

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

**INQUADRAMENTO INTRODUTTIVO
E METODOLOGICO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Pluralismo nel contesto di un approccio positivista dualista. – 3. Diritto internazionale e interindividuale dell'Unione europea. – 4. L'autocostituzione di un ordinamento interindividuale comune. – 5. Un fenomeno instabile ... anche in ragione del proprio successo. – 6. Il diritto internazionale collaborativo come paradigma di una relazione tra concorrenti sovranità. – 7. L'autonomia come seconda griglia concettuale di lettura della coesistenza di più ordinamenti interindividuali insistenti sul medesimo ambito territoriale. – 8. Prospettive ulteriori.

1. *Premessa*

La premessa di questo lavoro, dedicato all'approfondimento di alcuni aspetti che caratterizzano l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, non può che essere un riconoscimento della sua natura ineluttabilmente parziale e frammentaria. Troppo complesso e multiforme è infatti il fenomeno giuridico che si è sviluppato negli ultimi decenni, oramai quasi sette, a valle dei Trattati di Parigi e di Roma, per poter pensare di racchiuderlo nella sua interezza, e in tutte le sue profonde sfaccettature, in un solo volume e in una sola prospettiva di analisi.

Avvicinandosi allo studio del diritto dell'Unione europea ci si rende conto subito di trovarsi di fronte ad un fenomeno poliedrico: in parte diritto internazionale, in parte diritto interindividuale sovranazionale, in parte diritto interno degli Stati membri.

L'unica cosa piuttosto semplice da capire, è ... che si tratta di un fenomeno giuridico complesso, per il quale una sola chiave di lettura è inevitabilmente limitante – anche se, viene naturale osservare, la consapevolezza di ciò non è poi così diffusa come ci si potrebbe aspettare¹.

Il lavoro che ci si ripropone qui di svolgere, dunque, cercherà di svilupparsi

¹ B. CONFORTI, La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, pp. 1-4; A. TIZZANO, I “neo-coms” e la scoperta del diritto comunitario, *ivi*, pp. 4-6.

lungo alcuni fili di quella complessa trama che rappresenta il diritto dell'Unione europea, nel suo rapporto con i diritti dei suoi Stati membri.

In primo luogo, si tratta di comprendere come il fenomeno di integrazione giuridica europea² si sia sviluppato attraverso la formazione di un ordinamento giuridico interindividuale di carattere sovranazionale.

Si tratta in particolare di cercare di indagare come, a partire da regole di origine e natura internazionale, si sia sviluppato un ordinamento giuridico capace di regolare direttamente le situazioni giuridiche degli individui, e di porre sullo stesso piano, in certa misura, soggetti di tipo individuale e soggetti di tipo internazionale, all'interno di un sistema giuridico unitario e originario, ma di tipo non statale. Il percorso che si vuole mostrare è quello di autocostituzione di tale ordinamento giuridico, in un contesto in cui pure permangono gli Stati membri, quali soggetti indipendenti e sovrani di diritto internazionale, e continuano a sussistere gli ordinamenti giuridici interindividuali di quegli Stati, essi stessi ordinamenti originari.

In questa prima parte della ricerca, si tenterà di mostrare come la chiave di lettura più adeguata per comprendere quel fenomeno di autocostituzione non sia un approccio c.d. monista al diritto, e ai rapporti tra gli ordinamenti giuridici nazionali e l'ordinamento internazionale, o tra quelli e l'ordinamento dell'Unione, bensì uno pluralista.

2. *Pluralismo nel contesto di un approccio positivista dualista*

Sul concetto di pluralismo bisogna però intendersi.

Non si intende qui con pluralismo né l'impostazione di chi, leggendo nella società una crescente frammentazione e tendenza all'autorganizzazione di sottogruppi, si riferisce ad un pluralismo sociale quale giustificazione di un approccio ideologico di tendenziale rifiuto dell'eteronormazione, vedendo in ogni singolo sottogruppo sociale capace di autorganizzazione un ordinamento giuridico, meritevole di riconoscimento, ed anzi di doveroso rispetto, da parte degli ordini maggiormente inclusivi, e dei relativi ordinamenti giuridici³.

²L'idea di fondo condivisa è che l'integrazione sia un fenomeno politico, e il diritto uno degli strumenti per arrivare all'integrazione. La nozione di integrazione va però intesa per il momento in senso atecnico, senza che l'utilizzo di quel termine implichi cioè in alcun modo l'adesione ad una determinata teoria circa la natura del diritto dell'Unione e il suo rapporto con quello degli Stati membri, né in particolare alla famosa visione del diritto comunitario sviluppata in P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972. Si v. *infra*, par. 26, per una riconsiderazione più precisa del modo in cui è possibile utilizzare il termine integrazione, nel contesto dell'impostazione seguita in questo lavoro.

