

GIUDICE AMMINISTRATIVO E INTEGRAZIONE GIURIDICA EUROPEA*.

Relazione al Seminario “Il ruolo dei giudici nazionali nell’integrazione giuridica europea”, Roma, Consiglio superiore della Magistratura, 22 giugno 2017.

di Filippo Patroni Griffi**

Sommario. 1. Premessa - Ruolo dei giudici nazionali e influenza del diritto giurisprudenziale europeo sugli ordinamenti nazionali: una sinergia inscindibile nel processo europeo di integrazione giuridica. 2. Integrazione giuridica europea e giudice amministrativo. 3. Le convergenze: diritti fondamentali e principi comuni. 4. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato. 4. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato.

259

1. Premessa - Ruolo dei giudici nazionali e influenza del diritto giurisprudenziale europeo sugli ordinamenti nazionali: una sinergia inscindibile nel processo europeo di integrazione giuridica.

Il ruolo dei giudici nazionali nell’integrazione giuridica europea va esaminato e compreso in relazione simmetrica al grado di influenza che il diritto europeo ha svolto e svolge sui sistemi di giurisdizione nazionali; e, poiché, come è noto, il diritto europeo che trova pratica applicazione è frutto in larga prevalenza dell’opera giurisprudenziale delle due grandi Corti –la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia dell’Unione europea-, viene a costituirsi un diritto giurisprudenziale che è espressione di un diritto europeo “vivente” che è alla base di quella che potremmo definire una relazione biunivoca tra giudici nazionali e giudici europei. In altri termini, il ruolo del giudice nazionale nel processo europeo di integrazione giuridica non può andare disgiunto dalla consapevolezza del ruolo e dall’influenza del diritto europeo nei sistemi giuridici nazionali.

Quello del diritto giurisprudenziale è il terreno privilegiato per il meccanismo cd. di triangolazione tra diritto europeo e diritti nazionali: un istituto o un principio di diritto

* *Su invito della rivista.*

** Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato.

nazionale, comune a più Stati membri, viene dalle Corti assunto a principio comune o ricondotto alle tradizioni costituzionali comuni, per poi essere riversato, come principio di diritto europeo (“comunitario” o convenzionale che sia), negli ordinamenti nazionali. Questo processo di omogeneizzazione è il terreno privilegiato –come dicevo– nel processo di integrazione giuridica europea, sia perché si muove sul piano dei principi, che meno degli istituti risente della legislazione positiva nazionale, sia in quanto realizza in definitiva un dialogo tra ordinamenti “concreto, perché originato da “casi”, tra giudici, i quali danno vita, sul terreno apparentemente “tecnico” e neutrale delle tecniche di sindacato, ma in realtà su quello assai meno tecnico delle forme di tutela, a un circuito virtuoso di valori comuni.

Il dato è ricco di implicazioni teoriche che non possiamo trattare, ma solo enunciare; una su tutte: la soggezione del giudice alla “legge”, propria del nostro come di altri ordinamenti nazionali, va riletta con riferimento piuttosto al “diritto”, unitariamente considerato ma che si svolge su due piani, e cioè: a) in un sistema multilivello, in cui si intrecciano più fonti di produzione legislativa sia all’interno dell’ordinamento nazionale sia nella proiezione sovranazionale e internazionale (o “globale”); b) alla luce della diversificazione delle fonti di produzione normativa, che include in maniera massiccia la fonte di natura giurisprudenziale. E bisogna tener conto anche del diverso operare, nelle istituzioni europee, di quei meccanismi di legittimazione democratica su cui si fonda storicamente la soggezione del giudice “soltanto alla legge” negli ordinamenti nazionali. Ora vorrei dare qualche spunto di riflessione su come giudici nazionali ed europei concorrano (e possono concorrere) a favorire il processo di integrazione giuridica in Europa, pur nella consapevolezza dei punti critici.

I settori di maggiore convergenza mi sembrano quelli dei diritti fondamentali e dei principi comuni. Per contro, quelli della nomofilachia e della interpretazione conforme, nonché il tema della stabilità del giudicato (nazionale), in qualche modo tutti tra loro collegati, vanno delineandosi come gli ambiti di maggiore criticità.

