

L'Europa del diritto al crocevia: un reticolo di quesiti¹

1. Una vicinanza inaspettata fra Medio Evo e rivoluzione francese...
2. L'integrazione europea: frantumazione delle categorie giuridiche tradizionali
 - 2.1 L'eclisse delle posizioni giuridiche soggettive
 - 2.2 Costi e benefici giuridici della sussidiarietà e circolarità: la crisi del sistema delle fonti
3. Linee direttrici di una ricerca: spunti iniziali
 - 3.1 Cosa rimane del "vecchio"?
 - 3.2 Cosa conservare del "vecchio"?
 - 3.3 Cosa costruire di "nuovo"?

1. Una vicinanza inaspettata fra Medio Evo e rivoluzione francese...

L'integrazione europea ha dato vita ad una realtà giuridica priva di precedenti nella storia dell'Occidente.

Con la scuola di Bologna (da Imerio e i suoi quattro allievi, in poi) era rinato il diritto. Ciò fu possibile grazie all'*autorevolezza* del diritto romano e dei giuristi: come noto, le norme non erano formalmente vigenti e venivano applicate solo perché l'elaborazione dei giuristi godeva di una intima condivisione nel tessuto sociale. Non era, insomma, l'*autorità* di un atto politico (promulgazione o atto simile) a infondere vigore alle norme.

Con la modernità, cominciata dalla nascita dello Stato fra il XV e il XVII secolo, e dispiegatasi pienamente nella rivoluzione francese, l'approccio verso il diritto si sarebbe ribaltato: non più un diritto *dal basso*, ma un diritto *dall'alto*, che si affermava attraverso gli strumenti del Codice, dell'Assemblea costituente, delle Carte fondamentali, della legge formale; insomma, atti giuridici forti dell'*autorità* del potere legittimo.

Jacob Burckhardt, protagonista della vita intellettuale svizzera, tentò con 'La civiltà del Rinascimento italiano' (1860), di categorizzare la frattura epocale portata dalla rivoluzione francese.

¹ Questo *paper* volutamente *non* è un articolo scientifico in senso stretto. Infatti, intende essere un tendenziale catalogo di problemi e di stimoli aperti al confronto ed alla massima integrazione: una bozza di partenza per un successivo, e complesso, lavoro di ricerca che si immagina multidisciplinare e polivalente. Per questo, si rinuncia ai supporti propri degli articoli scientifici: le note a piè di pagina ed i riferimenti bibliografici, i richiami ai riferimenti giurisprudenziali (che, invece, sono trattati nel testo in modo intenzionalmente discorsivo).

Eppure, a dispetto delle apparenze, nei due mondi -la cui contrapposizione egli plasticamente raffigurò- vi era una unitarietà che la globalizzazione europea ha disintegrato.

In altre parole, pur nella ontologica diversità fra i due sistemi, sopravvivevano -per quanto ardito a prima vista possa sembrare- numerosi elementi in comune. Infatti l'elaborazione secolare di concetti come diritto (soggettivo), facoltà, potestà, ecc., non ha conosciuto soluzioni di continuità: Jean Domat e Robert-Joseph Pothier, ad esempio, giuristi vissuti nel mondo del diritto comune e ad esso intrinsecamente legati, furono notoriamente considerati i progenitori del Codice civile (e quindi di quel metodo che avrebbe portato, secoli dopo, *mutatis mutandis* al normativismo).

In aggiunta, tanto nel mondo giuridico medievale quanto in quello moderno il diritto rispondeva ad un sentire tendenzialmente comune, e corrispondente comunque al quadro valoriale delle forze sociali più vive.

Oggi il processo d'integrazione europea ha portato la dimensione del giuridico ad un punto di non ritorno rispetto al lontano e al vicino passato.

Da un lato, quelle categorie -diritto (soggettivo), facoltà, potestà, ecc.- sembrano disperse. Dall'altro, il concetto stesso di fonte del diritto è stato sottoposto a torsioni estenuanti, rendendone ormai logoro l'uso.

