

ENZO DI SALVATORE

La disciplina costituzionale del sistema ferroviario tedesco

SOMMARIO: 1. Cenni storici sul sistema ferroviario tedesco: la Costituzione di Francoforte, la Costituzione della Confederazione del Nord, la Costituzione del II Reich. – 2. (Segue): la Costituzione di Weimar, lo Staatsvertrag del 1920 e la legge del 1924 (derogatoria della disciplina costituzionale). – 3. (Segue): il Terzo Reich e le leggi del 1937 e 1939. – 4. Il sistema ferroviario tedesco secondo la Grundgesetz del 1949: il riparto della competenza legislativa tra Bund e Länder (e le modifiche costituzionali del 1993 e del 2006) – 5. (Segue): l'adozione di Rechtsverordnungen da parte dell'Esecutivo, l'approvazione necessaria del Bundesrat e la disciplina della «legge generale sulle ferrovie» (AEG). – 6. (Segue): l'amministrazione delle ferrovie come «amministrazione autonoma del Bund». – 7. (Segue): La gestione delle ferrovie del Bund attraverso imprese private. La responsabilità del Bund sulle attività imprenditoriali concernenti la costruzione e la manutenzione della rete ferroviaria e delle infrastrutture. – 8. Il trasporto ferroviario locale di persone (i compiti dei Länder e il ruolo del Bund). – 9. Conclusioni.

1. Cenni storici sul sistema ferroviario tedesco: la Costituzione di Francoforte, la Costituzione della Confederazione del Nord, la Costituzione del II Reich

Il primo tratto ferroviario tedesco, realizzato e gestito da una società per azioni sulla base di una concessione trentennale, risale al 1835¹. Dedicato inizialmente al trasporto dei passeggeri e poco dopo esteso anche a quello delle merci, esso si sviluppava per poco più di sei km, collegando tra loro le città di Nürnberg e Fürth². Il rapido sviluppo del sistema ferroviario pose, tuttavia, da subito una questione ineludibile, e cioè se, ferma restando comunque la necessità di un controllo statale sul sistema ferroviario³, la costruzione, la proprietà e la gestione delle

¹ Si tratta della *Gesellschaft für die Errichtung einer Eisenbahn mit Dampfkraft zwischen Nürnberg und Fürth*, che possedeva un capitale sociale di 132.000 fiorini (*Gulden*); a tal proposito v. E. HEISE, *Die Deutsche Bahn AG zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlverantwortung. Eine Untersuchung des Art. 87e GG und der besonderen Bedeutung der Eigentümerstellung des Bundes*, Baden-Baden, 2013, 40, la quale ricorda che la legislazione sulle ferrovie risultava, all'epoca, strettamente collegata con la prima legislazione sulle società quotate in borsa: significativa al riguardo la *preußische Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen* del 1838, che recava una prima disciplina dell'azionariato (sebbene, poi, una disciplina generale dell'azionariato sarebbe stata varata solo nel 1843); sui lavori preparatori e sui contenuti di tale legge v. W. SCHUBERT, *Das preußische Eisenbahngesetz von 1838*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, Bd. 116, 1999, 152 ss.

² Sul punto v. anche S. STAMM, *Eisenbahnverfassung und Bahnprivatisierung. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und zum Prozess der Privatisierung der Deutschen Bahn AG*, Berlin, 2010, 32.

³ M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens*, in *DÖV*, 1996, 1028 ss., 1030, il quale in proposito osserva che anche la legge prussiana del 1838, in ragione della «straordinaria pericolosa natura dei servizi ferroviari», stabili (*rectius*: confermò) che l'esercizio dell'attività ferroviaria dovesse essere sottoposta ad autorizzazione del ministero del commercio; sul punto v. anche E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 41; alla stessa

ferrovie dovessero essere di competenza dello Stato ovvero lasciate completamente alla libera iniziativa del privato⁴. Questo problema trovò all'epoca soluzioni diversificate⁵ e fu considerato solo indirettamente dalla *Paulskirchenverfassung* del 1849, che, rinviando sul punto ad una legge federale, recò una disciplina generale delle ferrovie, riservandone il controllo e la competenza a legiferare sulla loro gestione al *Reich* qualora ciò avesse riguardato la difesa dell'Impero o l'interesse generale alla mobilità⁶. L'art. VI, § 28, della Costituzione precisò che il *Reich* avesse il diritto di autorizzare la costruzione di ferrovie o di provvedervi direttamente nel caso in cui il singolo Stato membro ne avesse rifiutato la costruzione⁷. Tale Costituzione, com'è noto, non entrò mai in vigore e ciò comportò che gli Stati della Federazione rimanessero liberi di disciplinare come meglio credessero il settore ferroviario, continuando, così, a fornire risposte differenti al problema della proprietà e della gestione delle ferrovie. Tuttavia, anche in ragione della rapida diffusione sul suolo tedesco delle dottrine del liberalismo inglese e francese⁸, l'idea di una esclusiva riserva alla mano pubblica della proprietà e della gestione delle ferrovie divenne progressivamente recessiva, sfociando nella vendita delle azioni possedute dallo Stato o persino, come accadde in Prussia, in quella delle linee ferroviarie⁹. In questo modo, il ruolo del privato nel settore divenne preponderante¹⁰ anche dal punto di vista della costruzione della rete¹¹.

La Costituzione del II Reich del 1871 avrebbe, invero, dedicato al sistema ferroviario una disciplina dettagliata e integralmente mutuata da quella recata dalla Costituzione della Confederazione del Nord del 1867, senza tuttavia affrontare – se non incidentalmente¹² – il

logica si informarono anche altre previsioni della legge, come quella del § 46 relativa all'*Aufsichtsrecht* dello Stato sulla società concessionaria e l'istituzione nel 1848 di un *Eisenbahnkommissariate*: cfr. W. SCHUBERT, *Das preußische*, cit., 189 s.; cui *adde* K. GRUPP, *Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform*, in *DVBl.*, 1996, 591, nt. 9.

⁴ Cfr. E. KRUCHEN, *Zur Rechtsordnung der Organisation und Verfassung der Eisenbahnen (Recht der subjectiven Erscheinungsformen der Eisenbahnen)*, in W. HAUSTEIN (a cura di), *Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht*, Frankfurt a.M., 1960, 9.

⁵ M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1030; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 32 s.

⁶ Art. VI, §§ 28-32; su ciò sinteticamente C. ALBRECHT, *Bismarcks Eisenbahngesetzgebung. Ein Beitrag zur ,inneren' Reichsgründung in den Jahren 1871-1879*, Köln-Weimar-Wien, 1994, 3.

⁷ U. KRAMER, *Das Recht der Eisenbahninfrastruktur. Von der Staatsbahn zu privatrechtlichen Wirtschaftsunternehmen*, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2002, 21 s.

⁸ Cfr. F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, in *Enc. Novecento*, vol. III, Roma, 1978, 982 ss., 985: «il liberalismo tedesco fu soprattutto un movimento costituzionalista, che nella Germania settentrionale si ispirò essenzialmente all'esempio inglese, mentre nel sud del paese subì l'influsso francese».

⁹ M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1030, nt. 27.

¹⁰ Sul punto, però, la dottrina non è del tutto concorde: cfr. ad es. U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 24: «Während die Frühzeit der Eisenbahnen zunächst von der Epoche der Privatbahnen (bis 1855) und dann von einem Mischsystem aus staatlichen und privat betriebenen Strecken (bis 1875) geprägt war, gewann anschließend die Staatsbahnidee die Oberhand».

¹¹ Nel 1876 i km di linee ferroviarie realizzati dalle società private erano pari a 12.749 a fronte dei 6.700 realizzati dallo Stato: così M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031, nt. 28; è appena il caso di ricordare che nel 1847 si ebbe la nascita della *Verein deutscher Eisenbahnverwaltungen*; al momento della fondazione del II Reich, l'associazione contava 33 ferrovie private e 17 amministrazioni pubbliche: cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Struktur und Krisen des Kaiserreichs*, Bd. IV, 2. verb. erg. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1982, 1058, nt. 22.

¹² Cfr. ad es. l'art. 41 RV, ove si dispone che «le disposizioni legislative, che riconoscono alle imprese delle ferrovie esistenti il diritto d'opporre alla costruzione di linee parallele o concorrenti, sono, senza pregiudizio dei diritti

problema del ruolo del privato nel settore¹³. L'idea di fondo che ispirava la disciplina costituzionale era che occorresse tutelare «l'interesse del commercio generale» e garantire il trasporto dei viaggiatori¹⁴.

L'art. 4 RV assegnò alla competenza esclusiva del *Reich* la legislazione (e il controllo) sull'*Eisenbahnwesen* da esercitare quando necessaria «all'interesse della difesa della patria e del commercio generale», mentre gli artt. 41 ss. RV recarono previsioni specifiche in ordine al riparto della competenza con gli Stati membri¹⁵. Ivi si sancì anzitutto il principio in base al quale i Governi degli Stati membri della Federazione avrebbero dovuto amministrare le (proprie) ferrovie come se fossero parti di una rete unica e costruire e utilizzare le stesse secondo «norme uniformi» («nach einheitlichen Normen»)¹⁶. Le relative amministrazioni avrebbero dovuto, poi, istituire treni viaggiatori necessari alla circolazione corrente e organizzare orari combinati tra loro, nonché provvedere all'istituzione di treni merci e stabilire trasporti diretti di viaggiatori e merci, organizzando il passaggio da una linea all'altra¹⁷; mentre il *Reich*, sulla base di una legge e in presenza delle condizioni fissate all'art. 4 RV, avrebbe avuto sempre la possibilità di costruire ferrovie per conto della Federazione (o demandarne la realizzazione a «imprese particolari con facoltà di espropriazione»), senza pregiudizio della sovranità territoriale e però anche contro l'opposizione degli Stati membri¹⁸. In ogni caso, al *Reich* spettavano il controllo sugli Stati membri in ordine all'amministrazione delle ferrovie¹⁹ e quello sulle tariffe ovvero la garanzia che gli stessi Stati adottassero regolamenti di servizio comuni e tariffe uniformi e ridotte «nel limite del possibile», specie in relazione alle esigenze dell'agricoltura e dell'industria²⁰. All'Imperatore, invece, era riservato il

acquisiti, abrogate in tutto il *Reich*. Un simile diritto non potrà più essere accordato nelle concessioni che avranno luogo a venire».

¹³ Cfr. anche S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 35; sulla «Tendenz zur Verstaatlichung» del complessivo sistema ferroviario v. G. ERMES, *Einführung (A). Entwicklung des Eisenbahnwesens in Deutschland bis zur Bahnreform*, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, a cura di G. Hermes-D. Sellner, 2. Aufl., München, 2014, 49 ss., 53.

¹⁴ Un quadro di sintesi è offerto da E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., Bd. IV, 1058 s.

¹⁵ Tale disciplina, tuttavia, non avrebbe trovato applicazione al Regno di Baviera, in ragione di quanto disposto all'art. 46 della stessa Costituzione, che a sua volta recepiva il contenuto dell'art. III, § 3, del *Vertrag betreffend den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes* (23 novembre 1870): «Gli articoli da 42 a 46 incluso della Costituzione federale [*Bundesverfassung*] non sono applicabili al Regno di Baviera. Al *Bund*, tuttavia, anche nei confronti del Regno di Baviera, spetta il diritto di stabilire in via legislativa regole uniformi per la costruzione e il funzionamento delle ferrovie che siano essenziali alla difesa del Paese» [il testo del Trattato può essere letto in *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte. Deutsche Verfassungsdokumente 1851-1918*, a cura di E.R. Huber, Bd. II, 2. Aufl., Stuttgart, 1964, 264 ss.]; a ciò vi accenna anche C. ALBRECHT, *Bismarck*, cit., 9 e 21.

