

Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato

di Mireille Delmas-Marty
professore al Collège de France, Parigi

Ci sono due modi di vedere l'Europa. Il politologo americano Robert Kagan, descrivendo il ruolo rispettivo degli Stati Uniti e dell'Europa nel nuovo ordine mondiale osserva che tutto avviene come se «americani ed europei avessero cambiato il loro rispettivo statuto» e considera che questa analisi orienta i punti di vista sul valore e sul significato del diritto internazionale e delle istituzioni internazionali: «Quando gli Stati Uniti erano deboli praticavano le strategie delle vie trasversali e della debolezza. Ora che sono forti adottano il comportamento delle nazioni forti»¹ e inversamente accade per l'Europa. In altre parole l'Europa si interessa al diritto perché è debole. Kagan peraltro riconosce che c'è ora anche «un largo fossato ideologico» e che l'Europa ha elaborato «tutto un insieme di ideali e di principi sulla utilità e la legittimità della potenza che differiscono dal modello americano, che rimane estraneo a questa esperienza»².

Ma con la sua «psicologia della potenza e della debolezza» Kagan si limita ad illustrare il proverbio «chi ha un martello vede chiodi dappertutto». Non sembra domandarsi perché si è scavato questo fossato

Traduzione dal testo francese di Edmondo Bruti Liberati

¹ Robert Kagan, *La puissance et la faiblesse, les Etats Unis et l'Europe dans le nouvel ordre mondial*, Plon, 2003, p. 20.

² Robert Kagan, *Op. cit.*, p. 21.

ideologico né perché Paesi, che si erano combattuti fra di loro per secoli, hanno finito per rinunciare al martello per costruire insieme un ordine giuridico comune. Quello che il politologo forse non vede è che la costruzione giuridica europea, che è più avanti della costruzione politica, è una risposta più pratica che ideologica ad una situazione di interdipendenza crescente, particolarmente visibile tra i Paesi d'Europa, ma osservabile anche su scala mondiale.

Il secondo modo di vedere l'Europa è quello di considerare che la costruzione giuridica europea prefigura una nuova concezione di un ordine giuridico mondiale. E che anche il Paese più potente dovrebbe prenderla in considerazione poiché il principio di autonomia dei sistemi di diritto, che è alla base del diritto internazionale classico, è ora direttamente messo in causa dalle situazioni di interdipendenza, nate dalla globalizzazione, che segnano i limiti, giuridici e non solamente politici, della sovranità.

Come sottolinea un altro politologo americano, David Calleo, si devono ormai esplorare le formule a geometria variabile³ che egli analizza in rapporto all'Europa, suggerendo che qui si preannuncia la nascita di una vera forma giuridica nuova (*"a genuinely new political form"*) che potrebbe divenire un esempio efficace di geometria variabile su scala globale (*"should become an efficacious example of variable geometry on a global scale"*)⁴. Insistendo sulla necessità di innovare nella ricerca di un nuovo ordine mondiale, egli conclude sottolineando che la costruzione dell'Europa offre un modello di evoluzione per lo stato-nazione, che egli

³ David P. Calleo, *Rethinking Europe's future*, Princeton University Press, 2001, p. 283 ss.

⁴ *Ibidem*, p. 352.

ritiene “altamente creativo” (“*highly creative evolution of the nation-state*”)⁵.

È proprio questo modello a geometria variabile che io vorrei qui evocare. Se l’espressione “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” appare solo con il Trattato di Amsterdam, la costruzione giuridica europea comincia in realtà sin dai primi trattati, all’indomani della seconda guerra mondiale. L’obiettivo era allora piuttosto economico (ricostruire Paesi devastati dalla guerra) e politico (evitare appunto il ritorno della guerra) che giuridico (elaborare un “ordine” integrato e coerente). È per questo che l’internazionalizzazione è stata fatta attraverso una sorta di *bricolage* diplomatico e burocratico, rivisto e corretto in un secondo momento dai giudici europei. Il metodo rimane pragmatico: i diritti dell’uomo sono riaffermati e rafforzati a partire dal 1950 nel quadro del Consiglio d’Europa, attraverso quel formidabile strumento di armonizzazione costituito dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ma si sono dissociati dall’Europa economica, costruita attorno alle comunità create dai trattati Ceca (Comunità europea del carbone e dell’acciaio), Euratom, Cee (Comunità economica europea) e a partire da tutto un diritto comunitario derivato, al quale l’Unione europea (creata dal Trattato di Maastricht) sovrapporrà diverse forme di cooperazione. Occorrerà attendere la Carta adottata a Nizza nel dicembre 2000 per vedere sistematizzato un assieme di principi che possono fondare una coerenza giuridica propria delle comunità europee: ma solo la futura Costituzione europea trasformerà la Carta in strumento vincolante.

