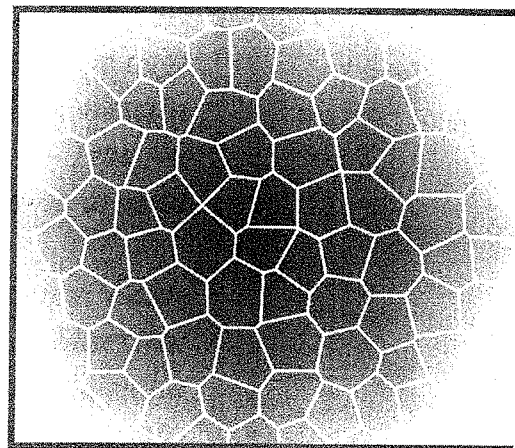


S. Battini, G. D'Auria, G. della Cananea, C. Franchini,
A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano,
A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperini

Il diritto amministrativo oltre i confini

Omaggio degli allievi a Sabino Cassese



GIUFFRÈ EDITORE

STEFANO BATTINI

LE DUE ANIME DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO GLOBALE

SOMMARIO: 1. Diritto amministrativo globale: una nozione ambivalente. — 2. Diritto amministrativo globale e regolazione amministrativa domestica. — 2.1. L'impatto extraterritoriale della *domestic administrative regulation* e l'esigenza di una *global administrative law*. — 2.2. Il caso *Monsanto-Italia* e il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa. — 2.3. Il caso *Tecmed-Messico* e i principi di proporzionalità e giusto procedimento. — 2.4. Il caso *Deloitte & Touche-Canada* e il principio di imparzialità amministrativa. — 2.5. Imparzialità. Ragionevolezza. Proporzionalità. Giusto procedimento. — 3. Diritto amministrativo globale e regolazione amministrativa globale. — 4. Conclusioni.

1. *Diritto amministrativo globale: una nozione ambivalente.*

Come ha ricordato Richard Stewart in un saggio recente, "*in liberal democratic societies, administrative regulation is itself regulated by administrative law*", la regolazione amministrativa, espressione dell'autorità pubblica, è regolata dal diritto amministrativo, posto a tutela della libertà privata. Alla luce di questa contrapposizione si esaminerà, in questo scritto, il tema del diritto amministrativo globale.

Tale nozione può indicare due fenomeni diversi: da un lato, il diritto amministrativo attraverso il quale le organizzazioni internazionali o, più esattamente, i sistemi regolatori globali ⁽¹⁾,

(1) Così S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, pp. 331-57, che ritiene l'espressione preferibile a quella di "organizzazione internazionale", considerata "descrittiva e limitata all'aspetto strutturale".

limitano la regolazione prodotta dai poteri pubblici domestici (2); dall'altro lato, il diritto amministrativo che vincola (o dovrebbe vincolare o si vorrebbe che vincolasse) la regolazione amministrativa prodotta dai poteri pubblici ultrastatali.

Questi ultimi, nel primo caso, si collocano sul versante della libertà: producono, e fanno rispettare, una *global administrative law* che, a tutela della libertà privata, regola la *domestic administrative regulation* degli Stati. Nel secondo caso, invece, essi si collocano sul versante dell'autorità: esercitano una *global administrative regulation*, che sfugge alla *domestic administrative law* di ciascun singolo Stato e, per questo, viene gradualmente assoggettata ad una *global administrative law*.

Di seguito, si esamineranno separatamente i due aspetti, ricorrendo ad alcune esemplificazioni.

2. *Diritto amministrativo globale e regolazione amministrativa domestica.*

Quasi esattamente un secolo fa, Otto Mayer affermava che “*notre Etat ne prétend que par exception à exercer son autorité dans la sphère du territoire étranger*”. Oggi, il principio resta valido, ma l'eccezione è sempre meno eccezionale, considerata la crescente tendenza degli Stati all'applicazione extraterritoriale del proprio diritto. Soprattutto, l'efficacia territoriale della *domestic administrative regulation* non esclude che essa abbia, sempre più spesso, un impatto extraterritoriale.

(2) Questo versante del diritto amministrativo globale è esplorato in S. CASSESE, *Gamberetti, tartarughe e procedure. Standard globali per i diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2004, pp. 657-78, ove l'autore mostra “fino a qual punto l'ordinamento globale penetri negli ordinamenti nazionali, dettando principi e criteri ai quali debbono attenersi le amministrazioni domestiche e di cui possono avvalersi privati, di regola appartenenti ad ordinamenti diversi da quelli di cui fanno parte le amministrazioni pubbliche sottoposte agli standard globali”.

2.1. *L'impatto extraterritoriale della domestic administrative regulation e l'esigenza di una global administrative law.*

Si considerino le seguenti ipotesi. Nel 2000, un decreto del governo italiano ha sospeso la commercializzazione, in Italia, di alcune linee di granturco geneticamente modificato, le quali erano state precedentemente immesse nel mercato europeo sulla base di una autorizzazione rilasciata dalla Commissione europea. Nel 1998, l'agenzia per l'ambiente del governo messicano ha rigettato la domanda di rinnovo del permesso di gestione di una discarica di rifiuti nei pressi di *Hermosillo*, municipalità dello Stato messicano di *Sonora*. Nel 2005, infine, il governo canadese ha aggiudicato una gara per la fornitura di servizi di consulenza finanziaria a favore del ministero del tesoro canadese.