¹⁶ Art. 42 RV.

¹⁷ Art. 43 RV.

¹⁸ Art. 41 RV.

¹⁹ Art. 43 RV.

²⁰ Art. 45 RV; con riferimento – ivi si specifica – al trasporto del carbone, del coke, della legna, dei minerali, delle pietre, del sale, del ferro greggio, dei letami e di altro materiale simile, con lo scopo di arrivare, se possibile, «alla tariffa di un *Pfennig*».

potere di fissare una tariffa temporanea speciale per il trasporto di frumenti, farine, legumi e patate, qualora sussistesse una «urgente necessità»²¹.

L'incapacità delle imprese private a far fronte all'improvviso aumento del traffico di merci (e persone) in ragione del *boom* economico di quegli anni²² instillò in *Bismarck* la convinzione che fosse assolutamente necessario ricondurre la proprietà di tutte le ferrovie in capo al *Reich*²³. Questa idea, che, in verità, non avrebbe potuto trarre immediato vantaggio dalla disciplina posta dall'art. 41 Cost. (dedicata alle ferrovie ancora da costruire)²⁴, trovò espressione in una memoria del Cancelliere del 4 ottobre 1875, con la quale si pose in luce la necessità di superare il sistema ferroviario vigente – e il particolarismo di cui era affetto – per motivi di carattere sociale, di difesa e di politica tariffaria²⁵: un'idea che, tuttavia, naufragò presto per l'opposizione dei liberali, delle società private e degli Stati membri²⁶ e che, pur riuscendo a trovare realizzazione in Prussia²⁷, finì per concretarsi nell'adozione di una disciplina soltanto regolamentare²⁸.

2. (Segue): la Costituzione di Weimar, lo Staatsvertrag del 1920 e la legge del 1924 (derogatoria della disciplina costituzionale)

La Costituzione di Weimar del 1919 stabilì che le ferrovie fossero materia di competenza legislativa concorrente²⁹ e che il *Reich* potesse assumere la proprietà e l'amministrazione delle stesse attraverso una gestione unitaria qualora necessario ai collegamenti di interesse generale. Se richiesto, i diritti dei *Länder* sulle linee ferroviarie private sarebbero stati da trasferire in capo al *Reich*³⁰. Alla luce di dette disposizioni – ed anche in ragione di quanto previsto dal successivo art. 90³¹ – il *Reich* acquisì la proprietà delle ferrovie dei *Länder* sulla base di un

²¹ Art. 46 RV; all'art. 47 RV trovò, invece, disciplina l'esecuzione delle prescrizioni del *Reich* da parte delle amministrazioni delle ferrovie.

²² M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031.

²³ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 34.

²⁴ E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., Bd. IV, 1060.

²⁵ E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., Bd. IV, 1061.

²⁶ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 34; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., Bd. IV, 1062 s.

²⁷ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 34; v. anche M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031.

²⁸ U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 24; occorre anche ricordare che nel 1873 si era avuta l'istituzione di un inutile *Reichseisenbahnamt*, deputato alla sorveglianza sull'*Eisenbahnwesen* e considerato da *Bismarck* «niente altro che il grilletto mancante di un fucile carico»: cfr. M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031; E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., Bd. IV, 1059, riferisce, inoltre, dell'elaborazione, da parte del *Reichseisenbahnamt*, di alcuni progetti di legge sulle ferrovie per il *Bund*, che, tuttavia, si arenarono in seno alla seconda Camera; l'A. dà anche conto di una «inchiesta sulle tariffe» avviata da detta autorità senza successo alcuno; sui diversi progetti di legge presentati fino al 1879 v. C. ALBRECHT, *Bismarck*, cit., 31 ss.

²⁹ Art. 7, n. 19, WRV; cfr. in proposito U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 26.

³⁰ Sul punto il commento breve, ma efficace di G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, Berlin, 1921, 158 s.

³¹ Art. 90 RWV: «Con il passaggio delle linee ferroviarie il *Reich* acquista il diritto di espropriazione e i diritti connessi all'esercizio dei pubblici poteri [staatlichen Hoheitsrechte] relativi alle ferrovie [Eisenbahnwesen]. In caso di controversia, sui confini di tali poteri decide il Tribunale costituzionale [Staatsgerichtshof]; che i due articoli dovessero essere interpretati congiuntamente è sottolineato da G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung*, cit., 159.

Trattato (*Staatsvertrag*) sottoscritto il 31 marzo 1920 tra il Governo federale e i Governi degli Stati membri ed entrato in vigore il 1° aprile successivo, ossia un anno prima della data di scadenza fissata in Costituzione³², in virtù di quanto disposto retroattivamente dalla *Reichsgesetz* del 30 aprile 1920³³. Ciò che condusse, tra l'altro, alla immediata istituzione del Ministero dei trasporti del *Reich*³⁴.

Secondo quanto previsto dall'art. 92 WRV, le linee ferroviarie acquisite dal *Reich* avrebbero dovuto essere amministrate dallo Stato «sotto forma di azienda autonoma». Questa disposizione venne inizialmente soddisfatta dal Governo attraverso l'adozione di un regolamento del 12 febbraio 1924³⁵, con il quale, sulla base di quanto stabilito dalla *Ermächtigungsgesetz* dell'8 dicembre 1923, si istituì la società *Deutsche Reichsbahn*³⁶. A fine agosto dello stesso anno, tuttavia, il *Reichstag* si trovò costretto ad intervenire nuovamente sul punto al fine di dare attuazione al piano *Dawes*³⁷, redatto sulla base di quanto previsto dal Trattato di Versailles del 1919³⁸.

Con legge del 30 agosto 1924³⁹, adottata *ex art.* 76 WRV con la maggioranza dei due terzi in quanto recante una disciplina in deroga all'art. 89 RWV⁴⁰, si stabilì, infatti, che la *proprietà* delle ferrovie fosse separata dalla loro *gestione*: la prima, valutata dal piano *Dawes* in 26 miliardi di *Goldmark*, fu mantenuta formalmente in capo al *Reich*⁴¹; la seconda, con un capitale di 15 miliardi di *Goldmark* suddiviso in *Vorzugsaktien* (azioni "privilegiate" al portatore, liberamente trasferibili) e *Stammaktien* (azioni "ordinarie" emesse in nome del *Reich* con l'approvazione necessaria del *Reichsrat* e del *Reichstag*), fu, invece, affidata alla (nuova)

³² Art. 171 WRV: «Le ferrovie [...] passeranno al *Reich* non oltre il 1° aprile 1921».

³³ *Gesetz betreffend den Staatsvertrag über den Übergang der Staatseisenbahnen auf das Reich* del 30 Aprile 1920 (in RGBl. 1920, 773, Nr. 95); cfr. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung*, cit., 159, cui *adde* anche E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Die Weimarer Reichsverfassung*, Bd. VI, rev. Nachdr. der 1. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln, 1993, 1049.

³⁴ E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 1049.

³⁵ La potestà regolamentare in materia era riservata – *ex art.* 91 Cost. – al Governo del *Reich*: sul punto, anche con riguardo al successivo *Eisenbahnverkehrsordnung* del 26 maggio 1928, v. W. APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München, 1946, 157.

³⁶ E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, loc. ult. cit.; cfr. anche U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 27; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 38.

³⁷ Cfr. in proposito E. EYCK, *Storia della Repubblica di Weimar (1918-1933)*, trad. it., Torino, 1966, 316 ss.

³⁸ Sull'applicazione dell'art. 248 del Trattato, relativo all'introduzione di «un privilegio di prim'ordine su tutti i beni dell'Impero e degli Stati tedeschi per l'esecuzione delle riparazioni [...]», alle ferrovie del *Reich* v. S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 38.

³⁹ *Gesetz über die Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft (Reichsbahngesetz)* del 30 agosto 1924 (in RGBl. 1924, II, 272, Nr. 32).

⁴⁰ C. GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, 1997, 190.

⁴¹ Al Governo del *Reich* era riservato il tradizionale *Aufsicht*: sulla separazione tra *Aufsicht* e *Leitung*, nonché sulle eventuali divergenze che tra Governo e società fossero sorte in ordine all'interpretazione della legge, degli atti adottati sulla base della legge e dello Statuto della società cfr. E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 51 s.; ma nei medesimi (pressoché identici) termini già G. FROMM, *Bundesautonomie und Grundgesetz*, in DVBl., 1982, 288 ss., 289.

*Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft*⁴², e cioè ad una società nel cui Consiglio di amministrazione sedevano diciotto membri, nominati per metà dal Governo del *Reich* e per metà dal fiduciario dei creditori⁴³. La legge prescrisse, inoltre, che le obbligazioni ipotecarie dovessero fruttare annualmente il 5% di interessi e che la somma corrispondente fosse consegnata al fiduciario dei creditori a titolo di riparazione⁴⁴. In questo modo, si disse, le ferrovie tedesche divennero il «giocattolo» delle forze politiche straniere utilizzato per compiere «il saccheggio internazionale», nonché il «pegno» del capitale sovranazionale⁴⁵.

Nel 1929, sulla base dell'accordo di Ginevra del 16 settembre 1928, un Comitato di esperti presieduto dall'americano *Owen D. Young* elaborò nuove «proposte per un regolamento completo e definitivo del problema delle riparazioni»: il piano *Young* sostituì, quindi, il piano *Dawes*⁴⁶ e sulla base di esso venne anche parzialmente modificata la *Reichsbahngesetz*⁴⁷.

3. (Segue): il Terzo Reich e le leggi del 1937 e 1939

In occasione della dichiarazione del 1933 sulle riparazioni di guerra, *Hitler* annunciò pubblicamente di voler pervenire quanto prima ad una nuova disciplina delle ferrovie⁴⁸, che riconducesse finanche la loro gestione in capo allo Stato: come ogni altro settore («*Lebensbereich*»), persino quello delle ferrovie sarebbe stato da porre al servizio della politica nazionalsocialista⁴⁹ e della *Personalpolitik* del *Führer*⁵⁰. Questa idea – anche in ragione del mutamento delle circostanze relative alle riparazioni di guerra⁵¹ – trovò radicamento in una

⁴² Cfr. W. APELT, *Geschichte*, loc cit.; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 40.

⁴³ E ciò fino al 31 dicembre 1964: cfr. § 5, comma 1, legge cit.

⁴⁴ E. EYCK, *Storia*, cit., 318.

⁴⁵ Le affermazioni appartengono, rispettivamente, a *Gottfried Feder* e *Adolf Hitler*: cfr. sul punto U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 28.

⁴⁶ Sul contesto storico entro il quale maturò il piano e sui contenuti di questo v. per tutti E. EYCK, *Storia*, cit., 549 ss.; cfr. anche K.D. ERDMANN, *Die Weimarer Republik*, München, 1980, 270 ss.

⁴⁷ Cfr. M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031.

⁴⁸ E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 53; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 43; U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 29 s.; M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031.

