



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

EDITORIALE
SCIENTIFICA

E
S

*Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Trento*

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

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

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

L'edizione digitale di questo libro

(ISBN 978-88-8443-681-8, ISSN 2284-2810)

© Copyright 2016 by Università degli Studi di Trento, Via Calepina 14
- 38122 Trento, è pubblicata sull'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca
(<http://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>

© Copyright 2016 Editoriale Scientifica s.r.l.

Via San Biagio dei Librai 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-6342-933-6

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 |

INDICE

| | 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 |

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 rimediali. – 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, sentenze 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 persegono obiettivi più ampi di quelli dei contraenti, la previsione di nuove procedure di risoluzione delle controversie amministrate 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. LASER, *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/privato 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'integrazione

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 europei e nazionale.

Nei due paragrafi seguenti il significato della nuova distinzione europea pubblico/privato è discusso con riferimento ai profili sostanziale e rimediale. 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. FOUCET, *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 co-legislatori 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* (BE-MIP), 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*, 6^a 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 europea*⁵⁰.

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 prescinda 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.