In tutti questi casi, le decisioni amministrative domestiche non hanno avuto efficacia extraterritoriale. In nessuno di essi, infatti, lo Stato ha preteso di affermare la sua *jurisdiction* oltre i confini del proprio territorio. Tuttavia, le caratteristiche dei destinatari di queste decisioni ne rivelano il potenziale impatto extraterritoriale. L'impresa titolare del diritto di commercializzazione, su cui ha inciso il provvedimento italiano, è, infatti, *Monsanto*, azienda multinazionale con base negli Stati Uniti, con oltre 17.000 dipendenti distribuiti in circa 62 diversi paesi. L'impresa titolare del permesso di gestione della discarica, non rinnovato dall'amministrazione messicana, è una società per azioni messicana (*Cytrar*), la quale è però interamente controllata (99 per cento) da una società spagnola (*Técnicas Medioambientales, TECMED S.A.*), che, a sua volta, opera in molti paesi del mondo. Infine, il vincitore della gara indetta dall'amministrazione canadese è stato preferito a *Deloitte & Touche*, cioè un network globale formato da 70 *member firms*, che operano in 140 diversi paesi, impiegando circa 135.000 persone e producendo un fatturato annuo di 20 bilioni di dollari.

Questi casi non mettono in luce un fenomeno nuovo, sconosciuto in passato. Le regole e le decisioni amministrative degli Stati hanno sempre avuto, almeno in certa misura, un impatto anche fuori dei confini domestici. Tuttavia, le dimensioni del

fenomeno sono cambiate. È oggi straordinariamente aumentata la frequenza delle occasioni in cui l'esercizio della *domestic administrative regulation*, entro il territorio statale, intercetta fattispecie che presentano un elemento di collegamento con interessi localizzati fuori di esso. Non era infatti mai accaduto, fino all'ultima parte dello scorso secolo, che una regolazione amministrativa statale tanto sviluppata e invadente venisse ad applicarsi ad una struttura economica e sociale così profondamente integrata e globalizzata. Mercati divenuti globali, ma retti da una penetrante regolazione amministrativa che permane domestica, producono inevitabilmente uno squilibrio. Chiamate ad operare in uno spazio economico senza frontiere, fino al punto da perdere esse stesse il senso della propria riferibilità ad un singolo Stato, le imprese sono esposte alle diverse regolazioni amministrative statali che occupano quello spazio. Su ciascun operatore economico, e anche su ciascun cittadino, in misura sempre crescente, grava così il peso di una pluralità di *foreign administrative regulations*, prodotte e applicate da svariate autorità (nazionali), non rappresentative dei soggetti privati (stranieri) su cui esse incidono, e soprattutto sottoposte ai diversi diritti amministrativi nazionali.

Questo squilibrio può frenare e ostacolare i processi di integrazione economica.

Il diritto amministrativo ha tradizionalmente assunto, negli ordinamenti interni, la funzione di tutelare la libertà di impresa rispetto alla regolazione amministrativa. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'approvazione della legge generale sul procedimento amministrativo — *Administrative Procedure Act (APA)* — è stata adottata, nel 1946, sotto la pressione delle *regulated industries*, che reagivano allo straordinario sviluppo della *administrative regulation* conseguente al *New Deal Congress* e alla creazione di un vasto numero di *regulatory agencies* dotate di significativi poteri discrezionali. Ma le garanzie procedurali previste dall'*APA* non possono, naturalmente, essere fatte valere nei confronti di autorità straniere. In questo caso, le imprese statunitensi perdono le garanzie previste dal "proprio" diritto amministrativo, conquistato nel 1946. Devono far conto sul diritto amministrativo

straniero, quello "proprio", cioè, dell'autorità cui esse vengono, di volta in volta, sottoposte. Si tratta però di un diritto amministrativo spesso poco familiare; variabile da territorio a territorio; in alcuni casi insufficiente, o poco sviluppato; fatto rispettare da un giudice domestico, più vicino quindi all'autorità che regola, e più lontano dal soggetto privato (straniero) che è regolato. Di qui l'esigenza di definire, a livello sovranazionale, un pacchetto minimo di garanzie amministrative, che il privato possa spendere in ogni ordinamento e possa magari far valere, contro le autorità straniere, anche dinanzi ad un giudice internazionale, come tale più neutrale.

A questa esigenza diversi regimi regolatori globali cominciano a fornire una risposta: essi creano, come anticipato, una *global administrative law* diretta a vincolare la *domestic administrative regulation* degli Stati; sviluppano, e applicano alle amministrazioni domestiche, un diritto amministrativo uniforme, in grado di tutelare la libertà di impresa degli operatori economici rispetto a tutte le diverse autorità statali da cui essa risulta minacciata.

Le vicende relative ai casi in precedenza richiamati ne costituiscono una eccellente esemplificazione.

2.2. *Il caso Monsanto-Italia e il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa.*

La decisione del governo italiano di sospendere la commercializzazione di un alimento OGM è regolata da uno specifico accordo internazionale (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*) amministrato dalla WTO. Questo accordo disciplina il potere degli Stati membri di adottare regole e decisioni amministrative che, per realizzare finalità di tutela dell'ambiente e della salute, comprimono la libertà economica degli operatori, limitando il commercio internazionale. L'esercizio di tale potere è oggetto di penetranti vincoli, di ordine procedurale e sostanziale. In particolare, le decisioni in questione devono essere effettivamente giustificate dal fine pubblico che