⁵ *Ibidem*, p. 373.

È questa la complessità di un processo che non implica soltanto l'adattamento propriamente detto del diritto interno al diritto europeo, ma include la cooperazione e molteplici forme di interazione, ivi compreso il ritorno al diritto interno (la nozione di margine nazionale, esplicito o implicito, porta ad una rinazionalizzazione del diritto europeo). Questa complessità può apparire come un limite, ma è forse il prezzo da pagare per una costruzione giuridica veramente pluralista e non egemonica. Dunque, solo dopo l'esame critico di questo processo di internazionalizzazione del diritto in Europa tratterò le condizioni nelle quali si può elaborare un pluralismo ordinato.

1. Critica dell'internazionalizzazione

In mancanza di una visione politica chiara, gli obiettivi dell'internazionalizzazione restano confusi ed i metodi incerti.

1.1 Gli **obiettivi** dipendono anzitutto dalle scelte politiche, e per questo la prima difficoltà risiede nell'assenza di leggibilità di queste scelte. Per convincersene basta confrontare il *Libro bianco* sulla *governance* europea con alcune dichiarazioni di responsabili politici. Adottato dalla Commissione europea il 25 luglio 2001, il *Libro bianco* si apre con l'enumerazione di cinque principi della "buona *governance*" (apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza), che si ritiene possano rafforzare i principi di proporzionalità e di sussidiarietà. Affermando che ormai «il modello lineare, che consiste nel decidere da parte dei politici posti al vertice deve essere sostituito da un circolo virtuoso, basato

sull'interazione, sulle reti e sulla partecipazione a tutti livelli, a partire dall'elaborazione delle politiche fino alla loro attuazione», presenta la coregolazione come lo strumento privilegiato di questo nuovo modello. Ma la definizione rimane vaga: associare «misure legislative vincolanti con misure prese dagli attori coinvolti mettendone a profitto la esperienza pratica» per permettere «un migliore rispetto della legislazione, anche quando le regole dettagliate non sono vincolanti». Questa espressione evoca un'autoregolazione da parte degli stessi attori, malgrado i dubbi espressi poco dopo dal commissario Barnier sulla «tentazione del diritto debole», che privilegia i meccanismi di autoregolazione «a rischio di far arretrare la democrazia a profitto del corporativismo»⁶. È vero che il *Libro bianco* sfuma questo proposito, facendo osservare, in un inciso, che la coregolazione «è adatta solo quando diritti fondamentali o scelte politiche importanti non sono in gioco»⁷, ma senza precisare più dettagliatamente i criteri di operatività di questa limitazione, che tuttavia è essenziale.

Dal canto suo, il Presidente della Convenzione incaricata della riforma delle istituzioni e della revisione dei Trattati sembrava avere l'illusione di poter rispondere «alla massa di domande con un di più di semplicità e di efficacia». Egli non ha esitato ad affermare di non aver inteso - nel pieno del dibattito sul *Libro verde* relativo al procuratore europeo - «alcuna richiesta relativa all'estensione delle competenze comunitarie sul piano interno dell'Unione»⁸. Non c'è bisogno di essere giuristi per prevedere che escludere ogni estensione delle competenze comunitarie sovranazionali e favorire il gioco delle norme interstatuali non migliorerà né la semplicità

⁶ M. Barnier, "L'Europe n'aura pas le droit mou", in *Liberation*, 23 aprile 2002.

⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁸ V. Giscard d'Estaing, "La dernière chance de l'Europe unie", in *Le Monde*, 23 luglio 2003.

né la leggibilità della costruzione europea, ma aumenterà la complessità di un sistema che mette in relazione quindici, e fra poco ventisette, sistemi di diritto differenti.

L'illusione politica si traduce inevitabilmente nell'incoerenza e soprattutto nella discontinuità delle pratiche. Il progetto di integrazione, che rimane iscritto nei trattati fondatori delle comunità europee, è difeso dalla Commissione e dal Parlamento, mentre gli Stati, sempre preoccupati di preservare la loro sovranità, privilegiano la cooperazione, a rischio di una evoluzione a zig-zag, come si vede in diversi campi. Accade nel diritto della concorrenza, dove il regolamento di applicazione degli articoli 81 ed 82 del TCE (del 16 dicembre 2002) comporta una nuova ripartizione di potere a favore delle istanze nazionali, proprio quando persistono dubbi sull'efficacia delle limitazioni poste in essere per preservare l'uniformità del diritto comunitario: «non è un paradosso irrilevante - scrive Laurence Idot - poiché non si può volere insieme l'Europa ed il suo contrario»⁹.

