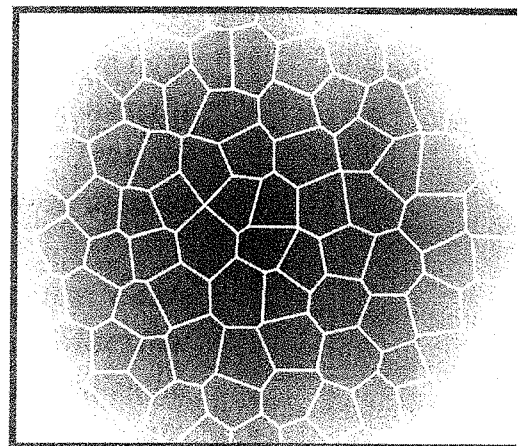


S. Battini, G. D'Auria, G. della Cananea, C. Franchini,
A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano,
A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperi

Il diritto amministrativo oltre i confini

Omaggio degli allievi a Sabino Cassese



GIUFFRÈ EDITORE

ALDO SANDULLI

LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E IL DIALOGO COMPETITIVO TRA LE CORTI

SOMMARIO: 1. Il "governo mondiale dei giudici"? — 2. La Corte di giustizia e i rapporti con le Corti globali. *Van Parys, Meca-Medina, Kadi*: i diversi volti del giudice europeo. — 3. I modelli di rapporto tra le Corti e il bilanciamento costituzionale degli interessi. — 4. Per un dialogo competitivo tra le Corti.

1. *Il "governo mondiale dei giudici"?*

"L'ordine mondiale, una volta dettato dai sovrani, che si vorrebbe ora disciplinato dai popoli, è (...) stabilito dai giudici. Ma il governo mondiale dei giudici presenta inconvenienti e vantaggi " (1).

Il brano tratto da un saggio di Sabino Cassese evidenzia la posizione di centralità assunta dalla funzione giudiziaria, nell'ultimo quindicennio, a seguito delle trasformazioni determinate dallo sviluppo di uno spazio giuridico globale, produttivo di un profondo cambiamento nelle relazioni tra ordinamenti giuridici.

Il fenomeno della globalizzazione giuridica (resosi necessario a seguito della globalizzazione economica), come è noto, ha dato vita alla proliferazione di una complessa ed articolata rete di sistemi regolatori globali, sviluppatasi secondo criteri di specialità (non un regime generale, dunque, ma più regimi speciali, volti ad affrontare singoli problemi o gruppi specifici di problemi), ai quali partecipano una pluralità di soggetti di varia natura (ne

(1) S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 622.

sono membri non più soltanto gli Stati nazionali, ma anche ordinamenti sovranazionali e, spesso, possono partecipare alle decisioni anche i soggetti privati interessati), in un sostanziale vuoto politico (non essendovi, all'interno, organi rappresentativi diretti, e risolvendosi, i rapporti "politici" esterni tra tali sistemi, al più nell'esercizio di *soft law* e di forme negoziali) (2).

Questi sistemi regolatori interagiscono con sempre maggiore frequenza ed incidenza tra loro e con gli ordinamenti sovranazionali e nazionali, attraverso dinamiche verticali ed orizzontali, in alcuni casi sviluppando principi ed istituti comuni, in altri evidenziando sovrapposizioni (e, talvolta, conflitti). Tutto ciò, molto spesso, in assenza di regole prefissate, volte a definire con completezza i rapporti giuridici tra tali ordinamenti. Insomma, una pluralità di ordinamenti distinti, ma aperti e "porosi", alla perenne ricerca di una *concordia discors*.

In tale contesto, il compito di riempire i vuoti e le lacune nello spazio giuridico globale è stato demandato al crescente novero di organismi giudiziali e para-giudiziali dei sistemi regolatori, che, oltre ad assolvere ad un compito veicolare di circolazione del diritto e di "traboccamento" tra diversi ordini giuridici, sono divenuti interpreti di un ruolo, per così dire, "costituzionale", di riduzione della complessità attraverso l'elaborazione di un intrico, gradualmente più articolato, di principi e valori comuni ai diversi sistemi, sì da creare, nel tempo, una parvenza di tessuto connettivo unitario. Si è accennato, in tal senso, ad una prospettiva di passaggio da uno spazio giuridico globale ad un ordine giuridico globale (3).

L'assolvimento di tale ruolo "costituzionale" per via giudiziaria, peraltro, può comportare il manifestarsi di sovrapposizioni e di frizioni tra organismi giurisdizionali di diversi ordinamenti, soprattutto in virtù della circostanza che gli ordini di nuova costituzione, di livello globale, tendono ad incidere con sempre

(2) Si v., in particolare, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

(3) Sul punto, S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali*, cit.

maggior grado di penetrazione in seno agli ordini di più antica formazione, di livello domestico, che, a seguito di una reazione naturale, oppongono resistenza ai tentativi di influenza.

Il tema che, in questa sede, si ha intenzione di esaminare, dunque, è quello, manifestatosi a seguito dell'emersione di una sorta di *global community of Courts*, del ruolo dei giudici nel conflitto verticale tra ordinamenti, in particolare per ciò che attiene agli effetti sostanziali delle decisioni ed ai rapporti tra le Corti.

A tal fine, si è ritenuto che l'Unione europea potesse costituire un punto di osservazione privilegiato, essendo espressione dell'ordinamento domestico più attivo nei rapporti con gli attori dello spazio giuridico globale, sia quando si trovi ad operare in qualità di membro a tutti gli effetti (ad esempio, WTO e *Codex Alimentarius*) sia quando agisca in qualità di semplice osservatore (ad esempio, nell'ambito delle agenzie specializzate del sistema delle Nazioni Unite), sia che si tratti di assumere impegni vincolanti sia che si tratti di elaborare *soft law*.

E, ovviamente, in seno all'ordinamento europeo, si è optato per concentrare l'attenzione sul giudice comunitario e, in particolare, sulla Corte di giustizia europea.

