protezione del risparmio, che nel nostro ordinamento è bene costituzionalmente tutelato. È in questo caso e solo in esso che, secondo la Corte di giustizia,

³⁴ Direttiva n. 2009/138 del Parlamento europeo e del Consiglio.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 2017, causa C-559/15, *ONIX c. IVASS* (rinvio pregiudiziale attivato dal Consiglio di Stato).

si può ritenere giustificata una deroga alla regola del controllo del Paese d'origine, nel senso che sia l'autorità del Paese in cui i servizi di assicurazione sono stati acquistati ad assumere le misure interinali.

Una volta risolta la questione di fondo, i problemi di ordine pratico che si pongono non sono certamente pochi, né di trascurabile importanza. Ci si può domandare se, ai fini dell'applicazione della deroga alla regola generale sia sufficiente il *fumus boni juris*, oltre al *periculum*. Non sembra irragionevole, dato che sono in gioco interessi protetti dall'ordine giuridico europeo, affermare la necessità d'una sia minima istruttoria. Ci si può domandare se, pur nell'economia di un procedimento amministrativo d'urgenza, vi debba essere un adeguato spazio per l'impresa, affinché essa possa esporre documenti e memorie che contraddicano quanto l'autorità amministrativa ha posto a fondamento della propria decisione e la risposta di segno positivo trova la sua giustificazione nel principio del *due process of law*, che da più di quarant'anni la Corte di giustizia ha affermato essere comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Purtuttavia, possono esservi motivi di pubblico interesse i quali impongono di non rendere pienamente ostensibili alcuni documenti in possesso dell'amministrazione.

Non meno rilevanti sono gli spunti di ordine ricostruttivo e sistematico. Diversamente dagli schemi operativi che si sono consolidati tra Otto e Novecento, non è previsto il riconoscimento di un provvedimento di riconoscimento degli effetti dell'atto di un altro Stato (*exequatur*): in base alle norme dell'Unione, il provvedimento emanato in base alle norme di un ordinamento produce gli effetti previsti, in modo automatico, anche in altri. Diversamente dai procedimenti nei confronti delle imprese nel settore della concorrenza, in cui la competenza è trasferita in modo 'verticale' dall'autorità nazionale alla Commissione, i rapporti che si instaurano sono di tipo 'orizzontale'³⁶. La disgiunzione del potere interinale dal potere di emanare il provvedimento di tipo finale può essere condivisa nei due ordinamenti coinvolti, in una logica di *comity*, ma resta da verificare se e fino a che punto essa sia appropriata nei rapporti tra autorità amministrative anziché tra corti, assoggettate all'obbligo di rendere giustizia. *Last but not least*, pur se il controllo del Paese d'origine fornisce una precisa cornice giuridica ai rapporti tra le autorità amministrative, non si può escludere che esso subisca un temperamento in ragione di un principio ben più risalente, in base al quale *salus rei publicae suprema lex esto*. Tuttavia, ci si può chiedere se esso sia coerente

³⁶ KOH, *Transnational Public Law Litigation*, cit., nt. 31, p. 2350, riteneva che, negli USA, l'emergere di questo tipo di relazione giustificasse l'intervento d'una corte federale in luogo di quelle dei singoli Stati.

con il modo di concepire il principio di legalità che è andato affermandosi a partire dall'Ottocento nei principali ordinamenti giuridici europei.

8. *Le tecniche di protezione degli interessi: gli arbitrati in materia d'investimenti*

I mutamenti intervenuti nelle tecniche di protezione degli interessi non riguardano soltanto l'azione amministrativa in senso proprio, coinvolgono l'amministrazione della giustizia. Per un periodo di tempo tutt'altro che breve, come in altre parti d'Europa così nella cultura giuridica italiana, è prevalsa l'opinione che la sede naturale per risolvere le dispute che affluiscono dalla società sia la giurisdizione, soprattutto per le dispute riguardanti lo Stato. Di conseguenza, altre forme per risolvere le dispute, come l'arbitrato, sono state ritenute inappropriate o sono state espressamente escluse.