Lo stesso accade per il diritto penale, ove la sovrabbondanza allo stesso tempo normativa ed istituzionale porta all'ulteriore paradosso di moltiplicare le norme e le istituzioni, indebolendo la garanzia giudiziaria, dal momento che non vi è un'autorità giudiziaria che controlli veramente gli organi di indagine europei. La moltiplicazione deriva senza dubbio dalla confusione degli obiettivi di cui si è detto sopra: talora si tratta di cooperazione (Europol creato con una convenzione nel 1995, poi i magistrati di collegamento e la Rete giudiziaria europea creati nel 1996 e nel 1998 con lo strumento dell'azione comune, Olaf creata con regolamento nel 1999 ed Eurojust con il Trattato di Nizza nel 2000); talora

⁹ L. Idot, *D.2001*, *DA Chr* 1370.

di armonizzazione (convenzione del 1990 sul riciclaggio, convenzione Pif del 1995 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, decisione quadro sulla contraffazione dell'euro del 2000, decisioni quadro sul mandato di arresto europeo del giugno del 2002 e sul terrorismo del luglio 2002, ecc.); talora di unificazione parziale di regole di procedura penale e di diritto penale sostanziale, proposta nel 1996 con il progetto chiamato *Corpus juris*¹⁰, che comporta la creazione di un procuratore europeo, proposta ripresa dal *Libro verde* della Commissione del dicembre 2001). Ma il paradosso si spiega soprattutto con il clima di esitazioni se non di veri e propri conflitti politici. Se la convenzione Europol ha origine dagli Stati, il progetto di *Corpus juris* è stato promosso dalla Commissione e dal Parlamento europeo; l'Olaf, Ufficio indipendente di lotta antifrode con vocazione sopranazionale (organo rientrante nel primo pilastro), è stato creato dalle tre istituzioni, ma su iniziativa del Parlamento, nel 1999 a seguito delle dimissioni della Commissione Santer; Eurojust, di carattere intergovernativo (terzo pilastro) è stato inserito nel Trattato di Nizza su iniziativa degli Stati preoccupati di contrastare il progetto di procuratore europeo presentato dal Parlamento e dalla Commissione¹¹ con il rischio duplice di fare concorrenza alla Rete giudiziaria europea¹² e di indebolire Olaf favorendo indirettamente la “rinazionalizzazione” delle inchieste sulle frodi comunitarie¹³.

¹⁰ *Corpus juris introducing penal provisions for the protection of the financial interests of the EU*, ed. by M. Delmas-Marty, Economica, 1997; *The implementation of the Corpus juris in the member states of the EU*, ed. by M. Delmas-Marty, J. Vervaele, Intersentia, voll. I-III, 2000, vol. IV, 2002.

¹¹ Comunicazione della Commissione del 19 settembre 2000, ispirata al progetto del *Corpus juris*.

¹² Vedi S. Brammertz e P. Berthelet, *Eurojust et le réseau judiciaire européen: concurrence ou complémentarité?*, RDPC, 2002, 389.

¹³ Vedi *Terzo Rapporto di attività del Comitato di sorveglianza su Olaf, giugno 2002*, GUCE, 2002.

Senza arrivare, come talora si è detto, fino al punto di “sciogliere la Comunità nell’Unione”, comunque questo intersecarsi di istituzioni e di regole a vocazione internazionale (Eurojust, Europol e magistrati di collegamento) e sopranazionali (Olaf ed il futuro procuratore europeo) rimane difficilmente comprensibile, tanto più che si ritrova in diversi altri settori. È così in materia di brevetti, dove coesiste un brevetto “europeo” creato dalla convenzione di Monaco di Baviera, a carattere internazionale, insieme con un progetto di regolamento per l’adozione di un brevetto “comunitario” di natura sovranazionale. Inoltre il Trattato di Nizza ha annunciato la creazione di una sezione del Tribunale di prima istanza specializzata nel diritto dei brevetti, senza precisarne la competenza in rapporto ai due tipi di brevetto.