Inoltre, il nitore e la chiarezza delle norme scritte (e dei relativi istituti) sono impalliditi di fronte a disposizioni a forte connotato tecnocratico; altresì, la centralità del parlamento -luogo di sovranità (popolare o nazionale che fosse)- è stata marginalizzata da entità come la Commissione ed il Consiglio; in sintesi, l'Europa ha lasciato indietro i fondamentali che -pur nella diversità fra le esperienze al di qua e al di là della Manica, seguendo un comune e riconoscibile *fil rouge*, da Bracton a Dicey- si erano sedimentati in secoli di elaborazione teorica ed esperienza storica².

In altre parole, nonostante l'enorme diversità socio-culturali dei contesti e dello strumentario giuridico circostante, il *pater* della tradizione romanistica aveva forti similitudini sostanziali con il *père* del Code Napoléon (del 1804)³ e il padre del codice civile italiano (del 1940). Mentre quel *pater*, quel *père* e quel padre poco hanno in comune con il "genitore 1/genitore 2" del dibattito

² Ad esempio, le norme societarie (nella direttiva CRD IV del 26 giugno 2013) sono dirompenti: viene meno il modello di società, nel quale sono individuati gli organi (assemblea, cda, collegio sindacale...) e lo *status* (socio, amministratore, sindaco...), e si passa ad una tecnica giuridica che individua funzioni (gestione, controllo, supervisione strategica...). Chiaramente tale situazione mette fra parentesi gli assetti nazionali e secoli di un preciso ordine giuridico.

³ A sottolineare questa dimensione di continuità, si ricordi, fra i molti, il pensiero di Jean Bodin, teorico della sovranità sul crinale fra mondo medioevale e mondo moderno: egli fondava lo Stato sulle famiglie, nelle quali la *puissance maritale* doveva dominare indiscussa come quella del Re nella *République* (lo Stato).

attuale⁴, proprio dell'Unione europea che, con la famiglia allargata, porterà a famiglie algebriche: come qualificare i genitori "acquisiti" delle famiglie allargate? Genitore 3 (o 1 ½), 4 (o 2 ½) etc...?!

Appare necessario indagare quali siano, oltre certi luoghi comuni, i fondamentali della *Costituzione completa europea*. Intendendo per *completa* la costituzione a mosaico, ossia l'insieme di tessere che avvolgono i testi costituzionali in senso formale.

Il momento di decisiva cesura è rappresentato dal trattato di Maastricht (1991), che ha segnato la nascita dell'Unione europea, introducendo al contempo l'inedita architettura istituzionale e normativa "a pilastri", venuta meno con il Trattato di Lisbona (2007), che però non ha mutato le dinamiche di fondo del processo evolutivo.

Dal 1992 sono intervenuti cambiamenti fondamentali nella struttura dei sistemi giuridici coinvolti nel processo di integrazione, sovvertendo le tradizionali ricostruzioni perfezionate dalla dottrina pubblicistica *à la* Georg Jellinek nella seconda metà del XIX secolo che avevano portato al massimo splendore la figura della Storia del diritto. Quelle ricostruzioni che, pur messe alla prova dall'irrompere dei problemi della società di massa e dal tentativo di scardinamento operato dai totalitarismi (emblematico, in ciò, il par. 2 nel codice penale nazista del 1935 che, strumentalizzando il diritto libero, aveva introdotto l'aberrante principio del *nullum crimen sine poena*), avevano poi ritrovato una composizione concettuale nel secondo dopo-guerra. Per cui il costituzionalismo novecentesco del secondo dopo-guerra si è fondato sul puntello della rigidità costituzionale (intesa quale elemento basilare di garanzia dei diritti, a loro volta ordinati attorno al valore della persona), coerente con il cammino del diritto temporaneamente precedente.