⁴⁹ Così E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 53 s.; nel 1933 la *Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft* contava quasi 600.000 dipendenti; in coerenza con la politica della *Gleichschaltung*, *Hitler* sciolse i sindacati ferroviari, licenziò i sindacalisti e, con la *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* del 7 aprile 1933, collocò forzatamente a riposo i funzionari ebrei; cfr. anche S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 43, la quale ricorda come, ad esempio, il capitale azionario della *Deutsche Reichsbahn* e le strutture amministrative e il personale delle ferrovie vennero utilizzati per la costruzione e l'organizzazione delle autostrade del *Reich*.

⁵⁰ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 43.

⁵¹ Cfr. H. MOSLER, *Die Änderungen im Statut der Deutschen Reichsbahn und Reichsbank*, in *ZaöRV*, 1937, 457 ss., 458; circa la moratoria sulle riparazioni di guerra proposta nel 1931 dal Presidente degli Stati Uniti d'America *Hoover* (*Hoover-Moratorium*), v. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Ausbau, Schutz und Untergang der Weimarer Republik*, Bd. VII, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1984, 849 ss.; è appena il caso di ricordare come fino a quel momento le ferrovie tedesche avessero già contribuito alle riparazioni con circa 5,6 miliardi di marchi: sul punto M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1031.

legge del 1937⁵², composta di uno scarno preambolo⁵³ e di tre articoli: il primo dedicato alla *Reichsbank*, il secondo alla *Deutsche Reichsbahn* e il terzo all'entrata in vigore della legge. In relazione alle ferrovie si stabilì che la *Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft* tornasse ad essere denominata *Deutsche Reichsbahn*, che tutti i servizi fossero da qualificare come servizi pubblici del *Reich* e che la sede principale dell'amministrazione della società coincidesse con quella del Ministero dei trasporti. La posizione e i compiti del Direttore generale sarebbero stati assunti dal Ministro e quelli dei membri del Consiglio di amministrazione da un Segretario di Stato e dal Direttore ministeriale. La *Deutsche Reichsbahn* fu incaricata di gestire il patrimonio della precedente società ed anche quello del *Reich*, quale patrimonio speciale e secondo le disposizioni recate dalla *Reichsbahngesetz* del 24 marzo 1930 (di modifica della *Reichsbahngesetz* del 30 agosto 1924)⁵⁴. In luogo del precedente Consiglio di amministrazione venne istituito un Consiglio avente funzioni meramente consultive (*Beirat der Deutschen Reichsbahn*): composto da «rappresentanti degli azionisti privilegiati», esso venne incaricato di rilasciare pareri al Ministro nelle «questioni fondamentali e di particolare importanza»⁵⁵. I funzionari delle ferrovie vennero, infine, qualificati «funzionari del *Reich*» e, in virtù di ciò, ad essi furono estese le disposizioni del decreto del 1° febbraio 1935⁵⁶. La legge fu, quindi, modificata nel 1939⁵⁷: con ciò, ogni distinzione tra *Reichsbahn* e *Reich* venne definitivamente meno. Da quel momento, la gestione della *Deutsche Reichsbahn* avrebbe dovuto corrispondere al «bene del popolo tedesco» ed essere posta al servizio delle «esigenze imperative della difesa»⁵⁸.

4. Il sistema ferroviario tedesco secondo la *Grundgesetz* del 1949: il riparto della competenza legislativa tra *Bund* e *Länder* (e le modifiche costituzionali del 1993 e del 2006)

Il sistema ferroviario tedesco è, oggi, disciplinato dalla *Grundgesetz* del 1949⁵⁹; e ciò anzitutto dal punto di vista del riparto della competenza legislativa tra *Bund* e *Länder*.

Originariamente, e diversamente da quanto stabilito dalla Costituzione di *Weimar* del 1919⁶⁰, la Legge fondamentale di *Bonn* assegnava al *Bund* la competenza legislativa esclusiva

⁵² *Gesetz zur Neuregelung der Verhältnisse der Reichsbank und der Deutschen Reichsbahn* del 10 febbraio 1937 (in *RGBl.* 1937, II, 47).

⁵³ Il preambolo fa riferimento alla dichiarazione resa dal *Führer* il 30 gennaio dello stesso anno davanti al *Reichstag*; secondo *Hitler*, occorre privare le ferrovie (al pari della *Reichsbank*) «del carattere finora avuto e sottoporle alla sovranità del Governo del *Reich*»: sul punto H. MOSLER, *Die Änderungen*, cit., 457.

⁵⁴ Con ciò resto, tuttavia, aperta la questione della possibilità di continuare a qualificare la *Deutsche Reichsbahn* quale «*juristische Person*»: così S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 43; ma su ciò v. già H.-H. WILHELMI, *Staat und Staatseisenbahn. Die Entwicklung der Eisenbahnverfassung in Deutschland*, Freiburg i.B., 1962, 44 ss.

⁵⁵ Sul punto H.-H. WILHELMI, *Staat*, cit., 45.

⁵⁶ *Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ernennung und Entlassung der Landesbeamten* del 1° Febbraio 1935 (in *RGBl.*, I, 73).

⁵⁷ *Gesetz über die Deutsche Reichsbahn (Reichsbahngesetz)* del 4 luglio 1939 (in *RGBl.*, I, 1205).

⁵⁸ Cfr. S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 44.

⁵⁹ Sugli sviluppi delle ferrovie tedesche negli anni 1945-1949, nonché sulla disciplina e l'organizzazione delle stesse nella DDR si rinvia, invece, a S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 45 ss.

sulle «ferrovie federali e il traffico aereo» (*die Bundeseisenbahnen und den Luftverkehr*) (art. 73, n. 6), riservando alla competenza legislativa concorrente del *Bund* e dei *Länder* «le ferrovie» (*Schienebahnen*) che non fossero «federali» e neppure «di montagna» (*Bergbahnen*) (art. 74, n. 23); detta ultima competenza sarebbe stata da esercitare nel rispetto dei presupposti sanciti dall'art. 72 GG e a condizione che sussistesse «un bisogno» dell'intervento da parte dello Stato federale (*ein Bedürfnis*)⁶¹.

Al fine di favorire una innovativa riforma del sistema ferroviario del Paese⁶², che fosse in armonia con il diritto comunitario⁶³, con legge di revisione costituzionale del 20 dicembre 1993⁶⁴ il Parlamento tedesco ha successivamente modificato l'art. 73 GG e collocato la competenza legislativa dello Stato federale sulle ferrovie nel nuovo n. 6a, proponendosi di circoscriverne l'ambito materiale. L'art. 73 GG discorre ora di «ferrovie del *Bund*» (*Eisenbahnen des Bundes*) e non più di «ferrovie federali» (*Bundeseisenbahnen*) e rende una «definizione legale» di ciò che deve essere riservato alla legislazione dello Stato centrale⁶⁵: attribuiti alla competenza legislativa esclusiva del *Bund* risultano essere il «trasporto ferroviario» (*Verkehr von Eisenbahnen*), che «in tutto o in maggior parte» sia riconducibile alla «proprietà» (*Eigentum*) del *Bund*, la costruzione, la manutenzione e il funzionamento delle strade ferrate delle ferrovie del *Bund*, nonché la riscossione delle tariffe relative all'utilizzo di quest'ultime. Contestualmente, la legge di revisione del 1993 ha modificato l'art. 74, n. 23, GG, sostituendo la locuzione «ferrovie che non sono federali» con le parole «ferrovie che non sono del *Bund*». Inoltre, in ragione della riscrittura del riparto della competenza legislativa effettuata con la *Föderalismusreform I* (2006)⁶⁶, le «ferrovie che non sono del *Bund*», pur continuando ad essere ascritte alla competenza legislativa concorrente del *Bund* e dei *Länder*, risultano ora sganciate dal rispetto di qualsivoglia presupposto da parte dello Stato federale, atteso che il *Bund* può intervenire nell'esercizio della competenza su detta materia senza che debba dimostrare alcunché⁶⁷.

⁶⁰ V. *infra* § 2.

⁶¹ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 27 ottobre 1994 (in *BGBL.*, I, 3146); con essa il Parlamento tedesco ha modificato il testo dell'art. 72 GG, stabilendo che l'intervento legislativo del *Bund* potesse darsi solo se necessario (*erforderlich*) e solo se finalizzato a creare condizioni di vita «equivalenti» (e non più uniformi) su tutto il territorio nazionale ovvero a garantire il mantenimento dell'unità giuridica o economica del Paese: su ciò sia consentito rinviare a E. DI SALVATORE, *La potestà legislativa derogatoria dei Länder tedeschi*, in *Germania. Scritti di diritto costituzionale*, Giulanova, 2013, 49 ss., 54 s.

⁶² U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 50 s.

⁶³ Cfr. E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (art. 87 e GG)*, in *DÖV*, 1994, 577 ss., 578, per i quali le (nuove) disposizioni costituzionali non si limitano solo a dare attuazione al diritto comunitario, ma perseguono anche propri obiettivi. In questo senso, il diritto comunitario costituisce, allora, «un programma di base», al di sotto del quale non sarebbe possibile scendere.

⁶⁴ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 20 dicembre 1993 (in *BGBL.*, I, 2089).

⁶⁵ Così S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip und Gemeinwohlorientierung bei der Erbringung von Eisenbahndienstleistungen. Zum Verhältnis von Art. 87e III und IV GG*, Berlin, 2006, 36; R. SANNWALD, *Art. 73*, in *Kommentar zum Grundgesetz*, a cura di H. Hofmann-A. Hopf auf, 11. Aufl., Köln-München, 2008, 1509 ss., 1528; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 84; E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 82.

⁶⁶ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 28 agosto 2006 (in *BGBL.*, I, 2034).

⁶⁷ Su ciò, se si vuole, v. E. DI SALVATORE, *La potestà legislativa*, cit., 58 ss.

Le nuove disposizioni degli artt. 73 e 74 GG hanno sollevato, invero, non poche perplessità di ordine interpretativo, non risultando di immediata evidenza che cosa debba intendersi con il termine «Eisenbahnen» ed anche che cosa significhi che il *Bund* abbia competenza legislativa sulle «Eisenbahnen», che siano «in tutto o in maggior parte» di sua proprietà⁶⁸. Per una corretta risoluzione del problema, occorre anzitutto sottrarre alla competenza esclusiva dello Stato federale tutto ciò che non può essere ricondotto alla categoria delle «Eisenbahnen», secondo quanto già posto in luce dal Tribunale costituzionale federale con la sentenza sulla *Eisenbahnkreuzungsgesetz* del 15 luglio 1969⁶⁹ (per il giudice costituzionale, il termine «Eisenbahnen» è relativo unicamente a «ferrovie» che utilizzino «un tracciato con rotaie fisse»)⁷⁰, e, in secondo luogo, verificare se sulle «Eisenbahnen» si dispieghi «in tutto o in maggior parte» la «proprietà» del *Bund*, dipendendo l'esercizio della competenza legislativa esclusiva dello Stato federale direttamente da tale condizione.