Nel diritto civile la situazione è differente nella misura in cui la dottrina sembra giocare un ruolo propulsivo dopo la creazione, negli anni Ottanta, della Commissione Lando e la pubblicazione nel 1995-2000 dei principi europei del diritto dei contratti, concepiti per essere, in un primo tempo, semplicemente proposti alle parti e agli arbitri (come una fonte di diritto comune transnazionale, alla stregua dei principi di Unidroit¹⁴), ma anche come punto di partenza di un futuro codice civile europeo. Ufficializzato dalle risoluzioni del Parlamento europeo del 1989 e del 1994 dirette a riavvicinare i sistemi di diritto privato degli Stati membri, il progetto è stato rilanciato con la creazione nel 1999 di un “Gruppo di studio su un Codice civile europeo”¹⁵, che dovrebbe riprendere la parte già elaborata

¹⁴ Vedi *Principles of European contract Law*, part I, 1995; part I and II, 2000; *L’harmonisation du droit européen des contrats*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 2000.

¹⁵ Vedi Ch. Von Bar, *Le groupe d’études sur un code civile européen*, RIDC, 2001, p. 127 ss.

dalla Commissione Lando, ma anche affrontare altre questioni, in particolare il diritto della responsabilità da fatto illecito¹⁶. Ma il dibattito aperto dalla Commissione l'11 luglio 2001, per quanto centrato sul solo diritto dei contratti, indica bene le difficoltà di un intervento che, per essere efficace, dovrà coinvolgere simultaneamente l'Unione europea ed i legislatori nazionali: «senza dubbio potranno derivarne alcuni danni alla ricercata uniformità: sarebbe illusorio pensare che sia possibile evitarli finché l'unità politica non sarà realizzata»¹⁷.

Insomma in luogo di promettere allo stesso tempo di semplificare l'Europa e le sue istituzioni e di favorire il mantenimento delle sovranità nazionali, meglio varrebbe fare fino in fondo la scelta, più realista, di un'integrazione progressiva e pluralista e dunque complessa. Questa complessità, combinando cooperazione ed integrazione, in realtà arriva a sovrapporre i due modelli¹⁸: da una parte il modello lineare, gerarchico e a struttura piramidale, fondato sul principio del primato del diritto comunitario (costruzione sovranazionale); dall'altra il modello circolare, fondato su gerarchie deboli, se non assenti, strutturato in rete e fondato sul principio di sussidiarietà (costruzione internazionale). Poiché sappiamo che questa sovrapposizione è inevitabile, dobbiamo evitare di annunciare una semplificazione, che è all'evidenza impossibile nella fase attuale: è meglio la pedagogia della complessità che la demagogia della semplicità.

¹⁶ Vedi A. de Vita, "Au croisement des itinéraires des droits européens, analyse comparative en matière de responsabilité civile: tentatives et tentations", in *Unifier le droit: le rêve impossible?*, dir. L. Vogel, Università de Paris I, LGDJ 2001, p. 73 ss.

¹⁷ V. Heuzé, *A propos d'une 'initiative européenne en matière de droit de contrats'*, *JCP*, 2002, I.152; vedi anche Ph. Malaurie, *JCP*, 2002, I.110; Y. Lequette, *D.2002*, Chr. 2202.

¹⁸ Vedi F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Faculté universitaires de Saint-Louis, 2002.

1.2. Quanto ai **metodi**, una pedagogia della complessità passa per un'analisi delle vie e dei mezzi di un'internazionalizzazione del diritto evolutiva e a geometria variabile.

Le vie dell'internazionalizzazione, ascendenti (dal diritto interno al diritto internazionale) o discendenti (dal diritto internazionale al diritto interno)¹⁹, si ripartiscono secondo una terminologia fluttuante tra l'armonizzazione (avvicinamento delle norme attorno a principi comuni applicati con un margine nazionale, implicito o esplicito) e l'unificazione (uniformazione delle norme secondo regole comuni identiche, senza alcun margine nazionale). Il diritto comunitario derivato dai trattati mostra in linea di principio la dualità unificazione/armonizzazione attraverso la duplice tecnica dei regolamenti e delle direttive. Ma le pratiche - regolamenti troppo vaghi e direttive troppo precise - hanno offuscato questa distinzione ed il controllo esercitato dalla Corte di giustizia delle comunità europee è in definitiva, in un caso come nell'altro, la chiave dell'integrazione. Dal canto suo la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha che un'influenza indiretta, attraverso le condanne, sul processo di integrazione europea, ma il controllo della Corte è anch'esso determinante, dal momento che la distinzione tra armonizzazione ed unificazione è indirettamente consacrata dalla nozione di margine nazionale di apprezzamento riconosciuto molto presto dalla Commissione e successivamente dalla Corte, ma solo in alcuni campi e con una ampiezza variabile²⁰.

¹⁹ Vedi *Vers des principes directeurs internationaux du droit pénal, Le processus d'internationalisation du droit*, dir. M. Delmas-Marty, vol. VII, MSH, 2001.