Le ragioni alla base di tale scelta, sono essenzialmente cinque: 1) nei rapporti tra giudici di diversi ordinamenti, la Corte di giustizia rappresenta il crocevia delle connessioni tra Corti nazionali, altre Corti europee ed organismi giurisdizionali globali; 2) essa è, al contempo, giudice di un ordinamento sovraordinato nei riguardi degli Stati membri dell'Unione europea e giudice di un ordinamento domestico nei rapporti con gli organismi giurisdizionali operanti nello spazio giuridico globale; 3) essa, avendo conquistato nel tempo un elevatissimo grado di autorevolezza, è stata protagonista di un duplice processo evolutivo in ambito europeo, consistente, dapprima, nell'assorbimento di principi ed istituti da parte delle Supreme Corti nazionali degli ordinamenti giuridici nazionali maggiormente evoluti e, poi, nell'imposizione agli Stati membri delle proprie linee decisionali e di diffusione di principi ed istituti da queste derivanti; 4) essa è divenuta ormai la riconosciuta guida costituzionale in seno all'ordinamento giuri-

dico europeo, ma ciò è avvenuto con un processo graduale: la Corte, difatti, ha assunto un atteggiamento camaleontico, in taluni periodi (e, in particolare, nel primo frangente, consapevole della sua debolezza) intessendo il prudente dialogo del *legatus*, in altri (e, soprattutto, una volta acquisito un discreto margine di azione) mostrando la ferma ed intransigente autorevolezza del *dominus* (si veda, ad esempio, la Opinion 1/91, relativa alla istituzione della Corte EEA), in altri ancora (e, in particolare, una volta divenuto indiscusso il primato del diritto comunitario ed il suo ruolo guida) dispensando la cortese e comprensiva mitezza del *pater familias*; 5) proprio perché essa è abituata, da qualche lustro, ad essere il punto di riferimento incontrastato, in Europa, in ordine alla circolazione e diffusione delle basi costituzionali, pare interessante verificare in che modo la stessa reagisca ai tentativi di incidenza sull'ordinamento europeo che provengono dagli ordinamenti globali e quale politica giudiziaria sia orientata a perseguire: spingere per la separazione tra ordinamenti, assumere un atteggiamento di *deference* o propendere per un rapporto conflittuale ma dialettico? E, in caso di dialogo, che tipo di dialogo?

2. *La Corte di giustizia e i rapporti con le Corti globali.* Van Parys, Meca-Medina, Kadi: *i diversi volti del giudice europeo.*

Da circa un decennio a questa parte, la signoria della Corte di giustizia e le certezze, per così dire, monopolistiche da essa derivanti sono state incrinare dall'incidenza esterna, sempre più pressante, delle decisioni degli organismi di tutela globale.

Ad esempio, attraverso la decisione di un giudice globale (nel caso di specie, del *Dispute Settlement Body* del WTO, di seguito DSB) si è consentito al Perù, senza che l'Unione europea (membro del WTO) nulla potesse opporre al proposito (al di là delle difese presentate in giudizio, improntate sull'esigenza di tutelare la sicurezza alimentare), il diritto di vendere in Europa, come "sardina", un tipo di pesce che la disciplina europea non consi-

derava tale, ma che così era qualificata dal *Codex Alimentarius* (caso *Sardines*).

Lo spazio giuridico europeo, dunque, è “perforato” dall'esterno dalle decisioni delle Corti globali, che poco si preoccupano della preesistente condizione “monopolistica” del giudice di Lussemburgo.

In tale contesto, il giudice europeo ha fronteggiato questa incidenza attraverso diverse modalità, mostrando un atteggiamento ondivago o, meglio, adattato alle peculiarità del singolo caso ed all'ordinamento globale oggetto della relazione.

In talune circostanze, ha assunto una posizione intransigente e di netta chiusura. Nel caso *Mox Plant* (ma si veda anche il similare caso *Ijzeren Rijn*), ad esempio, la Corte — di fronte alla scelta di uno Stato membro (l'Irlanda) di rivolgersi ad un giudice globale (nel caso di specie, il Tribunale internazionale per il diritto del mare, ITLOS) per la soluzione di una controversia su temi ambientali (lo scarico di materiale tossico radioattivo nel Mare d'Irlanda), con un altro Stato membro (la Gran Bretagna) — ha negato con fermezza la possibilità, per uno Stato membro, di rivolgersi ad un giudice esterno al sistema, stabilendo la propria giurisdizione esclusiva in tema di convenzioni miste, laddove siano coinvolti due Stati membri, a salvaguardia dell'autonomia dell'ordine giuridico europeo.

In altre, invece, ha optato per una posizione di *comity* (ciò è accaduto, in particolare, nelle relazioni intessute con gli organismi globali di maggior autorevolezza, quali l'ONU ed il WTO). Nel caso *Minim*, ad esempio, La Corte di prima istanza ha riconosciuto la *primacy* del diritto delle Nazioni Unite su quello comunitario e, dunque, delle decisioni ONU sulla disciplina europea dei diritti fondamentali, con conseguente declinazione del sindacato giurisdizionale sulla legittimità di propri provvedimenti emessi in applicazione di disciplina ONU.

Si tratta, dunque, di ragionare sui motivi che sono alla base dell'orientamento variabile della giurisprudenza europea e sulle questioni giuridiche che sono sottese ai rapporti verticali tra le Corti.

A tal fine, soprattutto tre paiono i casi suscettibili di fornire elementi utili alla presente indagine.

1) Nel caso *Van Parys* la Corte di giustizia ha affrontato il problema della valutazione di conformità di una norma dell'ordinamento comunitario alla disciplina globale (nell'ipotesi specifica, del WTO).

Il caso riguardava l'autorizzazione all'importazione di banane nella Comunità europea, dall'Ecuador, da parte di una società belga, la *Van Parys NV*. Nel concedere l'autorizzazione, l'autorità belga competente ne riduceva l'ammontare, sulla base dell'applicazione di alcuni regolamenti comunitari che erano stati, nel frattempo, dichiarati contrari alla normativa WTO dal *Dispute Settlement Body* (di seguito, DSB). La società impugnava il provvedimento presso il Consiglio di Stato belga e quest'ultimo rinviava pregiudizialmente la questione alla Corte di giustizia, al fine di valutare la validità dei regolamenti comunitari rispetto agli accordi GATT.