³Cfr. D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxistic Critical*

Neppure si intende qui con pluralismo l'approccio di chi, ponendosi nella prospettiva della coesistenza degli Stati e dell'Unione, costruisce il sistema giuridico di quella come la semplice (instabile) sommatoria di una serie di proiezioni esterne degli ordinamenti costituzionali dei singoli Stati membri⁴

Anzitutto, il pluralismo va qui inteso in un quadro giuspositivista, che parte dalla constatazione della perdurante centralità del fenomeno di organizzazione statale come fenomeno di organizzazione giuridica, pur senza pretenderne in alcun modo l'esclusività. In tale contesto un approccio pluralista constata, da un lato, l'esistenza di una pluralità di ordinamenti statali, ognuno dei quali deve intendersi come originario, e tende ad essere l'espressione della *domestic jurisdiction* dello Stato sulla comunità sociale di riferimento. Una *domestic jurisdiction*, beninteso, che non significa affatto libertà nella disciplina dei rapporti interindividuali che si sviluppano sul proprio territorio, bensì vuole unicamente significare la capacità di esercitare il potere di governo diretto sugli individui presenti in quel territorio, in modo tendenzialmente esclusivo. Oltre a tale pluralità di ordinamenti statali, l'approccio pluralista considera l'esistenza del diritto internazionale, inteso primariamente come diritto della comunità degli Stati sovrani, e imposta il rapporto tra questo e gli ordinamenti interindividuali degli Stati in termini tendenzialmente dualistici⁵. Non nel senso, però, di una irrilevanza del diritto internazionale nel diritto interno, né tantomeno di una chiusura di questo rispetto a quello, bensì nel senso della semplice constatazione della rispettiva originarietà dei due ordini, e della necessità pertanto di assicurarne il coordinamento. Un coordinamento che andrà, si aggiunge, tendenzialmente nel senso dell'adeguamento del diritto interno rispetto agli obblighi nascenti dal diritto internazionale, garantendo in tal modo, se si vuole, una prevalenza funzionale, ma non gerarchica, del diritto internazionale sui diritti interni.

Theory, Cambridge, 1992; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996; ID., Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory, in C. JOERGES, I.-J. SAND, G. TEUBNER, Eds., *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, pp. 3-28; G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt a. M., 2012; ID., Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism, *Italian Law Journal*, 2015, pp. 219-248.

⁴ Per il riferimento a un certo approccio seguito dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco basato essenzialmente su una concezione del diritto internazionale, e per quanto qui interessa dei Trattati comunitari, come *äußeres öffentliches Recht*, e per una critica di tale approccio, cfr. *infra*, parte III, cap. VII. Per la discussione di alcune teorie di *constitutional pluralism* costruite come giustificazione di un tale approccio cfr. *infra*, parte III, cap. VI.

⁵ Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 909-999, specialmente pp. 987-999.

3. *Diritto internazionale e interindividuale dell'Unione europea*

È in questo contesto che si pone la riflessione sul rapporto tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti interni dei suoi Stati membri.

Tale riflessione parte, infatti, dalla constatazione della natura di diritto internazionale degli atti che costituiscono il livello primario dell'ordinamento UE, i Trattati istitutivi.

La natura giusinternazionalistica dell'Unione europea non può essere messa in discussione, né dunque la necessità di uno sguardo ad essa che abbia anche gli occhiali del giusinternazionalista. Ciò è vero non solo dal punto di vista storico, perché tutto ha avuto inizio con dei trattati. È vero, come appare evidente a chi non si lasci traviare da inconcludenti nozioni di sovranità quale libertà, anche ora, per la perdurante sovranità dei singoli Stati membri: il loro perdurante carattere, cioè, di reggitori di ordinamenti giuridici interindividuali originari, espressione di poteri di governo diretto sugli individui presenti nei loro territori. Il perdurante carattere anche internazionale del fenomeno di integrazione europea è del resto reso evidente, proprio in questo frangente storico, dal fenomeno della c.d. Brexit, a significare il perdurante potere di quegli Stati di liberarsi dal fenomeno, di cui qui ci si vuole prevalentemente occupare, della presenza, accanto ai loro ordinamenti interindividuali, di un nuovo ordinamento interindividuale, anch'esso dotato di *domestic jurisdiction*.

A valle di tale constatazione si pone la necessità di comprendere, per l'appunto, ciò che pretende di essere, ed in effetti appare, come l'insorgenza di un nuovo ordinamento interindividuale dell'Unione europea, capace di esercitare una *domestic jurisdiction* sullo stesso ambito personale e territoriale di riferimento dei suoi Stati membri.

4. *L'autocostituzione di un ordinamento interindividuale comune*

Si tratta in particolare di verificare come un tale nuovo ordinamento interindividuale abbia preso forma, quale impatto abbia avuto sulla struttura della sovranità in Europa, e come si preservi l'equilibrio tra ordinamenti interindividuali parzialmente concorrenti.