²⁰ M. Delmas-Marty, M.L. Izorches, "Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit", in *RIDC*, 2000, n. 4 ed anche in *Mc Gill Journal*, 2001, vol. 46, p. 5 ss.

Resta il fatto che la scelta tra le due vie è lasciata largamente all'arbitrio del legislatore comunitario o del giudice cui è rimessa l'interpretazione di norme, nel migliore dei casi imprecise e nel peggiore incoerenti. Questo può spiegare in parte la diffidenza degli Stati e dei cittadini verso un'integrazione giuridica che riesce, per esempio, ad unificare sin nei minimi dettagli la composizione dei formaggi, ma non è in grado di armonizzare le pene applicabili all'omicidio e all'omicidio aggravato, con il rischio di compromettere l'extradizione da uno Stato all'altro della Comunità europea²¹.

Quanto ai *mezzi*, una delle difficoltà della costruzione europea deriva precisamente dal fatto che l'internazionalizzazione utilizza simultaneamente tutti i mezzi disponibili: quelli del diritto sopranazionale derivato dei trattati, ma anche quelli del diritto internazionale, con tutto ciò che questo comporta in termini di negoziazione, compromesso ed infine ambiguità. Il diritto internazionale, lungi dallo scomparire, si è anzi arricchito, al di là dello strumento tradizionale delle convenzioni multilaterali, di nuovi strumenti, quali l'azione comune o la decisione quadro. I pilastri istituiti dal Trattato di Maastricht si riteneva chiarissero la situazione distinguendo rispetto al diritto comunitario sopranazionale (primo pilastro), il diritto internazionale dell'Unione europea (secondo e terzo pilastro). Ma lungi dal semplificare l'immagine dell'Europa, i pilastri hanno confuso l'immagine e il gioco delle "passerelle" ha falsato la distinzione, tanto che il Trattato di Amsterdam ha "comunitarizzato" alcune materie e ha previsto che la Corte di giustizia delle comunità

²¹ Ciò è avvenuto nel 2000 nel caso *Rezzala* tra Portogallo e Francia.

europee possa essere competente nelle materie che rientrano nel terzo pilastro.

Gli sviluppi più recenti hanno ancora contribuito alla confusione, ad esempio introducendo misure di armonizzazione nell'ambito del terzo pilastro (decisione quadro del giugno 2002 sulla procedura di estradizione, ribattezzata "mandato di arresto europeo"), o comunitarizzando le regole relative al riconoscimento e all'esecuzione dei giudicati in seno all'Unione europea, sia in materia civile e commerciale sia in materia matrimoniale, dal momento che i due regolamenti che si sono sostituiti alle convenzioni Bruxelles I e Bruxelles II mirano all'obiettivo di sopprimere la procedura di *exequatur*²².

In conclusione, se gli Stati hanno la tendenza, a livello politico, a sostituire la cooperazione all'integrazione, si può trovare anche, a livello giuridico, la tendenza opposta, attraverso una integrazione mascherata da cooperazione. Proprio per evitare che la complessità crescente del diritto in Europa si traduca nell'incoerenza del diritto scritto e nell'arbitrio dei giudici è necessario tentare di definire le condizioni di un vero ordine giuridico pluralista.

2. Le condizioni di un pluralismo ordinato

Pluralismo ordinato: i due termini sembrano a prima vista antinomici. In effetti nella concezione classica di Santi Romano²³, il pluralismo

²² Ch. Bruneau, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'union européenne*, JCP, 2001, I, 314.

²³ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918.

giuridico si limita a giustapporre ordini differenti; all'opposto la nozione di ordinamento giuridico evoca una forte integrazione normativa che sembra escludere le differenze. Pertanto il pluralismo rinvia al relativismo, mentre l'idea di un ordine giuridico comune rinvia ad una visione di ispirazione universalista, che preannuncia la unificazione del diritto. Nell'epoca in cui la società si internazionalizza, a scala europea, ma anche planetaria,²⁴, ciascuna di queste concezioni presenta un rischio: il relativismo, che privilegia il diritto inter-nazionale e rifiuta ogni idea di integrazione, rischia di condurre ad una frattura nell'ambito dei diritti dell'uomo e/o ad una privatizzazione delle norme nel settore economico, già largamente transnazionale; ma l'universalismo può condurre all'imperialismo, attraverso l'estensione egemonizzante del sistema più potente e/o all'arbitrio di un'integrazione preparata dai funzionari europei o imposta dai giudici, senza un vero controllo democratico.