Da questo punto di vista, la dottrina dubita, invero, che il termine «proprietà» faccia riferimento ad un criterio giuridico meramente “formale” e sostiene, al contrario, che l'espressione «ferrovie del *Bund*» sia in condizione di ricomprendere tutte quelle ferrovie per le quali nella gestione societaria si affermi un controllo preponderante dello Stato federale⁷¹; e ciò anche alla luce di quanto stabilisce l'art. 87e, comma 3, GG⁷². Questa tesi, in ogni caso, troverebbe conferma nella «legge generale sulle ferrovie» del 27 dicembre 1993 (*Allgemeines Eisenbahngesetz*, AEG)⁷³, ove si dice che «le ferrovie o le imprese della Federazione sono

⁶⁸ Per il *Bundesrat*, invero, il riparto della competenza avrebbe dovuto seguire non già il criterio della proprietà, bensì quello della funzione (degli interessi): cfr. BT-Drucks. 12/5015, 9; sul punto E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 82 s.

⁶⁹ BVerfGE 26, 338 ss., 382.

⁷⁰ Su ciò che non può essere ricondotto entro la categoria delle «Eisenbahnen» cfr., per tutti, U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 53.

⁷¹ U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 55.

⁷² V. *infra* § 6.

⁷³ *Allgemeines Eisenbahngesetz* del 27 dicembre 1993 (in BGBl., I, 2378); sui contenuti di tale legge, con la quale si è recata una (completa) riforma del settore ferroviario, in precedenza disciplinato dalla *Allgemeines Eisenbahngesetz* del 29 marzo 1951 (in BGBl., I, 225), v., tra gli altri, W. GERDES, *Die Bahnreform*, Frankfurt a.M., 1994; è appena il caso di precisare che detta legge è stata approvata con la c.d. “Artikelgesetz”, e cioè con la *Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens* del 27 dicembre 1993 (in BGBl., I, cit.), composta di otto articoli, cinque dei quali recanti una (supposta) distinta legge: art. 1 - *Gesetz zur Zusammenführung und Neugliederung der Bundeseisenbahnen*; art. 2 - *Gesetz über die Gründung einer Deutsche Bahn Aktiengesellschaft (Deutsche Bahn Gründungsgesetz - DBGrG)*; art. 3 - *Gesetz über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes*; art. 4 - *Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz)*; art. 5 - *Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)*. Resta, invero, discutibile che le leggi raccolte entro un'unica legge (definita anche *Mantelgesetz*) siano effettivamente tali, come, invece, normalmente si ritiene (cfr. W. KLUTH, *Entwicklung und Perspektiven der Gesetzgebungswissenschaft*, in *Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, a cura di W. Kluth-G. Krings, Heidelberg e a., 2014, 3 ss., 32); diversamente, infatti, dal caso in cui si approvi un “pacchetto legislativo” composto di più leggi collegate, la cui entrata in vigore risulti (solo) sincronizzata (ad es. le leggi relative all'attuazione del Trattato di Lisbona), in questa evenienza, nonostante dottrina e giurisprudenza citino ciascuna legge come se fossero atti normativi autonomi (a ciascuna di esse viene ad es. riferita la data di pubblicazione, il numero del volume e la pagina del BGBl.), l'entrata in vigore sembrerebbe avere ad oggetto solo la legge che tutte le altre raccoglie; e così dicasi anche per le modifiche introdotte successivamente alle leggi ivi contenute; in argomento v. comunque T.M. LACHNER, *Das Artikelgesetz*, Berlin, 2007.

imprese prevalentemente in mano al *Bund* o a una maggioranza di imprese appartenenti al *Bund*⁷⁴. In questo modo, l'interpretazione lata dell'espressione «ferrovie del *Bund*» ha reso possibile la riconduzione entro tale categoria del gruppo «*Deutsche Bahn AG*»⁷⁵ – che ormai opera in tutto il Mondo – e persino dei binari, quando siano (prevalentemente) di proprietà del *Bund*⁷⁶.

5. (Segue): *l'adozione di Rechtsverordnungen da parte dell'Esecutivo, l'approvazione necessaria del Bundesrat e la disciplina della «legge generale sulle ferrovie» (AEG)*

L'art. 80 GG riserva l'esercizio della potestà regolamentare (*Verordnungsrecht*) al Governo federale, a un ministro del *Bund* o ai Governi dei *Länder* e stabilisce che esso sia legittimo solo in virtù di una legge che espressamente autorizzi il potere esecutivo all'adozione di atti normativi secondari, determinandone con «precisione» il «contenuto», lo «scopo» e la «portata»⁷⁷.

Tale potestà, come si vede, non ha – e comunque non ha sempre avuto⁷⁸ – carattere originario⁷⁹; e la *Grundgesetz* ne ammette oggi un esercizio, per così dire, “generalizzato”, e cioè

⁷⁴ Così al § 2, comma 6, della legge: «*Eisenbahnen oder Unternehmen des Bundes sind Unternehmen, die sich überwiegend in der Hand des Bundes oder eines mehrheitlich dem Bund gehörenden Unternehmens befinden*»; sul punto cfr. ancora U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 56; G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, in *Besonderes Verwaltungsrecht. Öffentliches Wirtschaftsrecht*, a cura di D. Ehlers-M. Fehling-H. Pünder, Bd. 1, 3. Aufl., Heidelberg, 2012, 934 ss., 945 (con ulteriori riferimenti legislativi in nt. 62); in relazione al criterio della «*Mehrheit der Stimmrechte*» cfr. M. FEHLING, § 2, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 179 ss., 218.

⁷⁵ Cfr. E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 70 ss.

⁷⁶ U. KRAMER, *Das Recht*, loc. ult. cit.

⁷⁷ Il Tribunale costituzionale federale accorda al sostantivo *Bestimmtheit* (determinatezza) – di cui all'art. 80, comma 2, GG – un significato assolutamente rigoroso, e cioè ritiene che, per due ragioni principali, «contenuto», «scopo» e «portata» della delega debbano essere determinati in modo dettagliato: anzitutto, in ossequio al principio di (stretta) divisione dei poteri (di modo che ogni produzione del diritto «non parlamentare» sia intesa solo quale «deroga» al sistema) (BVerfGE 18, 52 ss., 59); in secondo luogo, in ragione della necessità di respingere ciò che è accaduto nel vigore della Costituzione di *Weimar*, in relazione all'adozione della *Ermächtigungsgesetz* del 24 marzo 1933 (BVerfGE, 2, 307 ss., 331): cfr. A. V. BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen, 2000, 318 s.; v. anche F. OSSENBÜHL, *Rechtsverordnung*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee-P. Kirchhof, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg, 2007, 261 ss., 271 ss.; diff. W. MÖSSLE, *Inhalt, Zweck und Ausmaß. Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung*, Berlin, 1990, 33 ss.

⁷⁸ La Costituzione del 1871 non recava, invero, alcuna disciplina della *Verordnungsgebung*; ciò nonostante, la dottrina dell'epoca riteneva che l'esercizio della stessa non potesse darsi se non dietro espressa delega del Legislatore. Questa conseguenza non era, tuttavia, da ricollegare alla relazione Parlamento/Governo-legge/regolamento tipica dell'età liberale, bensì all'idea che tutto il “diritto” si esaurisse, almeno in via di principio, nella legge. D'altra parte, al tempo, la discussione sui caratteri della “norma” (generalità ed astrattezza) finì per convertirsi presto nella discussione sui caratteri della “legge” (in senso formale/ in senso materiale); e vincente risultò essere la tesi che qualificava le «leggi individuali» non già come «atti amministrativi in forma di legge» (leggi-provvedimento), bensì quali «vere leggi in senso materiale»: cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bismarck und das Reich*, III, 3. wes. überarb. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1988, 913 s. A questi sviluppi, come noto, contribuirono P. Laband (1871), G. Meyer (1888), G. Jellinek (1887) e G. Anschütz (1901), la cui linea di pensiero, in coerenza con il metodo fatto proprio dalla *Staatsrechtslehre* del II Reich, prese le mosse, con molta probabilità, dall'art. 62 della Costituzione prussiana del 1850 (cfr. P. LABAND, *Il diritto del bilancio*, trad. it., Milano, 2007, 20) – ove si dichiarava che «il potere legislativo viene esercitato in comune dal Re o dalle due Camere. L'accordo tra il Re e le due Camere è indispensabile per ogni legge» – e dall'antico postulato (invero più

in via di principio non limitato a materie specifiche⁸⁰, come (almeno) formalmente accadeva nel vigore della Costituzione di *Weimar*⁸¹. La specifica disciplina recata dall'art. 80 GG sarebbe essenzialmente servente alla realizzazione di due scopi concomitanti: dare attuazione/esecuzione alle leggi del Parlamento (*Entlastungsfunktion*) e assicurare, con ciò, che l'esercizio della funzione rispetti il principio di divisione dei poteri e non scada ad arbitrio (*Schutzfunktion*)⁸².

Per quello che qui interessa, l'art. 80, comma 2, GG stabilisce che per l'adozione dei regolamenti del Governo federale (o di un suo ministro), che riguardino le ferrovie del *Bund*, sia conseguito anche l'assenso (*Zustimmung*) del *Bundesrat* (a meno che la legge di autorizzazione non disponga diversamente)⁸³. Nello specifico, l'assenso sui regolamenti è richiesto quando la disciplina investa i «principi fondamentali» (*Grundsätze*) concernenti le tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture (*Einrichtungen*) ferroviarie del *Bund* e, più in generale, la costruzione e l'esercizio delle ferrovie⁸⁴.

protestante che illuminista) che tutto il diritto dovesse essere comunque ricondotto alla volontà sovrana dello Stato-persona: dimodoché ogni differenza tra gli atti normativi avrebbe posto, per così dire, solo un problema di “quantità” e mai di “qualità” dell'atto medesimo (e, per questa ragione, si sarebbe potuto sostenere – come effettivamente poi si sostenne – che «*die Rechtsverordnung ist ein materielles Gesetz*»). Ed invero, le Costituzioni adottate dagli Stati dopo il Congresso di Vienna proverebbero come il *Verordnungsrecht* – quand'anche concepito alla stregua di atto normativo di stretta esecuzione delle leggi – possedesse un fondamento autonomo rispetto a quello legislativo (cfr. M. HÖNER, *Die Diskussion um richterliche Prüfungsrecht und das monarchische Verordnungsrecht als Beitrag zur Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit im zweiten deutschen Kaiserreich*, Münster, 2001, 91 ss, ed ivi, 108 ss. le posizioni della dottrina favorevole a tale soluzione; v. utilmente anche B. BUSCH, *Das Verhältnis des Art. 80 Abs. 1 S. 2 zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt*, Berlin, 1992, 79 ss.) e che il problema fosse, semmai, quello di individuare i criteri volti a definire gli ambiti di competenza dell'una fonte rispetto all'altra (sul problema si sofferma W. MÖSSLE, *Inhalt*, cit., 11 s.).

⁷⁹ Sulla qualificazione di tale potestà come «non originaria» cfr. A. HARATSCH, Art. 80, in *Grundgesetz*, a cura di H. Sodan, 3. Aufl., München, 2015, 526 ss., 527; in relazione ai casi previsti dagli artt. 119, 127 e 132, comma 4, GG, discorre di «diritto proprio» dell'Esecutivo all'esercizio della funzione regolamentare A. WALLRABENSTEIN, Art. 80, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di I. v. Münch-P. Kunig, Bd. 2, 6. neubearb. Aufl., München, 2012, 223 ss, 228.

⁸⁰ Il Parlamento, tuttavia, non può autorizzare l'Esecutivo all'esercizio della funzione regolamentare nei casi in cui la GG abbia riservato la disciplina di date materie alla legge: v. in proposito B. BUSCH, *Das Verhältnis*, cit., 113 ss., il quale affaccia, invero, un problema diverso: quello di comprendere chiaramente quando si sia in presenza di una riserva di legge; su ciò la dottrina tedesca parrebbe fortemente divisa.