Nell'ottica pluralistica (dualista) poc'anzi accennata, il lavoro procederà dunque ad una verifica dei fondamenti ideologico-programmatici dell'instaurazione del nuovo ordinamento giuridico interindividuale, nella giurisprudenza fondativa della Corte di giustizia. In quella stessa ottica, però, non ci si potrà accontentare di dar conto delle enunciazioni contenute in quelle sentenze, quanto ai caratteri di quel nuovo ordinamento e ai suoi rapporti con gli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Non si potrà, dunque, accontentarsi di affermare che il Trattato, come interpretato dalla Corte, determina il sorgere di un ordinamento autonomo, nel senso di originario, che si giustappone a quelli preesistenti degli Stati membri⁶.

Piuttosto, sarà necessario verificare se ed in che misura a quelle enunciazioni siano corrisposte delle reazioni adeguate da parte di quelli, capaci di garantire nell'effettività l'affermarsi di quell'ordinamento, con i caratteri che ad esso chiede siano attribuiti la suddetta giurisprudenza fondativa della Corte comunitaria.

Di fronte alla verifica di una risposta complessivamente positiva degli ordinamenti nazionali, lo studio cercherà ulteriormente di verificare su quali elementi strutturali si possa reggere un tale nuovo ordinamento giuridico interindividuale, individuando nella collaborazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, l'asse del nuovo sistema, e in un effettivo fenomeno di *dédoublement fonctionnel* la giustificazione di una preliminare conclusione circa l'esistenza dei presupposti strutturali necessari all'affermazione, per autocostituzione, di un ordinamento giuridico interindividuale dell'Unione europea, che possa vantare anch'esso il carattere della *domestic jurisdiction*, concorrendo in questo carattere con gli ordinamenti nazionali.

5. *Un fenomeno instabile ... anche in ragione del proprio successo*

Il quadro che ne emergerà sarà quello di un ordinamento interindividuale sovranazionale con caratteri di effettività marcati e con una forte tendenza ad espandersi in ambiti sempre maggiori, richiedendo un corrispondente ritrarsi delle sovranità nazionali. Al tempo stesso, si cercherà di mettere in luce come l'effettività di tale ordinamento sia basata su equilibrio istituzionale piuttosto instabile.

Tale instabilità deriva, da un lato, dal permanente carattere non statale, e neppure compiutamente federale, della polis europea, e dal suo reggersi su decisioni di partecipazione al processo di integrazione europea riferibili ancora, essenzialmente, a soggetti statuali indipendenti. Si tratta dunque, essenzialmente, di decisioni fondamentalmente revocabili, com'è oramai reso evidente dall'art. 50 TEU.

Dall'altro lato, quell'instabilità emerge dalla considerazione, anch'essa legata alla permanente indipendenza degli Stati membri, della natura tutt'ora originaria dei singoli ordinamenti giuridici nazionali. Da tale carattere consegue che, nonostante gli Stati siano sempre più compressi nell'ambito di estrinsecazione concreta della loro *domestic jurisdiction*, in conseguenza dell'estendersi del "cono d'ombra" del diritto dell'Unione, i loro ordinamenti e i rispettivi organi di garanzia supre-

⁶Nel senso criticato nel testo cfr. invece R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, 2004, p. 256.

ma e costituzionale mantengono comunque una pretesa alla difesa dell'identità costituzionale intangibile e, in alcuni casi, persino al controllo (unilaterale) del rispetto dei limiti entro i quali l'espansione dell'ordinamento comune sarebbe giustificata.

I temi sul terreno, che fanno emergere in concreto l'instabilità delle acquisizioni anche strutturali dell'ordinamento sovranazionale nei suoi rapporti con quelli nazionali, sono anzitutto quello della garanzia dei diritti fondamentali della persona umana, inizialmente affrontato secondo il registro dell'equivalenza di sistema, ma ora, con il progredire dei settori nei quali l'ordinamento dell'Unione può espandere la sua presa, tendente ad una verifica dello stesso rapporto tra scelte concrete di tutela nazionale e scelte di tutela comune, in una rischiosa mutazione genetica della teoria dei controlimiti.

Ancora, si tratta dell'emergere del problema della democraticità del sistema comune non più come linea guida dell'evoluzione della sua componente istituzionale, ma come possibile limite alla sua stessa effettività, almeno in singoli ambiti nazionali. Sullo sfondo della questione della *Kompetenz-Kompetenz*, il tema è quello della verifica del possibile carattere *ultra vires* dell'azione dell'Unione, non attraverso l'organo comune a ciò preposto, la Corte di giustizia, ma attraverso un approccio unilaterale, dettato dall'affermata necessità di preservare il carattere democratico del singolo Stato membro, e il diritto fondamentale del singolo individuo alla partecipazione democratica.

Paradossalmente, dunque, proprio il successo dell'integrazione comunitaria comincia a diventare fonte di pericolo per la sua sostenibilità, ingenerando il rischio di una sorta di reazione autoimmune del sistema.

6. *Il diritto internazionale collaborativo come paradigma di una relazione tra concorrenti sovranità*

Considerato ciò, il secondo ambito di svolgimento dell'indagine comporta un approfondimento del modo in cui si sta ridefinendo la collaborazione tra Corte di giustizia e organi di garanzia costituzionale nazionali.

