Limiti interpretativi dell'Europa

L'interazione di diritto europeo e nazionale

Di Ralph Christensen e Markus Böhme

(ACADEMIA PDF 2021)

I confini sono irrinunciabili. Essi necessitano, però, di una decisione sulla chiusura ed esclusione della continua discussione. Ciò vale particolarmente per i limiti interpretativi. Questi non sono, a differenza di un corso d'acqua, semplicemente presenti, ma devono essere soltanto creati. La lingua non li produce, perchè essa conosce solo gli unici limiti della comprensibilità. Questo confine è totalmente non interessante per i giuristi. Non resta ad essi, perciò, null'altro che porre direttamente i suoi confini. Ciò si realizza nella lingua e con l'ausilio della lingua, ma non con la lingua. Come confine che deve essere ogni volta nuovamente posto, essa necessita della permanente discussione e attribuzione di significato.

Che ci siano confini dell'interpretazione è riconosciuto in giurisprudenza. Se e come essi funzionino è, d'altra parte, oscuro. Poiché il limite dell'interpretazione non è semplicemente presente, ma è costituito dall'azione linguistica, la sua descrizione è difficile nella dottrina dei metodi. Ciò diviene ancora più difficile quando diritto europeo e diritto nazionale interagiscono. I confini del diritto nazionale devono essere stabiliti dal diritto europeo o nel dialogo tra gli stessi?

La co-evoluzione del diritto comunitario col diritto nazionale

Anche se il diritto comunitario sia un autonomo ordinamento giuridico, che ha valore di per se stesso negli stati membri, resta, però, rimesso agli ordinamenti giuridici degli stati membri che esso possa divenire efficace.[1] Perciò, per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico europeo comune, non ci si può semplicemente rimettere alla forza d'integrazione del legislatore sopranazionale. La tesi che si possano creare, attraverso un atto legislativo, istituzioni che realizzino effettivamente, dal punto di vista della loro realizzazione legale, gli scopi fondamentali ad esse assegnati, non è sostenibile, un'istituzione funziona soltanto, quando e perché essa è collocata in comuni esperienze ed aspettative.[2] Non è, perciò, sorprendente che gli ordinamenti giuridici nazionali manifestino, sempre "una durevole resistenza contro trasferimenti istituzionali", una continuità storica degna di nota della loro propria evoluzione – anche e proprio nei tempi della globalizzazione omnilivellatrice.[3] Emerge sempre più che un ordinamento giuridico europeo unitario non può essere creato dall'alto per decreto. È necessaria, invece, un'evoluzione parallela degli ordinamenti giuridici nazionali, che sia resa possibile attraverso accoppiamenti di diritto comunitario e nazionale. E' questo il compito del sistema europeo di tutela giuridica.

[1] *Bahrens, P.* Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 289 e segg.

[2] Cfr. su questo concetto *Granoveffer, M.,* Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, in: American Journal of Sociology 1985, 481v e segg.; *Soskice, D.*, Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s, in: *Kitscell. H. e a.* (edit.), Continuity and Change in Contemporary Capitalism, 1999, 101 e segg.; *Hall/Soskice, D.*, An Introduction to Varieties of Capitalism, in *lo stesso*, Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage, 20011, 13 e segg.; *Colins, H.,* Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law, in: European Review of Private Law 2000, 213 e segg.

[3] *Teubner, G.*, Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko – Evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism, in Soziale Systeme 1999, 13 e segg.

Il diritto comunitario deve la sua validità al suo sistema di tutela giuridica funzionante, che si fonda su entrambi i pilastri della violazione del trattato e del procedimento di pronuncia pregiudiziale. Il procedimento di decisione pregiudiziale è un procedimento obbligatorio nel quale, a differenza del diritto internazionale, non possono essere messe in dubbio dalle parti competenza e soggezione alla giurisdizione della Corte di giustizia Europea.[4] Ciò ha un aspetto politico e viene dedotto dalla Commissione, come organo esecutivo, contro uno stato membro. Le sue debolezze consistono nel fatto che la proposizione dell'azione è rimessa alla discrezionalità politica della Commissione e ad essa difettano effettivi strumenti di controllo per qualunque violazione giuridica. La forza del procedimento di decisione pregiudiziale sta, invece, nel fatto che esso ha origine da tribunali nazionali e inoltre non ha carattere politico; ci si può basare su stabili meccanismi di scambio d'idee nazionali, perchè il cittadino agisce come "pubblico ministero privato". Perciò il procedimento di decisione pregiudiziale è lo strumento più significativamente importante per lo sviluppo di un ordinamento giuridico europeo. Nonostante ciò, esso è affidato alla cooperazione dei tribunali nazionali e quindi a un dialogo: " il formalismo giuridico - il linguaggio del diritto - ha cura di una grande forza motrice del dialogo giuridico tra CdGUE e i tribunali nazionali. Un linguaggio comune ha un effetto vincolante. Lo steso vale per la forza di convinzione di una buona argomentazione giuridica , e quindi di una tale argomentazione sulla base, non di un convincimento puramente formale, ma di un contenuto, fa emergere la correttezza i questa riflessione sulla base di casi in cui la CdGUE ha argomentato in modo giuridicamente errato o abbia leso le sensibilità giuridiche dei tribunali degli stati membri. La conseguenza era, ogni volta, una diminuzione del numero di domande pregiudiziali da parte dei tribunali nazionali."[5]

Con le nuove sentenze della CdGUE su una responsabilità delle stato ricollegabile a decisioni di giudici supremi questo sistema subiva un ulteriore evoluzione, così che la struttura della co-evoluzione di diritto comunitario e diritto nazionale era meglio apprezzabile. Nella decisione *Commissione / Italia* del 9.3.2003 la CdGUE ha per la prima volta deciso affermato che l'Italia avrebbe violato i suoi obblighi dal Trattato per il fatto di non aver modificato la sua disciplina in modo conforme alla lettera della direttiva, nonostante i giudici superiori del paese abbiano reso un'interpretazione contraria al diritto comunitario. Questa decisione configura l'errore giuridico giudiziario come un errore legislativo, così che possono essere impugnate decisioni di tribunali superiori non assunte della CdGUE nell'ambito del procedimento di violazione del trattato. Ancora più evidente è, d'altra parte, è che una legge può essere considerata *completa* soltanto alla lice della sua interpretazione. Questa è stabilito dalle coordinate della concezione dominante di divisione dei poteri.

Nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo spa/ Italia* il Tribunale ha ora proseguito questa linea di evoluzione. Secondo il diritto italiano una pretesa di responsabilità statale è esclusa quando l'errore del tribunale si basa sull'interpretazione o sulla valutazione della prova. La CdGUE ritene questa limitazione inapplicabile nel quadro di una pretesa determinata secondo il diritto comunitario di responsabilità dello stato. Ed osserva in proposito: "Da una parte, cioè, l'interpretazione di discipline giuridiche appartiene

[4] Le sentenze della Corte di Giustizia Internazionale vengono spesso non seguite. Così, per es., la sentenza emessa nel 1971 contro il Sudafrica, permanenza in Namibia e nell'Africa sud occidentale (parere del 21.06. 1971, rep. ICJ 1971, 16), e in seguito la sentenza della Corte Internazionale del 2.02. 1973 contro la pesca islandese, ed anche la sentenza 22.08.1973 contro gli esperimenti con armi nucleari nel Pacifico, o la sentenza contro il trattenimento di ostaggi dell'ambasciata in Teheran (sentenza del 24.05. 1980 e la sentenza contro gli USA nel caso Nicaragua (sentenza del 26.11.1984) ed infine, nei tempi attuali, no viene accettato da Israele il parere della Corte contro il recinto di confine israeliano.

[5] *Haltern,U.*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 314 e segg.

proprio all'essenza dell'attività giurisprudenziale, perché il giudice, di qualunque sfera di attività si può sempre trattare, quando li vengono proposte visioni devianti o contrastanti con un'altra – deve interpretare normalmente le relative – nazionali o comunitarie – norme giuridiche, per decidere la controversia giuridica ad lui proposta".[6] La CdGUE giunge ad una manifesta violazione del vigente diritto comunitario, ad esempio quando evidenzia qui un fondamentale aspetto dell'azione giudiziaria: nella controversia giuridica sono in collisione tar loro modi di lettura della legge contrastanti tra loro, così che una valutazione di questi modi di lettura è necessaria per il tribunale. La sola legge non può decidere; è necessario il il giudice, che stabilisce le varianti di comprensione della legge. Se è così, ciò può, però, anche avvenire per il problema se uno stato abbia adempiuto i suoi obblighi convenzionali nei confronti della Comunità, non solo per la legge come testo – ma piuttosto si deve considerare la prassi decisionale dei tribunali. A ciò si aggiunge anche l'ulteriore argomentazione della CdGUE: "Del resto non si può escludere che proprio nell'esercizio di tale attività interpretativa si giunga ad una manifesta violazione del diritto comunitario vigente, quando, ad esempio, il giudice trascura una disposizione giuridica comunitaria sostanziale o procedimentale e particolarmente con riguardo alla contemporanea relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia ipotizza un significato manifestamente erroneo (…)".[7] Vale naturalmente, anche per il diritto comunitario, che una modalità di lettura della legge viene stabilita solo dalla giustizia, anche per il diritto comunitario: " Se sussista una manifesta violazione, da parte del del giudice in questione si decide, in particolare, attraverso una serie di criteri quali la misura in chiarezza e precisione della disposizione violata, l'inescusabilità dell'errore giuridico dedotto o la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale secondo l'art. 234.3 del Trattato CE; una tale violazione viene in ogni caso riconosciuta quando la decisione discussa disconosce manifestamente la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia".[8] Neanche il diritto comunitario può stabilirsi semplicemente sulla base dei testi di legge prodotti dal legislatore, ma si devono accostare nel quadro di una sistematica di secondo livello anche le relative decisioni dei tribunali. Se il tribunale non considera qui la normatività l'appartenenza statale di testi, ma come una sequenza dinamica, che viene iniziata dal legislatore e completata dai tribunali, ciò costituisce una sfida non solo per la dominante teoria giuridica e metodica, ma anche per la dottrina tradizionale della divisione dei poteri.