Tra quanti sostennero la tesi dell'esclusione dell'arbitrato nei confronti dello Stato dopo l'unificazione amministrativa, vi fu, in particolare, Lodovico Mortara, studioso e uomo politico. Egli utilizzò due argomenti per escludere la surrogazione – termine in sé significativo – dei giudici statali ad opera di arbitri. Il primo era che la giurisdizione è una potestà suprema dello Stato, non sostituibile per effetto della manifestazione di volontà da parte di soggetti privati³⁷. L'altro argomento si fondava sulla distinzione tra la concezione soggettiva e oggettiva della risoluzione delle dispute: essendo la giurisdizione volta alla tutela del diritto, inteso in senso oggettivo, non era ammissibile che se ne potesse disporre. È significativo che la medesima conclusione sia stata raggiunta da Edouard Laferrière, vice-presidente del Consiglio di Stato francese, pur se questi aggiunse all'argomentazione di principio un motivo di ordine pragmatico, ossia l'inadeguatezza di un ministro al fine di rendersi conto delle conseguenze che un arbitrato poteva avere per lo Stato³⁸. Mentre la prassi governativa si è ripetutamente discostata dal ripudio dell'arbitrato affermato nei discorsi ufficiali, anche durante il periodo fascista, si è dovuto attendere l'ultimo terzo del Novecento per vedere superata la diffidenza della cultura giuridica nei suoi confronti.

³⁷ L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia* (1885), Roma, ESI, 1992, p. 32. Per una discussione delle varie tesi sull'arbitrato, S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè, 1931.

³⁸ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1896, 2nd ed., II, 145-6 («il est de principe que l'Etat ne peut pas se soumettre à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par les juridictions instituées par la loi... le ministre ... ignore jusqu'où une sentence arbitrale peut entraîner l'Etat»).

Spicca, nel mutato contesto culturale, la tesi di Feliciano Benvenuti, secondo cui l'arbitrato è una forma di amministrazione della giustizia in cui la società viene coinvolta³⁹.

Più che la società, è l'economia a determinare il crescente ricorso all'arbitrato nelle dispute che vedono coinvolti i pubblici poteri e una varietà di figure giuridiche soggettive private, tra cui le imprese multinazionali. A volte, quelle dispute hanno ad oggetto l'adempimento di impegni contrattuali, segnatamente nel vasto campo degli appalti pubblici, e non mettono quindi in discussione lo speciale ruolo che i pubblici poteri assumono in conseguenza degli interessi attribuiti alla loro cura, a maggior ragione negli ordinamenti che non conoscono l'istituto del contratto amministrativo: è il caso della Germania e soprattutto del Regno Unito. Altre volte, le dispute rimesse agli arbitri riguardano – invece – l'esercizio di potestà pubbliche, come l'espropriazione per pubblica utilità e la revoca di autorizzazioni o licenze per lo svolgimento di attività d'impresa e in tal caso la natura pubblicistica dell'oggetto è comunemente ammessa anche in quegli ordinamenti. Può dare adito, come sempre più spesso avviene anche negli USA, a critiche alla rinuncia all'esercizio della giurisdizione da parte delle corti statali.

Due esempi valgono a chiarirlo. Essi riguardano altrettanti tipi di dispute concernenti gli investimenti esteri: quelle gestite nella cornice dell'ICSID e quelle previste dal Trattato di libero scambio per l'America del Nord (NAFTA). Nel primo caso, le disposizioni della convenzione di New York stabiliscono, appunto, una cornice giuridica; ma sono i trattati bilaterali tra gli Stati a optare per l'una o l'altra forma di arbitrato e a scegliere il diritto applicabile. Può darsi, così, che una disputa concernente la revoca di una concessione sia decisa in base alle norme dello Stato concedente (l'Indonesia), interpretate – però – alla luce non solo dello standard di diritto internazionale consuetudinario concernente la protezione degli stranieri, ma anche del modo di concepire le concessioni che era tipico dell'ex potenza coloniale (l'Olanda)⁴⁰. E poiché quest'ultimo diritto, a sua volta,

³⁹ F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e società*, in «Foro amministrativo», 1996, II, p. 2775.