A condizione di dotarsi dei mezzi necessari²⁵, la costruzione europea potrebbe ridurre questo duplice rischio e contribuire così a concepire un'internazionalizzazione più innovativa : né relativista, né universalista, ma pluralista e tuttavia ordinata, alla confluenza del diritto internazionale e del diritto comparato.²⁶ Per questo ho la convinzione che occorre se non

²⁴ M. Delmas-Marty, *La mondialisation du droit: chances et risques*, D., 1999, Chr.43; Id., *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation*, D., 2000, Chr. 421; Id. *Toward a truly common Law, Europe as a laboratory for legal pluralism*, Cambridge University Press, 2002.

²⁵ Vedi, in particolare sul metodo dei "case books for a common law of Europe", W. van Gerven, J. Lever, P. Larouche, G. Viney, *Tort law, scope of protection. Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*, Hart publications, 1998; W. van Gerven, "L'harmonisation du droit des contrats en Europe, rapport introductif" in *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, cit., p. 3 ss

²⁶ Vedi L. Amede Obadia, *Toward an auspicious reconciliation of international and comparative analyses*, *The American Journal of comparative law*, 1998, vol. 46, p. 669 ss.; B. Fauvarque-Casson, "Comparative law and the conflict of law: allies or enemies? New perspectives on an old couple", *The American Journal of comparative law*, 2001, vol. 49, p. 407 ss.

riconciliare gli irriducibili eurofili ed eurofobi poiché «la vita del diritto esige sempre che ci siano conservatori e progressisti e che essi siano in conflitto»²⁷, almeno riconoscere che la complessità della costruzione europea spinge a prendere sul serio gli uni e gli altri: con gli eurofili sostengo la possibilità di norme veramente comuni, concepite attraverso una sorta di ibridazione dei differenti sistemi nazionali, come la commissione Lando ha cercato di fare nel diritto dei contratti ed il gruppo del *Corpus juris* nel campo del diritto penale; mentre dagli eurofobi io traggo la necessità di una resistenza, che porta a riconoscere un margine nazionale di apprezzamento, sostituendo l'armonizzazione all'unificazione.

2.1. L'**ibridazione**, o incrocio dei sistemi è la condizione di un'integrazione pluralista, ma non è possibile se non alla condizione che nessun Paese imponga il suo sistema agli altri. Anche al tempo dello *Jus commune*, quando il modello romano-canonico sembrava dominare la cultura giuridica europea, la *common law* si costruiva in Inghilterra come la "Legge del Regno" alla confluenza della regola monastica e del diritto romano-canonico che i monaci inglesi andavano a studiare a Bologna.²⁸ Non dimentichiamo che il celebre Decreto di Graziano che ha retto il diritto canonico fino al 1917 si intitolava "concordanza dei canoni discordanti". Se l'ibridazione giuridica è così fortemente inscritta nella tradizione europea, *a fortiori* dovrebbe essere così oggi quando l'Europa

²⁷ Ph. Malarie, *JCP*, 2002, cit.

²⁸ Vedi A. Boureau, *La loi du Royaume, les moines, le droit et la construction de la nation anglaise*, Les Belles Lettres, 2001, p. 151 ss.; sulla complessità dell'interazione tra diritto canonico e diritto romano vedi p. 217: «i benedettini mimano la costruzione giurisprudenziale del diritto canonico, mentre i cistercensi costruiscono la loro indipendenza su una imitazione delle Istituzioni di Giustiniano».

ha la possibilità di conoscere una situazione storica nuova, che sembra metterla al riparo da ogni tentazione di egemonia giuridica: certamente la maggior parte dei “grandi Paesi” ha conosciuto questa tentazione, in un momento o in un altro, ma tutti hanno fallito e la costruzione attuale sarà accettata solo se sarà sufficientemente pluralista per non essere assimilata ad un nuovo imperialismo. Il diritto comparato è necessario per porre in evidenza non solo le convergenze che conducono in qualche modo naturalmente verso un diritto comune, ma soprattutto le divergenze che chiamano ad un lavoro più difficile di sintesi, consentito dall’ibridazione.

