

Ruolo del giudice e diritto europeo¹

di Giancarlo Montedoro

Vorrei soffermarmi – nel presentare questa imponente e fondamentale opera di trattatistica giuridica che inizia ad assumere, nel dipanarsi delle diverse edizioni, una dimensione monumentale – sul rapporto fra giudice e diritto comunitario, sul ruolo del giudice e sui cambiamenti che, in conseguenza della espansione del diritto comunitario, si determinano nel potere giudiziario, nonché, all'inverso, sulle caratteristiche che il diritto comunitario assume per il suo essere essenzialmente diritto giurisprudenziale.

Possiamo dire che il diritto comunitario – o il diritto europeo come recita il titolo del Trattato alludendo ad una vicenda costituzionale in fieri – determina un irrobustimento del ruolo del giudice nazionale rispetto ad altri poteri dello Stato e, quindi, che il giudice sta sempre più utilizzando il diritto comunitario e vede mutate, in conseguenza della sempre più frequente applicazione delle regole europee, la qualità e la consistenza delle proprie ordinarie tecniche di tutela, come al contempo possiamo affermare che il diritto comunitario non può fare a meno del giudice nel senso che non è possibile ipotizzare alcun *enforcement* efficace del quadro giuridico europeo senza che le autorità sopranazionali possano contare sulla rete dei giudici nazionali.

Una relazione quindi, quella fra giudice ed ordinamento europeo, biunivoca e complessa.

Nel Trattato di M.P. Chiti e G. Greco questi temi sono stati ampiamente sviluppati, non solo nel capitolo iniziale di Sabino Cassese, dedicato a rapporto fra diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali, ma anche nello studio che Giandomenico Falcon ha dedicato alla tutela giurisdizionale, soffermandosi sul ruolo e le funzioni dei giudici comunitari, nel lavoro di Guido Greco sui rapporti fra ordinamento comunitario e nazionale, nelle riflessioni di Eugenio Picozza sulle situazioni giuridiche soggettive ed ancora di Guido Greco sull'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali ed, in ultimo, nel breve saggio di Roberto Caranta che ha ad oggetto la tutela giurisdizionale italiana sotto l'influenza comunitaria.

¹ Relazione tenuta a Milano in data 13 giugno 2007 in occasione dell'incontro di studi su "Innovazioni e suggestioni in tema d'integrazione amministrativa europea" presso la sala Napoleonica di Palazzo Greppi nel corso del quale è stata presentata la seconda edizione del Trattato di diritto amministrativo europeo diretto da G. Greco e M.P. Chiti.

Va a questo proposito, su un piano generale, osservato che la sfida legata alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione (già Comunità) europea, così come proclamati nei relativi Trattati e collocata nella prospettiva di un processo di sempre più ampio di integrazione politico- istituzionale, sembra coinvolgere in maniera particolare il mondo dei giuristi e dei giudici, molto più di ogni altra professione intellettuale.

Ciò per il motivo che il diritto, diversamente da ogni altro settore delle scienze politico-sociali, presenta, a partire dall'epoca moderna (poiché nell'evo medio il discorso era molto differente) un carattere spiccatamente nazionale, connaturato alla sua vigenza in un determinato territorio.

Gli ordinamenti giuridici si presentano chiusi (anche se non in modo assoluto e si pensi alle regole di diritto internazionale privato ed alla possibilità di rinvio alla *lex alius loci*), le caratteristiche del sistema delle fonti sono plasmate dalle costituzioni nazionali, la vigenza e l'efficacia degli atti di diritto pubblico è correlata ai confini dei singoli Stati.

Ciò dà vita, inevitabilmente, ad un carattere nazionale delle diverse esperienze giuridiche, ad una diversità dei sistemi giuridici (ben studiata dai comparatisti), alla prevalenza di elementi di carattere ideologico (penso alla sopravvalutazione in Italia della questione della pregiudizialità amministrativa in relazione alla problematica del risarcimento del danno provocato da provvedimento illegittimo) ; in definitiva ad un insieme sfaccettato di coloriture nazionali o nazionalistiche della giurisprudenza, che si sostanziano in un ben preciso *humus* culturale.