Quell'analisi sarà condotta cercando di applicare un paradigma concettuale nuovo, quello del diritto (internazionale) collaborativo, che si cercherà di assumere come metodologia strutturalmente idonea a garantire l'equilibrato sviluppo di un sistema complesso come quello dato dalla coesistenza, in un unico (ma composito) ambito territoriale e personale di riferimento, di due ordini concorrenti di ordinamenti interindividuali, quello sovranazionale, con la sua pretesa di supremazia nell'unità, e quelli nazionali, con le loro (variabili) pretese di mantenimento di diverse identità.

L'analisi metterà in evidenza la paradossale importanza che riveste la piena

consapevolezza della permanente dimensione (anche) internazionale del fenomeno di integrazione giuridica europea per il mantenimento di un equilibrio istituzionale efficiente, o almeno *workable*, e della parallela inadeguatezza di quelle (in parte opposte) ricostruzioni che o puntano sulla “costituzionalizzazione” dell’ordinamento dell’Unione per farne emergere (apertamente o meno: cfr. per tale seconda variante la teoria del *multilevel constitutionalism* di Pernice⁷) i presunti caratteri irrimediabilmente federali, o invece costruiscono il fenomeno dell’Unione sulle basi di un pericoloso unilateralismo giusnazionalista, o infine si perdono (specie in relazione al tema della tutela dei diritti fondamentali) in una indistinta caratterizzazione sociologica del fenomeno di coesistenza di fonti in Europa quale espressione di una “governance multilivello”, che nulla dice su giuridicità ed effettività dei differenti fenomeni di “governance” e non permette di comprendere su quali basi si affermino differenti principi e regole di gestione delle antinomie nel contesto di una realtà multilivello considerata in termini asistematici.

7. *L'autonomia come seconda griglia concettuale di lettura della coesistenza di più ordinamenti interindividuali insistenti sul medesimo ambito territoriale*

Tale perdurante dimensione internazionale, peraltro, non deve far dimenticare l’innegabile tendenza della Corte di giustizia a costruirsi un ruolo sempre più evidente di giudice costituzionale di un ordinamento giuridico interindividuale. È in tale prospettiva – non invece attribuendo alla Corte intenzioni di frammentazione del sistema giuridico internazionale – che vanno letti quei passaggi della giurisprudenza che segnano una cesura, volta a volta, tra il sistema dell’Unione e il sistema di sicurezza delle Nazioni Unite, o quello di regolamentazione degli scambi internazionali dell’OMC, o che rideterminano i rapporti tra il sistema UE e della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.

Quale organo di garanzia di un sistema di diritto interindividuale con caratteri di avanzata costituzionalizzazione, in particolare, la Corte magnifica la dimensione di autonomia del diritto dell’Unione, intesa quale autosufficienza ed autoreferenzialità. È però questa una semplice tendenza, che non esclude l’apertura del sistema verso l’esterno, e la sua contaminazione.

Di ciò si coglie il senso in almeno due direzioni.

Da un lato, autosufficienza ed autoreferenzialità appaiono contraddette dalla flessibilità dei meccanismi di sviluppo di quel sistema, sia tramite il ricorso a meccanismi di integrazione a più velocità all’interno dei meccanismi istituzionali del

⁷ Su cui *infra* cap. VI, par. 65.

sistema interindividuale (previsto certo dai Trattati, ma facilitato da una giurisprudenza lassista della Corte) sia, soprattutto, all'esterno di quei meccanismi, tramite il ricorso agli accordi internazionali tra Stati membri.

Dall'altro lato, il sistema giuridico interindividuale dell'Unione continua a reggersi, in maniera determinante, sui diversi sistemi di diritto interindividuale dei suoi Stati membri. Anche tale interazione può essere analizzata almeno sotto due profili.

In primo luogo, il sistema giuridico dell'Unione non può prescindere, nella determinazione dei suoi principi generali di stampo costituzionale, dalle tradizioni comuni ai sistemi costituzionali degli Stati membri.

In secondo luogo, esso costruisce uno spazio di autonomia dell'individuo proprio attraverso la messa in connessione, e talvolta in concorrenza, dei diversi sistemi giuridici nazionali.

È in relazione a tale ultimo fenomeno, del resto, che si coglie anche una potenzialità di sviluppo ulteriore della dinamica di autocostruzione dell'ordinamento giuridico interindividuale dell'Unione, che prende forma nella riqualificazione del significato della cittadinanza dell'Unione determinata dall'interazione tra i diversi sistemi nazionali e dal conseguente, aumentato spazio di autonomia dell'individuo. Infatti, come si metterà in luce nell'ultima parte di questo lavoro, la cittadinanza dell'Unione assume oramai a fattore di riequilibrio nei rapporti tra l'individuo e il proprio Stato di cittadinanza, trasformando sempre più la gestione dei rapporti tra i diversi diritti degli Stati membri in un sistema di diritto interlocale, in cui emerge con sempre maggior forza la portata della scommessa iniziale della giurisprudenza fondativa della Corte: quella di considerare che Stati ed individui sono entrambi soggetti del nuovo ordinamento giuridico costituitosi a valle dei Trattati di Parigi e Roma.