⁸¹ Cfr. artt. 88 e 91 WRV.

⁸² Così B. BUSCH, *Das Verhältnis*, cit., 108; v. anche *supra* nt. 77; tuttavia, l'esercizio di tale funzione, oltre che necessaria all'attuazione/esecuzione delle leggi, deve dirsi anche servente al decongestionamento dell'attività parlamentare.

⁸³ La legge, invero, può anche prevedere che sia conseguito l'assenso del *Bundestag*, in alternativa o unitamente a quello del *Bundesrat*: cfr. K.-D. SCHNAPPAUFF, Art. 80, in *Grundgesetz Handkommentar*, a cura di D. Hömig, 10. Aufl., 2013, 538, 542, ed ivi anche riferimenti di giurisprudenza costituzionale.

⁸⁴ Sui tre «gruppi di casi» per i quali è dovuto l'assenso del *Bundesrat* v. R. SCHOLZ, *Die Zustimmung des Bundesrats zu Rechtsverordnungen des Bundes*, in *DÖV*, 1990, 455 ss., il quale osserva che si tratta, di fatto, della maggior parte dei regolamenti emanati dal *Bund* (p. 456).

Come il Tribunale costituzionale federale ha avuto modo di chiarire, l'atto di assenso investe la disciplina complessiva recata dal regolamento e non solo ciò che realizza le condizioni stabilite dalla legge di autorizzazione⁸⁵.

Discussa resta, comunque, ancor oggi la *ratio* della previsione costituzionale, e cioè se l'assenso sia dovuto al fine di accordare al *Bundesrat* una sorta di diritto di «sanzione» (*Sanktionskompetenz*) oppure un «diritto di veto» (*Vetorecht*) rispetto alle determinazioni dell'Esecutivo⁸⁶. Quale che sia la soluzione da accogliere, resta il fatto che, rispetto alla forma di Stato odierna, un diritto di questo tipo tende a giustificarsi più per ragioni storiche che sulla base di esigenze concrete ed obiettive⁸⁷.

Il mancato assenso da parte del *Bundesrat* pone termine al procedimento di adozione dell'atto⁸⁸, essendo escluso che, in questo caso, possa ricorrersi al tentativo di conciliazione previsto espressamente per l'approvazione delle leggi federali⁸⁹. A fronte di un eventuale diniego da parte del *Bundesrat*, l'Esecutivo avrebbe, quindi, dinanzi a sé una sola alternativa: avviare *ex novo* il procedimento di approvazione del regolamento o rinunciarvi per sempre, sebbene in questo ultimo caso – proprio in ragione di una inesistente autonoma legittimazione dell'Esecutivo all'esercizio della funzione normativa – la mancata adozione del regolamento si porrebbe in violazione della volontà espressa nella legge di autorizzazione (e per conseguenza dell'art. 80 GG)⁹⁰.

Per ovviare a questo epilogo, invero, il *Bundesrat* ha quasi sempre finito per anticipare al Governo la propria posizione in ordine all'atto normativo da emanare, subordinando, di fatto, il rilascio della *Zustimmung* all'accoglimento di talune modifiche (c.d. *Maßgabebeschuß*)⁹¹; soluzione ritenuta dalla dottrina perfettamente legittima⁹², sul presupposto che, anche in

⁸⁵ BVerfGE 8, 274 ss., 294 s.; 24, 184, 191 s., ove il Tribunale costituzionale precisa che i regolamenti adottati sulla base di leggi federali soggette ad approvazione necessaria (*Zustimmungsgesetze*) richiedono sempre l'assenso del *Bundesrat*: legge e regolamento costituiscono, in questo caso, una «unità normativa».

⁸⁶ F. OSSENBÜHL, in *AöR*, Bd. 99, 369 ss., 390 ss.

⁸⁷ Cfr. ancora artt. 88 e 91 RWV.

⁸⁸ Cfr. ancora R. SCHOLZ, *Die Zustimmung*, cit., 456.

⁸⁹ Cfr. Art. 77, comma 2a, GG; per dettagli ulteriori sulle conseguenze derivanti dalla mancata *Zustimmung* del *Bundesrat* v., per tutti, J. KERSTEN, Art. 77, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di T. Maunz-G. Dürig, München, 2012, 1 ss., 92 s.

⁹⁰ Ma la dottrina sembra ritenere che tale obbligo ricorra solo in alcuni casi: cfr. R. SCHOLZ, *Die Zustimmung*, cit., 458.

⁹¹ C. RIESE, *Der Maßgabebeschuß des Bundes Bundesrates bei zustimmungsbedürftigen Rechtsverordnungen*, Bonn, 1992, *passim* e 73, il quale riferisce che dal 1° gennaio 1978 al 20 dicembre 1990 il *Bundesrat* ha dato il suo assenso su 1564 regolamenti e che, tuttavia, in 666 casi l'approvazione è stata subordinata al rispetto di date condizioni; cfr. anche R. SCHOLZ, *Die Zustimmung*, cit., 457; B. REMMERT, Art. 80, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di T. Maunz-G. Dürig, cit., 2013, 1 ss., 147.

⁹² *Contra*, tuttavia, J. JEKEWITZ, *Mehr politische Kontrolle bei Rechtsverordnungen durch Änderung des Art. 80 GG*, in *RuP*, 1993, 20 ss.; per parte sua, il Tribunale costituzionale federale ha sostenuto che l'assenso non possa contenere per il Governo condizioni ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge: cfr. sul punto v. anche R. SCHOLZ, *Die Zustimmung*, cit., 457 ss., il quale osserva che la condizione posta anticipatamente dal *Bundesrat* finisce per vincolare la successiva *Zustimmung*: il che porrebbe un problema ulteriore qualora i «rapporti di maggioranza» in seno all'organo dovessero essere nel frattempo mutati (p. 460).

questo, il Governo sarebbe libero di accogliere le indicazioni fornite dal *Bundesrat*, le quali non potrebbero comunque contraddire le condizioni fissate nella legge di autorizzazione. Oggi, comunque, il problema parrebbe superato, in ragione della modifica apportata all'art. 80 GG nel 1994⁹³: il comma 3 di detto articolo attribuisce in capo al *Bundesrat* – per le ipotesi in cui sia previsto il rilascio della *Zustimmung* – la possibilità di sottoporre al Governo proposte per l'adozione dei regolamenti. Anche in questo caso, dovrebbe, tuttavia, ritenersi che la nuova disposizione costituzionale vieti la presentazione di proposte aventi contenuti derogatori rispetto alla disciplina recata dalla legge di autorizzazione.

La «legge generale sulle ferrovie» del 1993 (AEG) – più volte emendata ormai – tratta dei regolamenti dell'Esecutivo principalmente⁹⁴ al § 26⁹⁵; in esso le numerose autorizzazioni risultano fissate con precisione, in relazione allo scopo (*Zweck*) perseguito dal Legislatore: regolamenti possono essere adottati per tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico del sistema ferroviario, per salvaguardare l'ambiente o proteggere la vita e la salute dei lavoratori, per tutelare i diritti dei viaggiatori e del personale e per dare attuazione al diritto dell'Unione europea⁹⁶. In sintesi, la legge prescrive quanto segue: 1) autorizzato all'adozione dei regolamenti è il ministero federale dei trasporti, che talvolta è tenuto ad adottarli in accordo o previa consultazione con altri ministeri; 2) sui regolamenti deve sempre conseguirsi l'assenso del *Bundesrat*, tranne quando essi abbiano ad oggetto specificazioni tecniche o specificazioni relative a registri di cui alla direttiva 2008/57/CE⁹⁷; 3) le autorizzazioni si riferiscono unicamente alle ferrovie pubbliche, a meno che la disciplina contenuta nei regolamenti non risulti necessaria al mantenimento dell'unità (*Einheit*) del sistema ferroviario oppure una società che gestisce ferrovie private non utilizzi le infrastrutture ferroviarie pubbliche⁹⁸; in quest'ultimo caso, in relazione a ciò che non risulti ancora disciplinato da un regolamento del Ministero federale, autorizzati all'adozione dei regolamenti sono i Governi dei *Länder*, che possono sia sub-delegare l'esercizio della potestà regolamentare in favore di un singolo Ministero (dello stesso *Land*, si intende) sia provvedervi direttamente con legge (art. 80, comma 4, GG)⁹⁹.

⁹³ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 27 ottobre 1994, cit., che segue di appena dieci mesi circa la revisione costituzionale effettuata nel dicembre 1993, di cui si è dato conto più sopra (cfr. *infra* nt. 64); è appena il caso di precisare che, diversamente da quanto accade nel procedimento legislativo, in ordine alla *Verordnungsgebung* il *Bundesrat* non risulta immediatamente titolare di alcun *Initiativrecht* (nei confronti del *Bundestag*) cfr. R. SCHOLZ, *Die Zustimmung*, cit., 456.

⁹⁴ L'adozione di regolamenti ulteriori risulta, infatti, autorizzata anche in altre parti della legge: v. ad es. il § 28, comma 3, o anche il § 38, comma 2.

⁹⁵ La legge reca due (solo in minima parte) differenti discipline dei regolamenti: l'una che sarà applicabile fino al 13 agosto 2018; l'altra che sarà vigente dal 14 agosto 2018 in poi.

⁹⁶ Cfr. in proposito K. WAGNER, § 26, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 1170 ss., 1177.

⁹⁷ § 26, comma 7.

⁹⁸ Definisce le «ferrovie pubbliche» il § 3 della legge (comma 1); le ferrovie che non possono essere ricondotte a quella definizione sono «ferrovie private» (comma 2): in proposito G. HERMES, § 3, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 225 ss.

⁹⁹ K. WAGNER, § 26, cit., 1191.

6. (Segue): l'amministrazione delle ferrovie come «amministrazione autonoma del Bund»

Con legge di revisione costituzionale del 20 dicembre 1993¹⁰⁰, il Parlamento ha introdotto nel testo della *Grundgesetz* una disciplina *ad hoc* dell'amministrazione delle ferrovie del *Bund*. In questo modo, esso ha voluto sottrarre alla disciplina *generale* dell'amministrazione dello Stato¹⁰¹, e, prima ancora, alla competenza dei *Länder* sull'esecuzione delle leggi federali¹⁰², il settore delle ferrovie della Federazione per assoggettarlo a regole particolari e più incisive. Due ragioni avrebbero favorito questa decisione: da un lato, la necessità di conformare – almeno in parte – l'ordinamento interno al diritto comunitario¹⁰³; dall'altro, l'esigenza di procedere ad una riforma amministrativa meglio rispondente ai bisogni della riunificazione¹⁰⁴. Queste due ragioni hanno trovato, quindi, espressione attraverso tre diverse (ma concomitanti) previsioni volte a: separare l'amministrazione statale dei trasporti ferroviari (e della rete) dall'attività economica delle imprese private, rendere possibile una maggiore concorrenza tra le imprese e valorizzare il trasporto ferroviario locale di persone¹⁰⁵.