Si tratta della *legal tradition*, che appare attualmente differenziata nei singoli Stati nazionali, anche se è innegabile che esista una comune radice del diritto europeo, un comune *substrato culturale* al quale può fare ricorso l'*agere* del giudice.

Si può parlare di spirito o di stile di ogni giurisprudenza nazionale, e ciò è tanto vero che esiste un ampio corredo di mitologie in ordine allo stile delle sentenze, i giudici francesi sono famosi per la stringatezza delle loro decisioni, gli italiani per la sottigliezza, i tedeschi per il rigore logico, gli inglesi per il pragmatismo ecc.

La creatività della Corte di giustizia delle comunità europee si avvale dell'apporto delle singole esperienze dei giudici nazionali, attende di essere scritta la storia del contributo che i giudici italiani hanno dato alla Corte di Lussemburgo sul tema dell'*in house*, è noto il trapianto nel diritto europeo del principio di proporzionalità dal diritto tedesco, anglosassone è la tendenza del giudice comunitario a fare prevalere la sostanza dei fenomeni economici sulla forma, dai francesi l'Europa eredita una certa maniera di considerare il servizio pubblico.

Ma emerge, man mano che avanza la costruzione comunitaria, più ciò che unisce che ciò che divide.

Si tratta di un processo quotidiano di unificazione giuridica che cammina sulle gambe dei giudici comunitari e nazionali, non su quelle dei legislatori come è stato al tramonto dell'èvo medio, nell'epoca delle rivoluzioni borghesi.

Ma nonostante la legislazione vi abbia un ruolo meno spiccato non può dirsi che l'effetto di trasformazione sia meno profondo e che non si sia di fronte ad un vero e proprio cambio di paradigma.

Uno spirito o stile europeo nella giurisprudenza, una volta formatosi, incide su ogni diritto nazionale, opera in modo sottostante alla superficie delle norme nazionali e delle prassi vigenti.

Uno spirito della giurisprudenza (intesa in senso anglosassone come *jurisprudence* comprensiva anche della riflessione dottrinale di cui questo Trattato di diritto amministrativo europeo è espressione) si riflette sulla forma e sul significato delle leggi nazionali, sul metodo di costruzione delle decisioni e delle sentenze, sulla sistematica e sull'educazione giuridica, investe la tradizione giuridica, l'identità culturale, la grammatica ed il lessico giuridico, il metodo di ragionamento, lo stile argomentativo, le categorie concettuali e logiche, il rapporto con il linguaggio (orale e scritto).

Naturalmente il processo non è lineare: incontra resistenze, è esposto a difficoltà e rischi, provoca reazioni nei diversi ambienti nazionali, pone un problema di comunicazione nel mondo dei giuristi e dei giudici in particolare che possa favorire la creazione di una comunità europea del diritto e dei giudici.

Non si tratta di una semplice esigenza di aggiornamento della cultura dei giuristi e dei giudici, ma di un vero e proprio nuovo carattere di apertura degli studi giuridici alla dimensione sovranazionale e transnazionale, collegata al sempre più evidente carattere multiculturale e multi-etnico delle nostre società.

Stante la complessità del processo occorre distinguere ciò che in esso è realtà da ciò che è semplicemente idealità ancora problematica, punto prospettico, linea di tendenza.

E' noto che alle insorgenti tendenze verso la globalizzazione giuridica – di cui il diritto europeo è *magna pars* – si contrappongono non meno significative spinte verso la rinascita delle identità locali, regionali, che aspirano a far vivere differenziazione ed unità in una dialettica infinita.

Forse il processo può essere disegnato come *passaggio dal diritto dell'Europa all'Europa del diritto*.

Teniamo quindi presente che il diritto dell'Europa è quel che già esiste e che l'opera trattatistica curata da Chiti e Greco descrive; mentre l'Europa del diritto è ciò che faticosamente si va realizzando, come linea di tendenza, per l'opera quotidiana ed invisibile dei giuristi e dei giudici che muta la sua qualità per operare della dottrina e degli studi.