Dopo Maastricht è invece innegabile come le fonti non possano più essere messe a sistema secondo i classici criteri di **competenza** e (ancor meno) di **gerarchia, la cui perdurante utilità come strumento di lavoro permeava ancora di recente le ricostruzioni (tendenzialmente unitarie) dell'ordinamento giuridico.**

Di conseguenza, diviene inattuale e bisognevole di profonda riconsiderazione anche una metodologia consolidata di trasmissione della cultura giuridica (a cominciare dalla didattica universitaria). Si tratta di un compito non da poco, specie se si consideri -come messo in luce da autorevoli giuristi (per tutti, Paolo Grossi)- che molto spesso si produce un vero e proprio "scollamento" tra le punte più avanzate della riflessione teorico-giuridica e la media dei giuristi

⁴E' notizia del 21 gennaio 2014 quella dell'approvazione nell'Assemblea nazionale a Parigi di un emendamento che sopprime ogni riferimento al *bon père de famille* nel Code civil. Incidentalmente si soggiunge che La *puissance maritale* era caduta già dal 1970.

pratici (a questo fenomeno va poi aggiunto anche quello, speculare, della imperfetta interlocuzione fra la prassi del mondo degli scambi e l'Accademia).

Il processo produttivo di nuovi quadri normativi non si è affatto arrestato, come ognuno sa, al 1992: il trattato di Lisbona ha dato recentemente all'Unione una cornice operativa rinnovata, cercando di rispondere ad una sempre crescente complessità di competenze e ampiezza di aree di intervento (e funzionale a queste esigenze è stata l'eliminazione della struttura a pilastri, che però non ha eliminato il *proprium* dell'ordinamento europeo, non mettendo capo ad un processo "classico" di *constitution-building*). Nonostante le forti innovazioni metodologiche e sostanziali, anche il passaggio operato a Lisbona è largamente percepito (dalle opinioni pubbliche non meno che dai tecnici del diritto) come una tappa **intermedia e compromissoria**. La gestione quotidiana della costruzione europea continua, quindi, più che mai a sollevare ineludibili questioni, tanto più permeanti se si tiene conto che le imminenti elezioni europee porteranno ad una significativa presenza anti-europeista nel parlamento. Ineludibili questioni, queste, che, impongono quindi una progettazione nuova.

2. L'integrazione europea: frantumazione delle categorie giuridiche tradizionali

In sintesi, e mettendo a sistema quanto accennato, si possono quindi enucleare due grandi questioni:

La **prima grande problematica** riguarda l'eclisse delle posizioni giuridiche soggettive;

La **seconda grande problematica** riguarda il sistema delle fonti, la sua **crisi** e le prospettive evolutive che lo attraversano in seguito all'introduzione dei principi di **sussidiarietà e circolarità della produzione normativa**.

2.1 L'eclisse delle posizioni giuridiche soggettive

E' ormai di solare evidenza che le categorie giuridiche tradizionali, risultato di una elaborazione dottrinale millenaria, sono state rese obsolete. Non sarebbe difficile scendere nel campo delle esemplificazioni concrete. Risultano, infatti, messi in discussione gli schemi operativi che da sempre hanno accompagnato l'azione dello Stato moderno in Europa, come ad esempio la dicotomia fra **pubblico e privato**, che oggi è profondamente incisa (a tacer d'altro) dall'operatività trasversale della nozione di **economicità**, di conio giurisprudenziale europeo.

Per limitarsi ad un ambito ben preciso, e nel quale altissimo era (ed è) il grado di formalizzazione teorica, si consideri il caso delle **posizioni giuridiche soggettive**.