2. Integrazione giuridica europea e giudice amministrativo.

L’influenza del diritto europeo sul sistema giurisdizionale italiano e il correlativo ruolo che

il giudice è chiamato a svolgere nel processo di integrazione giuridica europea si muovono su due piani: quello di singoli istituti giuridici a rilevanza processuale (con ampie ricadute sostanziali) e quello della valenza dei principi europei nel sindacato giurisdizionale. Ci si riferirà ovviamente al processo amministrativo, ma tale angolo di visuale risulta particolarmente appropriato, e ciò per due considerazioni: a) come è stato da tempo rilevato, è in atto il paradosso per cui il diritto europeo esercita una influenza sempre maggiore sui diritti amministrativi nazionali - o nei settori al primo in qualche modo collegati, quali il diritto della concorrenza - in cui assume maggiore rilevanza l'esercizio della sovranità nazionale; paradosso peraltro solo apparente ove si consideri che lo spazio europeo è organizzato in una comunità di Stati e tende a una forma, confederata o federale, di Stato che non può dismettere a sua volta il requisito della sovranità; b) in più, i rapporti regolati dalle istituzioni europee attengono alle relazioni tra autorità e cittadini, generalmente regolamentati a livello nazionale dal diritto amministrativo o comunque da regimi differenziati rispetto al diritto comune, oramai anche negli ordinamenti di marca anglosassone. Non può quindi stupire - sono dati del 2015- che l'Italia risulti al secondo posto, dopo la Germania, nelle rimessioni pregiudiziali alla Corte di giustizia; e che la massima parte dei rinvii avvenga ad opera dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato.

Vi è però una terza ragione per cui la formazione di un diritto processuale europeo, inteso come sistema delle tutele, può essere riguardato dalla visuale privilegiata del giudizio amministrativo: i giudici amministrativi, appartenenti che siano alle famiglie di common law o civil law, adoperano tecniche di sindacato sulla correttezza dell'esercizio del potere pubblico sostanzialmente affini, fondati su clausole generali e principi, analogamente a quel che prevalentemente fanno i giudici europei, privi di un quadro normativo predefinito di riferimento, o per meglio dire, di un quadro di riferimento capace di avere un valore "ordinante" delle numerose regole presenti nel diritto europeo; e in cui, per di più, le Corti hanno assunto quel ruolo di individuazione di situazioni giuridicamente rilevanti storicamente svolto nei sistemi nazionali dai giudici amministrativi (oltre che, in dati settori, e in particolare in quello dei nuovi diritti e delle situazioni risarcibili, dai giudici civili).

Se il dato di partenza di questa riflessione è la rilevanza del diritto europeo sui sistemi nazionali delle tutele, lo spunto conclusivo potrà riguardare il ruolo del giudice, anzi dei

giudici, nel processo di integrazione europea. Le tutele, infatti, possono essere riguardate dal punto di vista della proiezione processuale delle situazioni sostanziali: ed è l'ottica tradizionale dei sistemi di civil law, specie a livello dottrinario e delle Corti civili, secondo cui a un diritto (soggettivo) si accompagna un diritto di azione che assume una valenza in qualche misura autonoma, sì da essere a sua volta fonte di ulteriori diritti sub specie di risarcimento del danno; oppure nell'ottica "rimediale" propria dei sistemi anglosassoni, per cui, quanto meno nella impostazione "pura", l'esistenza di una situazione sostanziale giuridicamente rilevante si desume proprio dall'esistenza di uno strumento di tutela riconosciuta dal giudice (remedies precede rights). Vedremo che quest'ottica rimediale si coniuga con l'approccio delle Corti europee, perché, nelle sue implicazioni pragmatiche, consente di lasciare una maggiore autonomia agli Stati membri evitando teorizzazioni eccessive; ma si coniuga anche con l'approccio e l'evoluzione storica del nostro sistema di giustizia amministrativa, se lo si ritiene caratterizzato sul piano storico – come è stato osservato (Clarich)- da una singolare "inversione logica" per cui prima nasce lo strumento di tutela e poi la situazione tutelata