Da quanto esposto appare chiara la diffidenza di chi parla verso un processo di unificazione giuridica che sia troppo centralistico, incentrato sulla codificazione, imposto sul modello di un diritto europeo uniforme, prodotto dall'attività degli organi comunitari (specie fino a quando permanga il tema irrisolto della unificazione politica dell'Europa).

Per tale approccio "centralistico" dovrebbe darsi prima un diritto europeo unificato e poi un giurista od un giudice europeo, secondo un modello kelseniano per cui viene prima la norma poi la sua esecuzione, sempre in via imperativa : tale processo, che pure in parte è in cammino secondo queste modalità nell'ambito del diritto armonizzato, cozza, a tacer d'altro, con l'idea della costruzione europea come costruzione giuridica capace di tener insieme unità e pluralità e non si sposa con la valorizzazione delle diversità delle tradizioni giuridiche europee come valori da preservare favorendo, per certi versi, la loro permanenza e, nel contempo, dando vita alla loro graduale unificazione mediante la intensa circolazione dei modelli giuridici.

In tale quadro andrebbe recuperata, su base storica, ma soprattutto sul piano metodologico, l'esperienza secolare della tradizione romanistica, non per un impossibile ritorno al passato ma per un recupero di tecniche e concezioni, rinvenibili in quel passato (in cui l'actio precedeva il diritto ed il giudice creava la norma) ed utilizzabili oggi al fine di accelerare e favorire i processi di unificazione giuridica.

Nell'evo medio allo *ius commune* si contrapponevano gli *iura propria* e così nell'epoca post-moderna al diritto europeo si contrappongono i diritti nazionali, essendo riservato al giudice nella circolazione dei modelli giuridici, individuare la regola applicabile al caso pratico.

Ciò sarebbe ben accetto dai giuristi di *civil law* che vengono dalla tradizione romanistica e risulterebbe del tutto comprensibile ai giuristi di *common law* per i quali il ruolo del giudice non è mai stato inferiore a quello del legislatore.

Quel che più interessa sottolineare è la matrice extra statuale di un tale processo di unificazione giuridica, che avverrebbe in forza del graduale formarsi di una mentalità giuridica, improntata ad uno spirito sopranazionale, educata a favorire la convergenza fra i diritti dei diversi ordinamenti, plasmata dall'esigenza di un'incessante ricerca di un linguaggio giuridico comune.

La conoscenza del diritto europeo, la comparazione giuridica, l'apertura ad alti ordinamenti, il dialogo fra le alte Corti sono di casa nell'ordinamento giuridico europeo in formazione, senza che ciò sia riservato agli specialisti essendo il diritto europeo parte essenziale del bagaglio culturale di ogni giurista e soprattutto del giudice.

La teorica dei grandi sistemi giuridici, la differenza incolmabile fra *common law* e *civile law* è destinata – probabilmente – in futuro ad essere rivisitata, in chiave meno condizionata dal giuspositivismo, poiché il diritto europeo diviene il luogo in cui queste tradizioni giuridiche e queste barriere si confrontano ed, in parte almeno, si fondono rimuovendo barriere intellettuali e culturali.

Forse è vero che in ogni esperienza giuridica vive un'anima di *civil law* – intesa come inclinazione alla valorizzazione del sistema – ed un'anima di *common law*, intesa come inclinazione alla casistica ed orientamento alla pratica, sicché va registrata la convergenza dei modelli man mano che nell'ambito del *civil law* cresce il ruolo del giudice e nell'ambito del *common law* va accrescendosi il ruolo della dottrina.

Al fondo della questione è il rapporto fra autorità del testo e creatività dell'interpretazione, questione che affligge da sempre i giuristi ma che è anche alle origini del “politico” moderno, se solo pensiamo al Trattato teologico-politico di Spinoza.