⁴⁰ *AMCO c. Indonesia*, lodo arbitrale del 21 novembre 1984 (ICSID N. ARB/81/1). Per la rilevanza d'una giurisprudenza costante, G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure* (Oxford University Press, 2016). Per un inquadramento complessivo della cornice giuridica entro cui questi arbitrati si svolgono, M. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2011, 2° ed); A. STONE SWEET-F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration. Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2017. Sull'utilità della comparazione giuridica, *International Investment Law and Comparative Public Law*, S. Schill (ed.), Oxford University Press, 2010.

mostra evidenti tracce dell'influenza della cultura amministrativa francese, non è irragionevole che sia chiamato a pronunciarsi, in qualità di esperto in materia di concessioni, un autorevole amministrativista transalpino⁴¹. Soprattutto, presenta interesse ai nostri fini la circostanza che le norme, così interpretate, abbiano indotto il collegio arbitrale a ritenere illegittima la revoca della concessione senza che all'investitore privato fosse prima fornita un'adeguata possibilità di essere ascoltato. È una garanzia procedurale solo in alcuni espressamente prevista dai trattati bilaterali, ma costantemente affermata dai tribunali arbitrali, il più delle volte nel quadro della clausola generale che richiede agli Stati di praticare un trattamento *fair and equitable*.

La disciplina stabilita dal *chapter eleven* del NAFTA è in parte analoga, con l'interessante variante concernente l'eventuale contestazione del lodo arbitrale: essa non si configura come un appello, bensì come un riesame circa l'eventuale sconfinamento dei limiti entro il tribunale arbitrale è richiesto di pronunciarsi⁴². È un'ulteriore garanzia di terzietà, pur se essa non basta a soddisfare i critici. Questi sottolineano il dislivello tra la protezione accordata agli interessi economici e quella riservata agli interessi ambientali e sociali. È una critica tutt'altro che priva di fondamento, sol che si considerino le condizioni assai meno favorevoli previste per l'adozione di misure di tipo comminatorio o sanzionatorio in campo ambientale rispetto alle condizioni alla stregua delle quali un investitore estero può vedersi riconosciuto il risarcimento dei danni subiti. Tuttavia, come qualunque studioso dei processi sociali sa, un giudizio di risultato complessivo può essere formulato soltanto tenendo conto degli esiti dei vari giudizi di risultato parziale. Nel nostro caso, può essere formulato soltanto alla luce della tendenza dei tribunali arbitrali ad ammettere l'intervento del terzo in forma di *amicus curiae*⁴³ e delle rilevazioni statistiche che segnalano il prevalere dei giudizi favorevoli agli Stati.

⁴¹ Sono grato al prof. Pierre Delvolvé, dell'Università di Parigi, per avermi messo a parte di questa esperienza, nel rispetto della natura confidenziale dell'incarico.

⁴² Per una sintetica disamina delle disposizioni del trattato, D. PRICE, *An Overview of the NAFTA Investment Chapter: Substantive Rules and Investor-State Dispute Settlement*, in «The International Lawyer», 27 (1993), p. 727. Per un'analisi critica dei risultati conseguiti, C.N. BROWER, *NAFTA's Investment Chapter: Dynamic Laboratory, Failed Experiment, and Lessons for the FTAA*, in «Proceedings of the American Society of International Law», 97 (2003), p. 251.

⁴³ Sulla tendenza generale, G. ZUKOVA, *Amicus curiae nell'Organizzazione mondiale del commercio: quanto è neutrale un amico "abbastanza" neutrale?*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, a cura di G. della Cananea, Napoli, ES, 2007, 89. Sulla ammissibilità di questo tipo d'intervento nell'ambito del NAFTA, si è registrata la posizione favorevole dei tre Stati fondatori, di cui viene dato conto in «American Journal of International Law», 98 (2004), p. 841.

9. *Dai fatti alle interpretazioni*

I mutamenti finora segnalati, per un verso, suggeriscono un'ipotesi ricostruttiva suggestiva, che ovviamente richiede ulteriori e adeguate verifiche, vale a dire che sia intervenuta una mutazione complessiva nelle forme di azione dei pubblici poteri, con importanti conseguenze per i valori di legalità, *fairness* e pubblicità che sono al centro del diritto pubblico; per un altro verso, aprono lo spazio per una varietà d'interpretazioni. Si possono discernere tre scuole di pensiero, articolate al proprio interno in varie posizioni, ma con contorni sufficientemente distinti sul piano empirico e prescrittivo.

La prima scuola di pensiero sottolinea l'emergere, attraverso un processo non lineare né uniforme, ma abbastanza chiaro negli esiti, di un nuovo corpo di principi, regole e istituti che trascende la tradizionale separazione tra il diritto pubblico interno ed esterno: un diritto amministrativo globale⁴⁴. La scelta stessa di questa locuzione spiega perché quanti aderiscono a questa scuola di pensiero ritengano naturale attingere al ricco patrimonio di categorie teoriche e di tecniche di protezione degli interessi che sono state elaborate e affinate in ambito statale, pur se queste vanno chiaramente adeguate allo specifico contesto. Vi si è provveduto attraverso numerosi studi, prevalentemente settoriali ed empirici, pur se non mancano studi con ambizioni di tipo ricostruttivo e sistematico.