Il concetto monologico dei limiti dell'interpretazione

Nel procedimento di decisione pregiudiziale si tratta spesso di questioni di interpretazione conforme. La classica dottrina dei metodi aveva, così, già sempre difficoltà, perché essa discende verticalmente dalla fonte del diritto. L'interazione tra diritto europeo e diritto nazionale viene ora, però, costituita dal permesso di applicazione nella rispettiva costituzione nazionale e dall'imperativo di applicazione dell'art. 249 Trattato CE. Questa configurazione consente un convincimento giuridico influenzato dal diritto comunitario e dal diritto nazionale attraverso i tribunali. Si tratta così del collegamento di due autonomi ordinamenti giuridici nella produzione in comune definita di una decisione. La scuola giurisprudenziale riflettente nelle gerarchie ha posto proprio con questo collegamento fondamentali problemi Se si parte, cioè, con essa, dal fatto che i tribunali non producono diritto, ma lo applicano soltanto, questa vicenda diviene un mistero. Il diritto dovrebbe perciò essere definito già alla sua fonte e dovrebbe essere riconosciuto dal giudice. Una coproduzione, stabilita da due due ordinamenti giuridici, è al riguardo impensabile; si giunge, invece, ad un o/o della scelta tra le due fonti giuridiche governanti. In tal modo

[6] Cfr. in proposito CdGUE, sentenza del 13.06. 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA 7 Italia, punto 34.
[7] Cfr. in proposito CdGUE, sentenza del 13.06. 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA 7 Italia, punto 35.
[8] [8] Cfr. in proposito CdGUE, sentenza del 13.06. 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA 7 Italia, punto 43.

una ristretta concezione di divisione dei poteri si collega ad una dottrina verticale delle fonti del diritto: il diritto comunitario viene sovraordinato al diritto nazionale in modo tale che il primo rimuove semplicemente il secondo. Il diritto comunitario vieterebbe, così, risultati interpretativi diversi da quelli conformi alle direttive, indipendentemente dalla dottrina nazionale dei metodi e da un limite letterale al riguardo riconosciuto. Se, invece, la gerarchia delle fonti giuridiche sopravvenuta ha modernizzato qualcosa, si può concede all'applicatore uno spazio operativo; interpretazioni conformi alla direttiva sono allora ammesse quando ciò appare possibile nel quadro della moderna cultura nazionale dei metodi e di un eventuale limite del tenore letterale.

La CdGUE ha ora formulato nel modo seguente l'obbligo dei tribunali nazionali di un'interpretazione conforme alle direttive: "Nell'applicazione del diritto nazionale, specialmente anche delle disposizioni di una legge emessa (…) per l'attuazione (…) di una direttiva, questo diritto nazionale deve essere interpretato alla luce della lettera e dello scopo della direttiva (…), in modo da conseguire lo scopo menzionato nell'art. 249.3."[9] Questa formulazione viene intesa dalla dottrina nel senso che un'interpretazione conforme alla direttiva sarebbe possibile solo se il diritto nazionale contiene uno spazio operativo di valutazione definito esclusivamente secondo regole nazionali. La CdGUE sembra, invece, concepire più ampiamente questo spazio operativo, perché, nel quadro del sistema essa prende in considerazione unitamente anche le regole del diritto europeo. In tal modo si pone il compito principale di definire lo spazio operativo del giudice nei confronti della legge e quindi, al contempo, il problema di dare una risposta a quale sia una decisione *contra legem.*

Una decisione è *contra legem* quando è contraria al tenore letterale della legge. Ma quando avviene questo? Secondo la concezione del positivismo classico "il tenore letterale" deve essere equiparato alla concretizzazione degli elementi grammaticali. Una decisione è. Perciò, emanata *contra legem* quando essa va al di là dello spazio operativo derivante dall'interpretazione grammaticale. Si distingue oggi, invece, tra tenore letterale come inizio dell'interpretazione e tenore letterale come limite dell'interpretazione. Perciò un modo di interpretare legge può fallire, non solo nell'interpretazione grammaticale, ma anche in relazione ad altri elementi. La funzione direttiva della legge è così aumentata ma per la dottrina scolastica non non è divenuta abbastanza grande. La divisione dei poteri esige, secondo l'opinione della stessa, che la legge affidi la decisione al giudice. Se aumenta il numero delle istanze di controllo questo scopo non è, però, ancora raggiunto. Perciò bisogna fare una sostituzione a livello della misura ed ampliare la legge in "idea giuridica". Sotto la legge stanno infatti "valori". Il diritto potrebbe guidare la singola decisione solo come un'unità di valori centrata intorno all'idea di diritto. Questa conoscenza è mediata dalla scienza. Il giudice deve perciò essere limitato a render noto ciò che è già deciso nel diritto legislativo. La giurisprudenza lo sostiene in ciò, in quanto essa, attraverso una conoscenza scientifica, rende possibile a lui di esprimere ciò che era già contenuto nei valori rappresentati dal testo. Una pluralità interpretativa legittima è in questo senso esclusa nella giurisprudenza, perché per una concezione meccanicistica della divisione dei poteri può esistere solo *un* diritto. Le divergenze motivazionali sono superate presuntivamente attraverso esperienze comuni di valori.

Secondo questa semplice concezione della divisione dei poteri il diritto deve poter determinare la decisione del giudice. Con questo il diritto diviene un complessivo modello sociale, che consente la deduzione della singola decisione. Per poter delimitare l'applicazione del diritto da parte del giudice in modo chiaro dal convincimento giuridico si pone a fondamento l'olismo, tramesso dalla società stratificata, che intende ricavare la soluzione di ogni singolo problema verticalmente da un vertice di

[9] CdGUE, sentenza del 10.08.1994, causa 14/83, von Colsen e Kamann.

significato. Che non si possa concepire il diritto semplicemente secondo lo schema dell'inclusione del singolo nel tutto, ma neanche secondo il modello di una figura visibile all'orizzonte, non viene qui in considerazione: " I giuristi scolastici (non) sono pronti a d immettersi in mondi giuridici intermedi. Gerarchie di diritto nazionale o internazionale manterranno ad ogni costo verticalmente, con la loro finzione, mondi giuridici prima e dopo censurati, e trascureranno tutto il resto come giuridicamente irrilevante."[10] Con la dissoluzione dei mondi intermedi si forma una ben strutturata comunità interpretativa storica, la cui omogeneità è assicurata da valori fondamentali e può così stabilizzare le forme di lettura della legge. Anche se l'ammissione di tale comunità omogenea di valori diviene problematica in una democrazia pluralista, la si vuole giustificare come finzione per la legittimità della legge. Viene anzitutto rilevato , " sfondare il velo della pretesa del diritto (…) – oggettività, neutralità, scientificità ecc., per liberare interessi di specie politica, economica o psicologica che stanno sotto il diritto (…) occupare autonomamente tribunali in posizione strategica,; essi sostengono autonomamente anche interessi per la lo Ma essi fanno ciò a misura di una grammatica giuridica, che fa esaurire proprio questo. Se il *rule of law* appare come *rule of men* esso perde subito in legittimità."[11] Questa critica prende per vera solo la frequente resa invisibile della decisione reale e sostiene ciò - in accordo con l'affermazione del del realismo legale - per la necessaria grammatica del diritto. Si stabilisce così inoltre che i esprimono qualcosa che sta sotto di loro e scambia soltanto i valori svaniti con gli interessi un po' più validi. Il testo non è, però, né espressione d'interessi né di valori, ma un'impresa creativa. Diviene così rischioso che ci si debba inserire nelle indicazioni di una semantica referenziale. E' vero he il rischio viene un po' attenuato con la lte nel procedimento e la preparazione degli argomenti nella motivazione del giudice, ma non può essere rimosso. Questo dimostra la critica insita in ogni sentenza. I giuristi pratici sono meno ingenui di quanto vogliano credere i teorici. A volte si riesce effettivamente a rendere invisibile il rischio di una determinata modalità di lettura; ma di regola la controparte utilizzerà questo problema non solo per scoprirsi, ma anche per utilizzarlo. La decisione non deve così nascondere il suo effettivo fondamento d'interessi dietro valori. Un "effettivo fondamento" non esiste assolutamente; ma il decidere è un processo necessariamente più aperto e complicato, che deve dar luogo, pragmaticamente, al suo sostegno. Il funzionamento del discorso giuridico è molto più complesso del modello di rappresentanza. Se si rende invisibile la grammatica del diritto si mette da parte una concezione meccanica di divisione dei poteri, erroneamente attribuita a Montesquieu.[12] Quantunque in molte decisioni si sia giunti e si giunga all'approvazione coi voti di minoranza, si ritiene di dover vincolare la concezione del diritto alla coscienza del consumatori di ogni giorno, al quale viene previamente sottratta la ragione con una decisione concettuale. La funzione della divisione dei poteri si presenta nella prasi in modo più differenziato. Proprio i voti di minoranza e i dibattiti scientifici mostrano che come fondamento della legge non si ha bisogno, per una stabile lettura, di un cosmo di valori concentrato sull'idea di diritto. Anche i consumatori del diritto possono vivere con varietà e controversia. Il sistema della giustizia appare come holismo verticale, che potrebbe ricavare ogni decisione dal vertice di significato del diritto, occasionalmente in discorsi preliminari per presidenti di tribunale dimissionari. Oltre al discorso della domenica ogni partecipante sa che il diritto decide, non solo la lite tra i cittadini, ma si rimette anche

[10] *Amtstutz, M.*, Zwischen Welten: Zur Emergenz einer intelegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in:*Joerges, C. Teubner, G* (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwiscen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, 2003, 213 e segg., 223.