E' chiaro che il *trait d'union* fra queste esperienze giuridiche diverse (*common law* e *civile law*) non può che essere la dottrina, ed in questo senso può dirsi che il Trattato di Mario Chiti e Guido Greco si collochi, pur avendo anche altri scopi – come quelli ricostruttivi del sistema di diritto europeo – in questo fecondo filone di studi che ricerca e propone un fondamento culturale originale per una nuova figura di giudice e di giurista europeo.

Senza voler sottovalutare l'importanza del ruolo del giudice – così tratteggiato fino ad ora – va altresì rilevato che il diritto europeo è anche legislazione comunitaria in continua crescita: le dimensioni del Trattato di M. P. Chiti e G. Greco lo attestano.

La normativa comunitaria interviene in quasi ogni settore del diritto, ed, in alcuni settori ormai vige solo il diritto comunitario ossia laddove è necessario assicurare il funzionamento del mercato unico, inteso come spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurato il godimento pieno delle libertà fondamentali dei Trattati comunitari., anche, all'occorrenza, mediante strumenti di armonizzazione e ravvicinamento dei diritti degli Stati membri che originano dalla burocrazia europea ed hanno una matrice tecnica.

Si tratta del diritto dell'Europa. Esso comunque non può fare a meno, per la sua applicazione dell'opera del giudice.

Diritto europeo e non più solo comunitario: non è questione solo di cosmesi terminologica, se è vero, come è vero che, con il Trattato di Maastricht del 1992, e con l'Atto unico europeo del 1986, la costruzione comunitaria ha imboccato la strada di un'unione sempre più stretta fra i popoli d'Europa, come recita l'art.1 del Trattato di Maastricht segnata, nella coscienza politico-giuridica istituzionale, dall'emersione del concetto di cittadinanza europea.

L'Europa spazio di libertà, sicurezza e giustizia, destinato ad assorbire il mercato unico, senza frontiere interne, luogo dove non si incontrano solo imprenditori e prestatori d'opera ma anche cittadini europei.

Tanto che gli stranieri – secondo la convenzione applicativa degli accordi di Schengen del 1990 – sono i soggetti extra-comunitari.

A fronte di questo diritto europeo, gli Stati membri non sono separati ed isolati ma fra loro legati ed integrati in un unico ordinamento, anche in forza delle loro tradizioni costituzionali comuni (art. 6 del Trattato istitutivo dell'Unione) in modo che gli ordinamenti si integrano in una convergenza progressiva che parte dal basso, da ciò che unisce gli ordinamenti nazionali pur nella diversità delle tradizioni giuridiche.

Nessuna enfaticizzazione dell'autonomia dei diversi ordinamenti, nessuna sovraimposizione, nessuna estraneità dei modelli giuridici, ma saldatura stretta del diritto comunitario (o europeo) e dei diritti nazionali attraverso l'opera dei giudici comunitari e dei giudici nazionali, fino all'affermazione che la violazione degli elementi unificanti può condurre a responsabilità risarcitorie degli organi comunitari e degli Stati.

Va anche considerato che il diritto comunitario è un diritto nel quale non esiste distinzione fra costituzione ed amministrazione, anzi è forse un caso inedito in cui un'amministrazione (quella comunitaria) si fa costituzione (o promotrice di un processo costituente) senza rivoluzione, e ciò ha le sue ovvie e specifiche conseguenze, in materia di giustizia.

La giustizia, per effetto del diritto comunitario, è al centro di un processo costituente di lunga durata ed, in forza di questa sua centralità, subisce forti spinte che si traducono in innovazioni alle tecniche di tutela.

Le regole della primazia del diritto comunitario, della competenza riservata ai giudici comunitari dell'interpretazione dei Trattati e del diritto derivato, la spinta verso l'effettività della giustizia, l'irrilevanza delle diverse situazioni giuridiche soggettive, la unicità della giurisdizione dei giudici europei che, tuttavia, funzionano come giudici amministrativi nei confronti degli atti degli organi comunitari pur consentendo ai giudici nazionali di conoscere di atti che sono parti di una sequenza che si conclude con un provvedimento comunitario

(sentenza *Oleificio Borelli* 3 dicembre 1992, causa C-97/91), lo stesso ripensamento critico sulla disapplicabilità dei provvedimenti amministrativi contrastanti con le norme comunitarie e sulla risarcibilità degli interessi legittimi, sono tutte caratteristiche che influenzano fortemente i sistemi giurisdizionali nazionali, coinvolgendoli nel processo di attuazione ed esecuzione della norma comunitaria.