La Corte di giustizia ha adottato una decisione evasiva. Posta di fronte al quesito se potesse essere invocata, davanti ad un giudice di uno Stato membro, l'incompatibilità di una normativa comunitaria con regole del WTO, qualora tale incompatibilità fosse già stata dichiarata dal DSB, ha concluso nel senso negativo, sul duplice rilievo che "imporre agli organi giurisdizionali l'obbligo di disapplicare norme di diritto interno che siano incompatibili con gli accordi WTO avrebbe la conseguenza di privare gli organi legislativi o esecutivi delle parti contraenti della possibilità (...) di trovare, sia pure a titolo provvisorio, soluzioni negoziate" e che "ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto comunitario alle norme del WTO incombe direttamente al giudice comunitario equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità", tenendo anche conto che gli organi giurisdizionali delle maggiori controparti commerciali degli Stati membri della Comunità non ammettono la verifica della legittimità del loro diritto interno alla luce della disciplina del WTO.

Come è stato rilevato, la Corte di giustizia ha optato, nel caso

Van Parys (come in quello *Portugal*), per una tipica strategia di diversione, "ovvero l'introduzione di un assunto controverso (in questo caso, l'assenza di effetti diretti per le decisioni del DSB) accompagnato da alcune specifiche circostanziali (in questo caso, il mantenimento della possibilità di scelta della tecnica di risoluzione della controversia) che in qualche modo attutisce l'impatto della nuova dottrina, donando l'impressione che, in circostanze differenti, la novità non troverebbe applicazione".

Ma è stato realmente perseguito un risultato positivo dalla Corte? Essa ha dovuto implicitamente ammettere la superiorità del diritto globale sul diritto europeo ed ha, altresì, riconosciuto che una decisione del DSB del WTO non potesse essere ribaltata da una sentenza della Corte di Lussemburgo; tuttavia, appellandosi al principio di reciprocità tra Stati aderenti agli accordi GATT (e, pertanto, ai rapporti orizzontali tra Stati nazionali), non ne ha ricavato le necessarie conseguenze, disapplicando la disciplina comunitaria contraria alle regole del WTO. In tal senso, la Corte di giustizia ha raggiunto due scopi: da un lato, ha evitato di dichiarare espressamente il primato del diritto globale sul diritto europeo; dall'altro, ha evitato lo scontro frontale con l'ordinamento "superiore". Il perseguimento dei fini, peraltro, ha comportato il pagamento di un prezzo comunque salato. In primo luogo, come si è visto, la Corte ha dovuto riconoscere in via implicita la prevalenza dell'ordinamento globale. In secondo luogo, essa ha prefigurato l'esistenza, per così dire, di due universi paralleli: uno, che contempla i rapporti tra ordinamenti sovranazionale e nazionali, in seno al quale gli Stati membri dell'Unione europea agiscono in aderenza alla disciplina europea; l'altro, che contempla i rapporti tra ordinamenti globale, sovranazionale e nazionali, nel cui ambito gli Stati membri conservano, sulla base delle relazioni orizzontali, un precipuo spazio di autonomia rispetto all'ordinamento sovranazionale. In terzo luogo (e soprattutto), proprio essa, che, sulla base di quanto si è detto in precedenza, della disciplina comunitaria dovrebbe essere il *dominus* incontrastato, si è preclusa di fatto la possibilità di pronunciarsi sulla legittimità della disciplina comunitaria nei rapporti con quella globale. E, se ci si pensa, questa conseguenza è

quella maggiormente onerosa per la Corte di giustizia, che, pur limitando i danni, ha visto intaccare il proprio grado di autorevolezza.

2) Nel caso *Meca-Medina* la Corte di giustizia ha vagliato i rapporti esistenti tra la disciplina globale e quella europea, verificando se la prima potesse essere oggetto di sindacato a seguito del contrasto con la seconda.

Il caso concerneva la squalifica per *doping*, comminata sulla base della disciplina CIO, a due atleti giunti ai primi due posti nei campionati mondiali di nuoto. Essi, dopo essersi rivolti vanamente prima alla Commissione europea e poi alla Corte di prima istanza, presentavano appello alla Corte di giustizia europea, sostenendo che la disciplina CIO e, in particolare, le procedure relative al *doping*, violavano le libertà di iniziativa economica degli atleti sotto il profilo della tutela della concorrenza. La Corte di giustizia, ribaltando la decisione della Corte di prima istanza, sosteneva la propria giurisdizione, sul rilievo che le norme *anti-doping* del CIO sarebbero anch'esse soggette all'art. 49 CE sulla tutela della concorrenza in ambito comunitario. Nel merito, tuttavia, la Corte rigettava l'appello, ritenendo che la disciplina CIO volta ad imporre restrizioni agli atleti professionisti non fosse andata oltre il necessario al fine di assicurare il corretto svolgimento dell'avvenimento sportivo e che non fosse possibile valutare la carenza di proporzionalità delle norme CIO, dal momento che nessun motivo di doglianza era stato sollevato circa l'eccessività delle sanzioni irrogate ai due atleti.

A prescindere dall'esito della controversia, potendosi discutere circa la qualificazione "economica" (anziché prettamente sportiva) data dalla Corte di giustizia alle regole *anti-doping* del CIO (che paiono connesse specificamente all'esigenza di assicurare il corretto svolgimento delle competizioni sportive), questa pronuncia della Corte di giustizia è importante per due motivi: da un lato, essa dichiara assoggettabile la disciplina globale, adottata dal CIO, ai contenuti del Trattato CE, derivando da ciò la propria giurisdizione sul caso; dall'altro, attraverso l'*obiter dictum* sulla mancata impugnazione delle sanzioni CIO per violazione del principio di proporzionalità, essa si è lasciata aperta la

possibilità di dichiarare, ove se ne ripresentasse l'occasione propizia, l'illegittimità della disciplina CIO per violazione del diritto comunitario. Si potrebbe verificare, dunque, l'ipotesi di una sentenza di un ordinamento domestico che, di fatto, dichiari l'illegittimità di una normativa globale per contrasto con i principi dell'ordinamento domestico.