3. Le convergenze: diritti fondamentali e principi comuni.

Il settore dei diritti fondamentali è per elezione, anche forzosa, un terreno di incontro. Non perché non esistano divergenze, anche significative, tra ordinamenti sulla individuazione e sulla portata di quelli che sono definiti, con una certa ma inevitabile approssimazione dogmatica, diritti fondamentali; ma perché il carattere intrinsecamente "universale" dei diritti impone convergenze tra ordinamenti che proclamano di condividere, anche storicamente, i valori della società e della persona.

La convergenza, sul piano positivo, è favorita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in ambito "comunitario", dalla Carta europea dei diritti dell'uomo, che dopo il Trattato di Lisbona ha assunto "valore giuridico vincolante" e che ha consentito, ad opera delle stesse Corti, una "ri-lettura", aggiornata ai nostri tempi, dei diritti della Convenzione. Quello dei diritti fondamentali è da sempre riconosciuto come un settore a forte vocazione giurisprudenziale, per vari motivi: perché i diritti proclamati trovano attuazione davanti alle Corti; ma soprattutto perché è compito delle Corti individuare ("inventare" o

“riconoscere” a seconda della teoria cui si aderisca) storicamente le situazioni soggettive che trovano tutela: situazioni che talvolta trovano tutela negli ordinamenti nazionali pur in mancanza di una previsione legislativa proprio sulla base del richiamo a principi costituzionali o sovranazionali.

E così, attraverso il ricorso ai principi generali del diritto, si è allargato l’ambito di tutela dei diritti fondamentali nell’attività delle Corti europee, ma sempre più anche dei giudici nazionali

In tale ottica, è stato addotto a esempio proprio l’articolo 47 della Carta dei diritti, che, sotto la formula del diritto a un “rimedio effettivo”, ha consentito di venire incontro a due visioni diverse dell’accesso al giudice, tanto da essere definita una sintesi appropriata del dialogo tra le due famiglie europee del diritto (Trocker): il diritto di accedere ai tribunali (non scontato negli ordinamenti anglosassoni), che garantisce il principio di azionabilità dei singoli diritti, e il fair trial, inteso come giusto processo. Da cui la Corte di giustizia ha elaborato il diritto a strumenti processuali idonei a ottenere una garanzia effettiva dell’ordinamento comunitario e dei “diritti” da esso garantiti.

Ma i principi generali del diritto sono stati utilizzati dalla Corte anche per valutare la legittimità dei comportamenti delle istituzioni comunitarie e delle istituzioni degli Stati membri. E tra i principi generali è stato inserito dalla Corte il rispetto dei diritti fondamentali, sul rilievo che “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l’osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti la Corte è tenuta d’ispirarsi alle tradizioni comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati” (sent.13 dicembre 1979, 44/79, Hauer; ma affermazioni simili si rinvengono già in precedenti sentenze). Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la Corte ha presto rinvenuto tali diritti, idonei a diventare principi generali UE, nella Cedu. Il riferimento a questa, anzi, ha consentito alla Corte di giustizia di spostare il baricentro della sua attenzione “dal commercio ai diritti”, affermando che la tutela dei diritti fondamentali può costituire una legittima attenuazione degli obblighi imposti dall’Unione ancorché derivanti da una libertà fondamentale quale la libera circolazione delle persone e delle merci, pur nel rispetto del canone di proporzionalità. Al tempo stesso, la Corte di giustizia ha operato una “ri-lettura” aggiornata ai tempi nostri dei diritti della Convenzione.