esse intendono perseguire, cioè devono essere davvero “necessarie” per assicurare la salute dei consumatori, ciò che accade se esse sono basate (*based on*) su una sufficiente evidenza scientifica e su una appropriata valutazione del rischio (*risk assessment*). Lesa dal provvedimento amministrativo adottato dal governo italiano, Monsanto, insieme ad altre imprese multinazionali colpite da analoghe decisioni (e mancate decisioni) delle autorità europee, e insieme alle associazioni di agricoltori che utilizzano tecniche di ingegneria genetica, si è adoperata per convincere i governi di Stati Uniti, Argentina e Canada a contestare in sede WTO la violazione dell'*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*. Nella sua pronuncia, resa nel 2006, il Panel della WTO ha dichiarato illegittimo il decreto del governo italiano, in base ad un ragionamento che può riassumersi nel modo seguente. L'accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie esige che le decisioni amministrative che applicano le norme interne sulla sicurezza alimentare siano fondate su una adeguata valutazione del rischio: *based on a risk assessment*. Il provvedimento amministrativo italiano era stato preceduto da un parere di un organismo tecnico (Istituto superiore di Sanità) che, pur rilevando la differenza di composizione tra il prodotto derivato da OGM e il suo corrispondente tradizionale, tuttavia aveva affermato che “non risultano sussistere rischi per la salute umana ed animale derivanti dal consumo dei derivati degli OGM indicati”. Il Panel ha escluso che la decisione di sospendere la commercializzazione del prodotto potesse ritenersi fondata su tale parere. L'espressione “*based on*” presuppone, infatti una “*rational relationship*”, cioè un rapporto di congruenza fra il “*risk assessment*” compiuto, da un lato, e il contenuto della decisione adottata in base ad esso, dall'altro. Questo rapporto di congruenza è però risultato assente nel caso del provvedimento italiano contestato: “*there is no apparent rational relationship between Italy's safeguard measure, which imposes a prohibition, and risk assessments which we understand found no grounds for considering that the use of T25 maize, MON810 maize, MON809 maize and Bt-11 maize (EC-163) endangers human health or the environment*”.

È interessante notare che il giudice amministrativo italiano, pure adito da Monsanto, è pervenuto, sulla stessa questione, e in base allo stesso ragionamento, alla medesima conclusione, annullando per "difetto di istruttoria" il provvedimento dell'amministrazione italiana.

Il giudice amministrativo statale e l'organo giurisdizionale di una organizzazione internazionale hanno applicato lo stesso principio, estraendolo, l'uno, dall'ordinamento statale, l'altro, dall'ordinamento di un regime regolatorio globale. Il principio che hanno applicato è un principio tipico del diritto amministrativo: la congruenza fra istruttoria e decisione; la coerenza del provvedimento rispetto alle risultanze dell'istruttoria; in una parola, la ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità amministrativa.

2.3. *Il caso Tecmed-Messico e i principi di proporzionalità e giusto procedimento.*

La decisione dell'amministrazione messicana di non rinnovare ad un investitore straniero (la società spagnola *Tecmed*, che controlla la società messicana *Cytrar*) il permesso di gestire una discarica di rifiuti, collocata in territorio messicano, è regolata dall'*Acuerdo para la promocion y proteccion reciproca de inversiones*", stipulato da Spagna e Messico ed entrato in vigore nel 1996. Tale accordo, come la grandissima maggioranza dei circa 2.500 *Bilateral Investment Agreements* (BITs) attualmente in vigore, contiene, in particolare, due clausole che incidono sulla *domestic administrative regulation*. In primo luogo, la clausola che regola il potere di espropriazione dello Stato ospite (*host State*), secondo la quale non solo le espropriazioni in senso stretto (*direct expropriation*), ma anche le misure di regolazione amministrativa che producono un effetto equivalente (*indirect expropriation*) devono essere adottate per un fine di pubblica utilità, nel rispetto del principio di legalità, in modo non discriminatorio e, soprattutto, corrispondendo al destinatario un equo indennizzo. In secondo luogo, la clausola che obbliga gli Stati, nell'esercizio dei loro

poteri di regolazione e amministrazione, ad accordare all'investitore straniero un trattamento "*fair and equitable*".

Tecmed ha contestato la violazione di entrambe queste clausole, presentando una richiesta di arbitrato al segretariato dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID, con l'assistenza del quale è stato costituito un tribunale arbitrale⁴, che nel 2003 ha adottato la propria sentenza. Il tribunale ha affermato che la decisione del governo messicano costituisce una *indirect expropriation*, che deve essere indennizzata, e rappresenta una violazione del principio di *fair and equitable treatment*. Di conseguenza, il governo messicano è stato condannato a pagare circa 5,5 milioni di dollari a titolo di risarcimento.

Il ragionamento compiuto dal tribunale è troppo complesso e articolato per essere ripercorso. È però qui sufficiente sottolinearne due elementi.

In primo luogo, la decisione di non rinnovare la licenza è stata qualificata come "*indirect expropriation*" in quanto ritenuta dal tribunale in contrasto con il principio di proporzionalità. Gli Stati non possono essere obbligati a indennizzare l'investitore straniero ogni qualvolta, nell'esercizio della loro *domestic administrative regulation*, producano una qualsiasi compressione o limitazione dei diritti relativi all'investimento effettuato. Per questo, secondo una tesi diffusa, recepita anche in recenti modelli di BITs, le regole e le decisioni amministrative adottate dagli Stati nel perseguimento di legittimi interessi pubblici (es. tutela della salute o dell'ambiente) non possono essere considerate "*indirect expropriation*". Pur aderendo a questa tesi, il tribunale ha però precisato che quando l'effetto della misura adottata, consistente nel completo annullamento del valore economico dell'investimento, non è proporzionato rispetto all'interesse pubblico che la misura medesima persegue, allora quest'ultima, da legittimo esercizio del *police power* dello Stato, diviene invece una *compensable indirect expropriation*. Tale è il caso del mancato rinnovo del permesso di gestire la discarica, motivato da violazioni commesse dal gestore, che erano però state precedentemente sanzionate con una multa e che, quindi, non sono state considerate dal tribunale

sufficientemente gravi da giustificare la misura estrema adottata, la quale ha comportato la definitiva chiusura dell'impianto.