[11] *Haltern, U.*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 337 e seg.

[12] Cfr. in proposito *Ogork, R.*, Richterkönig oder Subsumptionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

a ciò.[13] Ciò, è vero, rende difficile la prevedibilità della decisione, ma dà al contempo il diritto anche ad altri che che chiedono di avere uno spazio operativo irrinunciabile.

La concezione dialogica dei confini dell'interpretazione

La già classica controversia nelle scienze riferite ad un testo indaga sul se punto di riferimento e confini dell'interpretazione devono essere trovati solo nell'intenzione dell'autore o in un passo del testo indipendente da questa intenzione. Come punto di convergenza di così diverse correnti come ermeneutica filosofica, nuovo criticismo letterario e strutturalismo linguistico la variante oggettiva siè imposta in modo prevalente dall'inizio degli anni 60.[14] Il problema della *effettiva partecipazione* dell'interpretazione può essere, allora, posto solo sulla base di questo, indipendente dall'intenzione dell'autore, oggettivo, modo d'intendere il testo come unità di significato, icona o struttura linguistica.[15] Questa minacciava l'unità di significato ermeneutica del testo col lavoro della decostruzione,[16]sottraeva all'icona linguistica del New Criticism la sua autonomia a vantaggio dei sistemi aspettativi del lettore[17] e turbava come *svolta pragmatica* la struttura linguistica statica dello strutturalismo nel flusso del discorso.[18] In sintesi: la situazione si è fondamentalmente cambiata. Mentre all'inizio degli anni 60 si ammetteva un grave onere di motivazione per coloro che volevano svolgere un ruolo attivo di destinatari del testo, è posto oggi in una situazione difficile chi vuol far valere un limite dell'interpretazione.[19]

La sopravvenuta concezione di un limite interpretativo del lavoro giuridico fu ricavata da intrinseche proprietà del testo. Si rimase, così, nella presentazione del testo come ad un contenitore, nel quale la decisione del caso giuridico sarebbe già contenuta e avrebbe solo dovuto essere interpretata. Come contenitore fungeva, al riguardo, il significato del testo, che sarebbe stato in grado di fornire alla conoscenza giuridica un oggetto in forma di na norma giuridica. Tale oggetto non è però reperibile; la finzione del contenitore veniva però sempre più estesa. Al posto del singolo testo della norma entravano l'ordinamento giuridico o la sua unicità di significato come un tutto o anche l'idea di giustizia. Invece di questa marcia indietro (dal punto di vista storico – scientifico: rinvio degenerativo del problema) una riflessione sul convincimento giuridico può modificare la prospettiva fondamentale; l' "oggetto" è una mera proiezione del lettore e proprio intorno a questo lettore (utente di segni, giudice, arbitro) come asse deve essere mesa in moto l'analisi. Il vincolo alla legge non è riferito più a lungo ad un supposto contenuto dato, ma viene realizzato nel processo della *produzione* della norma. La produzione di prwesunte proprietà interne del testo viene, così, sostituita attraverso la concezione dei limiti dell'interpretazione come grandezze relazionali. Il giudice è, anzitutto, vincolato al testo della norma

[13] Cfr. *Luhmann, N.*, Metamorphosen des Staates, in: *lo stesso*, Gesellschaftstruktur und Semantik, Vol. 4, 1999, 101 e segg., 107, come pure *Werber, N.*, Vor dem Vertrag. Probleme des Performanzbegriffe aus systemtheoretischer Sicht, in: *Wirt, U. (Hrsg.)*, Performanz. Zwischen Sprachphilosophie und Kulturwissenschaften, 2002, 366 e segg., 381.

[14] *Collini, S.*, Die begrenzbare und die unbegrenzbare Interpretation, in: *Eco, U.*, Zwischen Autor und text, München 1994, 7 e segg., 13 e seg.

[15] *Eco, U.* Die Grenzen der Interpretation, München / Wien 1992, 71; un più sintetico sguardo sulla critica alla concezione del significato riferita agli autori in *Eagleton, T.*, Einführung in die Literaturtheorie, Stuttgart 1988, 32 e segg.

[16] Come sintesi introduttiva *Eagleton, T.*, Einführung in die Literaturtheorie, 132 e segg.

[17] Cfr. sul uolo del lettore nella più recente teoria della letteratura, *Eagleton, T.,* Einführung in die Literaturtheorie, 46 – 51, 132; *Culler, J.*, Deconstruktion, Reinbeck 1988, 36 e segg., 81 – 86..

[18] In proposito *Eco, U.*, Die Grenzen der Interpretation, 350 e segg..

[19] *Eco, U.*, Die Grenzen der Interpretation, 22.

crreato dal legislatore come catena di segni nel senso della sua validità". Egli deve per prima cosa prefiggersi ciò come "normatività" della norma giuridica per il significato decisivo per la causa. Ma al riguardo egli non è libero, ma vincolato agli *standards* di una cultura dell'argomentazione, sanzionati dalle disposizioni d*i* stato di diritto della costituzione.

Il limite dell'interpretazione ha così perso nella giurisprudenza ogni carattere fittizio o speculativo e diviene caso di emergenza della delimitazione politica della libertà individuale e della comunità sociale. Il giudice non svolge una conoscenza giuridica teorico – cognitiva, egli, piuttosto, esercita un potere pratico. Questo potere viene condiviso, valorizzato e controllato col riferimento al testo normativo e agli *standards* argomentativi, che deve essere esposto in modo plausibile nella sua motivazione.

Attraverso il procedimento giurisdizionale le parti vengono costrette ad un distanziamento delle loro opinioni, in quanto devono motivare le loro richieste. Con la formulazione delle frasi scritte, col ricorso ad un giurista professionale la tesi giuridica viene assoggettata già ad un certo livello della prova sul fatto che essa, di per sé considerata, possa vere consistenza, indipendentemente dalla persona dell'attore o del convenuto. Già in tal modo è compiuto il primo passo della battaglia di opinioni sulla battaglia semantica s testi di legge e ha inizio, così, il processo dell'argomentazione. Se si segue esperienza giuridica e analisi filosofica questa argomentazione ha nel processo una struttura retro-riflessiva. Ciò significa che il rapporto motivazionale di un'opinione giuridica retroagisce sui presupposti che intervengono im questa motivazione. Si tratta qui di una curva di riunione all'indietro, che deriva dalla dinamica dell'argomentazione. Poiché il processo chiarisce opinioni giuridiche contrastanti e porta alla decisione non è a priori stabilito quali affermazioni possano con sicurezza essere prese in considerazione. Solo nella battaglia semantica o nel processo argomentativo, quando si è indagato sulla validità delle opinioni giuridiche dedotte per la motivazione della pretesa, può diventare visibile il significato di singoli elementi dell'argomentazione. Questo si sviluppa inizialmente nel rapporto del singolo elemento con gli altri elementi e viene modificato dal proseguimento dell'intero processo. Il successivo passo può, al riguardo, avere un'influenza sui precedenti passi e portare alla loro revisione. Viene, così, continuamente riformulata nella controversia giuridica l'opinione giuridica originaria, il che può nuovamente portare ad una modifica degli argomenti contrari.

Questo processo retroriflessivo dell'argomentazione può idealmente proseguire così a lungo, fino a che non sia raggiunta una valida versione della tesi giuridica in contestazione. Le parti processuali devono, quindi, mettere a disposizione una corrispondente base giuridica ed eliminare tutte le eccezioni del loro avversario processuale o riformularle in modo che esse possano essere integrate nella motivazione della propria opinione giuridica. Con questo *status* della libertà di osservazioni contrarie viene raggiunta, nel risultato, una valida tesi[20] e decisa in modo corretto la lite tra le opinioni giuridiche.

Questo risultato deve essere esposto nella motivazione della sentenza. La motivazione non è, così, orientata all'accettazione delle parti, alla mera situazione di un'opinione. Essa è, invece, orientata allo stato degli argomenti, il che significa ala loro validità. La validità è immune da critiche. Se e in quanto una decisione giuridica integra o spazza via tutti gli argomenti proposti contro di essa, essa è valida.

[20] Cfr. su questo criterio della validità di argomentazione *Wohlrapp, H.*, Die diskursive Tendenz, in: *Harald Wohlrapp (Hrsg.),* Wege der Argumentationsforschung, Stuttgart 1995, 395 e segg, 400; v. anche *Lueke – Lueken,* G. Konsens, Widerstreit und Entscheidung, in: *Harald / Wohlrapp (Hrsg.),* Weg der Argumentationsforschung, Stuttgart 1995, 358 e segg., 378.

