

24 GIUGNO 2020

Genesi e circolazione di uno strumento
dialogico: il rinvio pregiudiziale nel
diritto comparato sovranazionale.

di Leonardo Pierdominici

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Genesi e circolazione di uno strumento dialogico: il rinvio pregiudiziale nel diritto comparato sovranazionale.*

di Leonardo Pierdominici

Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Abstract [It]: Il contributo prende le mosse dal dibattito che si sta sviluppando sulla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU da parte dell'Italia, sottolineandone il retroterra comparatistico, incentrato sul raffronto dell'*advisory opinion* CEDU con l'istituto del rinvio pregiudiziale comunitario quale prototipico strumento dialogico. Su queste basi, per ragionare sulla possibilità che in atto o in potenza il primo istituto possa aderire alle forme del secondo, si propone un'indagine storico-comparatistica sulle tipiche caratteristiche funzionali del *comparatum* e sulle sue implicazioni sistemiche: in un'ottica, quanto alla sua genesi, di comparazione cd. verticale, e, quanto alla sua circolazione, di *comparative supranational law*.

Abstract [En]: The paper is inspired by the debate of the Italian ratification of Protocol n. 16 to the ECHR, and its first aim is to highlight how the debate is shaped by comparative law and the comparison between the ECHR Advisory Opinion and the CJEU preliminary reference procedure taken as a prototypical dialogical instrument. In order to reflect on the possibility for the Advisory Opinion to substantially adhere to the forms of the preliminary reference, I propose a comparative-historical investigation on the typical characteristics and implications of the latter: by adopting, in looking at its origins, a so-called vertical comparative approach, and, in looking at its transplants, a comparative supranational one.

Sommario: 1. Introduzione. 2. La genesi del rinvio pregiudiziale nei Trattati comunitari europei. 3. Le altre applicazioni nel contesto continentale. 4. L'*advisory opinion* del Protocollo n. 16 CEDU e il dibattito comparatistico sulla ratifica. 5. L'applicazione fuori dal contesto europeo. 6. In conclusione.

1. Introduzione

Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è entrato in vigore nel 2018 con il deposito del decimo strumento di ratifica. La giurisdizione in materia di *advisory opinion* di cui è stata dotata la Corte europea dei diritti dell'uomo è già stata attivata, con due alte giurisdizioni di paesi firmatari che hanno sollecitato in via incidentale Strasburgo per un'interpretazione in ausilio alla soluzione di un caso concreto posto dinanzi a loro¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Si ringraziano Susanna Mancini, Giuseppe Martinico e i referee anonimi per i preziosi commenti in prima stesura.

¹ Il riferimento è a Corte EDU, Grande Chambre, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande no P16-2018-001), 10 avril 2019, il cd. caso Mennesson su cui *amplius infra*, e a Corte EDU, Grande Chambre Avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au

La Repubblica italiana ha firmato il Protocollo nel 2013, ma il procedimento di ratifica, avviato da più disegni di legge, è fermo da anni; e si sta sviluppando sulla questione un fervido dibattito che è interessante per più ragioni.

Esso pare anzitutto svolgersi - se ne darà conto specificamente - su un crinale che separa le posizioni favorevoli fatte risultare da ampia parte della magistratura e dalla Corte costituzionale e le posizioni scettiche, quando non di netta contrarietà, di illustri studiosi, espresse anche in sede di audizione dinanzi alle commissioni parlamentari interessate in sede di ratifica.

Pare per di più riprodurre, discutendo di un singolo istituto, i termini più ampi del dibattito sul tema del cd. dialogo giudiziario, che va progressivamente assumendo, dalle nostre parti, i contorni della controversia tra apocalittici e integrati cara a chi ha studiato i fenomeni comunicativi² (quali sono, in fondo, quelli in parola, che coinvolgono *transjudicial communications*³) - tra posizioni di Autori che, pur nella raffinatezza delle rispettive analisi, ne teorizzano le magnifiche sorti e progressive, capaci di costruire *per additionem* un sistema di migliore tutela dei cittadini *more geometrico demonstrato*⁴, ed altre che ne denunciano gli effetti distorsivi, che avrebbero deformato i canoni dello stato di diritto⁵.

Soprattutto - e questa è l'ispirazione da cui origina il contributo - il dibattito si svolge sulla scorta di espresse valutazioni comparatistiche sui profili dell'istituto: ossia, in particolare, specie da parte di chi si oppone alla ratifica del Protocollo, si argomenta ragionando in tema di sostanziale aderenza dell'*advisory opinion* alle forme del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, o quantomeno prefigurando la possibilità che l'istituto novello, per quanto non perfettamente sovrapponibile, vada ad assumere le forme di quello che si dice preso a modello, del *comparatum*⁶.

Nell'opportuna sistematizzazione che è stata svolta dalla più attenta dottrina italiana in materia di dialogo giudiziario, si sono distinti i casi di «interazione facoltativa», fatta di deformatizzata presa in considerazione di *res interpretatae* allogene⁷, e di «interazione necessitata», ossia appunto formalizzata e canalizzata attraverso lo strumento processuale; ciò pure suggerendo una distinzione tra quali istituti

moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée demandé par la Cour constitutionnelle arménienne (Demande no P16-2019-001), 29 mai 2020.