In secondo luogo, il tribunale ha dichiarato illegittima la decisione del governo messicano anche per violazione del principio del giusto procedimento o *due process* ⁽³⁾. Questo principio non è previsto dall'accordo di investimento, ma il tribunale lo ha dedotto dalla clausola che impone allo Stato di assicurare all'investitore un "*fair and equitable treatment*". Il *due process* impone all'amministrazione l'obbligo di concedere all'interessato un "*fair hearing*" prima di adottare una misura sfavorevole nei suoi confronti. Ma l'amministrazione messicana, secondo il tribunale, non ha consentito al gestore della discarica di difendersi dagli addebiti contestatigli prima che venisse assunta la decisione di non rinnovare il permesso: "*INE [l'agenzia per l'ambiente del governo messicano n.d.r.] did not enter into any form of dialogue through which Cytrar or Tecmed would become aware of INE's position with regard to the possible non-renewal of the Permit and the deficiencies attributed to Cytrar's behavior [...] which would be the grounds for such a drastic measure and, thus, Cytrar or Tecmed did not have the opportunity, prior to the Resolution, to inform of, in turn, their position or provide an explanation with respect to such deficiencies, or the way to solve such deficiencies to avoid the denial of renewal and, ultimately, the deprivation of the Claimant's investment*". Il governo messicano ha dunque violato il principio di giusto procedimento e, violando quest'ultimo, ha violato anche la clausola dell'accordo internazionale che impone l'obbligo di *fair and equitable treatment*.

Come può notarsi, in questo come in altri casi, i tribunali ICSID funzionano, in buona sostanza, come giudici amministrativi. Essi operano un sindacato di legittimità sulla *domestic administrative regulation*, che si sovrappone a quello condotto dal giudice amministrativo interno. Il sindacato dei tribunali arbitrali internazionali è condotto alla luce di un parametro giuridico

⁽³⁾ Sulla diffusione del principio del giusto procedimento nell'ordinamento globale, S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale?*, in Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 120-79.

diverso, rappresentato da norme internazionali. Ma, attraverso clausole di trattati internazionali dal contenuto indeterminato o elastico (*indirect expropriation, fair and equitable treatment*), penetrano nel diritto internazionale istituti propri dei diritti amministrativi domestici, cioè, in definitiva, i principi della *rule of law* o dello Stato di diritto. Né il principio di proporzionalità, né il principio di giusto procedimento (o *due process*), sono sanciti dall'accordo di investimento firmato da Spagna e Messico. Pure è alla luce di tali principi che il tribunale ha deciso la controversia. Traendoli dagli ordinamenti domestici, il tribunale, costituito e operante nel quadro di una organizzazione internazionale, ha elevato quei principi a regole internazionali, per poi farli nuovamente ridiscendere negli ordinamenti interni, applicandoli a controversie relative alla *domestic administrative regulation* ⁽⁴⁾.

2.4. *Il caso Deloitte & Touche-Canada e il principio di imparzialità amministrativa.*

Le procedure domestiche per l'aggiudicazione di contratti pubblici sono divenute, in misura crescente, oggetto di una dettagliata regolamentazione sovranazionale e internazionale, principalmente diretta ad assicurarne l'apertura ad imprese straniere. Non costituisce eccezione l'amministrazione canadese, le cui procedure di *government procurement* sono disciplinate, oltre che da fonti interne, da regole adottate nel quadro di organizzazioni internazionali regionali, come il *Chapter 10* del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), o a vocazione universale, come l'*Agreement on Government Procurement* (GPA) della WTO. Entrambi questi accordi, nel dettare una puntuale

(4) Sul ruolo dei giudici come costruttori di un ordine giuridico globale più unitario e di un diritto globale generale, che supera e corregge la frammentazione orizzontale e verticale fra ordinamenti, si veda S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2007, pp. 609-26.

regolamentazione delle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici, obbligano gli Stati a prevedere adeguati strumenti di *judicial review*, che di tale regolamentazione garantiscano il rispetto. Il Canada ha ottemperato a tale obbligo affidando questa funzione ad un particolare tribunale: il *Canadian International Trade Tribunal*. Si tratta di un organismo quasi-giurisdizionale domestico, che però opera anche, potremmo dire, in funzione globale, dal momento che, ad esempio, in materia di *government procurement*, esso è competente a ricevere i reclami delle imprese che assumono di aver subito una lesione dei propri interessi a causa di decisioni adottate dall'amministrazione in violazione delle norme del NAFTA e del GPA.