Il trasferimento della legittimità legislativa alla sentenza può riuscire solo se la variante interpretativa scelta dal tribunale è sostenibile. La variante interpretativa d al testo della norma il suo significato e può, quindi, essere definita come ipotesi di norma giuridica. Questa ipotesi di norma giuridica viene controllata negli argomenti che sono dedotti nel procedimento. Il procedimento organizza un conflitto per creare un orizzonte di rilevanza alla motivazione della decisione giudiziale, che, quando è il caso, dev'essere integrato nel quadro dell'intermediazione d'ufficio, così che esso sia sufficiente al livello della discussione scientifica. L'ipotesi di norma giuridica deve raggiungere lo stadio della validità. Ciò significa che essa deve integrare o contrastare tutti gli argomenti contrari. Sono, perciò, posti sufficienti confini alla legge. Lo stato di diritto non può oggettivamente predisporre un limite nel testo della norma. Ma esso esige dai tribunali una prassi di apposizione di limiti.

Il dialogo riuscito nel diritto della responsabilità dello stato

E' stato rimproverato alla CdGUE di aver abbandonato, con la sua giurisprudenza sulla responsabilità dello stato dei tribunali superiori, l'iniziale paradigma di un dialogo tra tradizioni costituzionali per un nuovo modello di controllo verticale.[21] Punto di partenza al riguardo è il procedimento di violazione del trattato contro la repubblica italiano per una decisione di un tribunale supremo: "Se al parlamento italiano viene, perciò, addebitata una violazione del diritto comunitario, perché esso non ha modificato una norma del diritto comune di per sé neutrale, ma , ma interpretata dai tribunali italiani come contrastante col diritto comunitario, questa censura si fonda su una grande fiducia nel potere di guida di leggi e chiarezza di linguaggio. L'Italia viene condannata perché il suo potere legislativo non ha considerato che era possibile solo un'interpretazione (conforme al diritto comunitario) di questa norma. [22] Alla sentenza sta a base una disciplina del legislativo italiano, conforme nel suo tenore letterale al diritto comunitario, che non è stata applicata in modo conforme dai giudici supremi italiani. Un procedimento di pronuncia pregiudiziale no è stato instaurato, né dai giudici superiori, né da quelli sottoordinati. Del tuto in via generale, I giudici superiori sono restii nel proporre domande pregiudiziali alla CdGUE,[23] ed alcuni di questi non si considerano tenuti al rinvio pregiudiziale.[24] Perciò, secondo l'avviso della CdGUE, farebbero difetto, anzitutto, i dati per un dialogo giuridico; e la corte tenta di applicare questi presupposti tentando indirettamente con tutti i mezzi possibili l'instaurazione di una procedura d'infrazione contro l'Italia. Perciò l'illecito giudiziale si presenta qui come illecito legislativo. La CdGUE contesta all'Italia di non aver modificato le sue leggi in considerazione di una giurisprudenza consolidata contrastante col diritto comunitario. Questa censura può essere letta in modi differenti. Sotto un primo profilo, si potrebbe intendere che la CdGUE riconosca qui che la legge è più di un testo, e che il significato di questo testo si

[21] *Haltern, U.*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 327.
[22] *Haltern, U.*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 330.

[23] Cfr.. sulla statistica *Alter, K.J.*, Establishing the Supremacy of European Law, 2001, 69, ed anche *Haltern, U.,* Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 329, nota 59..

[24] Corte Costituzionale, sentenza del 15.2.1995, n. 536; Højesteret (tribunale supremo danese), decsione del 6.4. 1008, Carlsen e a. / Rasmussen; Cour d'arbitrage (Belgio), decisione 12/94 del 3.2.1994, in: Moniteur Belge 11.3.1994, 6137 – 47 (Ecole européene); Tribunal Constitucional (Spagna), parere Maastricht del 1/ 7 / 1992, dichiarazione 108/ 1992, in: Revista de Instituciones Europeas (1992, 633). Sono inoltre da tener presenti Irlands Supreme Court (SC SPUC Ireland Ltd. c. Grogan (1989) OR 753, Consiglio di Stato della Grecia (n. 3457 / 98, Katsarou/ DI.K.AT.S.A); come caso particolare, Conseil d'Etat francese (CE 9.1. 1970, Sieur Cohn – Bendit, Racc., pag. 15; SE Ass. 22.12.78, Ministee de l'Intérieur c. Sieur Cohn – Bendit, Racc. Pag. 524; conclusion Genevois, RTDE 1979, 157; Svezia, EG och grundlagama – sammanställning av remissyttranden över betänkander SOU 1993, 14 och departmentspromemoriam Ds 1993: 36, Ds 1993:71) e Austria (chiarimenti sulla proposta del governo sulla legge sulla costituzione federale e l'ingresso dell'Austria nel'Unione Europea, 1546 BlgNR 18, GP).

forma attraverso una semantica inferenziale soltanto nella via della sua applicazione. Questa modalità di lettura viene però rifiutata e, al suo posto, se ne presuppone semplicemente un'altra: " La premessa di questa decisione sta in una concezione dominante, ritenuta positivistica, della legge. Che vuole attribuire alla legge una guida di comportamenti fondata su una programmazione condizionale secondo un modello fisico-causale. A questo corrisponde la rappresentazione di un'esecuzione stretta, drasticamente gerarchica; alla sussunzione non deve essere assegnato alcun processo di applicazione creativo, ma giudici e funzionari si presentano come semplici organi esecutivi. Su mete in mostra, qui, una valutazione di appropriatezza di programmi legislativi che non possono essere forniti dalla generale normazione. Nessun parlamento dl mondo può emanare leggi che sottraggano ai giudici il loto spazio operativo di interpretazione e di concretizzazione."[25] Mettiamo per una volta fuori dall'attenzione che la sussunzione non può essere creativa, perché non è niente di più. A prescindere da questo, questa critica al concetto di legge del 19° secolo è convincente. Le premesse dell'antico positivismo giuridico non sono certamente da approvare. Per la verità, questo non è ancora impresso nella coscienza quotidiana, ma, nel frattempo, di tutti gl'interessati. Può addebitarsi alla CdGUE tanta ingenuità da lasciarsi sfuggire questo?

Una tale affermazione fallisce subito se si osserva il contesto. Nelle sue decisioni sulla pretesa di responsabilità dello stato per decisioni di giudici supremi la CdGUE ha nuovamente rilevato che non si giunge qui ad un'applicazione corretta del diritto con lo schema meccanicisticamente abbreviato della divisione dei poteri: "La sua (del tribunale nazionale) posizione è tanto più strategica di quanto più startegica di quanto debba giudicarsi l'interazione del suo diritto intrastatale col diritto comunitario e debba trarre da ciò le dovute conseguenze. Non è così più incondizionato, come ha una volta affermato Montesquieu, il tubo parlante della legge."[26] La CdGUE non è, così, ingenua. Essa vede, invece, realisticamente che la legge ottiene significato solo nell'applicazione.

La posizione della CdGUE è così rilevantemente più complessa e non può essere sostituita con le concezioni convenzionali. Il tribunale vede chiaramente che non si possono separare schematicamente giurisdizione e produzione del diritto. Fino a che il diritto è scritto[27] esiste una complessità che non può essere superata con un accoppiamento lineare. Con la scrittura viene prodotta la distinzione tra catena di segni e significato, tra testo e interpretazione.[28] Il giudice non può, quindi, essere un automa della sussunzione. Questo è, nel frattempo, quasi incontestato. Ma esso non può non può stabilire l'unità del diritto con valori apparenti, perché il diritto difetta di un significato centrale, a partire dal quale esso deve essere dominato. E' soltanto pensabile che nell'applicazione della legge esista una coerenza pragmatica. Una coerenza *pragmatica* è trasmissibile solo come momento di coscienza e non *ex ante*. E' questa l'idea dell'holismo orizzontale, elaborata nella filosofia analitica. La legge è, nella prassi, da osservare nelle sue applicazioni solo come una catena aperta e non omogenea. Applicazione e convincimento giuridici non possono essere separati l'uno dall'altro. E' voro che ogni giudice vuole inserirsi nella catena del rinvio pregiudiziale e divenire egli stesso, con la sua decisione, autore di una pregiudiziale. Ma egli non non ha una visione complessiva piena di questa catena. Perciò si dovrebbe complicare la visione meccanica della divisione dei poteri: il giudice deve partire, nelle sue valutazioni per la decisione, dalla

[25] *Haltern, U.*, Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Verwaltungsarchiv 2005, 311 e segg., 330 e seg..

[26] Avv. Gen. Léger , nella sentenza CdGUE Köbler, punto 59.

[27] Cfr. in proposito *Fögen, M.T.*, Römische Rechtsgeschichten: Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, 2002, 82.

[28] Cfr. *Luhmann, N.*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 289.

legge pertinente come testo. Egli non può, quindi, scegliere liberamente la sua premessa. Inoltre egli compie questo "salto" nel quadro di una semantica inferenziale controllata dal pubblico specializzato e da altri giudici. Ciò significa che egli salta lungo una catena di decisioni pregiudiziali. Questo è significativamente meno della determinazione del legislatore, ma molto di più che mero arbitrio.