In questo settore è evidente il ruolo giocato dalle due Corti europee. Meno evidente, ma non meno importante, il ruolo dei giudici nazionali. Questi, al pari dei colleghi europei, sono senz'altro impegnati nella individuazione di nuove situazioni soggettive fondamentali, nel riconoscimento di “nuovi diritti”, spesso fondati –come si è detto- sulle pronunce delle Corti europee. Ma il ruolo del giudice nazionale può giocare un delicato ruolo di segno opposto con riferimento alla teoria dei controlimiti. E' chiaro che un tema del genere si pone, almeno nel nostro ordinamento, con riferimento al giudice costituzionale, che il giudice comune nazionale è tenuto a investire qualora ritenga che dall'applicazione di una sentenza della Corte europea discenda una violazione di principi fondamentali della nostra Costituzione (un esempio si rinviene in una recente ordinanza della Quarta Sezione, che, nel rimettere alla Corte costituzionale la questione della legittimità del divieto legislativo per i militari di costituire sindacati per contrasto con la giurisprudenza Cedu, ha espressamente demandato alla Corte il compito, ove ritenga, di verificare la coerenza di tale giurisprudenza con valori portanti della nostra Costituzione sulla neutralità delle Forze armate).

E' chiaro però che il ricorso ai controlimiti dovrebbe essere ispirato a particolare cautela e al principio del rispetto dell'unità nella diversità (Cartabia). In particolare, si è sottolineato che “non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro” e “non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza”.

Infine, in tema di diritti fondamentali, vorrei segnalare, alcuni esempi, tra i tanti, di dialogo tra giudice amministrativo e Corti europee.

Consiglio di Stato, III, n.4004/16, vieta il respingimento in Ungheria di profughi, facendo leva sul trattamento inumano o degradante che questi potrebbero subire in quel Paese, ai sensi dell'articolo 4 della Carta.

Un dialogo proficuo è quello tra Consiglio di Stato e Corti europee in materia di sindacato sulla discrezionalità tecnica: IV, n.4449/13, utilizza il parametro di riferimento del diritto alla buona amministrazione per sorreggere il sindacato giurisdizionale su fatti e valutazioni tecniche in termini di “maggiore attendibilità” delle valutazioni tecniche e di “non arbitrarietà” della scelta amministrativa, in materia di paesaggio. Più in generale la giurisprudenza della CEDU e del Consiglio di Stato, rispettivamente, impone e consente

un sindacato “pieno ed effettivo” sugli atti delle autorità indipendenti esteso al fatto e alle valutazioni tecniche; area questa contigua a quella del merito amministrativo, il cui confine col sindacato pieno di legittimità andrebbe rimeditato dalla Corte di cassazione in sede di controllo sull’eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato.

Una estensione del valore e dell’efficacia della Carta mi sembra possa rinvenirsi in VI, n.3037 del 2014, che tratta il caso di un italiano vissuto in Usa che si vede negare il tesseramento alla Federazione italiana pallacanestro, quale “atleta di formazione italiana” perché la norma regolamentare richiedeva a tal fine che questi si fosse formato in vivai italiani e avesse partecipato a campionati giovanili italiani per almeno quattro stagioni. Il Consiglio di Stato ha ritenuto il regolamento FIP illegittimo per una “discriminazione alla rovescia”. E ha precisato che la materia non poteva essere definita puramente “interna” perché l’istante veniva privato di un diritto che ineriva al suo status di cittadino europeo, statuto di cittadinanza che la sentenza contribuisce a delineare nella sua portata sopranazionale.

Ma il dialogo tra ordinamenti attraverso i suoi Giudici si sviluppa non poco anche sul piano delle tecniche di tutela attraverso il ricorso a principi e clausole generali.

Da questo punto di vista mi limito a richiamare il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata, spesso utilizzati dai giudici comuni per sanzionare comportamenti processuali delle parti che si ritengono meramente dilatori.

Il principio di effettività è stato inteso sia come accesso al giudice sia come diritto ad avere una tutela soddisfattiva del bene della vita. A tale principio si è fatto ricorso spesso in materia di ottemperanza, per assicurare in sede esecutiva le ragioni del vincitore, in materia di “pienezza” del sindacato giurisdizionale, in materia di “pienezza” degli strumenti di tutela (in forma specifica, risarcitoria). A tale principio si è fatto ricorso dalla giurisprudenza amministrativa perché si introducesse per “via comunitaria

” nel nostro ordinamento, prima del c.p.a., la tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo.