Il caso in esame è sintomo di un atteggiamento della Corte di giustizia molto diverso rispetto a quello in precedenza esaminato, dal momento che, in questa ipotesi, è la Corte europea ad aprire una breccia nello spazio perimetrale di un ordinamento globale, penetrando con decisione in seno a tale territorio, sia sotto il profilo processuale, sia sotto quello sostanziale, con finalità di incisione del potere privato, privo di reale controllo e di validi contrappesi interni, esercitato dagli organismi di vertice dell'ordinamento globale dello sport.

3) In relazione al caso *Kadi* la Corte di giustizia ha appena emanato la sentenza, nella quale ha dovuto dirimere le questioni concernenti la giurisdizione della Corte in occasione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU ratificate da provvedimenti dell'Unione europea e, soprattutto, il contrasto tra la disciplina globale ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo.

La vicenda da cui si è dipanato il caso *Kadi* è piuttosto complessa, anche perché è ormai collegata ad una ricca giurisprudenza della Corte di prima istanza e della Corte di giustizia (si vedano, al proposito, i casi *Yusuf*, *Hassan*, *Ayadi*, *OMPI*, *Ocalan*, *Gestoras*, *Segi*, *Sison*, *Al-Aqsa*). Come è noto, da alcuni anni a questa parte il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha individuato, quale efficace strumento per combattere il terrorismo internazionale, il congelamento dei beni dei soggetti sospettati di finanziare attività terroristiche.

Poiché le risoluzioni e le sanzioni irrogate dall'ONU erano state recepite, con appositi provvedimenti, dall'Unione europea, il signor *Kadi* aveva impugnato presso la Corte di prima istanza i provvedimenti comunitari che lo avevano colpito, sostenendone l'illegittimità, dal momento che la *smart sanction* dell'ONU era stata adottata nei suoi confronti in violazione dei principi del

giusto procedimento, di proporzionalità e del diritto di difesa innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale. La Corte di prima istanza sosteneva che "gli obblighi degli Stati membri dell'ONU ai sensi della Carta delle Nazioni Unite prevalgono incontestabilmente su qualsiasi altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale pattizio, ivi compreso, per quelli tra di essi che sono membri del Consiglio d'Europa, sugli obblighi derivanti dalla CEDU e, per quelli che tra di essi sono anche membri della Comunità, sui loro obblighi derivanti dal trattato CE". Da ciò conseguiva l'obbligo di sottrarre le risoluzioni del Consiglio di sicurezza al sindacato giurisdizionale delle Corti di prima istanza, con l'eccezione della possibilità di valutare, in via incidentale, la legittimità delle stesse alla luce dello *jus cogens*, "inteso come un ordinamento pubblico internazionale, che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare".

La Corte di giustizia, in sede di appello, ha seguito, sulla falsariga delle conclusioni dell'Avvocato generale, una diversa via, volta a stabilire, a seguito di un nuovo equilibrio tra ordinamento giuridico internazionale e quello europeo, la piena giurisdizione del giudice comunitario e la necessità del rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo da parte di qualsiasi atto comunitario, pur se attuativo di un atto di un ordinamento internazionale.

I passaggi maggiormente rilevanti della sentenza sono i seguenti: l'ordinamento giuridico comunitario è un ordinamento autonomo, che si avvale di un sistema completo di rimedi giuridici; gli atti comunitari, la cui legittimità è verificata dalla Corte di giustizia, non possono essere contrari ai principi generali del diritto dell'ordinamento europeo; un atto comunitario contrastante con il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non può godere di immunità giurisdizionale; gli obblighi di un accordo internazionale non possono compromettere i principi generali del Trattato CE; la sentenza della Corte di giustizia che dichiara l'atto comunitario contrario ad una norma superiore dell'ordinamento europeo non incide sull'efficacia

di tale risoluzione sul piano internazionale; pur prevalendo gli accordi internazionali sul diritto comunitario derivato, essi non possono incidere sul diritto primario e, in particolare, sui principi generali. Ciò posto, la Corte ha rilevato nel merito l'illegittimità dell'atto comunitario di attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, poiché adottate a seguito di procedure non rispettose di fondamentali diritti dell'uomo.

La costruzione della Corte di giustizia rammenta da vicino il caso *Solange* del 1974 (relativo ai rapporti tra ordinamento tedesco e diritto europeo) e la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana relativa alle norme interposte ed alla teoria dei controlimiti. In tal modo, la Corte ha riconosciuto la primazia dell'ordinamento internazionale, ma ha salvaguardato l'autonomia dell'ordinamento europeo ed il costante rispetto, al suo interno, dei principi e dei valori fondanti tale ordinamento.

Sotto il profilo sostanziale, sono particolarmente importanti le considerazioni formulate dall'Avvocato Poiares Maduro sulla violazione del diritto di difesa in sede ONU: "Qualora vi fosse un autentico ed efficace meccanismo di controllo giudiziale esercitato da un tribunale indipendente in seno alle Nazioni Unite, la Comunità sarebbe stata sollevata dall'onere di provvedere al controllo giudiziale di tali provvedimenti, che trovano applicazione in seno al suo ordinamento. Peraltro, il suddetto meccanismo non esiste, allo stato attuale. Come la Commissione ed il Consiglio hanno rilevato nelle loro memorie, la decisione relativa alla cancellazione di un individuo dalla lista delle sanzioni irrogate dalle Nazioni Unite resta nella totale discrezionalità del Comitato delle Sanzioni, un organismo diplomatico. In queste circostanze, si deve ritenere che il diritto ad un giusto processo da parte di un tribunale indipendente non sia stato assicurato al livello delle Nazioni Unite. Di conseguenza, le istituzioni comunitarie non possono essere esentate dall'avviare i propri meccanismi processuali, al fine di verificare se le risoluzioni del Consiglio di sicurezza possano trovare legittima attuazione in seno all'ordinamento comunitario".