Precisamente a tale tribunale si è rivolta *Deloitte & Touche*, dopo aver ricevuto la comunicazione dell'aggiudicazione della gara ad una impresa concorrente. Il *Canadian International Trade Tribunal* ha accolto il reclamo di *Deloitte & Touche*, condannando il governo canadese a corrispondere a tale impresa, a titolo di risarcimento per perdita di *chance* (*lost opportunity*), una somma di importo pari ad un quarto del profitto che essa avrebbe ragionevolmente ricavato in caso di aggiudicazione del contratto. Il bando di gara prevedeva, ai fini della valutazione delle offerte tecniche, un sub-criterio riferito alla allocazione delle risorse umane, cioè al numero di giorni impegnati da ciascuna unità di personale nel progetto. Dopo la presentazione delle offerte, l'amministrazione aveva elaborato una griglia per l'attribuzione del punteggio relativo a questo criterio, che prevedeva l'attribuzione di zero punti per le unità di personale impegnate nel progetto per meno di 15 giorni. *Deloitte & Touche* ha sostenuto che, se avesse conosciuto tale criterio prima di formulare l'offerta, avrebbe potuto strutturarla diversamente e ottenere un maggior punteggio. Il *Canadian International Trade Tribunal* ha accolto questo argomento. Secondo il tribunale, il governo canadese ha introdotto un nuovo criterio di valutazione, non implicito o logicamente deducibile da quello previsto nel bando e, quindi, non previamente comunicato: "*it is clear that the evaluation used an evaluation criterion not previously disclosed to bidders, or reasonably predictable from the RFP [Request*

for Proposal]". In questo modo, l'amministrazione canadese ha quindi violato le norme internazionali che stabiliscono che la "*tender documentation*", messa a disposizione delle imprese, debba contenere tutte le informazioni necessarie per formulare "*responsive tenders*" e, in particolare, debba includere "*the criteria for awarding the contract, including any factors other than price that are to be considered in the evaluation of tenders*" (art. 1013 (1) NAFTA; art. XII (2) GPA).

Da tali disposizioni internazionali, il tribunale ha tratto, dunque, un ulteriore principio tipico dei diritti amministrativi sviluppatosi negli ordinamenti interni. Si tratta del principio della previa determinazione e pubblicazione dei criteri che orientano le scelte dell'amministrazione, il quale costituisce, a sua volta, applicazione del più generale canone dell'imparzialità amministrativa.

2.5. *Imparzialità. Ragionevolezza. Proporzionalità. Giusto procedimento.*

Questi principi costituiscono alcuni dei fondamentali pilastri su cui posa, negli ordinamenti domestici, lo Stato di diritto. I casi esaminati mostrano come i poteri pubblici ultrastatali adoperino, oggi, quegli stessi principi per sviluppare una *rule of law* globale ⁽⁵⁾. Essi producono e applicano una *administrative law* comune e uniforme, che aspira a vincolare la *domestic administrative regulation*: quale che sia la nazionalità del potere pubblico che regola; e quale che sia la nazionalità del soggetto regolato.

⁽⁵⁾ Il tema della *Rule of Law* globale attraversa molti dei recenti saggi di Sabino Cassese. Si veda in particolare *Globalizzazione e "Rule of Law". Esiste uno Stato di diritto oltre lo Stato?*, in S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 109-119.

3. *Diritto amministrativo globale e regolazione amministrativa globale.*

I fenomeni di globalizzazione economica non determinano soltanto l'esigenza di "controllare" la *domestic administrative regulation* degli Stati, come visto, subordinando l'esercizio del loro *right to regulate* a principi comuni di diritto amministrativo, elaborati e fatti rispettare da poteri pubblici ultrastatali per tutelare la libertà privata. La progressiva integrazione dei mercati spinge anche a uniformare e armonizzare le regolazioni amministrative domestiche, così "sostituendo" le autonome scelte dei regolatori nazionali con quelle da essi concordate nell'ambito delle numerose organizzazioni e degli svariati regimi regolatori globali che risultano competenti per ciascun settore. In questo caso, come anticipato, i poteri pubblici globali assumono la veste dell'autorità: essi ricevono dagli Stati membri il potere di sviluppare una *global administrative regulation*.

Non si tratta, anche in questo caso, di un fenomeno nuovo. Almeno a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, sono stati creati numerosi organismi internazionali, non a caso inizialmente qualificati come "Unioni internazionali amministrative", il cui principale compito consisteva proprio nell'armonizzazione delle regolazioni amministrative domestiche in settori interessati da una pronunciata interdipendenza economica e sociale. Nonostante la progressiva e costante espansione di questa *global administrative regulation*, fino a tempi assai recenti non si era mai esplicitamente posto il problema della sottoposizione di essa ad un diritto amministrativo globale.

La spiegazione di questa asimmetria, consistente nello sviluppo di una *global administrative regulation* non accompagnata da una corrispondente *global administrative law*, deve principalmente ricercarsi nel tipo di efficacia normalmente riconosciuta alla prima. Alle regole o *standards* delle organizzazioni internazionali viene in genere riconosciuta l'efficacia di semplici raccomandazioni, cioè di *soft law*. Anche quando qualificate come vincolanti, esse producono semplicemente l'obbligo degli Stati di recepire la regola internazionale, senza fra l'altro che siano

previsti efficaci meccanismi di *enforcement* in caso di violazione di tale obbligo. Infine, anche quando la regola viene recepita nell'ordinamento interno, spetta pur sempre alle autorità amministrative domestiche applicarla nei confronti dei privati. L'effetto di compressione della libertà privata dipende, quindi, sempre dalle decisioni degli Stati di recepire e applicare le regole prodotte in sede internazionale. Nei confronti di tali decisioni domestiche restano esperibili i rimedi previsti dai diritti amministrativi interni di ciascuno Stato. E se questi continuano a costituire una protezione sufficiente, anche nei confronti della *global administrative regulation*, non si avverte l'esigenza di una *global administrative law*.