Nel diritto europeo questo meccanismo viene ancora complicato dal fatto che qui due distinti ordinamenti giuridici cercano di ottenere sul piano pragmatico una compatibilità normativa. Ciò presuppone una disponibilità al dialogo di entrambe le parti, così che la CdGUE, in relazione alle decisioni pregiudiziali e alla sua giurisprudenza sulla responsabilità dello stato si preoccupa di evitare ogni accusa di costrizione e di gerarchia: "

Sarebbe perciò eccesivo concludere che ciò potrebbe condurre a creare un superespediente giuridico, il che significa innalzare la Corte ad una superistanza di revisione (…). Io vedo in una tale richiesta di pronuncia pregiudiziale nient'altro che l'espressione di uno strumento della cooperazione giudiziale, che si fonda sull'idea del dialogo e della reciproca fiducia tra i due tribunali."[29] Al riguardo il tribunale non dimentica di rinforzarsi la schiena anche nei confronti dei tribunali sottordinati. " Questa giurisprudenza ha portato in gran misura a rivalutare l'ufficio del giudice e a rinforzare la sua autorità all'interno dello stato in alcuni sistemi giuridici nazionali al prezzo di sviluppi di natura giuridico – costituzionale. Al contempo ciò significa per lui che deve adattarsi ad un campo giuridico complicato a causa delle difficoltà che può suscitare l'interazione tar diritto statale e comunitario."[30] I richiamati sviluppi di natura giuridico – costituzionale si trovano, naturalmente, nella situazione che qui vengono trasferite istanze nazionali a istanze europee. Ma quando sistemi giuridici di diversa origine interagiscono parallelamente, senza che si posa stabilire un'istanza significativa centrale che possa esercitare un effetto stabilizzatore *ex ante*, si dovrà ancor più difficilmente rispondere alla domanda di cosa sia una decisione *contra legem.* Ciò perché si possono prendere in considerazione come contesto e misura non solo testi e netodica nazionali. Ma fintantochè la domanda se una determinata decisione ha acquistato validità o sia stata emanata *contra legem* venga ancora posta, si forma proprio in questa vicenda della riflessione di convincimento giuridico una metodica europea come punto d'incontro delle differenze nazionali.

L'interpretazione conforme alla comunità del diritto della responsabilità dello stato

I giudici tedeschi partono dalla considerazione che il privilegio della pronuncia giudiziale debba venir applicato anche alla responsabilita di diritto comunitario dello stato per ragioni di certezza giuridica e per l'indipendenza dei tribunali.[31]

Tutti gli ordinamenti giuridici dei paesi membri CE riconoscono fondamentalmente una responsabilità per illecito giudiziale. [32] Viene, invece, diversamente presa in considerazione la limitazione di questa responsabilità.. Mentre l'ordinamento giuridico tedesco ammette una responsabilità solo in casi penalmente rilevanti so verifica un'ipotesi di responsabilità dello stato in Olanda e nel Regno Unito solo quando il tribunale viola con la sua decisione gli artt. 5 e 6 CEDU.[33] Un'altra limitazione della

[29] A.G. Léger, in: sentenza del 9.12.2003, Causa C-129/00 (Commissione / Repubblica Italiana), punto 112.
[30] CdGUE, sentenza del 9. 12. 2003, causa C – 129 /00 (Commissione / Repubblica Italiana), punto 60.
[31] *Detterbeck, S. / Windthorst, K./ Sproll, h.-D.*, Staatshaftungsrecht, 1a ed. 2000, §6, punto 66; *Henrichs, Ch.,* Haftung der EG – Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht, 1a ed., 1995, 146; *Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5° ed. 1998, 514.
[32] A.G. Léger, conclusioni in: Racc. CdGUE, 2003, I – 10239 " Köbler" punto 77.
[33] A.G. Léger, conclusioni in: Racc. CdGUE, 2003, I – 10239 " Köbler" punto 79.

responsabilità nel senso che i tribunali di ultima istanza devono restare esclusi dalla responsabilità prevedono le apposite disposizioni in Austria e in Svezia;[34] il dirotto francese ed italiano prevedono una responsabilità per atto antigiuridico giudiziale solo nei casi di colpa grave o di rifiuto di giustizia.[35] Anche gli altri stati membri hanno simili discipline.[36] Una limitazione della responsabilità per errore giuridico è nota in tutti gli stati membri della CE, così che, per quanto riguarda la limitazione, si tratta di uno dei principi generali nel senso dell'art. 288.2 Trattato CE. I presupposti della responsabilità regolati definitivamente dalla CdGUE dovrebbero essere perciò appropriati per divenire adeguati al senso e allo scopo di questa idea giuridica. Il fondamentale significato della limitazione della responsabilità consiste, in primo luogo, nel fatto che l'efficacia di giudicato di una decisione viene rinforzata al servizio della certezza giuridica.[37] I presupposti della responsabilità formulati dalla CdGUE secondo l'art. 288 Trattato II CE devono essere conformi a questi requisiti.

Anche la CdGUE non ha contestato il significato del fondamento della cosa giudicata, ma ha fatto, invece, riferimento alla sua fondamentale importanza.[38] A causa della cosa giudicata non può più essere messa in questione una decisione divenuta inoppugnabile.[39] Della cosa giudicata di una decisione viene, d'altra parte, di regola preso in considerazione solo l'oggetto della lite.[40] Questo viene definito in senso formale attraverso la domanda e la vicenda concreta. L'efficacia di giudicato della decisione erronea, nel senso formale di oggetto della lite, che produce l'obbligo di risarcimento di uno stato membro non è, perciò, più riesaminabile nel contenuto nel quadro di un processo sulla responsabilità dello stato.[41] Il riesame di una decisione giudiziale di un giudice di ultima istanza nell'ambito di un processo di responsabilità dello stato porterebbe quindi, di fatto, al raddoppio della fase processuale. Nell'interesse della pace giuridica deve, comunque, essere adottata quanto prima possibile una decisione , che preclude ulteriori processi.[42] Nella Repubblica Federale di Germania si determinerebbe, inoltre, una situazione nella quale il Landgericht, competente in prima istanza della giurisdizione ordinaria , secondo il § 71.2 n.2 GVG, per la responsabilità dello stato, dovrebbe riesaminare, alla stregua del diritto comunitario, decisioni

[34] AG Lèger, conclusioni in CdGUE, Racc. 2003, I – I-10239, " Köbler" punto 81; *Jaenicke, G.*. " Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Bundesrepublik Deutschland", in: Mpsler, H., Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe – Internationales Colloquium, organizzato dal Max Planck Institut für auslandisches öfentliches Recht und Völkerecht – 1° ed. 1967, 128.

[35] Cfr. *Wegener, B.*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, in: EuR 2002, 784, 790; *Haltern, U.*Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik 2005, 311 e segg., 321.

[36] Cfr. conclusioni della Commissione CE in CdGUE Racc. 2003, I – 10239 " Köbler" unto 19; considerazioni in *Wegener, B*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, in: EuR 2002, 784, 791, note 28 – 36.790;.

[37] *Papier, H. J.* § 839, unto 323, in: *Rebmann, K. / Säcker, F./ Rixecker, R.*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705 – 853; 4a ed. 2004; *Ossenbühl*, F., Staatshaftungsrecht, 5° ed. 1998, 514; *Palandt, O.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 64° ed. 2005, § 839, punto 63; *Tombrink, Ch.,"*Der Richter und sein Richter"- Fragen der Amtshaftung für richterliche Entscheidungen, in DRiZ 2002, 296 e segg., 297.

[38] CdGUE, Racc. 1999, I-3055 " Eco Swiss", punto 46.

[39] CdGUE, Racc. 2003, I – 10239 " Köbler", punto 39; *Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5° ed. 1998, 514; *Storr, S.*, Abchied vom Richterspruchprivileg?, im DŐV 2004, 545.

[40] *Koenig, K./ Krämer, H.*, Einführung in das EG – Prozeßrecht,1a ed. 1997, punto 499.

[41] CdGUE, Racc. 2003, I – 10239 " Köbler", punto 39; *Schöndorf – Haubold, B.*,Die haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG – Recht durch nationale Gerichte, inEuR 2002, 784 e segg., 795.

[42] *Schöndorf – Haubold, B.*, Die Haftung der Mitgliederstaaten für die Verletzung von EG – Recht durch nationale Gerichte, in JuS 2006, 112 e segg., 114; *Wegener, B.*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinscaftsrecht durch nationale Gerichte, in EuR 2002, 784 e segg, 795.

dei tribunali amministrativi e sociali di ultima istanza.[43] Il principio della divisione della giurisdizione tedesca tra giurisdizioni prossime tra loro nella competenza – che vale in forma simile anche in altri stati membri – sarebbe in tal modo violato. Il BGH (*Bundesgerichthof,* Corte federale) diventerebbe, eventualmente, giudice su tututti gli altri tribunali federali. Tra i tribunali federali supremi non esiste d'altra parte, secondo l'art. 95.1 GG, alcun rango di superiorità. Come istanza per la garanzia dell'unità della giurisdizione deve essere formato, secondo l'art. 95.3 GG, un Senato comune dei tribunali federali, ma anche all'interno di questo esiste un ruolo paritario.[44]

Sotto questo profilo si tratta, però, di un problema di diritto del procedimento, che deve restare estraneo al giudizio della situazione europea. L' ulteriore svolgimento del procedimento, nel quale il singolo può chiedere il risarcimento, viene, cioè, rimesso alla competenza degli ordinamenti giuridici degli stati membri.[45] Sarebbe quindi assolutamente possibile creare un'istanza nel diritto intrastatale, che giudichi in via definitiva sull'obbligo al risarcimento del danno per una violazione del diritto comunitario da aprte di un tribunale dello stesso stato.