Lo strumento di raccordo, di passaggio, mi sembra sia costituito dalla elaborazione del diritto ad avere negli ordinamenti nazionali una tutela equivalente a quella fornita dall’ordinamento europeo, il che concorre - a mio avviso - a definire uno standard minimo di tutela al di sotto del quale i sistemi processuali nazionali non possono scendere. La teoria dell’equivalenza ha un contenuto in qualche modo “negativo” (la normativa nazionale non

deve frapporte ostacoli all'accesso al giudice né può offrire una tutela minore di quella assicurata dall'ordinamento europeo). Acquista vieppiù una valenza positiva nelle sentenze Kudla (1997) e soprattutto Hornsby (2000) della CEDU, in cui l'effettività viene estesa dalla fase dell'accesso al giudice e della cognizione a quella "esecutiva", intesa quest'ultima come appropriatezza e satisfattività del "rimedio riparatorio". La Corte di giustizia, sulla stessa linea, a partire dal caso Zuckerfabrik, pone l'accento sull'effettività come garanzia della tutela individuale, sicché la verifica di effettività va estesa alla esistenza di rimedi restitutori o risarcitori idonei a soddisfare la "riparazione" della situazione soggettiva lesa.

Ma il punto di maggiore contatto tra esperienza giurisprudenziale amministrativa e diritto giurisprudenziale europeo è costituito dall'uso del "test" di proporzionalità nel sindacato sugli atti dei pubblici poteri. La strumentazione tradizionale di talune figure sintomatiche di eccesso di potere si è affinata prima nel sindacato sulla ragionevolezza del provvedimento e poi nell'uso del test di proporzionalità, volto a verificare nella scelta amministrativa, secondo la nota impostazione trifasica dell'ordinamento tedesco, l'idoneità rispetto al fine perseguito; la sua necessarietà, intesa come non superamento del limite strettamente necessario anche rispetto a un'alternativa meno incisiva sul privato; la proporzionalità in senso stretto, in cui si verifica, ai limiti col merito amministrativo, la "proporzione" o ponderazione tra mezzo e fine e quindi tra rilevanza dell'interesse pubblico e sacrificio imposto al privato.

3. Le criticità. Interpretazione conforme e nomofilachia. La stabilità del giudicato.

Il ruolo del giudice nazionale nel rapporto con le Corti nazionali è sicuramente influenzato dal diversificato mezzo costituzionale di "recepimento", di operatività, dei due sistemi – quello "comunitario" e quello convenzionale- nel nostro ordinamento: più complesso quello convenzionale, basato sul noto meccanismo della norma interposta ai sensi degli articoli 11 e 117 della Costituzione, che però impedisce l'applicazione diretta del diritto convenzionale e delle sentenze della Corte di Strasburgo; più lineare quello "comunitario", almeno per la normativa autoapplicativa e per le sentenze della Corte di giustizia, in virtù

dell'efficacia diretta loro riconosciuta e al conseguente meccanismo della disapplicazione (non molto dissimile, quanto a conseguenze, dalla più prudente teoria della non-applicazione) della norma interna in contrasto con la disciplina comunitaria.

Un elemento che sembra peraltro accomunare la considerazione che dall'interno muove i giudici comuni nazionali verso il diritto europeo è costituito dalla tecnica dell'interpretazione conforme, che riguarda entrambi i parametri di riferimento, della normativa dell'Unione e di quella convenzionale, nell'ambito della quale i giudici nazionali concorrono in misura per certi versi "diretta" (e diffusa) alla costruzione del diritto giurisprudenziale europeo.

Va peraltro evidenziato - come punto di criticità - che la tecnica dell'interpretazione conforme genera profili di frizione nei rapporti tra giudici comuni e tribunali costituzionali, i quali ultimi, pur a fronte di recenti aperture, vivono da sempre una relazione complicata con le due Corti europee. La cosa non deve stupire perché Tribunali costituzionali e Corti europee occupano "spazi comuni" di giurisdizione - in cui il conflitto è naturale e la cui composizione richiede il dialogo se non si vuole la rottura.