Concetti come **facoltà, potestà, diritto (soggettivo), interesse (legittimo / semplice)** sono messi in crisi dalla legislazione europea e dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali, che, come risaputo, nel loro stile argomentativo evitano le qualificazioni, muovendosi in un'ottica sostanzialistica. Una prospettiva peculiare, quest'ultima, nata per rispondere ad esigenze operative pratiche (raggiungimento dell'obiettivo perseguito nella fattispecie concreta, enunciando però una regola applicabile a prescindere dalle peculiarità di uno specifico ordinamento destinatario), ma evolutasi verso approdi ermeneutici di momento ben maggiore (rimodulazione e tendenziale omogeneizzazione del diritto dei singoli Stati, con conseguenti problemi di congruenza rispetto all'ordinamento sottostante).

Ricadute operative di questa crisi delle posizioni giuridiche soggettive tradizionali sono vaste e di immediata percepibilità, in quanto alla definizione delle stesse è sempre stata legata l'azionabilità in giudizio.

2.2 Costi e benefici giuridici della sussidiarietà e circolarità: la crisi del sistema delle fonti

L'introduzione dei principi di **sussidiarietà e circolarità della produzione normativa** incide profondamente sulla soluzione di problemi ermeneutici vitali, quale quello relativo alla soluzione delle **antinomie** e rende altresì necessaria la riconsiderazione dei concetti di **nullità/illegittimità/invalidità degli atti** (non solo normativi), ossia di quelle categorie che definiscono lo "stato" di un provvedimento rispetto ai meccanismi (procedurali così come sostanziali) che l'ordinamento definisce per la produzione degli effetti.

La stratificazione dei livelli e la moltiplicazione dei soggetti abilitati ad introdurre regole giuridiche recano con sé, peraltro, come naturale corollario, significativi e concreti riflessi sulla **giurisdizione**.

Si crea, così, una fisionomia ordinamentale del tutto inedita.

Da un lato, *la norma giuridica* -tradizionalmente connotata dai requisiti di generalità ed astrattezza- diviene strumento concreto per l'**amministrazione di interessi**. La norma esprime il punto di convergenza di una serie di piani problematici e concreti; in altre parole, la generalità e l'astrattezza sono divenute modalità che caratterizzano l'angolo prospettico del tipo di "risposta ordinamentale" rispetto ad altre astrattamente possibili (es., l'intervento amministrativo), più che attributi coessenziali allo strumento rispetto all'oggetto normato.

Dall'altro lato, e di conseguenza, la stessa *giurisdizione* si allontana dal momento ermeneutico (per non dire di quello applicativo) per diventare essa stessa una ulteriore, diversa sede

(primaria, non derivata) di **composizione di interessi**. Il giudice, in altre parole, scivola da un ruolo di interprete (da "bocca della legge" di napoleonica memoria) a quello di amministratore degli interessi in gioco. Infatti, le norme la cui produzione occupa la maggior parte della quotidianità degli organi a ciò deputati sono spesso di eccessivo dettaglio o grado di tecnicismo, e quindi giungono ad essere "giustiziate" con difficoltà; quelle che, invece, vengono con maggiore frequenza invocate nella dialettica giudiziale sono il più delle volte parti di sottosistemi profondamente mutati dal loro contesto originario (es., i Codici), e nelle quali il filtro applicativo giurisprudenziale ha assunto ormai un peso assolutamente preponderante rispetto all'originario momento volontaristico.

In altra ma convergente prospettiva si può riscontrare l'impatto dell'Unione europea sul diritto amministrativo. Si assume a parametro l'effettività della tutela processuale (ed in particolare negli appalti): da *giudizio sull'atto* il processo amministrativo è divenuto *giudizio sul rapporto*. Il giudice amministrativo mira ad assicurare la tutela sostanziale dell'interesse leso. Di conseguenza, il problema principale che ci si deve porre oggi è se esista ancora un (pur parziale) principio di separazione tra poteri dello Stato, in altre parole se sia sostenuta da un adeguato asse concettuale la ricorrente sostituzione dell'amministrazione da parte del giudice.