Deve, inoltre, essere assicurato che i tribunali che devono decidere sul problema della responsabilità abbiano la possibilità di promuovere direttamente un procedimento di di pronuncia pregiudiziale secondo l'art. 234.3 Trattato CE. Relativamente alla questione sulla quale la CdGUE deve decidere in questo procedimento, si tratterebbe però di regola di un problema di trattazione su quale questione pregiudiziale alla CdGUE il giudice di ultima istanza nel precedente procedimento abbia omesso illegittimamente di applicare il diritto comunitario. Certamente questo nuovo riesame condurrebbe a che al tribunale realmente competente in ultima istanza verrebbe sottratto il suo ruolo di giudice di ultima istanza;[46] questo tribunale dovrebbe, d'altra parte, sottrarsi ad una responsabilità con l'aderire all'obbligo di rinvio pregiudiziale oggettivamente esistente, proprio là dove il significato dell'obbligo di rinvio pregiudiziale sta proprio in un miglioramento del coordinamento tra tribunali nazionali e la CdGUE.[47]

Una conferma per la linea della CdGUE deriva anche dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Così, secondo l'art. 41 CEDU, l'obbligo di risarcimento del danno di uno stato può sorgere sole se il fatto che fa sorgere l'obbligazione consiste nella sentenza di u giudice.[48] Secondo l'art. 46 CEDU gli stati contraenti sono così obbligati a seguire la sentenza. Che sussista una violazione della CEDU o dei protocolli ad essa allegati viene attestato solo dalla Corte CEDU. Una rimozione dell'atto giuridico statale non rientra nella sua competenza.[49] La CEDU è così limitata ad accordare al danneggiato un adeguato risarcimento, che serva allo scopo di porre quest'ultimo nella condizione in cui si trovava al momento della violazione della Convenzione.[50] La decisione del tribunale che afferma una violazione della Convenzione

[43] *Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5a ed. 1998, 514
[44] Cfr. *Münch, I., v./ Kunig, Ph.* Grundgesetz – Kommentar, band. 3, 5a ed., 2003, art. 95, punto 12.
[45] CdGUE, rac. 2003, I – 10239 "Köbler", punto 44.
[46] *Schöndorf – Haubold, B.*, Die Haftung der Mitgliederstaaten für die Verletzung von EG – Recht durch nationale Gerichte, in JuS 2006, 112 e segg., 114; *Storr, S.*, Abschied vom Richterprivileg ?, in: DŐV 204, 545 e segg., 549.
[47] *Kenntner, M.*, in Dreizack für die offene Flanke: Die neue EuGH – Rechtsprechung zur judikativen Gemeinschaftsrechtsverletzung, in Eu ZW 205, 235 e sgg., 237; *Radermachen, L.*, Gemeischaftsrechtliche Staatshaftung für höchstrichterliche Entscheidungen, in NVwZ 2004, 1415 e segg., 1417; *Storr, S.*, Abschied vom Richterspruchprivileg?, in: DŐV 2004, 545 e segg., 547.
[48] Cfr. soloCorte. CEDU, cause 59320/ 00 " Cariline di Hannover", 36677/97 " Jacques Dangeville"; *Haltern, U.* Verschiebungen im europäischen Rechtsschutzsystem, in: Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Ver waltungspolitik 2005, 311 e segg., 341.
[49] *Grabenwarter*, *C.,* Europäische Menschenrechtskonvention, 2° ed. 2005, §16 punto 3.
[50] *Grabenwarter*, *C.,* Europäische Menschenrechtskonvention, 2° ed. 2005, §165punto 4.

resta, invece, impregiudicata. E' in contestazione, d'altra parte, se questo risultato sia trasferito all'ordinamento comunitario. La CEDU si è, per la verità, nel frattempo emancipata dal suo contesto di mero diritto internazionale, ma, a differenza dell'ordinamento giuridico comunitario, non ha alcun primato applicativo nei confronti del diritto nazionale. [51] L'ordinamento giuridico della CE è, però, come ordinamento giuridico sopranazionale, un *plus* rispetto all'ordinamento giuridico CEDU. Se già nel diritto nazionale sia possibile nel diritto internazionale una responsabilità dello stato per atto giudiziale illegittimo senza incidere sulla cosa giudicata non è il caso del diritto sopranazionale. La cosa giudicata non è perciò suscettibile d'incisione neanche da questo punto di vista. Se l'*ampliamento della tutela giurisdizionale attraverso la dottrina sulla responsabilità dello stato della CdGUE* possa essere visto effettivamente come rafforzamento della qualità degli ordinamenti giuridici nazionali,[52] non viene, comunque, posto in questione.

L'*indipendenza giudiziale* non potrebbe essere, d'altra parte, pregiudicata dalla dottrina di diritto comunitario della responsabilità dello stato. L'indipendenza del giudice viene tutelata in Germania dall'art. 97.1 GG. Simili disposizioni sono presenti anche in costituzioni di altri stati membri.[53] L'indipendenza del giudice garantisce che il giudice, in ogni atto dell'attività giudiziaria, e tutelato giuridicamente e di fatto nei confronti di influenze, legislativamente non stabilite, di altri titolare di uffici statali o nei confronti di terzi; così il principio che il giudice è vincolato solo alla legge. [54] Il Trattato sulla fondazione della CE pone, però, il diritto vigente nel senso che esso deve essere rispettato. Al riguardo la dottrina della responsabilità della CdGUE non costituisce una limitazione. D'altra parte, col principio della responsabilità potrebbe esserci un'incidenza, nel senso che un giudice potrebbe essere influenzato nella sua libertà decisionale dagli incombenti obblighi di risarcimento del danno. La responsabilità per violazione del diritto comunitario non è, però, una responsabilità personale del giudice, ma una responsabilità che investe lo stato di appartenenza.[55] Inoltre, poiché la responsabilità è limitata alla violazione di norme che conferiscono diritti al singolo, si presenta primariamente l'effetto di un miglioramento della tutela del diritto individuale, e non del generale controllo i legalità.[56] Deve inoltre considerarsi che anche secondo la giurisprudenza della CdGUE nel quadro della specificazione della violazione sufficientemente qualificata suscitano attenzione le particolarità della funzione del giudice e gl'interessi della certezza giuridica. La responsabilità deve, perciò, restare un'eccezione anche nell'interesse di una cooperazione di fiducia tra CdGUE e tribunali di ultima istanza dei paesi membri.[57] Anche qui si può vedere nuovamente un parallelo

---

[51] *Grabenwarter*, *C.,* Europäische Menschenrechtskonvention, 2° ed. 2005, §3 punto 1.

[52] Così CdGUE, Racc. 2003, I – 10239, " Köbler", punto 43.

[53] *Nettesheim, M.*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: DŐV 1992, 999 e segg., 1003; cfr. art. 64 della Constitution Française de 1958; art. 104 Costituzione della Repubblica Italiana; art. 87.1 della legge costituzionale federale austriaca.

[54] *Jarras, H./ Pieroth, B.*, Grundgesetz Kommentar, 8° ed. 2006, art. 97, punti 3 e segg.; *Münch, I. / Kunig, Ph.*, Grundgesetz – Kommentar, band 3, 5a ed., art. 97, punto 1.

[55] CdGUE, Racc. 2003, I – 19239, "Köbler", punto 42; *Wegener, B.*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte, in EuR 2004, 84 e segg., 88.

[56] *Bogdandy, v.A*, in: Grabitz, E./ Hilf, M., Das Recht der Europäischen Union, 2a ed. 2005, art. 288 Trattato CE, punto 130.

[56]

[57] CdGUE, Racc. 2003, I – 19239, "Köbler", punto 53; *Kluth, W.*, Die haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen – Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, in: DVBl 2004, 393 e segg., 402; *Krieger, H.*., hafting des nationalen Richters für Verletzung des Gemeinschaftsrechts, da Urteil Köbler des EuGH, in: JuS 2004, 855 e segg., 857.

con sentenze della Corte CEDU. Gli stati contraenti sono obbligati, secondo l'art. 46.1 della Convenzione, a seguire le sentenze della Corte. Se la CEDU dovesse attribuire al singolo un risarcimento ai sensi dell'art. 46.1 CEDU, per violazione della Convenzione o dei protocolli allegati, lo Stato membro deve adempiere alla Convenzione. [58] Anche qui non viene in considerazione una responsabilità del singolo giudice. La sua indipendenza resta impregiudicata. Ciò deve valere tanto più nel diritto della CE. L'indipendenza del giudice non viene, così, comunque, pregiudicata dalla responsabilità per illecito giudiziale.

On quanto la CdGUE postula una violazione sufficientemente qualificata in considerazione delle particolarità della funzione giudiziale e delle esigenze della certezza giuridica come limitazione della responsabilità dello stato, la sia dottrina sulla responsabilità non pregiudica il principio di una responsabilità limitata per illecito giudiziale ed è comune agli ordinamenti giuridici degli stati membri.

I beni tutelati del privilegio giudiziale non sono, così, incisi neanche nell'osservanza dell'art. 288.2. I principi giuridici generali possono così, come esclusione di responsabilità, restare fuori considerazione.

L'interpretazione di diritto comparato della CdGUE è perciò, in quanto adeguata ala sistematica e agli scopi del Trattato, legittima.