8. *Prospettive ulteriori*

Il percorso così descritto contiene in sé i germi di uno sviluppo verso una significativa ridefinizione della sovranità e dei suoi meccanismi nell'ambito dell'Unione e, ulteriormente, verso la definizione di un contenuto nuovo della cittadinanza dell'Unione. Quella cittadinanza, ridefinita nei suoi contenuti e, almeno in parte, nei suoi presupposti di applicazione, quale ulteriore frutto del processo di autocostruzione dell'ordinamento interindividuale comune, si dimostra capace di innescare un processo di sviluppo di una dimensione politica nuova, che porti all'affermazione di un legame di *allegiance* politica vera e propria tra l'Unione e i suoi cittadini.

Rimane però, questo, un cammino incompiuto, anche perché prigioniero della propria natura carsica.

La perdurante natura internazionalistica dell'architettura su cui si regge l'intero processo di autocostruzione dell'ordinamento giuridico interindividuale comune, ma soprattutto l'assenza di chiarezza negli obiettivi di fondo dell'integrazione europea, pur nell'inevitabile rovesciamento delle prospettive che si manifesta ormai nei rapporti tra individuo e Stato, determinano un quadro di intrinseca fragilità. Una fragilità che è al contempo frutto del risorgere di tendenze di nazionalismo giuridico e giustificazione di quelle stesse tendenze, che invocano a loro fondamento l'incompleta democratizzazione del sistema di governo dell'Unione – essa stessa in parte non secondaria determinata dalla scarsa trasparenza e chiarezza delle acquisizioni giuridiche dell'integrazione.

PARTE PRIMA

**L'AUTOCOSTITUZIONE DI UN ORDINAMENTO
GIURIDICO INTERINDIVIDUALE COMUNE
IN EUROPA**

CAPITOLO II

**SULLE TRACCE DEL PERCORSO
DI AUTOCOSTITUZIONE DELL'ORDINAMENTO
GIURIDICO INTERINDIVIDUALE EUROPEO.
IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E QUELLO
DELLE GIURISDIZIONI COSTITUZIONALI E
SUPREME DEGLI STATI MEMBRI**

SOMMARIO: SEZIONE 1. *Il disegno della Corte di giustizia*. – 9. Considerazioni introduttive. – 10. Rileggere *van Gend en Loos* in una prospettiva pluralista (dualista). – 11. La questione dell'effettività. – 12. Organi comuni degli Stati membri o fenomeno di governo sovranazionale degli individui?. – 13. *van Gend en Loos*: la prima tappa di un lungo cammino. – 14. Effetto diretto e primato: due concetti indipendenti. – 15. Il contributo di *Costa / ENEL*. – 16. Le basi teoriche poste in *van Gend en Loos*: la limitazione dei poteri sovrani. – 17. (segue): La limitazione di sovranità. – 18. Dall'ordinamento giuridico di diritto internazionale all'ordinamento giuridico autonomo. – 19. (segue): L'accoglimento dell'ipotesi di intrinseca diversità delle dimensioni internazionale ed interindividuale del diritto. – 20. (segue): Autonomia come carattere originario dell'ordinamento. – SEZIONE 2. *Valutazione critica*. – 21. Nota metodologica. – 22. L'interpretazione della Corte di giustizia, alla luce del diritto internazionale. – 23. Una limitazione di sovranità definitiva? – 24. I Trattati come diritto internazionale speciale e, contestualmente, fondamento di un ordinamento interindividuale. – 25. La collaborazione internazionale tra Stati membri all'interno del sistema dei Trattati. – 26. Integrazione attraverso il diritto v. integrazione dei diritti. – SEZIONE 3. *La risposta degli ordinamenti giuridici nazionali*. – 27. La risposta degli ordinamenti giuridici degli Stati membri: l'insufficienza della Dichiarazione n. 17. – 28. Una risposta inizialmente varia: la necessaria salvaguardia dei principi supremi di (alcuni) Stati membri. – 29. La forza espansiva del limite dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. – 30. L'impostazione del primato costituzionale e la pretesa del controllo unilaterale sugli atti *ultra vires*. – 31. Un tentativo di rilettura dei contributi delle Corti costituzionali e supreme nazionali all'autocostituzione dell'ordinamento interindividuale dell'Unione. – 32. Considerazioni conclusive.

Il disegno della Corte di giustizia

9. Considerazioni introduttive

Questa prima parte⁸ è dedicata alla riflessione sui rapporti tra la dimensione “comunitaria” del diritto dell’Unione europea ed i sistemi di diritto interno dei suoi Stati membri, per giungere ad una prima ipotesi di definizione della natura del diritto dell’Unione.

Punto di partenza fondamentale di una tale analisi è la rinuncia ad un’ipotesi di unicità ontologica del diritto dell’Unione europea, rispetto ad altri fenomeni di organizzazione giuridica coinvolgente sia soggetti di diritto internazionale, sia soggetti di diritto interno.