Ma questa spiegazione appare, oggi, sempre meno soddisfacente. Il potere degli Stati di decidere se recepire o meno le regole o gli *standards*, approvati in sede globale, nei rispettivi ordinamenti, tende a ridursi. Indipendentemente dalla natura vincolante o non vincolante di quelle regole, la scelta di discostarsi da esse presenta costi talmente alti da indurre qualsiasi ragionevole regolatore nazionale a conformarsi. Sono ormai sempre più spesso i poteri pubblici globali ad esercitare i poteri di *rule-making* che effettivamente fissano limiti e condizioni di esercizio della libertà privata. Ne deriva un *deficit* di tutela, che crea le condizioni per lo sviluppo di un diritto amministrativo globale che regoli e limiti non soltanto la *domestic administrative regulation*, ma anche la *global administrative regulation*.

Per illustrare il fenomeno, è ancora una volta utile ricorrere ad una esemplificazione.

La *International Civil Aviation Organization* (ICAO) adotta numerosi *standards*, volti a disciplinare il traffico aereo. Fra questi, vi sono anche *standards* ambientali, come quelli diretti a ridurre le emissioni di ossidi di azoto da parte dei motori degli aeromobili. Questi *standards* non sono vincolanti per gli Stati membri, cui è sufficiente comunicare all'ICAO la decisione di non conformarsi per sottrarsi ad ogni responsabilità. Resta, dunque, in linea di principio, nelle mani degli Stati il potere di fissare, con norme vincolanti per i costruttori di motori aerei e per le compagnie aeree che li utilizzano, i limiti sulle emissioni.

Negli Stati Uniti, in particolare, questo potere spetta alla *Environmental Protection Agency* (EPA), la quale, nel 2003, ha avviato una regolare procedura di *notice and comment*, prescritta dalla legge americana sul procedimento amministrativo, per adottare uno *standard* più rigoroso di quello vigente. La ragione alla base della proposta è stata, tuttavia, quella di adeguare lo *standard* statunitense al più stringente *standard* approvato dall'ICAO nel 1999. Se infatti gli Stati Uniti conservassero una regola che non raggiunge (*equal to or above*) lo standard minimo ICAO, esporrebbero le proprie compagnie aeree al rischio di essere escluse dallo spazio aereo degli altri Stati membri di tale organizzazione internazionale. Del resto, per questa stessa ragione, le compagnie aeree che hanno partecipato alla procedura di *notice and comment* hanno pienamente riconosciuto l'esigenza di adeguamento allo *standard* internazionale, sottolineando anzi il ritardo dell'amministrazione americana e dichiarando di essersi già adeguate spontaneamente alle vigenti norme ICAO. Le stesse compagnie aeree si sono invece opposte alle richieste di alcune organizzazioni ambientaliste, che proponevano l'introduzione di uno standard più severo di quello ICAO: simile scelta, infatti, le avrebbe penalizzate nella competizione internazionale rispetto alle compagnie aeree degli altri Stati, che si accontentano di recepire lo *standard* ICAO. Al termine della procedura, l'EPA, pur riconoscendo il potere degli Stati membri di adottare *standards* più severi di quelli ICAO, e pur ammettendone almeno in parte l'esigenza, ha tuttavia deciso di rimandarne l'adozione ad un momento successivo, per il momento limitandosi a recepire esattamente lo *standard* ICAO vigente. L'EPA ha deciso, sostanzialmente, di seguire l'ICAO, non di anticiparlo: "*because aircraft and aircraft engines are international commodities, there is commercial benefit to consistency between U.S. and international emission standards. Manufacturers would only have to design to one emission standard globally, and air carriers would only need to be concerned with making sure the engines installed on their aircraft meet one standard. Such harmonization has economic and record keeping (and reporting) benefits*".

Questa vicenda è significativa perché straordinariamente co-

mune. Essa si ripete ogni giorno, in tutti i paesi del mondo e in tutti i settori in cui regolatori locali sono chiamati a regolare mercati globali. Il regolatore domestico è giuridicamente libero di scegliere la norma che considera più appropriata. Ma il contesto in cui opera limita il suo potere di scelta, fin quasi ad annullarlo. Se l'EPA non raggiunge il livello minimo fissato dall'ICAO, le compagnie aeree statunitensi possono restare escluse dal mercato globale; ma se l'EPA supera il parametro fissato dall'ICAO, le compagnie aeree statunitensi subiscono uno svantaggio competitivo sul mercato globale. I mercati globali producono una formidabile spinta verso l'armonizzazione, cui i regolatori locali spesso non sono in grado di resistere. A causa dell'integrazione economica, i poteri di *rule-making* corrono verso l'alto. Essi si trasferiscono al piano superiore. Le organizzazioni globali diventano la sede effettiva in cui la *administrative regulation* viene elaborata. Questa *global administrative regulation*, che formalmente è una *soft law* diretta agli Stati, produce sostanzialmente un *hard impact* sui soggetti privati, che infatti tendono, come le compagnie aeree nel caso esaminato, a conformarsi spontaneamente agli *standards* internazionali, prima e indipendentemente dal loro recepimento negli ordinamenti interni.

Tutto ciò, naturalmente, non è privo di effetti sul piano delle garanzie, cioè sul versante della *administrative law*. La disciplina dell'*Administrative Procedure Act* attribuisce ai cittadini statunitensi il diritto di partecipare alle procedure di *rule-making*, obbligando l'amministrazione ad esperire una procedura di *notice and comment*. Tuttavia, ad esempio nel caso dei limiti alle emissioni inquinanti dei motori aerei, la procedura di *notice and comment* ha costituito poco più che un rituale. Durata quasi due anni, essa sembra aver avuto il solo effetto di rallentare l'inevitabile decisione dell'EPA di adeguarsi allo standard ICAO. Le organizzazioni ambientaliste che vi hanno partecipato, presentando commenti e osservazioni, hanno provato ad influire su una decisione il cui contenuto era stato, in realtà, già determinato in sede internazionale, limitandosi l'EPA a registrare quella decisione. Come è evidente, in questo modo, i cittadini statunitensi,

così come quelli degli altri paesi, vedono scolorare le garanzie previste dal diritto amministrativo domestico.