Questa, del resto, è un'area di criticità che mi sembra destinata a estendersi anche ai rapporti tra Corti europee e Corti supreme nazionali.

E siamo, in effetti, al secondo punto di criticità. E' noto che di recente, nel nostro ordinamento processuale, sono state introdotte disposizioni volte a rafforzare il ruolo nomofilattico proprio delle Giurisdizioni superiori, e segnatamente delle Sezioni unite della Cassazione, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni riunite della Corte dei conti, prevedendosi che la Sezione semplice che voglia andare di contrario avviso a una pronuncia delle stesse, debba nuovamente deferire la questione alla predetta sede, che altro non è che lo stesso organismo giudiziario supremo in una particolare composizione. Non è questa la sede per valutare il merito di questa scelta legislativa, volta all'evidenza a incrementare il tasso, per la verità basso, di prevedibilità delle decisioni giudiziarie e quindi di certezza nell'applicazione del diritto. Ma il meccanismo è stato messo in seria difficoltà dalla sentenza Puligienica (provocata da un rinvio pregiudiziale della Corte di giustizia per la Sicilia, sezione del Consiglio di Stato), in cui si afferma che, pur andando in difformità da una pronuncia dell'Adunanza plenaria, la Sezione semplice può direttamente adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia. E la situazione mi pare

aggravarsi a fronte di un nuovo rinvio pregiudiziale della VI Sezione, che, dopo aver chiesto e ottenuto dall'Adunanza plenaria la decisione su un punto di diritto controverso (Ad. plen. n. 3 del 2016, sulla competenza Antitrust in tema di pratiche commerciali scorrette), ha, nel medesimo giudizio, operato un rinvio pregiudiziale sul medesimo punto deciso dalla Plenaria nel medesimo diritto: il che pone qualche interrogativo sul concetto di giudicato interno che non sembrerebbe impedire il rinvio pregiudiziale e che sarebbe anch'esso "cedevole", al pari della pronuncia della Plenaria "in sospettato contrasto col diritto eurounitario".

La sentenza Puligienica sembra in qualche modo pesantemente interferire con l'organizzazione interna del processo e dell'autorità giudiziaria nazionale. Così come, su di un diverso piano, suscita perplessità quell'orientamento minoritario della Corte di cassazione che sembra ricondurre a questione di giurisdizione, sotto il profilo dell'eccesso o del diniego, ricorribile ex art. 111 la violazione del diritto dell'Unione europea: in tal modo trattando alla stregua di una questione di giurisdizione una questione di denunciato errore di diritto e incidendo, ancora una volta, per "via comunitaria" sull'assetto interno della giurisdizione e sullo stesso regime di responsabilità gravante – come è noto- sul "giudice di ultima istanza", che finirebbe con l'essere la Corte di cassazione anche in materie devolute alla giurisdizione amministrativa.

L'esistenza di spazi di frizione tra Corti europee e Corti interne, e tra le stesse Corti interne, non deve stupire, in quanto, nell'ottica di un ordinamento integrato, e quindi soprattutto di quello dell'Unione, è inevitabile che le Corti a presidio di quell'ordinamento tendano ad assumere su di sé una funzione nomofilattica che è difficile raccordare con le attribuzioni svolte in funzione nomofilattica dalle Corti superiori nazionali.

Ma è evidente che questo della nomofilachia è un elemento di sicura criticità nel dialogo tra Corti.

E siamo, infine e brevemente, alla questione della stabilità del giudicato.

La questione riguarda, sia pure con logiche differenti, sia la Corte di giustizia sia la Corte EDU.

Per quest'ultima, la questione è più semplice, ma interessante. E' noto che la Corte costituzionale ha ammesso una nuova ipotesi di revisione in sede penale per riaprire un processo ritenuto "ingiusto", per violazione delle "garanzie procedurali", dalla Corte EDU. Nella stessa logica, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte

costituzionale la questione di legittimità costituzionale della normativa (comune al processo civile) sulla revocazione, nella parte in cui non consente di riaprire un processo amministrativo a seguito di condanna della Corte EDU. La Corte, però, ha dichiarato infondata la questione sostanzialmente rilevando come non vi sia un principio comune che imponga lo strumento della “riapertura” del giudicato, cioè la sua modificabilità in via revocatoria, e che altri ordinamenti hanno in via legislativa strumenti ad hoc (sent. n. 123 del 2017).