La pronuncia della Corte di giustizia, dunque, sembra volta a costruire un duplice meccanismo. Il primo mira ad affermare che,

in ambiente comunitario, il giudice europeo è tenuto a sindacare, seppure in via indiretta, l'atto di un ordinamento globale sotto il profilo della coerenza con le basi costituzionali dell'ordinamento europeo: dunque, si riconosce la *privacy* del diritto globale ma si evita che siano posti a rischio i fondamenti costituzionali dell'ordinamento domestico. Il secondo ha ad oggetto una sorta di "potere sostitutivo" (ma con inversione di senso, dal livello "inferiore" a quello "superiore") dell'ordinamento domestico nei confronti di quello globale, laddove quest'ultimo difetti sotto il profilo dei principi costituzionalmente garantiti dall'ordinamento europeo. Il ragionamento è orientato alla ricomposizione della coerenza interna del sistema, ma disegna anche nuovi meccanismi di armonizzazione tra ordinamenti.

Si tratta di una posizione volta a rinvenire un nuovo equilibrio tra spazio giuridico globale ed ordine europeo: di apertura al primo soltanto nella piena salvaguardia delle prerogative del secondo, con indiretta possibilità di incidenza, per così dire, anche dal basso verso l'alto e non soltanto viceversa.

3. *I modelli di rapporto tra le Corti e il bilanciamento costituzionale degli interessi.*

L'angolazione dalla quale viene solitamente affrontata, da parte degli studiosi, sia di diritto internazionale sia di diritto europeo, l'analisi dei casi innanzi esaminati è solitamente quella procedurale, della giurisdizione. La Corte di giustizia europea è in possesso della giurisdizione per potersi pronunciare nelle fattispecie esaminate? Essa può giudicare della legittimità della disciplina comunitaria contrastante con quella globale o della legittimità della disciplina globale (e/o degli atti europei di attuazione) contrastante con quella comunitaria?

Peraltro, pur trattandosi di un argomento significativo, tale profilo non può essere considerato quello di maggiore rilievo in ordine ai casi evidenziati, dal momento che la conseguenza più interessante (che emerge, in particolare, nei casi *Meca-Medina* e *Kadi*) consiste nella circostanza per la quale — in ordine al

possibile conflitto di giurisdizione tra Corti globali e Corte di giustizia circa la legittimità della disciplina globale (e/o degli atti europei di attuazione della stessa) in seno all'ordinamento europeo per violazione di principi costituzionali di quest'ultimo — la Corte abbia tentato di puntellare la questione di giurisdizione con la sostanza costituzionale e, quindi, abbia tentato di spostare il baricentro della questione dai profili processuali a quelli sostanziali, dovendosi verificare la possibilità di valutare gli interessi alla base della controversia e l'applicabilità della cd. teoria dei controlimiti in seno al rapporto tra ordinamenti globali ed ordinamento europeo.

La Corte, dunque, ha ritenuto necessario, per riportare a coerenza i rapporti tra Corti globali e giudice europeo, collegare la questione procedurale, relativa alla giurisdizione, a quella sostanziale, concernente la natura del rapporto tra ordinamenti ed il bilanciamento degli interessi.

Se si esaminano nel dettaglio i contenuti delle sentenze citate, può ricavarsi che il criterio gerarchico è del tutto inadeguato a rappresentare i rapporti verticali tra Corti. Più che una relazione gerarchica, tra Corti dell'ordinamento "superiore" e dell'ordinamento "inferiore", sembra instaurarsi, infatti, un rapporto di tipo reticolare. Ciò spiega la ragione per cui, in assenza di specifiche regole scritte, l'appartenenza del giudice all'ordinamento di livello "superiore" od "inferiore" non costituisca, di per sé, elemento dirimente al fine di valutarne la giurisdizione, ma occorra andare a guardare la consistenza degli interessi in gioco ed il rilievo "costituzionale" degli stessi.

Nei casi esaminati, difatti, è la ponderazione degli interessi a determinare l'esito della controversia, a prescindere dal fatto che il portatore dell'interesse appartenga al livello "superiore" od "inferiore", valorizzando, semmai, l'esperienza costituzionale maturata dalle Corti che sono espressione degli ordinamenti di più antica tradizione, rispetto a quelle di nuova formazione. Nel caso *Meca-Medina* i principi di tutela della concorrenza e di libertà di circolazione in ambito europeo sono ritenuti prevalenti sulla possibile lesione dell'indipendenza ed autonomia dell'ordinamento sportivo globale; nel caso *Kadi*, i principi della "costitu-

zione materiale" europea del giusto procedimento, di proporzionalità e di difesa innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale sono considerati prevalenti rispetto all'esigenza di adottare misure globali per la lotta al terrorismo ed alla "politicità" degli atti del Consiglio di sicurezza dell'ONU a ciò finalizzati.

La costruzione delle relazioni tra Corti di diversi ordinamenti sul criterio della rete, dunque, implica la forte erosione dell'approccio dualistico tra ordinamenti globali e domestici, con la conseguente presenza di altrettanto significative sovrapposizioni, che, in assenza di regole procedurali specifiche, conducono ad esiti plasmati, nel merito, sulla dinamica armonizzazione degli interessi.

Il bilanciamento degli interessi comporta che si guardi ad essi a prescindere dall'afferenza dei medesimi ad ordini asimmetrici, valutandoli nella loro essenza e, cioè, nella consistenza costituzionale. E che dopo aver compiuto tale operazione sia considerata la proporzionalità delle misure adottate ai fini della loro protezione.

Ciò relega sullo sfondo la questione procedurale di giurisdizione e consente di ragionare per principi e valori costituzionali condivisi e, quindi, per forme di cooperazione tra le Corti all'edificazione di una sorta di *common core* di principi, per così dire, a valenza universale.

Se occorre guardare agli interessi compresenti in un'ottica di asimmetrica ponderazione, è ben possibile, infatti, che anche le Corti del livello "inferiore" possano avere voce in capitolo nel far valere l'illegittima compressione, da parte della disciplina globale, di interessi costituzionalmente protetti in seno all'ordinamento regionale.

È proprio questo il passaggio logico che ha consentito, nel caso *Kadi* di porre in dubbio la legittimità di regolamenti europei (e, in via indiretta, delle risoluzioni ONU da essi attuate) sul rilievo del pregiudizio arrecato ai diritti fondamentali dell'individuo.