All'importanza straordinaria costituzionale della piena efficacia si è già fatto cenno. Secondo questo principio ogni singolo stato membro può prendere posizione per ulteriori presupposti di responsabilità, che però non possono essere disegnati in modo da rendere praticamente impossibile la richiesta di risarcimento o renderla eccessivamente gravosa.[59] Se il § 539.2.1 dovesse trovare applicazione anche nel quadro della responsabilità dello stato di diritto comunitario, la responsabilità sarebbe allora, in modo assoluto, il caso eccezionale. Inoltre il § 839.2.1 BGB (codice civile) verrebbe aggravato per la responsabilità di uno stato membro per violazione del diritto comunitario da parte di un tribunale per l'aggiuntiva necessità di una fattispecie penale, per il fatto che sulla la presenza di una violazione sufficientemente qualificata sarebbe richiesto nel diritto tedesco un presupposto di responsabilità aggiuntivo. I presupposti della responsabilità formulati dalla CdGUE della violazione di una norma di diritto comunitario, che fornisce diritti al singolo, della violazione sufficientemente qualificata, come pure del rapporto causale diretto sono però sufficienti per fondare una pretesa risarcitoria del danno.[60] Nella più recente giurisprudenza la CdGUE ha inoltre decso che il diritto comunitario è contrario a disposizioni giuridiche nazionali che limitano la responsabilità a casi di dolo o di gravissima colpa del giudice; e in quanto questa limitazione porti a che la responsabilità dello stato interessato sia esclusa in ulteriori casi in cui fu commessa una manifesta violazione del diritto comunitario.[61]Se però è già inammissibile una limitazione della responsabilità a dolo e a condotta gravemente colposa, deve essere ancora più inammissibile un privilegio nel senso del § 839.2.1 BGB. Il legislatore tedesco potrebbe, inoltre, con una semplice modifica dello STGB (codice penale) ed una ad essa collegata limitazione delle relative fattispecie penali, escludere quasi ogni responsabilità per errore giuridico del giudice. I presupposti della responsabilità sono perciò formulati esclusivamente dalla CdGUE, soltanto un obbligo di risarcimento del danno a minori stretti presupposti è ammissibile. In considerazione della giurisprudenza della CdGUE e in conformità al principio della piena efficacia il § 839.2.1 BGB deve perciò restare inapplicato.

[58] *Grabenwartenm C.*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2° ed. 2005, §16, punto 8.
[59] CdGUE, Racc. 1991, I – 5357 " Francovich" punti 41 e segg; Rac. 2003, I – 10239 "Köbler", punto 58.
[60] CdGUE, Racc. 1996, I – 1029 "Brasserie du Pêcheur/ Factortame III, punto 66; Racc. 2003, I-10239 " Köbler", punto 57; causa 173/ 03 " Traghetti del Mediterraneo" punto 45.
[61] CdGUE, causa 173 / 03 " Traghetti del Mediterraneo" punto 46.

Il mancante dialogo nell'interpretazione conforme alla deliberazione quadro

Il *Bundesverfassungsgericht* (Tribunale costituzionale federale), nella sua decisione sul mandato di cattura europeo,[62]ha annullato la legge tedesca di esecuzione per violazione della costituzione da parte del legislatore nazionale; esso, però, ha al riguardo spiegato di ritenersi legittimato , nell'ambito del c.d. terzo pilastro, anche al riesame di atti giuridici europei. Esso motiva la sua posizione col carattere intergovernativo del terzo pilastro, che non sarebbe ancora comunitarizzato ed inoltre con la mancante competenza di riesame della CdGUE. Il BVerfG ha evitato, in tal modo, il conflitto con la CdGUE, e al contempo formulato chiaramente le sue riserve. La CdGUE ha ora anticipato la disputa di questo conflitto coi tribunali costituzionali federali. Con la sentenza "Pupino"[63] essa ha preso posizione sul problema di efficacia e primato delle deliberazioni di quadro europee nel diritto nazionale. Questa particolare forma di trattazione non appartiene al diritto secondario della Comunità, ma è parte della politica giuridica e interna degli stati comunitari, che viene definita come "terzo pilastro". Secondo l'art. 34.2.2, lett.b) del TUE, il Consiglio può, con voto unanime, assumere deliberazioni di quadro che sono vincolanti quanto allo scopo, ma non sono direttamente efficaci. Su questo si basa la differenza con l'art. 249.3 Tattato CE. Secondo l'art. 35 TUE viene instaurato un procedimento di decisione pregiudiziale, a seguito del quale la la CdGUE può decidere sulla validità ed interpretazione di una deliberazione quadro. Il rifiuto dell'efficacia diretta dell'instaurazione e un contemporaneo procedimento può essere contraria, a prima vista, alla posizione dell'UE. Ad un esame più preciso si evidenzia, però, che questa posizione è conforme alla precedente evoluzione del diritto comunitario. Attraverso un graduale processo di patteggiamento deve essere compiuta l'indicazione della comunitarizzazione nel dialogo giuridico con la giurisdizione nazionale. Se esiste un procedimento di pronuncia pregiudiziale, può allora partirsi dalla premessa che il diritto nazionale deve essere interpretato in modo conforme alla deliberazione quadro. E' vero che nel diritto dell'Unione difetta la clausola di fedeltà comunitaria dell'art. 10 Trattato CE, ma l'art. 1.3 TUE stabilisce il principio della leale cooperazione. La CdGUE ha fatto uso di questo per motivare con l'argomento teleologico dell'efficacia pratica il carattere vincolante delle deliberazioni quadro. Il limite della sua argomentazione consiste nel fatto che non discute affatto del tenore letterale dell'art.249.3 Trattato CE, che è diverso dall'art. 34 TUE.[64] Fintantochè non siano confutati o integrati gli argomenti contrari ricollegabili al tenore letterale non si può può attribuire alla posizione delal CdGUE una validità argomentativa. La "realizzazione di una comunitarizzazione che diviene sempre più stretta" non acquistare un grande significato che sotterri tutte le piccole differenze. L'argomento del tenore letterale deve avere anche determinati significati quando si tenta di legittimare il risultato ottenuto dalla CdGUE con motivazioni di diritto internazionale, Il riferimento ad un dovere di lealtà e di buina fede ricavato dal divieto internazionale di frustrazione non può essere di sostegno al fatto che inizialmente del tenore letterale adottato, nel quadro del PJZS (*Polizeiliche und Justizielle Znsammenarbeit in Starfsachen - Cooperazione poliziesca e giudiziaria in affari penali*) dell'UE, debba essere vincolante.[65] IL tenore letterale dell'EU deve, perciò, essere formarsi anche con riguardo a principi generali di diritto internazionale per non essere subordinato dal volere del legislatore. Si è evidenziato sempre di nuovo nella prassi del dialogo tar giurisdizioni nazionali e tribunali comunitari che tali aspetti comunicativi

[62] BVerfG, in: NJW 2005, 2289 e segg. Anche il tribunale costituzionale polacco ha annullato la disciplina del mandato di cattura europeo. Cfr. sentennza del 27. 04. 2005, comunicato stampa in http.//www.trybunal.gov.pl/enk//index.htm.

[63] CdGUE, in NJW 2005, 2839 e segg.

[64] In questo senso anche *v. Unger, M.*, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernamentale Recht, in NVwZ 2006, 46, 47.

[65] A quest'idea viene, del resto, sempre attribuita la necessaria importanza, v. *Adam, M.*, Die Wirkung von EU – Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaalichen Recht, in EuZW 2005, 558, 561.

aperti portano a che la possibilità del procedimento di decisione pregiudiziale venga meno utilizzata. Poiché, però, la CdGUE è destinata alla cooperazione tra i tribunali nazionali e come elemento vincolante può ricostruire solo sulla base del linguaggio giuridico e la sua forza di convinzione argomentativa, essa non potrà fare a meno di un miglioramento successivo della sua posizione.

Con riferimento alla sopra ricordata differenza di tenore letterale tra l'art. 249 Trattato CE e l'art. 34 TUE può, perciò, sostenersi la posizione della CdGUE solo al momento della sua entrata in vigore, quando il rapporto del diritto comunitario col terzo pilastro, ed anche col diritto internazionale, si è determinato in modo convincentemente argomentativo. Il difetto di motivazione della CdGUE è eclatante proprio su questo punto, nel quale destano meraviglia le riflessioni dell'AG Kokott, perché questa aveva svolto nelle sue conclusioni motivazioni determinanti, che la CdGUE avrebbe potuto senz'altro recepire nella sua argomentazione. Alla CdGUE può essere al riguardo specialmente rimproverato che essa abbia ancora una volta, come impostazione, tralasciato sconsideratamente l'interazione tra diritto comunitario e terzo pilastro e qualche relativa distinzione. Questa modalità di approccio della CdGUE diviene già chiara sulla base della terminologia di volta in volta impiegata perché l'AG, nelle sue conclusioni, parla correttamente della problematica dell' "interpretazione conforme alla deliberazione quadro".[66] La CdGUE utilizza però al punto n. 34 della sua sentenza, il concetto non appropriato al riguardo di "interpretazione conforme al diritto comunitario". Ciò rende ovvia l'idea che la CdGUE ha argomentato in senso diretto allo scopo e ha tentato al riguardo di ottenere il più possibile grande andamento del diritto comunitario con la problematica della deliberazione quadro dell'art. 34 TUE. Poiché nella sentenza della CdGUE non si possono trovare passi favorevoli a questo modo di procedere, resta dubbio il perché un simile risultato debba essere incondizionatamente raggiunto. La CdGUE avrebbe dovuto, piuttosto, con uno degli argomenti dedotti dall'AG e quindi, con lo steso risultato, poter assicurare la distinguibilità diritto comunitario e terzo pilastro. L'AG deduce al punto 37 delle conclusioni che una soluzione del problema dovrebbe essere raggiunta solo se si seguisse il governo svedese e si qualificasse la deliberazione quadro come diritto internazionale. L'AG è al riguardo dell'avviso che anche in una tale classificazione sia ovvia, in ogni caso, un'interpretazione del diritto intrastatale in conformità con la deliberazione quadro, poiché questa sarebbe vincolante per gli stati membri come atto giuridico di diritto internazionale. Alla CdGUE deve perciò essere rimproverato di aver precipitosamente formulato un'analogia col diritto comunitario, benchè fosse in questione, secondo l'avviso del'AG[67], anche una motivazione di diritto internazionale. Si sarebbe quanto meno dovuto attendere, secondo le deduzioni dell'AG, che la CdGUE affermasse perché la sua motivazione mirante allo scopo e la via del diritto internazionale non dovessero essere prese in considerazione.