L'art. 87e GG, comma 1, stabilisce che «l'amministrazione dei trasporti ferroviari su ferrovie del *Bund* (*Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes*) (sia) organizzata come amministrazione autonoma del *Bund*» (*i.e.*: amministrazione *diretta*). Questa previsione, che, come si è detto, si pone in deroga sia alla disciplina “generale” dell'amministrazione del *Bund* sia al normale riparto della competenza tra *Bund* e *Länder* circa l'esercizio delle funzioni amministrative¹⁰⁶, può essere derogata, a sua volta, solo entro i limiti fissati dal medesimo articolo, e cioè a condizione che una legge federale, approvata con l'assenso del *Bundesrat*¹⁰⁷,

¹⁰⁰ V. *infra* nt. 64.

¹⁰¹ Artt. 86 e 87 GG.

¹⁰² Cfr. Art. 83 GG; cfr. in proposito R. UERPMMANN-WITZACK, Art. 87e, in *Grundgesetz Kommentar*, a cura di I. v. Münch-P. Kunig, cit., 463 ss., 470: «Art. 87e Abs. 1 S. 1 trifft als *lex specialis* zu Art. 83 eine Entscheidung für die *bundeseigene Verwaltung*»; ma in questo modo si deroga anzitutto alla regola posta dall'art. 30 GG: cfr. S. POMMER, *Bahnreform und Enteignung. Die Rückkehr der privatbegünstigenden Enteignung im Eisenbahnwesen*, Berlin, 2002, 48; sul rapporto tra competenza generale dei *Länder* all'esercizio delle funzioni statali e competenza generale degli stessi all'esecuzione delle leggi del *Bund* v. per tutti C. HEITSCH, *Die Ausfuhrung der Bundesgesetze durch die Länder*, Tübingen, 2001, 176 ss.

¹⁰³ V. *infra* § succ.

¹⁰⁴ Su ciò E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 578; ma v. anche R. UERPMMANN-WITZACK, *Verkehr*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee-P. Kirchhof, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, 783 ss., 801: «*Hauptmotiv der Reform war die Hoffnung, die Deutsche Bahn sanieren und den Bundeshaushalt entlasten zu können*».

¹⁰⁵ K. RUGE, Art. 87e, in *Kommentar zum Grundgesetz*, a cura di B. Schmidt-Bleibtreu-H. Hofmann-H.-G. Henneke, 13. Aufl., Köln, 2014, 2082 ss., 2083 s.; con conclusioni leggermente diverse, invece, R. UERPMMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 467.

¹⁰⁶ V. poco più sopra *sub* nt. 102; occorre però anche ricordare come l'art. 143a GG, che attribuisce al *Bund* la competenza legislativa esclusiva su «tutte le questioni» relative alla trasformazione dell'amministrazione delle ferrovie del *Bund*, riserva allo stesso la competenza all'esecuzione delle leggi adottate, senza contemplare la possibilità di un trasferimento dell'esercizio delle funzioni amministrative in capo ai *Länder*; su questa previsione v. S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip*, cit., 76 s.

¹⁰⁷ Art. 87e, comma 5, GG.

trasferisca in capo ai *Länder* i compiti relativi all'amministrazione dei trasporti ferroviari¹⁰⁸. Nel qual caso, essa sarà da intendere come amministrazione «autonoma» dei *Länder*¹⁰⁹. Da questo dovrebbe anche concludersi che resti preclusa la possibilità di un esercizio *indiretto* dell'amministrazione dei trasporti ferroviari, attraverso «Enti o Istituti di diritto pubblico direttamente dipendenti dallo Stato federale», secondo l'alternativa posta dall'art. 86 GG; e ciò proprio in ragione del fatto che l'art. 87e, comma 1, GG, faccia riferimento unicamente alla «amministrazione autonoma del *Bund*» ovvero unicamente alla «amministrazione autonoma dei *Länder*», qualora il Parlamento attribuisca a questi ultimi (con legge federale soggetta ad approvazione necessaria del *Bundesrat*) l'esercizio delle funzioni amministrative: *tertium non datur*¹¹⁰.

Ciò chiarito, e fermo restando il collegamento con la nozione legale di cui all'art. 73, n. 6a, GG¹¹¹, il problema è, tuttavia, comprendere cosa debba intendersi con l'espressione «amministrazione dei trasporti ferroviari su ferrovie del *Bund*» (*Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes*). Sul punto, e in linea con lo spirito della riforma, la dottrina ritiene che detta locuzione, pur abbracciando un ampio novero di oggetti¹¹², vada riferita solo a quelle attività di amministrazione «materiale»¹¹³, che siano espressione tipica di esercizio di

¹⁰⁸ Per M. FEHLING, *Einführung (C). Das deutsche Eisenbahnrecht im Überblick*, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 99 ss., 104, e per la dottrina ivi citata, un trasferimento «complessivo» dell'amministrazione ferroviaria in capo ai *Länder* sarebbe costituzionalmente illegittimo. È appena il caso di precisare che competenti a dare esecuzione ad eventuali leggi federali su ferrovie che non ricadano entro la categoria «ferrovie del *Bund*» restano comunque i *Länder*; d'altra parte, però, l'art. 87e, comma 2, GG attribuisce al *Bund* la possibilità di assumere con legge i compiti relativi all'amministrazione dei trasporti ferroviari che oltrepassino l'ambito delle ferrovie del *Bund*: su ciò v. R. UERPMANN-WITZACK, *Art. 87e*, cit., 472; cfr. anche K. GRUPP, *Eisenbahnaufsicht*, cit., 593, che richiama il § 3, comma 7, AEG e il § 3, comma 1, n. 2, BEVVG (*Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz* del 21 dicembre 1993 (in *BGBL*, I, 2378, 2394)); K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2088, con riguardo alle «*Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Sitz im Ausland*» (ma v. anche § 5, comma 3, AEG).

¹⁰⁹ Diversamente da quanto previsto, invece, dall'art. 87d sul trasporto aereo, dove il trasferimento dei compiti in capo ai *Länder* apre solo ad una «amministrazione delegata».

¹¹⁰ Ma sembrerebbe non essere questa l'opinione della dottrina, che ritiene, invece, che persino nell'amministrazione dei trasporti ferroviari possa ricorrersi al modello dell'amministrazione *indiretta*: cfr. S. POMMER, *Bahnreform*, cit., 46 ss., 50; R. UERPMANN-WITZACK, *Art. 87e*, cit., 470, che considerano l'art. 87 GG come finalizzato solo ad una mera suddivisione della competenza tra apparato amministrativo del *Bund* e Enti di diritto pubblico direttamente dipendenti dal *Bund* (e ciò in relazione all'alternativa posta dall'art. 86 tra «amministrazione diretta» e «amministrazione indiretta»); trattasi di una posizione dottrinale, che forse risente di un orientamento del Tribunale costituzionale federale, per la verità niente affatto cristallino, con il quale si è qualificata l'amministrazione indiretta del *Bund* come «amministrazione autonoma in senso lato»: cfr. BVerGE, 63, 1 ss., 36.

¹¹¹ V. *infra* § 4.

¹¹² Cfr. ad es. J. WIELAND, *Art. 87e*, in *GrundgesetzKommentar*, a cura di H. Dreier, Bd. III, 2. Aufl., Tübingen, 2008, 281 ss., 291: il «trasporto di persone e di cose», così come le «infrastrutture necessarie»; K. GRUPP, *Eisenbahnaufsicht*, cit., 592: «la fornitura di servizi di trasporto ferroviario e il funzionamento di una infrastruttura ferroviaria».

¹¹³ K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2086; E. SCHMIDT-ARSMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 583, per i quali il significato restrittivo della locuzione resterebbe confermato finanche dal tenore letterale dell'art. 80, comma 2, GG, che fa riferimento ai principi fondamentali concernenti le tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture ferroviarie del *Bund* (v. *infra* § 5).

potestà pubblica¹¹⁴, come è nel caso delle funzioni esercitate dalla polizia ferroviaria (*Bahnpolizei*)¹¹⁵. D'altra parte, è questa anche l'interpretazione resa dal Tribunale costituzionale federale, il quale, nel fissare i contenuti dell'attività amministrativa delle ferrovie del *Bund*, ha apertamente utilizzato l'espressione «compiti sovrani»¹¹⁶. Si aggiunga, infine, che entro la «amministrazione dei trasporti ferroviari» devono essere ricondotte anche le attività di ampliamento e di manutenzione della rete delle ferrovie del *Bund*, di cui all'art. 87e, comma 4, GG¹¹⁷.

L'organizzazione dell'amministrazione dei trasporti ferroviari del *Bund* è disciplinata dalla legge federale sull'amministrazione ferroviaria del 1993 (BEVVG) nel modo che segue: le funzioni relative sono esercitate dal Ministero federale per il trasporto e l'infrastruttura digitale solo in via residuale¹¹⁸, e cioè solo qualora non sia diversamente stabilito dalla stessa legge¹¹⁹; la maggior parte delle funzioni è attribuita alla competenza dell'*Eisenbahn-Bundesamt* (§ 3)¹²⁰ ed anche della *Bundesnetzagentur* (§ 4, comma 1)¹²¹; le funzioni esercitate dal Ministero possono essere trasferite in capo all'*Eisenbahn-Bundesamt* se un atto regolamentare, che non necessita dell'approvazione del *Bundesrat*, lo stabilisce (§ 1, comma 1); è previsto, inoltre, e al di là dei dubbi che si sono espressi più sopra circa il ricorso a soluzioni siffatte, che le funzioni amministrative possano essere trasferite, in tutto o in parte, anche ad Enti pubblici o privati,

¹¹⁴ M. FEHLING, *Einführung*, cit., 103; M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1036, il quale discorre di «*Hoheitsfunktionen*» del *Bund*; G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 951.

¹¹⁵ Cfr., tra gli altri, J. WIELAND, Art. 87e, cit., 292; M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1034 ss., che ivi affronta l'ulteriore questione relativa al trasferimento delle funzioni di polizia in capo ai *Länder*, ex art. 87e GG; su ciò v. anche BVerfGE 97, 198 ss., spec. 218 ss.

¹¹⁶ BVerfGE 97, 198 ss., 222: «*Der (...) Begriff der Eisenbahnverkehrsverwaltung umfaßt alle hoheitlichen Ordnungs- und Steuerungsaufgaben (...)*».

¹¹⁷ M. FEHLING, *Einführung*, cit., 104.

¹¹⁸ Di «*eine subsidiäre Zuständigkeit*» discorre G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 983.

¹¹⁹ S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip*, cit., 85.

¹²⁰ L'*Eisenbahn-Bundesamt* è un'autorità amministrativa ferroviaria federale avente sede a Bonn, che, qualificata dalla legge come *independente*, soggiace comunque al controllo del Ministero federale per il trasporto e l'infrastruttura digitale (§ 2, comma 1) (la qual cosa – secondo G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 983, nt. 274 – porrebbe un problema di compatibilità con quanto prescritto per il settore ferroviario dall'art. 30 della direttiva 2001/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001). Tra le molteplici funzioni ad essa assegnate vi rientrano l'approvazione dei piani per i sistemi operativi delle ferrovie federali, il «controllo» sulle ferrovie federali (*Eisenbahnaufsicht*) (controllo – si osserva – che è solo di tipo «giuridico»: cfr. S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip*, cit., 84), la supervisione delle strutture operative, il rilascio e la revoca delle concessioni per l'esercizio delle attività ferroviarie, l'erogazione di fondi finalizzati alla promozione del trasporto ferroviario e alla combinazione di questo con altre modalità di trasporto (§ 3, comma 1).