² CFR. U. ECO, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, 1964.

³ In questi termini si esprimevano i primi studiosi che hanno riposto attenzione sistematica alla questione: v. notoriamente A.M. SLAUGHTER, *A Typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, 29/1994, p. 99.

⁴ CFR. A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *federalismi.it*, 18/2017, p. 1.

⁵ CFR. A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2019, p. 859.

⁶ *Ex multis*, v. L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Torino, 2000, pp. 20 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, pp. 53 ss.; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018, pp. 56 ss. e 123 ss.

⁷ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, pp. 97 ss.

comportano maggiori o minori gradienti di necessarietà⁸. In tal senso, il rinvio pregiudiziale comunitario è indicato come strumento processuale prototipico, capace di strutturare le modalità più stringenti di dialogo giudiziario, e capace di generare i più profondi effetti ordinamentali⁹ – e ciò in modo complementare e spesso preponderante rispetto alla dimensione politica dei rapporti tra ordinamenti, il che pare fondare gli scetticismi cui s'è accennato¹⁰.

Si comprende allora come il paventare la sovrapposizione dell'*advisory opinion* al rinvio pregiudiziale, specie da parte di chi ne osteggia l'adozione, sottenda un timore funzionalistico¹¹: si teme che il primo istituto assuma o possa assumere le caratteristiche del secondo, e perciò che ottenga o finisca per ottenere i suoi effetti tipici.

Prendendo le mosse dagli spunti di questo dibattito, che s'approfondiranno, il presente contributo intende indagare in prospettiva storico-comparatistica quali siano allora le tipiche caratteristiche funzionali e i tipici effetti del rinvio pregiudiziale quale paradigmatico strumento processuale generatore di dialogo giurisdizionale, guardando al modello originario e alla sua genesi e pure valutando l'efficacia delle sue esperienze applicative in contesti diversi da quello comunitario, contesti ove non sempre è stato riprodotto pedissequamente e ove talvolta le sue forme sono state modificate per via interpretativa ed applicativa. Ciò al fine di ragionare sulla possibilità di circolazione di quel modello e sulla sua capacità trasformativa¹² - sulla scia degli studi di *comparative supranational law* sviluppatasi soprattutto in altri *milieux*

⁸ *Ivi*, pp. 45 ss.

⁹ *Ivi*, p. 56.

¹⁰ Sul tema, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2006, p. 1661, e, criticamente, G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011.

¹¹ Sulla *vexata quaestio* dell'approccio funzionalistico alla comparazione, v. le riflessioni di R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. REIMANN - R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 340 e J. GORDLEY, *The Functional Method*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham, 2013, p. 107; recentemente, anche sul tema specifico dell'applicazione al contesto europeo, v. F. VECCHIO, *Funzionalismo contestualizzato e circolazione dei modelli giuridici in Europa: uno scenario epistemologicamente possibile*, in *federalismi.it*, 23/2017, p. 1; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, op. cit., pp. 90 ss.

¹² Mette in guardia sulle numerose varianti terminologiche negli studi comparatistici sulla circolazione o diffusione delle forme giuridiche, e sui giudizi di valore che esse sottendono, G. SMORTO, *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in P. CERAMI - M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica. II: ricordando Giovanni Criscoli*, Torino, 2013, pp. 105, 117, anche con riferimento all'analisi di W. TWINING, *Diffusion of Law: a Global Perspective*, in *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 49/2004, p. 1; sul fondamentale dibattito in tema di *legal transplants*, si vedano ovviamente almeno A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974; O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 37/1974, p. 1; E. STEIN, *Uses, Misuses - and Non-Uses of Comparative Law*, in *Northwestern Law Review*, 72/1977, p. 198; E.M. WISE, *The Transplants of Legal Patterns*, in *American Journal of Comparative Law*, 38/1990 supp., p. 1; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4/1997, p. 111; F. SCHAUER, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation*, in J. NYE JR. - J. DONAHUE (a cura di), *Governance in a Globalizing World*, Washington, 2000; G. TEUBNER, *Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes*, in G. DUX - F. WELZ (a cura di), *Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung*, Opladen, 2001; oltre che, in chiave ricostruttiva, J.W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41/2013, p. 637, G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, 2016; un'interessante ricostruzione del dibattito in chiave pubblicistica, sebbene sostanzialmente

accademici¹³ - e così che meglio si possa contestualizzare il dibattito sul Protocollo n. 16 nei termini sopra delineati.