Questa strada presuppone l’adozione di un linguaggio comune, ma va al di là, comportando l’esigenza di aggiornare le relazioni che strutturano questo linguaggio secondo modelli differenti da un Paese all’altro, in qualche modo la loro grammatica. Farò un solo esempio, quello della celebre contrapposizione tra procedura accusatoria e procedura inquisitoria.²⁹ Per comprenderla occorre anzitutto riuscire a parlare un linguaggio comune, indipendente dai sistemi nazionali, per designare gli attori della procedura (parte che promuove l’azione penale, accusato, giudice) ed i poteri che guidano lo svolgimento del processo (notizia, investigazione, prova, accusa, contraddittorio, coercizione, scelta della procedura e decisione); poi occorre individuare la “grammatica” propriamente detta, che permette di collegare attori e poteri, secondo linee che determinano i due modelli. Da una parte il modello accusatorio che conferisce agli attori la maggior parte dei poteri, dalla notizia del reato alla

²⁹ Vedi *Procédures pénales d’Europe*, dir. M. Delmas-Marty, PUF, 1995, di cui è in corso di pubblicazione la traduzione inglese presso Cambridge University Presse a cura di J. Spencer e M. Delmas-Marty, con un nuovo capitolo introduttivo di John Spencer; traduzione italiana a cura di M. Chiavario, *Procedure penali d’Europa*, Padova, Cedam, 2001, 2^a ed.

scelta della procedura (*guilty plea* e *plea bargaining*), passando attraverso la ricerca delle prove (al punto da escludere, salvo eccezioni, l'*hearsay*). D'altra il modello inquisitorio che privilegia, in modo diametralmente opposto, gli attori pubblici ed in particolare l'emblematico giudice istruttore, che ha funzioni insieme investigative, come la polizia (indagini per formare nella fase preparatoria un fascicolo scritto da trasmettere al giudice del giudizio) e giurisdizionali (in particolare decidendo sulle limitazioni della libertà personale).

Divergenze così forti escluderebbero ogni tentativo di ibridazione se lo studio comparativo non mostrasse un'evoluzione convergente, sotto la duplice influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (ove, incidentalmente, emerge che ciascun modello ha i suoi punti deboli) e del susseguirsi continuo delle riforme. Sul continente la maggior parte dei Paesi ha progressivamente rinunciato al giudice istruttore, mentre il diritto inglese introduceva organi pubblici di accusa. Questa evoluzione non sopprime tutte le divergenze, ma le attenua attraverso un avvicinamento dei sistemi (armonizzazione), che rende possibile la ricerca di un'ibridazione che possa trarre il meglio da ciascun modello nazionale.³⁰ Concepito in maniera differente rispetto ad un codice³¹, secondo un metodo che combina sei principi direttivi, un insieme di trentaquattro articoli che pongono regole comuni ed un ultimo articolo che pone la regola della complementarietà del diritto nazionale, il *Corpus*

³⁰ Su scala mondiale l'ibridazione imposta dai Tribunali penali internazionali presenta ancora molti punti deboli; vedi *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A. Cassese, M. Delmas-Marty, PUF, 2002, in particolare "L'influence du droit comparé sur l'activité des TPI", p. 95 ss.; si veda anche "The interaction of international and national legal systems", in *The Rome statute of the International criminal court: a commentary*, eds. A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones, Oxford University Press, p. 1915 ss.

³¹ Nello stesso senso vedi Ph. Malarie, cit.: «C'è nell'idea stessa di codificazione europea una sorta di regressione, che è il contrario del nuovo».

Juris si è innanzitutto fondato sulla ricerca di una grammatica comune, qualificata come “contraddittorio” e definita da tre principi: la territorialità europea, competenza attribuita su tutto il territorio europeo ad un procuratore europeo, organo di azione pubblica ispirato al modello inquisitorio; la garanzia giudiziaria attribuita durante la fase preparatoria non ad un giudice istruttore, ma a un “giudice delle libertà” (nazionale o europeo) sufficientemente neutro per essere terzo tra accusa e difesa, nello spirito del modello accusatorio; infine il principio di “dibattito contraddittorio”, definito come una concezione nuova della procedura, in particolare della prova, che combina un fascicolo scritto (modello inquisitorio) con regole strette di esclusione (modello accusatorio).

Ma l’ibridazione non porta necessariamente all’unificazione, che è solo parziale nel progetto di *Corpus Juris*. Ritenendo inutile unificare la fase del giudizio, poiché le procedure nazionali appaiono sufficientemente vicine per garantire insieme l’efficacia e la legittimità delle decisioni pronunciate nei differenti sistemi degli Stati membri europei, il gruppo di lavoro si è limitato a proporre alcune regole generali di armonizzazione, per esempio sull’ammissibilità delle prove e sui mezzi di ricorso, senza arrivare a creare un vero e proprio tribunale penale europeo che applichi regole identiche. Inoltre il progetto si è scontrato con resistenze nazionali molto forti che hanno portato ad escludere la costituzione di parte civile e a rendere facoltativo (e non più obbligatorio, come nella prima versione del progetto) il giudizio da parte di giudici professionali, con esclusione della giuria.³²

³² Vedi *Prosecuting frauds on the Communities’ finances. The Corpus Juris*, Select Committee on the European Communities, House of Lords, session 1998-99, 9th Report.