¹²¹ La *Bundesnetzagentur* è un'autorità federale garante della concorrenza e del mercato per i settori dell'energia elettrica, del gas, delle telecomunicazioni, delle poste e delle ferrovie. Istituita nel 1998 come autorità *independente* per le telecomunicazioni e le poste, essa afferisce alla struttura del Ministero federale dell'economia e della tecnologia, soggiace al controllo del ministero federale per il trasporto e l'infrastruttura digitale (anche in questo caso varrebbe il rilievo svolto alla nota precedente) e dal 1° gennaio 2006 è competente ad esercitare il controllo sul rispetto delle condizioni relative all'accesso alle infrastrutture ferroviarie. Nell'esercizio delle sue funzioni, è affiancata da un Comitato consultivo (*Eisenbahninfrastrukturbeirat*) costituito da nove membri del *Bundestag* e nove membri del *Bundesrat* (§ 35 AEG).

specie in relazione al rilascio dei titoli abilitativi e dei provvedimenti di revoca o sospensione degli stessi. In questo caso, la disciplina corrispondente è rimessa ad un regolamento del ministero federale per il trasporto e l'infrastruttura digitale soggetto ad approvazione necessaria del *Bundesrat*, mentre in ordine al «controllo» sull'esercizio delle funzioni resta ferma la competenza dell'*Eisenbahn-Bundesamt* (§ 1a).

7. (Segue): la gestione delle ferrovie del Bund attraverso imprese private. La responsabilità del Bund sulle attività imprenditoriali concernenti la costruzione e la manutenzione della rete ferroviaria e delle infrastrutture

La direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie, era stata adottata al fine di favorire l'adeguamento delle ferrovie comunitarie alle esigenze del mercato unico e allo scopo di accrescere l'efficienza delle stesse attraverso la garanzia dell'autonomia gestionale delle imprese e la separazione della gestione delle infrastrutture dall'esercizio dei servizi di trasporto. Sebbene l'atto normativo comunitario lasciasse liberi gli Stati di determinare la natura giuridica dell'impresa ferroviaria ed anche del gestore dell'infrastruttura¹²², la legge di revisione costituzionale del 1993 ha introdotto nel testo della *Grundgesetz* una prescrizione sulla privatizzazione della gestione delle ferrovie del *Bund*¹²³, decretando, in questo modo, la fine del modello originariamente presupposto dall'art. 87, comma 1, GG¹²⁴.

L'art. 87e, comma 3, GG prevede, infatti, che le ferrovie del *Bund* siano «gestite da imprese commerciali in forma di diritto privato» e che esse spettino alla proprietà dello Stato se l'attività imprenditoriale comprenda «la costruzione, la manutenzione e l'esercizio della rete ferroviaria»; nel qual caso, tuttavia, lo Stato – sulla base di una legge soggetta ad approvazione necessaria del *Bundesrat* – potrebbe anche cedere quote di proprietà delle ferrovie in favore di imprese private, conservando in esse, tuttavia, una «partecipazione maggioritaria»¹²⁵. Questa disposizione, che non scioglie la diversa questione della misura della partecipazione dello Stato alla gestione delle ferrovie del *Bund* attraverso imprese private¹²⁶, non può dirsi, però, del

¹²² Cfr., per tutti, E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 579 s.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, *Der integrierte Bahnkonzern im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Europa im Wandel. Festschrift für Hans-Werner Rengelin zum 70. Geburtstag am 25. Februar 2008*, a cura di J. Ipsen-B. Stürer, Köln-München, 2008, 357 ss., 358 s.; da ultimo, G. ERMES, *Einführung (B). Unionsrechtliche Grundlagen*, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 63 ss.; H. GERSDORF, *Entregulierung im Eisenbahnsektor. Bestandsaufnahme und systemgerechte Fortentwicklung*, Berlin, 2015, 103.

¹²³ K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2088, il quale discorre di «prescrizione costituzionale sulla privatizzazione dell'organizzazione delle ferrovie del *Bund*».

¹²⁴ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 91.

¹²⁵ K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2090, ritiene non dirimente il criterio della maggioranza di apporto al capitale del *Bund*: che ciò che conta sarebbe il controllo preponderante dell'impresa (*Beherrschung*) da parte della Federazione; su ciò v. anche *infra* § 4.

¹²⁶ Aperta resta, poi, la questione della «forma» societaria dell'impresa (implicitamente) ammessa o esclusa dalla *Grundgesetz*: sul punto v. K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2089.

tutto cristallina, in quanto muove dal presupposto che le ferrovie appartengano alla proprietà del *Bund* – conformemente a quanto chiarito dall'art. 73, lett. 6a, GG – e che, sulla base di detto presupposto, debbano essere gestite da imprese private; se così è, come sembra essere, occorrerebbe, allora, chiedersi a cosa serva precisare subito dopo che dette ferrovie siano di proprietà del *Bund* qualora l'attività concerna «la costruzione, la manutenzione e l'esercizio della rete ferroviaria» (salvo ammettere la facoltà per il *Bund* di cederne, ma solo in parte, la proprietà).

La dottrina ritiene, invero, che tale riferimento, sebbene ambiguo, sia finalizzato non già a ribadire che le ferrovie appartengano alla proprietà della Federazione, bensì a vietare che il *Bund* venda le imprese ferroviarie concernenti le *infrastrutture*, come si ricaverebbe, *a contrario*, dalla frase 3 del medesimo art. 87e, comma 3, GG, ove si limita l'alienazione delle quote di proprietà della Federazione in relazione alle sole imprese di costruzione, manutenzione ed esercizio della *rete* ferroviaria¹²⁷. A questa disposizione, d'altra parte, è connessa anche la previsione posta dal successivo comma 4, che chiede al *Bund* di procedere ad una sorta di “ponderazione degli interessi” coinvolti¹²⁸ qualora decida di cedere quote proprietarie: lungi dal radicare la disposizione costituzionale un diritto soggettivo in capo alle imprese private¹²⁹, in questa evenienza, il *Bund* avrebbe il compito di garantire che nella costruzione e nella manutenzione della rete ferroviaria si tenga anzitutto conto¹³⁰ dell'«interesse generale» e in particolare dei «bisogni dei collegamenti»¹³¹, assumendo su di sé la responsabilità *politica* relativa alle attività imprenditoriali concernenti la costruzione e la manutenzione della *rete* ferroviaria ed anche delle *infrastrutture*¹³²; responsabilità che la disposizione costituzionale del comma 4 vuole sia estesa anche all'offerta dei servizi relativi alla stessa rete, nel senso che il governo federale sarebbe tenuto a garantire che le imprese private assicurino in modo *permanente* servizi di trasporto adeguati¹³³.

¹²⁷ È questa la tesi di E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 582; la dottrina successiva risulta sostanzialmente concorde: cfr. ad es. R. UERPMANN-WITZACK, *Art. 87e*, cit., 475.

¹²⁸ V. però più sotto alla nt. 130.

¹²⁹ Sul punto la dottrina ritiene, infatti, che la disposizione rechi una *Staatszielbestimmung*: cfr. per tutti S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 100, ed ivi, *sub* nt. 206, ulteriore letteratura cit.

¹³⁰ La locuzione «*Rechnung getragen wird*», di cui all'art. 87e, comma 4, GG, richiede, invero, qualcosa di più di un semplice «*berücksichtigen*» (dovere di prestare attenzione, di prendere in considerazione) da parte del *Bund*: così S. POMMER, *Bahnreform*, cit., 133 s.; S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip*, cit., 59; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 101.

¹³¹ Su tale “*Gewährleistungsklausel*” v. E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 583 ss.; M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1032; J. WIELAND, *Art. 87e*, cit., 296; K. RUGE, *Art. 87e*, cit., 2092; M. FEHLING, *Einführung*, cit., 106 ss.; più ampiamente, anche con riguardo alle differenti modalità di attuazione della prescrizione costituzionale, S. WILKENS, *Wettbewerbsprinzip*, cit., 126 ss.; S. POMMER, *Bahnreform*, cit., 127 ss.; S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 98 ss.; E. HEISE, *Die Deutsche Bahn*, cit., 233 ss.

¹³² BVerGE 129, 356 ss.; sul collegamento tra perseguimento dell'interesse generale e attività imprenditoriale concernente le *infrastrutture* v. utilmente G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 954 s.; sullo scopo di perseguimento dell'interesse generale sotteso alle misure di cui al § 11 AEG e, più in generale, sulle implicazioni derivanti dalle disposizioni contenute nel medesimo paragrafo cfr. U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 250 ss.; S. POMMER, *Bahnreform*, cit., 139 s.; cfr. anche BVerwGE 129, 381 ss., p.to 27.

¹³³ R. UERPMANN-WITZACK, *Art. 87e*, cit., 480; ma una lettura diversa è offerta da E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 582 ss., i quali, in relazione alle offerte dei servizi di trasporto, qualificano tale

A garanzia del soddisfacimento della responsabilità del *Bund*, l'art. 87e, comma 4, GG stabilisce che il Legislatore federale intervenga nella disciplina della fattispecie con legge, senza, tuttavia, escludere – così si ritiene – che l'adozione dell'atto normativo possa essere lasciato precedere da un accordo finanziario e di prestazioni stretto con le imprese ferroviarie. Secondo parte della dottrina¹³⁴, questa eventualità sarebbe, però, assai discutibile qualora il Legislatore non si limitasse a recepire tra le disposizioni della legge le singole condizioni dell'accordo, ma lo richiamasse come parte integrante dell'atto: in questo caso – effettivamente concretatosi in via di prassi – si porrebbe, infatti, il problema di comprendere se il Legislatore futuro sia vincolato al rispetto dell'accordo ovvero di capire se, in assenza di riferimenti testuali, la *Grundgesetz* abbia inteso *implicitamente* accordare alla legge considerata una forza normativa peculiare¹³⁵.

8. *Il trasporto ferroviario locale di persone (i compiti dei Länder e il ruolo del Bund)*

Il trasporto ferroviario locale di persone è pacificamente annoverato tra i «mezzi di trasporto pubblico» e ricomprende i collegamenti in città, quelli tra la città e i suoi sobborghi ed anche quelli regionali, quando non superino i cinquanta km o non abbiano una durata di viaggio superiore ad un'ora¹³⁶. Nel caso in cui questi siano economicamente poco significativi dal punto di vista imprenditoriale, ai relativi servizi vi provvedono direttamente i *Länder*¹³⁷.

L'art. 143a, comma 3, GG, introdotto con la riforma costituzionale del 1993, stabilisce, infatti, che l'adempimento dei compiti nel settore del trasporto ferroviario locale di persone, ricondotto per l'innanzi alle ferrovie federali, spetti al *Bund* fino al 31 dicembre 1995 e ai *Länder* dal 1° gennaio 1996 in poi¹³⁸. Questa previsione, volta a trasferire i compiti ai *Länder* e

responsabilità solo come «residuale» (p. 584) e ritengono che il comma 4 contenga una *Übergangsvorschrift* e cioè che vada letto «in una prospettiva dinamica, come disposizione transitoria per la fase della privatizzazione» (p. 582).

¹³⁴ R. UERPMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 482.