3. Linee direttrici di una ricerca: spunti iniziali

Si possono distinguere **vari temi aperti**:

3.1 Cosa rimane del "vecchio"?

Nell'analisi dei problemi appena enunciati per sommi capi si deve essere avveduti della necessità di ricondurre i singoli movimenti entro una cornice interpretativa unica. Questo compito non può prescindere da una presa d'atto; i fenomeni che variamente interessano i piani della produzione di regole giuridiche e della loro applicazione (categorie, fonti, giurisdizione) vanno letti tenendo sempre in mente il quadro **istituzional-costituzionale sostanziale**, del quale per tanti versi rappresentano una proiezione.

In altri termini, le categorie ordinamentali e, ancor più a monte, lo stesso lessico giuridico sono intimamente legati al problema della posizione dei poteri pubblici e del loro rapporto con la comunità (/le comunità) di riferimento (dinamiche governanti/governati). Perciò, il discorso deve giovare di una continua interrelazione con quello relativo alla **vicenda della statualità moderna e della sua crisi**, essendo consapevoli di come in questa vicenda, continuiamo ancora oggi -pur nelle grandi mutazioni- a vivere immersi.

Lo stimolo proveniente dal processo giuridico della costruzione europea, in questo senso, approda nella comune riflessione della dottrina all'esigenza di definire le categorie di un nuovo costituzionalismo "plurilivello" o "multilivello", caratterizzato dal frastagliato sovrapporsi di più soggetti istituzionali e dall'emergere, come tratto unificante, della dimensione **amministrativa** su quella politica.

La presenza e il ruolo degli organismi di matrice UE, è evidente, ridefinisce continuamente il ruolo delle istituzioni nazionali. Il livello centrale statale, in particolare, è al crocevia fra **l'amministrazione europea e le amministrazioni locali**. E' necessario interrogarsi su quale, precisamente, sia il suo ruolo residuo, conducendo una approfondita analisi sulle modalità attraverso le quali si strutturano le relazioni tra enti appartenenti a livelli e plessi diversi (es. agenzia entrate/ministero/livelli locali/livelli europei). Con ogni probabilità, occorre una preliminare presa d'atto di come la direzione del sistema sia ormai nettamente orientata verso la formazione di poteri pubblici complessi (non tutti riconducibili ad una tradizionale legittimazione politico-rappresentativa, e perciò bisognevoli di una **rilegittimazione partecipativa**, ancora tutta da costruire), che sul piano pratico si traduce a sua volta in un **mutamento dei paradigmi dell'amministrare**. Occorre investigare quale sia, e addirittura se esista, un "baricentro" che garantisca la tenuta del sistema, in un mondo, però, privo di filtri interpretativi unificanti che comunque, in una situazione ordinamentale come quella premoderna, garantivano la tenuta di un "ordine".

3.2 Cosa conservare del "vecchio"?

Ogni ramo degli ordinamenti nazionali mostra aree di tensione fra la rappresentazione sistematica tradizionale e il *nuovo diritto* in divenire magmatico. Il piano alla cui altezza queste tensioni divengono plasticamente visibili è (innanzitutto, anche se non solo) quello della **giurisdizione**. Diversi sono i nuclei tematizzabili.

In primo luogo, quello (per la verità sempre più spesso evocato, ma non sempre sistematizzato in un appagante quadro di riferimento globale) del **dialogo fra Corti di vertice nazionali e sovranazionali**, nel quale, accanto alla Corte di Giustizia e (per limitarsi all'ordinamento italiano) alla Corte costituzionale ed ai vertici della giurisdizione ordinaria e amministrativa (Corte di Cassazione e Consiglio di Stato), interviene da protagonista anche la **Corte EDU**, pur originata in un sistema diverso da quello UE.

Esemplificando, può notarsi come proprio il rapporto fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di cassazione rischi di recente sempre con maggiore frequenza di escludere dal circolo ermeneutico-giudiziale sui diritti la Corte costituzionale, che, appunto in un sistema

(faticosamente, ma organicamente) imperniato sulle categorie (richiamate in apertura) del costituzionalismo novecentesco dovrebbe rappresentare l'interlocutore necessario ed abilitato a "pronunciare l'ultima parola" sul tema.