Il punto di partenza, in altre parole, è il diniego dell’ipotesi secondo cui la natura “costituzionale”, anche se non statuale, del fenomeno giuridico dell’Unione ne imporrebbe la comprensione disgiunta dal fenomeno giuridico internazionale.

Piuttosto, fondamentale deve essere il riconoscimento che il fenomeno del diritto dell’Unione europea si basa anzitutto su una dimensione giuridica di organizzazione internazionale, basata su trattati internazionali che nel sistema del diritto internazionale trovano la fonte della loro giuridicità e che hanno, come parti contraenti, gli Stati membri⁹.

Ciò posto, riconoscere questo punto di partenza non significa in alcun modo pretendere che l’Unione sia solo questo. Anzi, l’oggetto prevalente dell’indagine che sarà svolta in questo lavoro è altro, vale a dire la verifica dell’ipotesi, chiaramente desumibile da alcuni passaggi fondamentali della giurisprudenza della Corte di giustizia, dell’esistenza di un ordinamento giuridico proprio delle Comunità, ed ora dell’Unione, coinvolgente sia gli Stati membri e le istituzioni, organi e organismi dell’Unione, sia gli individui, persone fisiche e giuridiche, e l’approfondi-

⁸ Nella quale si utilizzano, per l’essenziale, i ragionamenti già svolti in B. CORTESE, *À la recherche d’un parcours d’autoconstitution de l’ordre juridique interindividuel européen: essai d’une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa contre ENEL*, in B. CORTESE, a cura di, *Studi in onore di Laura Picchio Forlani*, Torino, 2014, pp. 301-339, come poi approfonditi in B. CORTESE, *À la recherche d’un parcours d’autoconstitution de l’ordre juridique interindividuel européen: essai d’une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, *Diritto dell’Unione europea*, 2015, pp. 1-45.

⁹ Cfr. la discussione delle diverse posizioni dottrinali sulla natura dell’Unione contenute in P. FOIS, *L’Unione europea è ancora un’organizzazione internazionale?*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2016, pp. 371-393. Cfr. anche la discussione che si svolgerà *infra*, in questo cap., sez. 2, spec. par. 23-25 e alla parte III di questo lavoro, cap. VII, sez. 4, spec. par. 102.

mento delle conseguenze di quell'ipotesi sui rapporti tra i diversi ordini di soggetti di quell'ordinamento (Unione, Stati membri, individui), in particolare attraverso tre prismi di osservazione, quello della sovranità, quello dell'autonomia, e quello della cittadinanza.

Il primo punto, tuttavia, è come detto la verifica dell'ipotesi di costituzione di un ordinamento interindividuale proprio dell'Unione. Quella verifica si intende, sia chiaro, orientata ad una conferma di tale ipotesi, ed al rigetto di un'impostazione orientata al primato della dimensione intergovernativa, qual era in fondo – per comprendere il punto riferendosi ad uno sviluppo della recente attualità – quella posta alla base della decisione del governo Britannico di azionare la clausola di recesso sulla base delle semplici *royal prerogatives* relative alla gestione delle relazioni internazionali¹⁰.

Ciò che ci si ripromette qui di fare, però, non è accogliere un'ottica aprioristicamente fondata sui *dicta* della Corte di giustizia che di quell'ordinamento hanno affermato l'esistenza, sin dagli anni '60, in particolare nelle due sentenze *van Gend en Loos*¹¹ e *Costa / ENEL*¹². Piuttosto, l'ipotesi andrà verificata sulla base di una prospettiva dualista, o meglio pluralista, alla relazione tra diritto internazionale e diritto interno¹³.

Il punto di partenza essendo una relazione di tipo internazionale tra gli Stati membri dell'Unione, quella data dai Trattati istitutivi e dai vari Trattati modificativi, ed intendendosi fondare su quei Trattati un ordinamento interindividuale proprio dell'Unione, l'analisi deve per forza di cose considerare tanto le indicazioni della Corte di giustizia, circa quell'ordinamento e le sue caratteristiche, quanto le reazioni degli Stati membri, ed in particolare dei loro ordinamenti giuridici. Si tratta di dati essenziali per un'analisi come quella che qui si intende svolgere, e di dati la cui valutazione deve essere cumulativa, pena l'assunzione di una prospettiva parziale e, di per sé, inadeguata.

In parallelo, nello svolgimento di un'analisi come quella che ci si ripropone qui, è utile prendere in considerazione i meccanismi che conducono un'istituzione internazionale a favorire l'instaurarsi di un legame di appartenenza politica, una *allegiance*, con gli individui sui quali essa esercita i propri poteri di governo diretto "sovranazionale"¹⁴, o anche solo la propria influenza, e che si dimostra fe-

¹⁰ Cfr. *infra* cap. II, par. 31, p. 60.

¹¹ CGCE, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, *Raccolta*, 1963, p. 3.

¹² CGCE, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa / ENEL*, *Raccolta*, 1964, p. 1149.