Per quanto riguarda la Corte di giustizia, questa procede con interventi non sempre tra loro coerenti con il ripetuto valore della stabilità del giudicato. La Corte, in particolare, ora afferma il principio della stabilità del giudicato come manifestazione dell’esigenza anche comunitaria della certezza del diritto (sent. Kapferer), ora introduce significative limitazioni al principio. Si richiamano solitamente la sentenza Lucchini, in cui il principio viene contraddetto in presenza di un affidamento ingenerato dall’amministrazione, ma soprattutto la sentenza Olimpiclub. In quest’ultima, relativa alla materia tributaria, la Corte, per la verità, procede piuttosto a una ridefinizione del giudicato, che si ritiene non esteso alle annualità successive del medesimo tributo non coperte dal giudicato, in disaccordo con la Cassazione; l’atteggiamento della Cassazione, la quale ricomprende nell’area del giudicato, insieme con il tributo oggetto di contestazione, anche le annualità successive dello stesso, sembra volto a non costringere il contribuente a inseguire per ogni annualità il Fisco; mentre l’orientamento della Corte è volto a salvaguardare formalmente il principio del giudicato ma a consentire la riapertura della questione per le annualità successive, in modo da consentire di rimediare all’errata applicazione del diritto UE: un modo di ragionare, questo, forse più comprensibile dal giudice amministrativo, propenso a ragionare in termini di novità nella riedizione del potere (ammesso e non concesso però che quello tributario sia un potere amministrativo in senso tecnico).

Che sul tema del giudicato la Corte di giustizia sembri non volere affrontare fino in fondo le relative implicazioni problematiche si evince dalla più recente sentenza Pizzarotti 2014, in cui la Corte afferma ancora una volta l’intangibilità del giudicato ma invita il giudice a verificare l’esistenza di rimedi interni che consentano di tornare sulla decisione. Mentre nel giudizio nazionale, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sia in sede di ottemperanza, sia in sede di revocazione sulla stessa) non ha affrontato espressamente la questione ritenendo che all’esecuzione della sentenza residuassero spazi ai quali andava

applicato il diritto europeo sopravvenuto in virtù della sentenza della Corte.

5. Conclusioni.

Il discorso sin qui svolto - inevitabilmente schematico e lacunoso - induce a ritenere che la tutela giurisdizionale costituisce, a dispetto delle affermazioni di principio, uno dei settori di maggiore tensione, ma, al tempo stesso, di maggiori e significative convergenze, tra diritto europeo e diritti nazionali. Nel quale il ruolo dei giudici si carica di opportunità e, conseguentemente, di responsabilità.

Si vive più facilmente separati che insieme. Ma si può vivere meglio insieme.

Il processo di integrazione europea è in crisi su più fronti: immigrazione, circolazione, moneta. Più in generale è in crisi il modello politico di integrazione, che, all'interno, sconta un deficit strutturale di legittimazione democratica, mentre, all'esterno, risente di politiche sostanzialmente nazionalistiche per lo più indotte da spinte antieuropee cui talvolta sono offerti alibi giustificativi dalle stesse politiche delle istituzioni europee o di singoli Stati.

In questo scenario di un'Europa che sembra smarrire quella "combinazione di ideali e concretezza" (Alberto Quadrio Curzio), un terreno proficuo di confronto, che sembra incurante di quello scenario, va avanti, sicuramente con qualche difficoltà, ma avendo ottenuto sin qui risultati che confermano quel circuito virtuoso di valori comuni propri di una comunità di diritto (De Pretis) che in altri settori stentano ad affermarsi. Un meccanismo di "diversità nella comunanza" che mette a fattor comune strumenti e paradigmi di tutela, i quali assumono connotazioni più o meno diverse a seconda del contesto giuridico (e non solo) in cui sono chiamati a operare (A. Sandulli).