I casi pratici, tratti dalle cronache della stretta contemporaneità giuridica e dai più diversi rami del diritto, sono molteplici; limitandosi ad una breve ed inesaustiva enumerazione, vengono in mente: nell'ambito **pubblicistico**, il problema delle manifestazioni di pensiero del parlamentare (e più in generale delle guarentigie della funzione politica); nell'ambito **penalistico**, le vicende che stanno affaticando la riflessione dottrinale e giurisprudenziale in questi ultimi anni attorno ad un tentativo di ridefinizione del rango della giurisprudenza EDU nel sistema interno, tentativo che sembra peraltro destinato ad essere frustrato da un "confine" che si sposta continuamente in avanti (si pensi alla nota vicenda c.d. "Scoppola", punteggiata di varie pronunce; alla giurisprudenza in tema di uso legittimo delle armi da parte delle forze dell'ordine, ecc.). Ma le faglie sensibili non si arrestano qui: non si possono non citare almeno alcuni fra gli altri casi più noti, giunti anche al dibattito dell'opinione pubblica: quanto al **diritto amministrativo**, la problematica della presenza del crocifisso nei pubblici uffici e nelle aule scolastiche; quanto al **diritto privato**, il problema dell'inesistenza/inefficacia del matrimonio omosessuale, sul quale è di recente intervenuta la Cassazione di Roma operando un significativo, ed oltremodo problematico, *revirement*.

Altro grande tema è quello che consegue all'enunciazione del **primato del diritto di origine EU** (c.d. "*primauté communautaire*"), che porta con sé la crisi delle tradizionali categorie sulle quali si fonda la giurisdizione statale. Emblematico a tal riguardo è il **caso del giudicato**. Un tempo, esso si poneva quale postulato essenziale del sistema interno, con la sua "sacralità di pietra tombale" (per impiegare una nota espressione di Elio Fazzalari). Oggi, il valore della cosa giudicata è messo in dubbio dalla giurisprudenza della corte UE a partire dalla nota sentenza c.d. "Lucchini" (2007): con essa, si inaugura una linea di pensiero (e di azione) nella quale i principi di **equivalenza** e di **effettività** sono considerati (almeno) pari a quello di **certezza e stabilità** dei rapporti giuridici (interni) (cfr. anche sent. Olimpclub, 2009). Il risultato operativo immediato è quello per cui il diritto dell'Unione osta all'applicazione dell'art. 2909 c.c. E' vero che, nella più recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, si è tentato di temperare la netta affermazione iniziale, ma rimane il problema di analizzare compiutamente quali siano state e possano essere le ricadute della statuizione, innanzitutto sul piano sistematico.

3.3 Cosa costruire di "nuovo"?

La riflessione scientifica in ambito giuridico, posta di fronte alla sfida di ricondurre ad unità questa serie potenzialmente illimitata di sollecitazioni e di forze spesso divergenti, deve saper costruire un duplice livello di obiettivi. Il primo è di ordine **metodologico ed ermeneutico**, e consiste nella possibilità di costruire un unico quadro interpretativo, entro il quale inizino a prendere forma gli strumenti concettuali in grado di proporre una nuova sistematizzazione dell'esistente; un secondo ordine di obiettivi è, invece, quello più propriamente **operativo**, nel quale il contributo dei teorici si scopra capace di recuperare una dimensione **propositiva forte**, giungendo a fornire modelli, ancorché alternativi tra loro, coerenti al loro interno, superando l'attuale disomogeneità della costruzione comunitaria.

In conclusione, e in sede di prima approssimazione, questi sono gli spunti iniziali per una ricerca che aspira a collegare i punti di sofferenza nelle varie branche del diritto, cercando d'individuare un percorso concettuale comune nella costruzione delle nuove categorie giuridiche.

Romano Ferrari Zumbini