Non solo l'utilità, ma la validità stessa di questa impostazione è messa apertamente in discussione da quanti obiettano che i principi e le regole condivisi dai regimi regolatori regionali e globali sono semplicemente 'costrutti occidentali', in quanto tali inapplicabili in altre culture giuridiche⁴⁵. Altri, più che le difficoltà di natura applicativa, sottolineano l'inaccettabilità d'una nuova forma d'imperialismo, questa volta giuridico⁴⁶. Questi argomenti non sono certamente nuovi: basti pensare alla polemica di Vico contro i propositi d'imporre norme non conformi alla 'natura degli uomini governati' e a quella della vecchia scuola marxista contro le libertà 'borghesi'. Ma la riproposizione di questi motivi si salda con le critiche mosse

⁴⁴ B. KINGSBURY-N. KRISCH-R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in «Law & Contemporary Problems», 68 (2005), p. 15; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

⁴⁵ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, Torino, Einaudi, 2010.

⁴⁶ U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law: a Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 10 (2002), p. 383; U. MATTEI-L. NADER, *Saccheggio. Regime di illegalità e trasformazioni globali*, Milano, Bruno Mondadori, 2009.

alle disposizioni nelle quali manifestano la propria influenza gli ordini concettuali propri del periodo meno recente, come il riferimento alle ‘nazioni civili’ nella disposizione prima richiamata concernente i principi generali del diritto.

Una terza scuola di pensiero sposta il discorso dalla critica dell'esistente al modo di concepire i fatti rilevanti per il diritto. Sottolinea la diffusione – in trattati e atti d'indirizzo politico, sentenze e lodi arbitrali - di principi generali non scritti, comuni a più tipi di ordinamenti, statali e ultrastatali. Intravede in ciò gli influssi d'una tradizione che ha antecedenti illustri, quella giusnaturalistica. Essa alimenta l'idea del formarsi d'una «coscienza giuridica universale, sempre più orientata verso il superamento del positivismo giuridico di stretta osservanza e del nazionalismo giuridico»⁴⁷.

Le differenze tra le prime due posizioni sono evidenti e in buona parte indotte dai diversi giudizi di valore sottostanti. Ma vi è un'ulteriore differenza, importante e profonda, tra le prime due posizioni e la terza. Essa è filosofica, prima che analitica. La terza posizione non si preoccupa dell'origine dei principi generali del diritto, né della loro esternazione in una o più norme di diritto positivo, bensì della rilevanza che in vari modi essi assumono ai fini della risoluzione dei conflitti tra gli interessi che emergono dal corpo sociale. Se questo modo di opinare giustifichi il recupero dell'idea – cara a Montesquieu – che i principi sono indotti dalla «natura stessa delle cose» è un'ulteriore questione, meritevole di un'attenta analisi.

Ai fini che qui interessano, si può constatare, da un lato, che le tecniche di azione dei pubblici poteri non sono più basate sul presupposto istituzionale della separatezza, bensì sulla cooperazione, anche all'interno dei procedimenti amministrativi; dall'altro lato, che, nell'attuale fase dell'integrazione europea e della globalizzazione, la maggior parte degli Stati – segnatamente, tutti quelli che fanno parte dell'Unione europea – hanno rinunciato ai *privilegia de non appellando*, in quanto nei confronti delle rispettive azioni e inazioni sono esperibili rimedi giurisdizionali che prevedono l'intervento di vere e proprie corti, nonché arbitrati, con effetti vincolanti per le parti, inclusi gli Stati. Ciò comporta un mutamento, se non di paradigma, di prospettiva per gli studiosi del diritto pubblico.

⁴⁷ N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, «Novissimo Digesto Italiano», XIII, Torino UTET, 1976, p. 889. O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Leiden, Nijhoff, 1991 ha indicato vari tipi di principi generali, «intrinsic to the idea of law and basic to all legal systems» o «valid through all kinds of societies» o basati sulla «very nature of man as a rational and social being». Tra le numerose opere collettive dedicate alla legalità, presenta interesse *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016.