Tutto ciò è frutto di un dialogo tra giudici, tra giuristi che, nel parlarsi, consentono agli ordinamenti di confrontarsi. L'attenzione riservata dalle grandi Corti europee al profilo dei remedies (N. Trocker) favorisce il dialogo nella fase di applicazione del diritto e sul piano concreto dei bisogni di tutela; il che costringe lo studioso e il giudice "continentale" a comprendere che, per quanto il "processo debba modellarsi sulla situazione sostanziale... le situazioni di appartenenza [rectius direi: di titolarità dei diritti] vengono a propria volta incise [rectius: definite] dalle tecniche di attuazione dei diritti concretamente messe a disposizione del legislatore processuale" (I. Pagni).

Il già richiamato metodo della triangolazione, che conduce alla individuazione della better law, è un mix di rispetto per le tradizioni giuridiche nazionali e di “centralismo europeo”. Può funzionare se i giudici nazionali sono aperti a recepire e il giudice europeo è restio a imporre. Così funziona il dialogo, perché altrimenti gli ordinamenti tendono a irrigidirsi e a chiudersi. Oggi i giudici dei vari Paesi spesso non condividono soluzioni e strumenti, ma almeno capiscono sempre ciò di cui parla l’altro.

Per la l’ordinamento EDU l’incidenza è meno diretta. Ma lo sforzo in termini (se corretti) di interpretazione conforme da parte di giudici nazionali comuni non deve essere frustrato da un’applicazione “difensiva” dei controlimiti, volta a prendere le distanze quando non a sconfessare apertamente in una logica nazionalista e di chiusura, l’intrinseco connotato universale dei diritti umani. I controlimiti ben possono invece essere utilizzati in chiave cooperativa con la Corte EDU; mentre la Corte EDU è chiamata a uno sforzo supplementare di comprensione di taluni aspetti dei sistemi nazionali, che può fare con il ricorso al margine di apprezzamento e alla sussidiarietà.

Ma non è solo questione giuridica. Come è stato osservato “la costruzione dell’edificio europeo non impone semplicemente una limitazione del vecchio concetto di sovranità, chiusa dall’orgoglio nazionalistico, ma implica una sovranità statale nuova, che presuppone e contemporaneamente richiede l’inserimento dello Stato in più vaste comunità internazionali e sovranazionali» (R. Caponi, La tutela della identità nazionale degli Stati membri dell’U.E. nella cooperazione tra le corti: addio ai «controlimiti»? , in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, 915 ss.).

Il “campo” europeo è sede di una convergenza di sistemi, che tendono a dialogare tra loro direttamente, e, ancor più spesso, per il tramite delle due Corti europee. Un diritto originato dal fatto che si impone e “regola” i fatti successivi, si tratti di comportamenti di individui o di manifestazioni di autorità. Ma un diritto “mobile” che, nell’aspirazione alla certezza, non può contare, se non in minima parte, sul tranquillizzante ricorso alla fattispecie e al metodo ermeneutico sillogistico (Grossi).

La “crisi della fattispecie” (Irti) e la necessità di porgere un argine alla prorompente “fattualità” del diritto costituiscono così un problema non limitato a un singolo ordinamento nazionale. Mi sembra, infatti, evidente la rilevanza del fenomeno nella prospettiva del processo di integrazione giuridica europea: un noto storico belga del diritto, van Caenegem, afferma che “la formazione di un diritto europeo... dipenderà da quali

saranno i creatori del diritto nell'Europa del XXI secolo – i tribunali, le facoltà di giurisprudenza o le assemblee elette”. E “poiché nessuna di queste è la strada verso la salvezza” - come ci ammonisce ancora lo storico - credo sia ineludibile che giudici, giuristi e legislatori sappiano concorrere alla creazione di un diritto europeo “omogeneo” che sappia finalmente risolvere nella prevedibilità il dilemma tra certezza e fattualità e che dia nuovo, e più concreto, impulso al processo di integrazione europea.