¹³⁵ Nel silenzio del testo costituzionale, sarebbe, invero, problematico sostenere che la peculiare forza normativa di un atto normativo, al quale sia affidata la disciplina di una certa materia o di un certo oggetto, possa essere ricavata in via implicita; d'altra parte, se, nel caso di specie, la previsione dell'accordo contrattuale costituisce, come si ritiene, solo una eventualità, ciò dovrebbe essere sufficiente per escludere che la *Grundgesetz* abbia inteso accordare una forza atipica alla legge di cui all'art. 87e, comma 4, GG.

¹³⁶ Cfr. § 2, RegG (v. *infra* nt. 73); sul punto R. UERPMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 480 s.

¹³⁷ R. UERPMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 481.

¹³⁸ All'art. 143a, commi 1 e 2, GG si legge, invece, quanto segue: «1. Il *Bund* ha competenza legislativa esclusiva su tutte le questioni derivanti dalla trasformazione dell'amministrazione propria del *Bund* delle ferrovie federali (*Bundeseisenbahnen*) in imprese commerciali. Trova corrispondente applicazione l'art. 87e, comma 5. I funzionari delle ferrovie federali possono essere assegnati, con legge e con la garanzia del loro stato giuridico e della responsabilità del datore di lavoro pubblico, ad un Ente delle ferrovie del *Bund* organizzato in forma privatistica. 2. All'esecuzione delle leggi di cui al comma 1 provvede il *Bund*; su tale *Kompetenztitel* (competenza legislativa esclusiva del *Bund*), derivante dalla *Übergangsvorschrift* recata dall'art. 143a, comma 1, GG, nonché sulla riconduzione in esso della competenza legislativa alla assegnazione dei funzionari appartenenti alle precedenti ferrovie federali (*Bundeseisenbahnen*) – e, in questa prospettiva, sulla affermazione secondo la quale la disposizione dell'art. 143a, comma 1, fr. 1, GG porrebbe una «disposizione più specifica» rispetto a quella di cui all'art. 73 n. 6 GG – v. U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 58 (ed *ivi*, in nt. 203, ulteriori riferimenti di dottrina circa l'oziosa questione) del «rapporto di specialità» che sussisterebbe con la disposizione dell'art. 73 n. 8 GG, relativa allo stato giuridico

ad assicurare, con legge federale, finanche la *continuità* della responsabilità circa il loro adempimento¹³⁹ attraverso l'esercizio di una funzione di coordinamento dei compiti stessi¹⁴⁰, si collega a quanto disposto dall'art. 106a GG, anch'esso introdotto con la riforma costituzionale citata. Secondo quanto ivi disposto, il *Bund* è tenuto a devolvere in favore dei *Länder* un "contributo" derivante da entrate tributarie proprie, al fine di porre rimedio alla situazione di *deficit* conseguente al trasferimento dei suddetti compiti¹⁴¹; ivi si chiarisce, inoltre, che, ai fini della determinazione della capacità finanziaria di ciascun *Land*, ex art. 107, comma 2, GG, non si debba tener conto del contributo elargito¹⁴². Anche in questo caso, la disciplina dei dettagli è riservata ad una legge federale soggetta ad approvazione necessaria del *Bundesrat*¹⁴³. Con ciò, in tutta evidenza, si introduce una deroga al c.d. *Konnexitätsprinzip* (principio di connessione)¹⁴⁴, di cui all'art. 104a, comma 1, GG, in base al quale il *Bund* e i *Länder* sopportano separatamente le spese derivanti dall'attuazione dei rispettivi compiti¹⁴⁵.

Alla disciplina del trasporto ferroviario di persone si salda, infine, quella che in capo ai *Länder* eventualmente residuasse dal mancato esercizio della *konkurrierende Gesetzgebung* da parte della Federazione, che, come detto più sopra¹⁴⁶, potrebbe in ogni tempo intervenire senza essere tenuto al rispetto di qualsivoglia condizione quando si tratti di ferrovie che non siano del *Bund* («*die nicht Eisenbahnen des Bundes sind*»). D'altra parte, e a prescindere da questa evenienza, fino al 2012 solo quattro *Länder* hanno ritenuto di esercitare la competenza in materia con una propria *Eisenbahngesetz*; in tutti gli altri casi, si è optato, invece, per una

del personale del *Bund* e degli Enti di diritto pubblico direttamente dipendenti dal *Bund*); sul *Beamtenstatus* di cui all'art. 143a GG v. anche M. RONELLENFITSCH, *Privatisierung*, cit., 1036; cfr. anche § 30 AEG e, su ciò, i cenni di S. WILKENS, *Wettbewerb*, cit., 76 s.; più diff. K. WAGNER-S. GERSTNER, § 30, in *Beck'scher AEG-Kommentar*, cit., 1203 s.

¹³⁹ L'art. 143a, comma 3, ult. fr., GG riserva ad una legge federale soggetta ad approvazione del *Bundesrat* la disciplina dell'attuazione dei compiti; U. KRAMER, *Das Recht*, cit., 83, ritiene, se ben inteso, che la «*föderative Sicherung*» di tale responsabilità resti garantita dalla «*Zustimmungsvorbehalt*» disposta in favore del *Bundesrat* in ordine alla legge federale di cui all'art. 87e, comma 5, GG, ove, invero, il riferimento parrebbe essere a quelle leggi (differenti da quella sul trasferimento dei compiti) che abbiano solo «conseguenze sul trasporto ferroviario locale di persone».

¹⁴⁰ Su ciò v. H.-W. ARNDT, *Rechtsprobleme der gemeinschaftlichen Koordinierung und Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs durch Bund, Länder und Gemeinden*, Berlin, 1990; v. anche G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 985, ed ivi il riferimento alle disposizioni della AEG relative alla competenza delle *Landesbehörden*; ritiene che l'esercizio di tale funzione sia conseguenza del «prezzo» che dal punto di vista politico i *Länder* hanno dovuto pagare per quanto «richiesto e ottenuto» con la riforma del sistema ferroviario J. WIELAND, *Art. 87e*, cit., 297.

¹⁴¹ Cfr. R.P. SCHENKE, *Art. 106a*, in *Grundgesetz*, a cura di H. Sodan, cit., 699; cfr. § 5, *RegG*, ove si dispone ora che per l'anno 2016 il contributo del *Bund* è pari ad 8 miliardi di euro e che a partire dal 2017 e fino al 2031 esso sia aumentato annualmente dell'1,8%.

¹⁴² Sulla *Finanzkraft* del *Land* e sulla *Ausgleich* (compensazione) della stessa v. per tutti R.P. SCHENKE, *Art. 107*, in *Grundgesetz*, a cura di H. Sodan, cit., 700 ss., 703; v. anche BVerfGE 101, 158 ss.

¹⁴³ Trattatasi appunto della *RegG* del 27 dicembre 1993 (v. *infra* nt. 73), da ultimo modificata con legge del 23 dicembre 2016 (in *BGBL*, I, 3234).

¹⁴⁴ S. STAMM, *Eisenbahnverfassung*, cit., 114.

¹⁴⁵ Sul quale v. le osservazioni critiche di H. TAPPE, *Die künftige Ausgestaltung der bundesstaatlichen Finanzordnung*, in *DVBl.*, 2013, 1079 ss., 1080.

¹⁴⁶ Cfr. *infra* § 6.

disciplina integrativa delle disposizioni recate dalla AEG, relativa per lo più ai requisiti di sicurezza¹⁴⁷.

9. Conclusioni

Sebbene la *Grundgesetz* dia copertura costituzionale unicamente ai compiti statali relativi alle ferrovie del *Bund*, mentre per altre importanti infrastrutture, specie con riguardo alla responsabilità politica della Federazione, non sarebbero rinvenibili disposizioni analoghe¹⁴⁸, in dottrina si osserva come la disciplina del sistema ferroviario tedesco, recata dall'art. 87e GG, sia espressione di una tendenza volta a fornire soluzioni ai problemi del diritto privato attraverso la «forma giuridica» del diritto pubblico¹⁴⁹. Questa critica si ricollega espressamente all'idea che una Costituzione non dovrebbe occuparsi di ciò che è «autoevidente», bensì affrontare soltanto problemi generali e fornire soluzioni adeguate¹⁵⁰: la disciplina particolareggiata accordata al sistema ferroviario tedesco dalle Carte costituzionali del 1849, del 1871 e del 1919 – si sottolinea¹⁵¹ – era conseguenza di particolari concomitanti condizioni storiche¹⁵²; la disciplina dettagliata recata dalla *Grundgesetz* risulta essere, invece, il frutto di un'unica esigenza: quella di garantire la concorrenza nel mercato, specie a seguito dei ripetuti e sempre più invasivi interventi del diritto europeo¹⁵³ (esigenza che, tuttavia, non sussisterebbe – almeno non nei medesimi termini – per i settori delle poste e delle telecomunicazioni, anch'essi comunque considerati dalla Carta costituzionale)¹⁵⁴. Al tempo stesso, però, altra parte della dottrina, pur ammettendo che la disciplina costituzionale del settore sia foriera di incertezze interpretative (anche in ragione della tecnica legislativa utilizzata) e che, nonostante la riforma del 1993, il quadro normativo interno¹⁵⁵ e gli sviluppi del sistema restino ancora insoddisfacenti (soprattutto in ordine alla posizione dominante mantenuta ancora sul mercato dalla *DB AG*), qualifica come particolarmente proficue le iniziative intraprese sul piano europeo, specie con riferimento alla separazione strutturale delle infrastrutture ferroviarie dal

¹⁴⁷ Per ulteriori ragguagli sul punto G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 954.

¹⁴⁸ E. SCHMIDT-ARMANN-H.C. RÖHL, *Grundpositionen*, cit., 584.

¹⁴⁹ R. UERPMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 483 s.

¹⁵⁰ J. ISENSEE, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, a cura di J. Isensee-P. Kirchhof, Heidelberg, 1988, 156 ss., n. 106.

¹⁵¹ R. UERPMANN-WITZACK, Art. 87e, cit., 484.

¹⁵² Cfr. però G. PÜTTNER, *Die Ursprünge des deutschen Eisenbahnrechts*, in *Planung – Recht – Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999*, a cura di K. Grupp-M. Ronellenfitsch, Berlin, 1999, 467 ss., per il quale la riforma del sistema ferroviario costituirebbe sviluppo logico ed ulteriore della disciplina recata da quelle Carte costituzionali; ivi si aggiunge: «*Das kern des Eisenbahnverwaltungsrechts blieb davon aber unberührt*» (p. 479).

¹⁵³ R. UERPMANN-WITZACK, *op. loc. ult. cit.*; su ciò v. anche la letteratura citata *infra sub nt.* 122.

¹⁵⁴ Su ciò v. per tutti A. HARATSCH, Art. 87f, in *Grundgesetz*, a cura di H. Sodan, cit., 580 ss.

¹⁵⁵ Su questo, anche con riguardo a numerosi problemi pratici sollevati da alcune disposizioni della AEG e con ampi riferimenti alla giurisprudenza di legittimità e di merito, v. U. KRAMER, *Übersicht über die Rechtsentwicklung, in Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVII*, a cura di M. Ronellenfitsch-R. Schweinsberg-I. Henseler-Unger, Hamburg, 2012, 25 ss.



traffico, alla completa apertura del mercato nel settore del trasporto ferroviario di passeggeri, alla semplificazione e al consolidamento dei pacchetti di direttive concernenti il settore¹⁵⁶.

¹⁵⁶ G. HERMES, *Eisenbahnrecht*, cit., 990 s.