Poiché sarebbe stato necessario uno scambio d'idee col filo motivazionale di diritto internazionale diventa evidente anche per la successiva decisione del BVerfG sul sostegno europeo, perché questo distingue chiaramente al riguardo tra diritto comunitario e terzo pilastro, quando osserva che la deliberazione quadro come forma di azione del diritto dell'Unione è esterna alla struttura decisionale sopranazionale del diritto comunitario e rinvia in proposito alle osservazioni nella sua sentenza Maastricht. [68] Non rimane, così, che attendere un'ulteriore sentenza della CdGUE per prendere conoscenza almeno di questa critica e discutere argomentativamente in proposito.

[66] Nelle conclusioni sulla causa Pupino (C – 105 / 03), IV.2.
[67] Questa ipotesi di motivazione viene seguita anche in dottrina: v. in proposito nota in calce 65.
[68] BVerfG NJW 2005, 2289, 2292.

Del resto la motivazione della CdGUE sulla sua competenza in decisioni pregiudiziali secondo l'art. 35 TUE non è convincente perchè anche qui vengono semplicemente trascurati chiari argomenti contrari. Al n. 38 la CdGUE argomenta che questa competenza la priverebbe nell'essenziale della sua pratica efficienza, se i singoli non fossero legittimati ad appellarsi alle deliberazioni quadro, per ottenere dinanzi ai tribunali degli stati membri un'interpretazione conforme al dirotto comunitario (*sic*) del diritto nazionale. La CdGUE ignora, però, in questa argomentazione che il procedimento di decisione pregiudiziale dell'art. 35 TUE, anche in una visuale contraria, non sarebbe uno strumento giuridico efficiente. Ciò si basa sulla possibilità che ogni stato membro può riconoscere, secondo l'art. 35.2 TUE la competenza della Corte per decisioni pregiudiziali secondo il 1° comma. La conseguenza giuridica deriva, in tal caso, dall'art. 35.3 TUE, poiché i giudici nazionali possono, al riguardo, richiedere una decisione della CdGUE sulla validità o interpretazione di un atto giuridico, secondo il paragrafo 1, quando ritengono necessaria una decisione sull'emanazione di una sentenza. Alla CdGUE può essere così obiettato che la disciplina dell'art. 35 TUE avrebbe un sufficiente ambito di applicazione anche in mancanza di effetto diretto delle deliberazioni quadro. Perciò, da una parte non può parlarsi di una competenza a vuoto, dall'altra solo un tale risultato non renderebbe necessaria tale interpretazione, che la CdGUE ha adottato al n. 38 della sua sentenza.[69]

La necessaria cooperazione viene, inoltre, ancora impedita da difetti di chiarezza. Già nell'ambito del diritto comunitario ordinario sono oscillanti i limiti all'interpretazione conforme del diritto nazionale. Si è d'accordo che non sia possibile un'interpretazione del diritto nazionale *contra legem*. Questo ripete la CdGUE anche nella sentenza Pupino, Si anche certi sul fatto che un'interpretazione conforme non possa condurre alla motivazione di sanzioni di diritto penale nei confronti del cittadino. La CdGUE condivide anche questo. Ma sussiste, inoltre, incertezza al riguardo. Inizialmente si è detto che un'interpretazione conforme non potrebbe portare a che al cittadino venga imposto un obbligo cge non era previsto secondo la vigente interpretazione nazionale. Dalla sentenza Arcaro[70] su questo criterio domina l'incertezza. La CdGUE afferma che il limite dell' interpretazione conforme sarebbe raggiunto "se tale interpretazione conduca a che ad un singolo venga imposto un obbligo non previsto in una direttiva non trasposta". Successivamente, però, la CdGUE intende questo limite solo nel senso di una esclusione di effetto orizzontale diretto.[71] La giustificazione di di obblighi fondantisi sul diritto nazionale e sulla sua interpretazione non emerge qui più come criterio. Nella sentenza Pupino, e quindi nell'ambito del diritto comunitario inizialmente formatosi, la CdGUE estendeva questo spostamento semantico. Essa partiva ora, cioè, dalla considerazione che un obbligo ricavato con una interpretazione conforme non possa essere adeguato isolatamente alla singola regolamentazione, ma solo alla singola, complessiva regolamentazione nazionale. Se l'onere ricavato sia in armonia coi suoi principi non costituirebbe un problema. In tal modo questo criterio aggiuntivo viene relativizzato e il complessivo onere viene ritenuto *contra legem.* Appaiono ora come limito solo i principi del diritto comunitario. Anche qui non c'è bisogno di una precisazione e di discussione critica.

La CdGUE ha così evidenziato chiaramente, nell'ambito dell'interpretazione conforme alla deliberazione quadro, la sua posizione, ma l'attuazione di questa necessita del dialogo coi tribunali nazionali e questo necessita nuovamente l'apertura dei lati manifestamente aperti dal punto di vista argomentativo.

[69] In questo senso viene, comunque, criticata la sentenza nella nota di *Hillgruber, C.*, in: JZ 2005, 838, 842 e seg.
[70] CdGUE, Rac, 1996, I – 4705 – Arcaro; v. in proposito le conclusioni dell'AG Jacobs in: CdGUE, Racc. 2000, I – 6007, punto 35 – Centrostell e Hilson/ Downes, EL. Ref. 24 (1999), 121.
[71] CdGUE, sent. del 5.10.2004 – Pfeiffer. Similmente CdGUE, sent. del 3.5. 2005 – Berlusconi e a.

Quanto duri l'obbligo all'interpretazione conforme alla deliberazione quadro è ancora meramente ipotetico.

Interlegalità nel sistema di tutela giuridica europeo

Nel diritto europeo gli ordinamenti giuridici comunitario e nazionali si compenetrano senza fondersi in una metastruttura, che dominerebbe i loro settori. Si tratta, nella prassi del sistema giuridico europeo**,** più propriamente di un accoppiamento di diversi discorsi giuridici, che non traduce ancora il pluralismo delle loro voci in centro sovraordinato. Questo si mostra anche rispetto al fenomeno dell' interlegalità, da osservarsi nella globalizzazione del diritto[72] anche nel diritto europeo, e viene per lo più sottovalutato nella sua complessità. Già il rapporto di costituzione e legge ordinaria viene in genere visto in modo troppo semplice. Si tratta qui, al riguardo, non di una lineare determinazione dall'alto verso il basso, ma la costituzione è puto di riferimento per una produzione giuridica che, da parte sua, ha effetti retroattivi. Ciò si evidenzia, fra l'altro, nei diritti fondamentali organizzativi. Nel diritto europeo il fallimento di una semplice idea di gerarchia si lascia ancor meno nascondere. Il diritto comunitario non è semplicemente sovraordinato agli ordinamenti giuridici nazionali. Si tratta, più esattamente, di un rapporto di cooperazione con un certo primato applicativo per il diritto comunitario. Si utilizza per questa particolarità l'espressione corrente di " una associazione di supremazia di proprio conio"[73]. Se si vuole precisare questo concetto, si dovrebbe anzitutto indagare con maggior precisione sul sistema europeo di tutela giuridica e li diritto della responsabilità dello stato elaborata dalla CdGUE. Il rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale si presenta, al riguardo, come semplice sovraordinazione, ma come dialogo complesso.

[72] Cfr. in proposito le nuove osservazioni di *Joerges, Ch.* " Good governance" im europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepte und deren Aufhebung, in EuR 2002, 19 e segg.; *Fischer – Lescano, A.*, Gobalverfassung: Verfassung derWelgesellschaft, ARSP 2002, 350 e segg.; *Gerstenberg, O.*, Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel, in European Law Journal 1997, 343 e segg.; *Günther, K.*, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretiches Problem, in: *Wingert / lo stesso* (Hrsg.), Die Őffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Őfentlichkeit: Festschrift für Jürgen Habermas, 2010, 539 e segg.; *Majone, G.*, Nonmajoritarian Institutions and thr limits of democratic Governance: A political Transaction – Cost Approach, in: Journal of Institutional and Theoretical Economics, 2001, 57 e segg.; *Amstutz, M.*, Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: *Joerges, Ch. / Teubner, G.*, (Hersg.), Rechtsverfassungsreht: Recht – Fertigung zwischen Privat rechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie 2003, 213 e segg.

[73] Cfr. in proposito *Lepsius, R.*, Die Europäische Union als Herrschaftsveband eigener Prägung, in: *Jooerges, Ch. e a.*(Hrsg.), what Kind of Constitution for What Kind of Policy?, 2000, 203 e segg.