Ciò dimostra come la seconda condizione sia indissociabile dalla prima.

2.2. **Le resistenze**, infatti, possono imporsi sia nel caso di una integrazione ascendente (come nel caso del *Corpus Juris* o dei Principi della Commissione Lando), sia nel caso di un'integrazione discendente. Nel primo caso il ricorso al diritto comparato permette di segnare i limiti di questo processo. Come abbiamo visto ciò può portare a dimostrare che l'unificazione è inutile, essendo sufficiente l'armonizzazione; o addirittura, in modo più radicale, a rinunciare ad ogni integrazione, anche a livello di semplice armonizzazione, per il rischio di rigetto di regole, che è troppo difficile far accettare da questo o quel modello nazionale.

Nel secondo caso, di integrazione discendente, per esempio quando si tratta di interpretare norme come quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, poste direttamente dal diritto internazionale, il diritto comparato gioca solo un ruolo sussidiario, poiché si presupponeva che ciascun sistema nazionale avrebbe dovuto adeguarsi, sotto il controllo dei giudici che avrebbero sanzionato eventuali violazioni. Tuttavia questo ruolo, che è espressamente previsto tra le fonti di interpretazione della norma internazionale, generale (art. 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia de L'Aia) o speciale (art. 21 dello statuto della Corte penale internazionale) per il caso in cui non si individuino principi di diritto internazionale, potrebbe essere reso sistematico su scala europea, come dimostra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha introdotto molto presto, per certe disposizioni della Convenzione,

la nozione di “margine nazionale di apprezzamento”³³. In effetti la constatazione di forti divergenze può spingere il giudice europeo a riconoscere questo margine nazionale, una sorta di “diritto alla differenza” per gli Stati, che contribuisce ad una integrazione pluralista. A condizione tuttavia che non si arrivi, come accade troppo di frequente, ad esprimere più la soggettività del giudice che l’obiettività di un vero bilancio comparativo.

L’idea sottostante è che l’ampiezza del margine dovrebbe variare da una parte secondo il diritto internazionale e il carattere assoluto o relativo (a seconda dei casi deroga, eccezione o limitazione) del principio in questione e d’altra parte secondo il bilancio comparativo ed il grado di omogeneità o eterogeneità dei sistemi nazionali, in altre parole esistenza o assenza di un “denominatore comune”, per riprendere un’espressione spesso utilizzata dai giudici della Corte europea dei diritti dell’uomo e più raramente da quelli della Corte di giustizia delle comunità europee.

Inoltre occorre evitare il rischio di manipolazioni da parte di un giudice che può essere tentato di invocare un sedicente denominatore comune, mentre in realtà si basa su considerazioni tanto generali, quanto vaghe, senza uno studio comparativo serio, per mascherare divergenze e legittimare interpretazioni talora discutibili.

Per questo il ricorso al diritto comparato dovrebbe essere reso sistematico anche come mezzo per contrastare l’arbitrio del giudice, dato che la democrazia procedurale non basta, soprattutto quando si tratta di un giudice internazionale, di cui si diffida molto più che del giudice nazionale, anche nei paesi di *Common Law*, pur favorevoli alla creatività

³³ Vedi M. Delmas-Marty, M.L. Izorches, cit.).

giurisprudenziale. Vi è la necessità di un riferimento sostanziale che il diritto comparato potrebbe aiutare a definire, illustrando cento anni dopo il ruolo immaginato da Saleilles (per un giudice che egli non concepiva se non come giudice nazionale): «il giudice ha il diritto di applicare idee di giustizia assoluta solo se si tratta di concezioni che hanno trovato una oggettività esterna rispetto al giudice stesso», aggiungendo che «il mezzo più vicino ai dati delle scienze positive e del metodo sperimentale è quello tratto dai metodi del diritto comparato»³⁴.

In conclusione, l'originalità del processo europeo è quella di associare diritto comparato ed internazionalizzazione del diritto. Questa scelta non è neutra: favorendo l'ibridazione e permettendo di controllare l'uso del margine nazionale, il diritto comparato può in effetti contribuire ad ordinare il pluralismo in un diritto comune che permetterebbe di superare l'opposizione tra relativismo ed universalismo. In questo modo la costruzione di uno spazio giudiziario e giuridico europeo potrebbe contribuire all'elaborazione di un futuro ordinamento giuridico mondiale, non egemonico, ma pluralista e tuttavia ordinato.

³⁴ R. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, RTDCiv, 1902, p. 105.