¹³ Cfr. G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited*. *International Law and Interindividual Law*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, pp. 909-999, spec. pp. 987-999, sulla dicotomia tra diritto internazionale e diritto interindividuale, includendosi in quest'ultima nozione non solo il diritto statale, ma anche il diritto «interno» delle organizzazioni internazionali.

¹⁴ Cfr. R. QUADRI, Intervento al Convegno di studi sulla politica sociale della Comunità Eco-

nomeno senz'altro favorevole all'instaurazione di un ordinamento giuridico interindividuale, nel contesto del fenomeno di integrazione giuridica a valle dei Trattati istitutivi¹⁵.

10. *Rileggere van Gend en Loos in una prospettiva pluralista (dualista)*

Aprondo la sua introduzione generale al volume di studi con cui la Corte di giustizia ha festeggiato i 50 anni dalla sentenza *van Gend en Loos*, Joseph Weiler, menziona l'audacia mostrata dalla Corte di giustizia in quella sentenza¹⁶ ed afferma che, con quella sentenza, la Corte «did not only shape the legal order; it constituted that order».

Di coraggio parla, in quella stessa occasione, Christian Tomuschat, per aver sottratto alla discrezionalità degli esecutivi il processo di attuazione dei trattati comunitari¹⁷.

Entrambi gli autori finiscono peraltro per criticare il risultato di fondo cui la giurisprudenza della Corte sarebbe giunta: quello di imporre la prevalenza di un

nomica Europea, *Diritto Internazionale*, 1959, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, 1988, vol. III, pp. 13-19, p. 18. In linea di principio si accoglierà in questo studio una nozione di sovranazionalità ristretta e coerente con il concetto cui si riferisce Quadri nello scritto ora citato. L'idea essenziale è, dunque, quella dell'esercizio di poteri di governo diretto sugli individui da parte di un sistema istituzionale di origine internazionale, perché previsto e istituito da trattati internazionali. Tale concetto è per l'essenziale fatto proprio anche da F. CAPOTORTI, *Supranational Organizations*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, North Holland, 2000, pp. 737-744, p. 738, dove si esprime, in sintesi, tale concetto come «the exercise of powers withdrawn from the sovereignty of the member States». Per un più ambizioso concetto di sopranazionalità cfr. in particolare H.G. SCHERMERS, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Leiden, 2011, p. 56 s., in particolare per la previsione dell'impossibilità di un recesso quale condizione per aversi piena sovranazionalità di un'organizzazione internazionale.

¹⁵ Per il riferimento alla costruzione di una nuova *allegiance* tra individui e apparato dell'Unione cfr. M.L. PICCHIO FORLATI, Il fondamento giuridico dell'Unione europea: Trattato o Costituzione?, in *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, vol. II, Napoli, 2004, pp. 1377-1386, p. 1378; cfr. anche M.L. PICCHIO FORLATI, Il diritto dell'Unione europea fra dimensione internazionale e transnazionalità, *Jus*, 1999, pp. 461-473, p. 464, per il ruolo di tale dimensione in relazione all'ipotesi di autocostituzione di un ordinamento interindividuale "all'ombra" dei Trattati istitutivi e della loro attuazione. Parla di una costruzione di un fenomeno di *transfers of loyalty* L. AZOULAI, "Integration through law" and us, *International Journal of Constitutional Law*, 2016, pp. 449-463, p. 462.

¹⁶ J.H.H. WEILER, General Introduction, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL, dir., *Cour de Justice de l'Union européenne, 50.me Anniversaire de l'arrêt van Gend en Loos, 1963-2013, Actes du colloque, Luxembourg, 13 Mai 2013*, Luxembourg, 2013, pp. 11-21, p. 12 s.

¹⁷ C. TOMUSCHAT, Introduction (Second Working Session), ivi, pp. 49-54, p. 50.

ordinamento giuridico essenzialmente poco (o non) democratico, a discapito di ordinamenti statali maggiormente democratici¹⁸.

Il tema di fondo di questa prima parte del mio studio non vuole essere quello di una valutazione della sufficiente o insufficiente democraticità del sistema, né quello dello spostamento di quello verso un asse di governo dei giudici¹⁹, seppur vi sarà occasione in seguito per esprimere valutazioni preoccupate sull'equilibrio democratico del sistema, e sulle tendenze espansive dello stesso a discapito di legittime (e democratiche) scelte di ordinamenti nazionali. Ciò che mi preme qui sottolineare, però, non è tanto se quelle critiche siano, nella sostanza, più o meno condivisibili.

Il punto è che a me non pare né metodologicamente corretto, né utile, accusare di quei difetti la sentenza *van Gend en Loos*, come non lo è osannarne il contributo, se si preferisce un'ottica federalista, perché significa concentrarsi sulla infruttuosa prospettiva secondo cui quel nuovo ordinamento giuridico di cui ci si vuole qui occupare sarebbe, nelle sue acquisizioni positive e negative, riconducibile in buona sostanza ad un *fiat lux* contenuto nella sentenza del 1963 e magari attribuito – dalle documentate “confessioni di un europeo” cui la Corte ha garantito il suo benevolo *imprimatur*, nonostante la segretezza assoluta delle deliberazioni sia sancita dall'art. 35 dello Statuto della Corte – ad una *note en délibéré* di Alberto Trabucchi e alla fervente oratoria di Robert Lecourt²⁰.