Se il meccanismo fondante è, in vece di quello gerarchico, quello del reticolo, ne scaturisce che i modelli di relazione tra

Corti non sono previamente configurati, ma sono determinati, in modo elastico e flessibile, da atteggiamenti di carattere volontaristico, spesso frutto di strategie di "politica giudiziaria".

L'assenza di rigide regole procedurali sposta necessariamente il baricentro delle decisioni verso l'elemento sostanziale, la ponderazione, il conflitto.

Si instaura, dunque, un rapporto di scambio tra le Corti, che si avvia, dapprima, in modo periglioso (a causa delle peculiarità dei diversi ordini, per cui anche i concetti apparentemente comuni assumono connotati differenti a seconda di come tali concetti risultano condizionati dall'ambiente che li circonda), per poi, gradualmente, passare ad un rapporto più maturo, in cui i linguaggi vanno, molto lentamente, ma gradualmente, avvicinandosi, pur conservando talune peculiarità di fondo. Questo, almeno, è quanto accaduto in seno allo spazio giuridico europeo, nei rapporti tra Corti europee e nazionali.

In tale contesto, tra l'altro, va sottolineato come, in ordine ai rapporti verticali tra Corti e tra diritto internazionale e globale e diritto europeo, sia proprio il diritto amministrativo, con i suoi principi ed i suoi meccanismi procedurali, a rivestire un ruolo cruciale ai fini del rinvenimento di un equilibrato assetto, fondato, per l'appunto, sul bilanciamento costituzionale degli interessi.

L'assenza di un criterio gerarchico e la necessità di pesare gli interessi compresenti conduce ad interrogarsi, poi, su due questioni principali: la prima concerne i possibili modelli di relazione tra le Corti; la seconda, i possibili effetti delle decisioni della Corte di giustizia europea negli ordinamenti globali.

Possono instaurarsi tre possibili modi di correlazione tra ordinamenti e tra Corti: impositivi, collaborativi, remissivi. I modi di interrelazione appartenenti alla prima ed alla terza categoria non possono essere oggetto di specifica trattazione, in questa sede.

Circa la prima categoria, si è detto, il caso di un ordinamento "superiore" che si impone con la forza della gerarchia ad uno "inferiore" non si attaglia ai rapporti flessibili tra ordinamenti globali ed ordinamenti domestici. Vi sono, però, casi in cui regole procedurali piuttosto capillari finiscono per costruire un assetto

più tipicamente piramidale, in cui le "vie di fuga" degli ordinamenti domestici nei confronti dell'ordinamento globale sono estremamente ridotte. In tali ipotesi, l'ordinamento superiore si impone agli ordinamenti inferiori attraverso diversi meccanismi, tra cui quello dell'effetto diretto, tipico dei rapporti tra ordinamento europeo e Stati membri.

In ordine alla terza categoria, le ipotesi di remissione sono esclusivo frutto della volontaria rinuncia da parte dell'ordinamento "inferiore" di contrastare quello "superiore". In tal senso, la *comity* è un valido strumento di cooperazione, ma non scaturisce da un vero e proprio scambio, bensì da un prudente passo indietro compiuto dall'ordinamento regionale nei confronti di quello globale, cedendo la propria specialità per l'interesse generale. Questo avviene, ad esempio, quando si riconosce che la tradizione costituzionale fatta propria dall'ordinamento globale costituisca una sorta di *better law*, considerata prevalente sul proprio assetto costituzionale dalla Corte dell'ordinamento regionale.

Più interessante pare l'esame dei modelli di collaborazione, in cui gli ordinamenti sono chiamati a dialogare, in posizione di equiordinazione, al fine di rinvenire una soluzione negoziata al possibile contrasto. Un primo esempio di conflitto collaborativo o di dialogo competitivo è fornito dalla *dialectical review* (rinvenibile, ad esempio, nel caso *Loewen*): in essa convivono elementi del dialogo e dell'*appellate review*, della *comity* orizzontale e della gerarchia verticale, al fine di condurre ordinamento "superiore" ed "inferiore" verso una comune applicazione di principi e valori. Una seconda possibile forma consiste nella teoria dei controlli-miti, con la quale l'ordinamento "inferiore" riconosce la disciplina di quello "superiore", ma soltanto ove esso risulti compatibile con l'assetto costituzionale di quest'ultimo. In entrambi i casi segnalati, la caratteristica precipua consiste nell'indurre le parti in conflitto al rinvenimento di una soluzione condivisa alla situazione di stallo. Come è stato rilevato, ciascuno dei contendenti "enjoys some capacity to press its views on the other but suffers from an inability to impose its will. Each can force the other to listen but not necessarily to act. Given as much, there

arises a recurrent pattern of dialectical engagement, critique, and counsel, from which learning and innovation can emerge”.

Attraverso questo complesso di modelli, che utilizzano strumentalmente il conflitto al fine di avviare una soluzione ponderata, è ben possibile, tra l'altro, che vi siano pronunce di una Corte regionale che finiscono per produrre effetti (indiretti) in seno all'ordinamento globale.

Si pensi al caso *Kadi*. È stato giustamente considerato che, in passato, in ambito europeo, la teoria dei controlimiti non sia mai stata concretamente applicata (né avrebbe potuto esserlo, se non con devastanti effetti di “esplosione” del sistema multilivello), ma ne sia stata soltanto paventata l'applicazione: in tal senso, si tratta di espediente giuridico per costringere la controparte riottosa a tornare sui suoi passi.

Nel caso in esame, è prevedibile che la sentenza della Corte di giustizia, dichiarando l'illegittimità dei regolamenti comunitari attuativi delle citate risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU, imponga all'ordinamento delle Nazioni Unite di riflettere sul sistema di garanzie procedurali e processuali assicurate nel suo seno ai soggetti privati investiti dalle sanzioni irrogate dal Consiglio di sicurezza.