In questo come in altri numerosissimi casi, si determina un *deficit* di tutela, che deriva dalla inapplicabilità del diritto amministrativo domestico alla regolazione amministrativa prodotta a livello globale. Tale *deficit* può essere colmato introducendo nel diritto globale istituti e garanzie tipiche dei diritti amministrativi domestici, opportunamente adattati, cioè attraverso lo sviluppo di un diritto amministrativo globale che vincoli gli organismi globali nell'esercizio della loro "*global administrative regulation*".

Questo tipo di *global administrative law* comincia, in effetti, ad emergere. Si tratta di un diritto amministrativo ancora embrionale, che si sviluppa lentamente; che è fortemente disomogeneo da un settore all'altro; che è ancora molto incompleto e di carattere prevalentemente procedurale, soprattutto per l'assenza, salvo casi ancora limitati nel numero, di organismi giurisdizionali che possano condurre un *judicial review* sostanziale delle decisioni adottate da poteri pubblici globali. Tuttavia, cresce anche la consapevolezza di questi limiti e, più in generale, dell'importanza del ruolo della *global administrative law*, che è soprattutto quello di rendere i poteri pubblici globali *accountable* nei confronti dei soggetti, anche privati, sui quali le loro decisioni producono effetti. Tale consapevolezza induce gli organismi globali sia a dotarsi di nuovi strumenti di *accountability*, sia ad utilizzare più ampiamente strumenti meno nuovi, come, ad esempio, la concessione dello *status* di "osservatore" alle organizzazioni non governative.

Gli sviluppi più significativi si colgono, probabilmente, proprio sul piano delle regole di trasparenza e partecipazione nei procedimenti di *rule-making*. La vicenda delle emissioni dei motori aerei è, sul punto, ancora una volta esemplificativa. Alcune delle organizzazioni ambientalistiche che hanno partecipato alla procedura domestica di *notice and comment* dinanzi all'EPA hanno contribuito a costituire, nel 1998, la *International Coalition for Sustainable Aviation*, che riunisce organizzazioni non governative ambientalistiche di tutto il mondo e ha ottenuto lo *status* di osservatore presso la Commissione ICAO competente

per l'elaborazione degli *standards* sulle emissioni (CAEP). Lo *status* di osservatore, presso ICAO e CAEP, è peraltro riconosciuto anche alla *International Air Transport Association* (IATA), alla quale appartengono anche tutte le compagnie aeree statunitensi che hanno partecipato alla procedura di *notice and comment* dinanzi all'EPA. Lo status di osservatore, in sede ICAO, attribuisce a chi ne è titolare una serie di diritti: il diritto di presentare proposte di nuovi *standards* o di modificazione degli *standards* esistenti; il diritto di accedere a tutti i documenti; il diritto di sottoporre, in varie fasi della procedura, osservazioni e commenti, che devono essere presi in esame e in qualche misura incorporati o allegati nella decisione finale; il diritto di partecipare alle riunioni e di discutere oralmente, pur senza diritto di voto.

I diritti di partecipazione conquistati sul piano globale compensano, in parte, la perdita di significato dei diritti di partecipazione esercitati sul piano locale. I regolatori domestici, esercitando collettivamente i poteri di *rule-making*, sfuggono ai diritti di partecipazione assicurati ai privati dai rispettivi diritti amministrativi nazionali. Ma i privati, a loro volta formando coalizioni internazionali, esercitano collettivamente diritti di partecipazione previsti da norme globali, che replicano la struttura e il contenuto degli istituti del diritto amministrativo interno.

Una nuova *global administrative law* insegue, sia pur con un certo affanno, lo sviluppo della *global administrative regulation*.

4. Conclusioni.

Lo sviluppo del diritto amministrativo globale rappresenta uno dei più significativi effetti giuridici della globalizzazione.

L'asimmetria fra mercati globali e regolatori locali espone in misura crescente i privati all'impatto di una regolazione amministrativa prodotta da altri Stati (*foreign administrative regulation*) e da poteri pubblici ultrastatali (*global administrative regulation*). In entrambi i casi, l'insufficienza, o l'inapplicabilità, del diritto

amministrativo domestico determina un *deficit* di tutela, che viene progressivamente colmato, appunto, attraverso lo sviluppo di un diritto amministrativo comune e a vocazione universale, cioè di un *global administrative law*.

Quest'ultimo ha una doppia anima, in ragione della duplice funzione cui esso è chiamato ad assolvere. Vi è, da un lato, un diritto amministrativo globale imposto agli Stati, prevalentemente a tutela dei privati colpiti dalla *foreign administrative regulation*. Dall'altro lato, vi è invece un diritto amministrativo globale applicabile agli stessi poteri pubblici globali, a tutela dei privati incisi dalla *global administrative regulation*.

Le due anime presentano significative differenze, ma anche caratteristiche comuni.

Sotto il primo profilo, il diritto amministrativo globale che vincola gli Stati è più completo ed effettivo di quello che vincola i poteri pubblici globali. Il motivo principale è che nel primo caso sono assai più diffusi e perfezionati gli organismi giurisdizionali, o quasi giurisdizionali, o comunque i meccanismi di *compliance*, diretti ad assicurare il rispetto delle regole di diritto amministrativo globale. In un certo senso, i poteri pubblici globali adoperano due pesi e due misure: pretendono dagli Stati ciò che essi non garantiscono.