Piuttosto, in coerenza con la prospettiva sistematica pluralista (dualista) che si è anticipata, mi sembra utile seguire le tappe di un cammino complesso, e ragionare sul ruolo rispettivo dei suoi protagonisti. Quest'esercizio, a me pare, è necessario per comprendere come il sistema di diritto interindividuale dell'Unione si (auto)costituisca in un contesto di dialogo e di compartecipazione tanto della componente “europea” (qui, la Corte di giustizia), quanto delle componenti nazionali, e che è in quel dialogo che si coglie l'equilibrio complessivo del sistema (e anche le ragioni di alcune sue insoddisfacenti caratteristiche).

Il punto di partenza, dunque, sta nella sottolineatura della natura di per sé non rivoluzionaria del principio dell'effetto diretto, come è stato ben rimarcato da Michel Walbroeck. In particolare, all'epoca della sentenza *van Gend en Loos*, tutti e sei gli Stati membri riconoscevano effetto diretto alle disposizioni di trattati internazionali dotate di carattere sufficientemente preciso, completo ed incondizionato,

¹⁸ J.H.H. WEILER, General Introduction, cit., p. 16 ss., laddove si accusa la Corte di «a refusal to see the way in which the essential legal order constitutional jurisprudence is part and parcel of the political democratic legitimacy crisis»; C. TOMUSCHAT, Introduction, cit., p. 54, con l'affermazione che la prevalenza della Corte sui parlamenti (nazionali) «must also give rise to doubts under the auspices of democratic rule».

¹⁹ In tal senso, essenzialmente, C. TOMUSCHAT, Introduction, cit., p. 54, il quale si riferisce alla Corte come ad una «super-court, without any effective countervailing power».

²⁰ Cfr. P. GORI, Souvenirs d'un survivant, ivi, pp. 29-35.

ed in particolare alle disposizioni contenenti un'obbligazione negativa²¹. Come la dottrina ha spesso segnalato, molti dei principi sviluppati in relazione al tema dei rapporti tra ordinamento comunitario dell'Unione e ordinamenti dei singoli Stati membri, sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, sia in quella delle giurisdizioni costituzionali e supreme dei suoi Stati membri, si pongono in una linea di continuità con corrispondenti principi normalmente applicabili ai rapporti tra trattati internazionali e diritti interni degli Stati contraenti²².

Certo, è innegabile che la Corte abbia inaugurato, con la sentenza *van Gend en Loos*, un'innovativa prospettiva di evoluzione nei rapporti tra il Trattato di Roma e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, come si tornerà a dire più oltre. Per comprendere ciò non è sufficiente concentrarsi sull'effetto diretto, e neppure sul primato, che avrebbe visto la luce di lì a poco con la sentenza *Costa / ENEL*.

Ciò che va sottolineato, come contributo della Corte nella sentenza del 1963, è il riferimento al modello di un ordinamento giuridico interindividuale, quale sistema di riferimento dei rapporti tra diritto comunitario e sistemi giuridici nazionali. Contrariamente alla lettura corrente, tuttavia, non è a mio avviso corretto leggere questa sentenza, e i successivi sviluppi della giurisprudenza della Corte, in un quadro metodologico monista²³, cui andrebbe contrapposto un approccio dualista di (alcune) Corti costituzionali nazionali. Come già detto, invece, sembra opportuno inquadrare l'intero dialogo che si sviluppa tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e i sistemi giuridici degli Stati membri, attraverso le loro giurisdizioni costituzionali e supreme, ma anche ordinarie ed inferiori, come espressione di una dimensione essenzialmente pluralista, nel senso però di genuinamente dualista. Un approccio, dunque, che riconosce la coesistenza, affianco degli ordinamenti giuridici statali, di altri fenomeni giuridici a quelli esterni, e che valorizza la possibile coesistenza, per quanto qui ci interessa, di più ordinamenti interindividuali concorrenti su uno stesso ambito spaziale e personale di riferimento: quelli dei singoli Stati membri, e quello – del pari interindividuale – che sorge a valle del fenomeno di organizzazione internazionale cui i Trattati hanno dato vita.

Una prospettiva del genere permette infatti di comprendere meglio lo sviluppo dei rapporti tra diritto interindividuale dell'Unione e diritti dei suoi Stati membri, alla luce anche delle giurisprudenze delle Corti nazionali, di valorizzare la coerenza di fondo tra quelle e la giurisprudenza della Corte. Tale approccio mette al contempo in evidenza la necessaria tensione collaborativa che deve animare entrambe le sponde di quel dialogo, senza la quale la costruzione "comunitaria" del-

²¹ M. WAELBROECK, *Traité internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, CIDC, Bruxelles, 1969, pp. 184 ss.

²² Cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 3 ss.

²³ *Ibidem*, p. 35 ss.