Sicché, la sentenza adottata da un giudice di un ordinamento esterno al sistema (e, comunque, “inferiore” di livello) finirebbe per indurre l'ordinamento globale, qualora esso non voglia in futuro correre nuovamente il rischio di vedere un proprio provvedimento oggetto di impugnazione innanzi alla Corte dell'ordinamento “inferiore”, a dotarsi di adeguati strumenti di garanzia.

E, in realtà, si potrebbe addirittura congetturare che, sotto il profilo della “politica giudiziaria”, sarebbero già state sufficienti le conclusioni dell'Avvocato generale per indurre a riflettere gli organismi di vertice dell'ordinamento delle Nazioni Unite circa la necessità di rivedere il proprio sistema di garanzie e di principi di azione: e ciò parrebbe dimostrato dall'adozione, nel giugno del 2008, da parte del Consiglio di sicurezza dell'ONU, di una nuova risoluzione, in cui si fa espresso riferimento alla necessità di assicurare il giusto procedimento.

Un meccanismo non molto dissimile è quello innescato dal

caso *Meca-Medina*, che contiene, come si è visto, un monito agli organi di vertice dell'ordinamento sportivo, al fine di rendere la propria disciplina maggiormente rispettosa delle regole di tutela della concorrenza e delle libertà di circolazione. La Corte ha utilizzato, nell'ipotesi di specie, un caso inadatto a vedere accolta la pretesa del ricorrente al fine di minacciare un futuro intervento, più intrusivo, nei confronti della disciplina globale poco rispettosa di regole di gestione economico-finanziaria ispirate alle libertà di concorrenza e di circolazione.

4. *Per un dialogo competitivo tra le Corti.*

Ciò che si tratta di verificare, dunque, in ordine alla posizione del giudice europeo, è se tali atteggiamenti di contrasto, manifestati nei casi esaminati, siano finalizzati ad un dialogo costruttivo tra le Corti, volto a far sì che la disciplina dell'ordinamento "superiore" progredisca verso una più adeguata protezione dei diritti fondamentali in seno allo spazio giuridico globale, ovvero costituisca il sintomo di una "politica giudiziaria" mirante ad un ritorno ad una netta separazione tra ordinamenti.

Nel primo caso, la Corte di giustizia dovrebbe cedere necessariamente qualcosa nei confronti delle Corti globali, ma si ritaglierebbe al contempo un nuovo spazio, di interlocutrice privilegiata in ordine agli *standard* di giustizia globale: obiettivo della Corte potrebbe essere quello di elevare la propria giurisprudenza a punto di riferimento, circa il livello di protezione dei diritti fondamentali, per gli ordinamenti globali.

Ciò potrebbe consentire di sviluppare dal basso un processo di maturazione di principi costituzionali di rango universale, comuni agli ordinamenti globali. Al contempo, tale maturazione potrebbe assicurare, in un secondo momento, alle Corti globali, una volta raggiunto un sufficiente grado di garanzia e di democrazia in seno all'ordinamento "superiore", di veder riconosciuta la propria preminenza a giudicare sulla disciplina globale.

Soltanto in questa seconda ipotesi, difatti, appare auspicabile l'instaurazione di un rapporto tra le Corti ispirato alla *comity*: se,

invece, i linguaggi giuridici utilizzati dai giudici restano talmente distanti da non rinvenire un punto d'incontro neppure in ordine all'applicazione dei principi costituzionali elementari per ogni ordinamento giuridico democratico, l'atteggiamento di *comity* finirebbe per costituire pericolosa acquiescenza di un distorto assetto ordinamentale, ponendo così a rischio anche le basi costituzionali dell'ordinamento regionale.

Qualora, invece, la Corte mirasse meramente a stabilire una più netta separazione e distanza tra ordinamenti, a difesa del proprio territorio di giurisdizione, essa finirebbe per isolare il giudice europeo in una posizione destinata ad essere "storicamente" perdente. L'evoluzione del caso *Solange*, infatti, ha dimostrato che l'ordinamento "superiore" finisce naturalmente per completare la sua crescita e la sua maturazione, finendo per imporsi comunque su quelli "inferiori", sia che si instauri un rapporto conflittuale sia che si instauri una relazione di condivisione e di scambio: ma soltanto nel secondo caso il giudice dell'ordinamento regionale ha la possibilità di incidere in modo significativo sullo sviluppo dell'ordine "superiore".

Si verrebbe a prefigurare, in tal modo, un modello relazionale mirante a rifiutare sia il rapporto gerarchico, sia la placida acquiescenza della *comity*, improntando invece le relazioni a forme di leale competizione tra Corti, tendenti ad un rapporto fondato sul "peso" reale degli interessi e su argomenti sostanziali di persuasione giuridica: un dialogo competitivo.

L'ammissibilità del sindacato delle giurisdizioni domestiche sulle decisioni degli organismi del livello superiore, laddove si rinvenivano garanzie insufficienti sotto il profilo del rispetto dei principi fondamentali, potrebbe costituire, tra l'altro, un notevole incentivo, per istituzioni internazionali e globali, all'autonomo sviluppo ed alla previsione di adeguate garanzie, ove se ne rinveniva la carenza, per evitare di veder assoggettati al sindacato giurisdizionale altrui propri atti e decisioni.

Il dialogo competitivo potrebbe, alla lunga, produrre vantaggi anche per le Corti globali, dal momento che, riconoscendosi all'ordinamento domestico la possibilità di incidere, sia pure in via indiretta, su quello globale, dovrebbe finire per riconoscersi,

a contrario, un analogo potenziale di incidenza degli ordinamenti globali su quello europeo per il caso opposto e, cioè, per quello, ipotetico ma non impossibile, in cui la sfera dei diritti individuali riconosciuta dallo *jus cogens* risulti più estesa rispetto a quella riconosciuta dall'ordinamento europeo. Ne deriva, ad esempio, che, se si ammette che la decisione della Corte di giustizia possa potenzialmente essere destinata a provocare effetti esterni rilevanti sull'ordinamento delle Nazioni Unite, non si può non ammettere che il rapporto di collaborazione sia bidirezionale.