Sotto il secondo profilo, entrambe le anime del diritto amministrativo globale si sviluppano per colmare un *deficit* di tutela, cioè per rimediare all'insufficienza, e allo spiazzamento, dei diritti amministrativi domestici, i quali non possono raggiungere la regolazione amministrativa prodotta da autorità straniera, così come quella prodotta da autorità sovranazionali.

Ma proprio dai diritti amministrativi domestici il diritto amministrativo globale trae i propri contenuti. Esso, inoltre, favorisce la circolazione degli istituti e spinge verso la convergenza i diritti amministrativi domestici. Lo testimonia, ad esempio, la diffusione del *notice and comment* statunitense negli ordinamenti continentali e nel diritto amministrativo europeo. Tale diffusione è agevolata dai poteri pubblici globali, che traggono quell'istituto dal diritto statunitense e, poi, lo impongono alle amministrazioni di altri Stati. Sembra così di poter assistere

all'emersione progressiva di un minimo comun denominatore fra i diritti amministrativi nazionali; di una quota incompressibile di garanzie amministrative essenziali, che ciascun soggetto possa far valere nei confronti di autorità amministrative nazionali, straniere, sovranazionali. Per descrivere il fenomeno, è difficile trovare parole più efficaci di quelle adoperate dal Maestro cui questo scritto è dedicato: "un patrimonio giuridico universale, che rafforza l'unità giuridica del mondo, si contrappone alla estrema varietà dei sistemi giuridici locali. [...]. L'ordine giuridico che si va costruendo si presenta, dunque, come un ordine binario: da un lato, varietà estrema, e anzi crescente, di regimi nazionali e subnazionali; dall'altro una maglia, che si va gradatamente infittendo, di principi e procedure universali" ⁽⁶⁾.

Nota bibliografica

L'autore che più di ogni altro ha studiato il diritto amministrativo globale è Sabino Cassese. Lo testimonia una vasta produzione scientifica, che non sarebbe possibile, per ragioni di spazio, riportare interamente. Molti contributi sono raccolti nei tre volumi pubblicati per Laterza: *La crisi dello Stato* (2002); *Lo spazio giuridico globale* (2003); *Oltre lo Stato* (2006). Si vedano inoltre, in aggiunta ai contributi già citati nel testo: *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 4, pp. 921-930. *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale* (a cura di S. Cassese e M. Conticelli), Quaderno n. 2 della "Rivista trimestrale di diritto pubblico", Milano, Giuffrè, 2006, pp. I-VI; 1-312; *L'ordinamento giuridico globale*, in F. Manganaro-A. Romano Tassone (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 3-10; *L'ordine giuridico globale*, in *L'impatto delle riforme amministrative*, Quaderni del MIPA, Roma, Formez, 2004, pp. 211-213; *Come nasce un ordine giuridico globale*, in L. Cafagna (a cura di), *Riformismo italiano. Saggi per Giorgio Ruffolo*, Roma, Donzelli, 2007, pp. 59-67; *La croce di Lotario*, in G. Amato e G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 391-392.

⁽⁶⁾ S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Napoli, ESI, 2005.

È in corso di pubblicazione, infine, un nuovo volume, dal titolo *Lezioni sulla globalizzazione giuridica*.

La letteratura sul diritto amministrativo globale è recente, ma in rapido sviluppo. Il lavoro più noto, che ha aperto la strada agli studi successivi, è quello di B. KINGSBURY, R. STEWART e N. KRISH, *The Emergence of Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2004/1, anche in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, n. 3-4, p. 15 ss. Più accurate e complete bibliografie sono comunque disponibili sul sito web dell'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione (www.irpa.eu): *General Bibliography, from Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues* (2nd edition, 2008); *GAL Bibliography Update* (M. De Bellis, June 2006); *Diritto amministrativo globale: Bibliografia* (B. Carotti and L. Casini, 2006); *A Global Administrative Law Bibliography*, 68 *Law and Contemporary Problems* 357 (2005).

Gli estremi della decisione del Panel sul caso *EC-Biotech* sono i seguenti: European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products - Reports of the Panel - WT/DS291/R; WT/DS292/R; WT/DS293/R, 29/09/2006. La pronuncia del Tar del Lazio, cui ci si riferisce nel testo, è della Sezione I, 3 dicembre 2004, n. 14477.

I riferimenti della decisione del tribunale ICSID sul caso *Tecmed - Mexico* sono i seguenti: *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003.

Gli estremi della decisione del tribunale canadese sul caso *Deloitte & Touche - Canada* sono i seguenti: Canadian International Trade Tribunal, *Deloitte & Touche LLP v. Department of Public Works and Government Services - Determination and reasons* issued Thursday, May 11, 2006, File No. PR- 005-044.

Per esaminare gli atti della procedura di *Notice and Comment* seguita dalla *Environment Protection Agency* per approvare gli standards ambientali relativi alle emissioni degli aeromobili, si veda EPA, *Control of Air Pollution From Aircraft and Aircraft Engines; Emission Standards and Test Procedures - Proposed Rule* (Federal Register / Vol. 68, No. 189 / Tuesday, September 30, 2003 / Proposed Rules); EPA, *Emission Standards and Test Procedures for Aircraft and Aircraft Engines - Summary and Analysis of Comments* (EPA420-R-05-004 - November 2005).

La frase di Richard Stewart, citata in apertura, è in R.B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, in NYU

Law Review, vol. 78: 437 – May 2003. Le parole di Otto Mayer, riportate al paragrafo 2, sono tratte da O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Giard-Brière Editeurs, Paris, 1906, § 62, (*Le droit administratif international*), p. 354.