Naturalmente la natura aperta e giurisprudenziale dell'attuazione del processo di unificazione, pur quando legato all'affermazione del diritto derivato ed armonizzato implica l'incompiutezza continua dell'attività di integrazione giuridica e di concretizzazione dell'ordinamento.

Potrebbe qui ricordarsi quanto affermato da un fine intellettuale francese (P. Hazard) nei tristi anni trenta, che cos'è l'Europa? Un pensiero che non si accontenta mai.

L'Europa è il nostro Sisifo; un progetto che deve restare incompiuto per spingerci al continuo miglioramento delle nostre vite.

L'incompiutezza è una caratteristica del diritto giurisprudenziale e sarebbe conforme all'anima europea.

Occorre, tuttavia, su un piano meno poetico ed esistenziale, guardarsi anche da alcuni pericoli di una via che costruisca l'Europa fidando solo sulla forza della amministrazione, della giurisdizione, della tecnica: l'eupeismo è una delle poche ideologie non screditate della nostra epoca, per poter continuare a dare i suoi frutti, che sono stati di pace, progresso e benessere (un modello sociale europeo) deve guardarsi dall'essere ingrediente naturale di ogni discorso politicamente (e giuridicamente) corretto, divenendo allora idea salvifica di un nuovo astratto conformismo.

Il progetto europeo per essere vivo e vitale ha bisogno di soddisfare le domande di identità e di appartenenza dei popoli europei, e qui la questione si salda con il problema dello stato reale della democrazia in Europa, con la democrazia reale, con il tema dei referendum in Francia ed in Olanda, con il progetto di superare l'idea di un'Unione di Stati per approdare ad una vera e propria Federazione.

E' importante ricordare che l'ultimo triennio (2003-2006) può esser visto come un *triennus horribilis* per l'Europa e che, tuttavia, pur essendo mutate le fondamenta giuridico-politiche la costruzione europea mantiene la sua ragion d'essere.

L'origine della costruzione europea risiede nella sconfitta della Germania nazista nella seconda Guerra Mondiale, la sua possibilità storica si è concretizzata grazie alla protezione americana ed alla presenza dell'alleanza atlantica, la sua realtà si è nutrita della volontà di superare i vecchi conflitti con la semplice forza della cooperazione economica.

Ora tutto questo è mutato: la Germania riunificata costituisce riprova del superamento degli equilibri di Jalta, gli Stati Uniti guardano più al Pacifico che alla vecchia Europa e si attendono da quest'ultima anche cooperazione militare, gli stessi cittadini europei sembrano voler prendere sul serio il Manifesto di Ventotene (l'Europa unita con uno scettro, una moneta, una spada), mostrando insoddisfazione per la dimensione puramente economico-finanziaria della unione, e con il prevalere in essa della filosofia liberista-monetarista a scapito di quella neo-keynesiana.

Occorre sempre guardarsi da astratti volontarismi: l'Europa procede per via di fatti, una nuova organizzazione politica sarà matura quando sarà avvertita la sua ineludibilità in forza dei problemi della vita collettiva per i quali ben poco possono fare gli Stati nazionali: dalla sovrappopolazione all'immigrazione, dalla globalizzazione dei mercati finanziari e della produzione con il suo impatto sulle economie e sulle vite sociali dei singoli paesi alla formazione di monopoli dell'informazione su scala mondiale, con le conseguenze temibili per il pluralismo democratico, dal terrorismo transcontinentale alle nuove epidemie, dalle violenze interetniche ed interreligiose ai risorgenti conflitti nazionalistici.

A fronte di tali problemi l'Europa dei giudici sta in buona salute, ma il paradosso della costituzione senza popolo inizia a mostrare la corda.