Le Corti regionali che potrebbero svolgere un ruolo forte, attivo e veicolare per lo sviluppo in senso democratico delle istituzioni e degli organismi internazionali — in una prospettiva pluralistica ed in un'ottica non dualistica bensì monistica, per il tramite di una sorta di "traspirante porosità" tra ordinamenti giuridici — sono soprattutto quelle di maggior tradizione e sviluppo giuridico, tra le quali, ad esempio, la Corte di giustizia europea e, ad esempio, la Corte Suprema degli Stati Uniti.

In realtà, se si esamina la recente giurisprudenza di quest'ultima, può rilevarsi come essa abbia sposato una posizione di netta chiusura e di separazione rispetto agli ordinamenti esterni. In tal senso, emblematico è il recente caso *Medellín*, con il quale la Corte (a maggioranza, con la *dissenting opinion* stesa dal Justice Breyer, condivisa dai giudici Souter e Ginsburg, che ha teorizzato, invece, con un ragionamento di estremo interesse, l'efficacia *self-executing* delle sentenze dell'ICJ) ha ritenuto non direttamente applicabile al diritto federale degli Stati Uniti la sentenza della Corte internazionale di giustizia sul caso *Avena*, che aveva statuito la violazione, da parte degli Stati Uniti, dell'art. 36 della Convenzione di Vienna, dal momento che, al momento dell'arresto, non era stato comunicato agli imputati di nazionalità messicana che avrebbero potuto avvalersi del supporto in giudizio del proprio paese d'origine. A prescindere dal caso concreto, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha mostrato di aver imboccato decisamente la strada dell'isolamento rispetto agli ordinamenti globali, con ciò difendendo con successo spazi interni da influenze esterne, ma rinunciando ad incidere sull'evoluzione, in senso democratico, degli ordinamenti globali.

Se, tuttavia, si propende per un orientamento più aperto al dialogo ed alla cooperazione nei confronti degli ordinamenti e delle Corti globali, occorre trarne l'inevitabile conseguenza della corrispondente apertura al dialogo anche verso il basso e, cioè, nei riguardi delle Corti costituzionali nazionali e delle Corti supreme degli Stati membri. Come si è accennato in avvio, la Corte di giustizia, nell'ultimo quarto di secolo, ha rivestito un ruolo di assoluta dominanza nei riguardi delle Corti nazionali, limitando non soltanto gli spazi di autonomia e di differenziazione, ma anche le occasioni di dialogo e di confronto. Come pare emergere da recenti pronunce di giudici nazionali (si vedano, ad esempio, i casi *Nicolo*, *Sarran* ed *Arcelor* del *Conseil d'Etat* francese), sarebbe produttivo che si realizzasse, sul presupposto dell'equivalenza della protezione dei rispettivi ordinamenti, una dialettica più aperta e di scambio tra Corti nazionali, europee e globali, sì da consentire anche alle prime di contribuire all'evoluzione degli ordinamenti "superiori" (e di tutelare, al contempo, i propri spazi di differenziazione).

Ciò non può avvenire se non attraverso una matura assunzione di responsabilità, da parte della Corte di giustizia europea, circa il proprio ruolo di cerniera e di collegamento nei rapporti asimmetrici tra le Corti, fondati su un dialogo aperto e competitivo tra le stesse.

Nota bibliografica

Sul tema oggetto di analisi, la letteratura è molto vasta ed è impossibile fornire indicazioni bibliografiche dettagliate.

Ci si limita, pertanto, oltre ad indicare le opere e gli autori ai quali si è fatto riferimento espressamente nel testo, a segnalare alcuni tra gli studi ritenuti più significativi.

Fa riferimento ad una *Global Community of Courts* A.-M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), 191 ss.

Il fondamentale ruolo "costituzionale" rivestito dalla Corte di giustizia europea nelle relazioni tra Corti (dapprima nei confronti delle Corti nazionali, più recentemente con riferimento anche alle Corti

globali) è stato segnalato, più di un quarto di secolo fa, da E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, 75 ss. Circa l'attività di "politica giudiziaria" svolta dal giudice comunitario, si v., tra gli altri, A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Di recente, fra i numerosi contributi, F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, 547 ss.; M. POIARES MADURO, *Sovereignty in Europe: the European Court of Justice and the Creation of a European Political Community*, in M.L. Volcansek e J.F. Stack jr. (eds.), *Courts Crossing Borders. Blurring the Lines of Sovereignty*, Carolina Academic Press, Durham, 2005, 43 ss.

La frase concernente la tecnica evasiva adottata dalla Corte di giustizia in ordine al caso *Van Parys* è contenuta in F. FONTANELLI e G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del dialogo nascosto fra i giudici del multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008. Si v. questo saggio, oltre a quello di T. TREVES, *Fragmentation of International Law: the Judicial Perspective*, in *Comunicazioni e Studi*, 2008, per un'analisi dei modelli e delle relazioni verticali tra Corti.

Sui problemi concernenti la giurisdizione, fondamentale è lo studio di Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relationship Between National and International Courts*, Oxford University Press, 2007. Si v. anche H. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2008, che ipotizza anche una classificazione dei modelli di interrelazione tra Corti.

Circa la centralità del diritto amministrativo in ordine ai rapporti tra ordinamenti globali ed ordinamenti regionali si v. S. BATTINI, *Scelte amministrative locali e controversie globali*, Giuffrè, Milano, 2007.

La teoria del *dialectical review* (e la relativa frase citata nel testo) è di R.B. AHDIEH, *Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts*, in *New York University Law Review*, 2004, 2029 ss.

Sull'esigenza di assicurare un più produttivo dialogo tra la Corte di giustizia europea e le Corti costituzionali nazionali si v., tra gli altri, M. CARTABIA, "Taking Dialogue Seriously". *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper* n. 12/2007; P. DEUMIER, *Constitution et*

droit communautaire derive: la voix du Conseil d'Etat dans le dialogue des juges, in *Recueil Dalloz*, 2007, 2742 ss.

Per un primo commento alla sentenza della Corte di giustizia europea sul caso *Kadi* si vedano i contributi di A SANDULLI, S. CASSESE, E. CHITI, M. SAVINO, G. VESPERINI, D. DELLA CANANEA, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, n. 10.