Pertanto, il contributo sarà strutturato come segue: nel secondo paragrafo, si ricostruirà l'insorgenza dell'istituto del rinvio pregiudiziale nell'ambito delle Comunità europee, tracciandone gli sviluppi attraverso gli influssi comparatistici, per poi rammentarne l'importanza strutturale nel processo comunitario di *integration through law*¹⁴; nel terzo paragrafo, si guarderà alle altre applicazioni che, sulla espressa base del modello originario, si sono poi registrate nel contesto continentale; alla luce di ciò, nel quarto paragrafo, si guarderà all'*advisory opinion* del Protocollo n. 16 analizzandone le caratteristiche e presentando i dettagli del dibattito comparatistico sulla sua ratifica, incentrato, come s'è detto, sulla possibile aderenza o meno dell'istituto al modello del rinvio pregiudiziale comunitario, riflettendo sul tema; nel quinto paragrafo, si proseguirà la disamina delle applicazioni, attuali o prefigurate, in altre organizzazioni internazionali, disamina che fornirà altri spunti analitici per il dibattito da cui si prendono le mosse. Le riflessioni conclusive raccoglieranno le risultanze dell'analisi sulla circolazione dell'istituto del rinvio pregiudiziale, proprio per contestualizzare le *querelles* sul piano della politica del diritto che lo accompagnano.

2. La genesi del rinvio pregiudiziale nei Trattati comunitari europei

La prefigurata analisi storico-comparatistica non può che partire dal modello originario, e dalla sua genesi. E nell'ottica storica relativa alle Comunità europee - di recente scoperta dagli studiosi¹⁵ - il primo dato interessante da cui partire è quello per cui il rinvio pregiudiziale nella sua attuale, fondamentale

confessoria delle lacune metodologiche denunciate da L. PEGORARO, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2013, p. 305, è offerta da V. PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*, in M. ROSENFELD - A. SAJO (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1306; legano poi il dibattito specificamente all'ambito comunitario P.G. MONATERI, *La circolazione dei modelli giuridici e le sue conseguenze per l'Unione europea*, in A.M. PETRONI (a cura di), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna 2001, 87 e F. VECCHIO, *Funzionalismo contestualizzato e circolazione dei modelli giuridici in Europa*, *op. cit.*

¹³ Cfr. e.g. L.R. HELFER - A.M. SLAUGHTER, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, in *Yale Law Journal*, 2/1997, p. 107; A.F. TATHAM, *Exporting the EU Model: a Judicial Dimension for EU International Relations?*, in *Studia Diplomatica*, 3-4/2010, p. 137; K.J. ALTER - L.R. HELFER, *Transplanting International Courts The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford, 2017; e nella dottrina italiana P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, Bari, 2010, M. CARDUCCI - P. RIBERI (a cura di), *La dinamica delle integrazioni regionali in America Latina. Casi e materiali*, Torino, 2014, P. LOGROSCINO, *Aspirazioni integrazionistiche in America Centrale e Corte centroamericana di giustizia*, in *federalismi.it*, 2/2015, p. 1.

¹⁴ Il riferimento è alla nota teorizzazione di M. CAPPELLETTI - M. SECCOMBE - J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience: Methods, Tools and Institutions*, vol. 1, Berlin-New York, 1985; si v. anche sul punto, per recenti riconsiderazioni, D. AUGENSTEIN (a cura di), *'Integration through Law' Revisited. The Making of the European Polity*, Edinburgh/Glasgow, 2012, e L. AZOULAI, *'Integration through law' and Us*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2016, p. 449.

¹⁵ Cfr. e.g. W. KAISER - B. LEUCHT - M. RASMUSSEN (a cura di), *The History of the European Union: Origins of a Trans- and Supranational Polity 1950-72*, Edinburgh/Glasgow, 2008; A. VAUCHEZ - B. DE WITTE, *Lawyering Europe: European Law as*

conformazione era istituto sconosciuto al Trattato di Parigi del 18 aprile 1951 istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, prodromo dei successivi trattati istitutivi delle altre Comunità.

Sono alcune caratteristiche specifiche quelle che hanno reso cruciale l'istituto processuale in oggetto nella successiva storia dell'integrazione europea. Esso, interagendo con i principi fondamentali dell'effetto diretto e della *primauté* del diritto comunitario, ne ha "soggettivizzato" l'ordinamento¹⁶, fornendo il potere ad ogni individuo non solo di far valere i propri diritti nascenti dal *corpus* legislativo sovranazionale, ma di farlo invocandoli dinanzi a giurisdizioni nazionali fornite di un canale diretto di coordinamento con quella sovranazionale¹⁷. Per il tramite di quel canale di coordinamento, ha così fornito un «mandato europeo»¹⁸ alle giurisdizioni nazionali, divenute giudici di un inedito sistema giurisdizionale para-federale in cui la prima e l'ultima parola su interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale è loro appannaggio¹⁹. In un *federalizing process* costruito attraverso il diritto²⁰, questa interazione giudiziaria, facoltativa per le giurisdizioni di grado inferiore ma obbligatoria per quelle superiori²¹, ha ovviamente comportato l'effetto cruciale di garantire un soddisfacente livello di uniformità territoriale, nei vari ordinamenti statali, proprio nella interpretazione ed applicazione del diritto comune²², che corrisponde alla garanzia di eguaglianza

a Transnational Social Field, Oxford, 2013; F. NICOLA - B. DAVIES (a cura di), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017.

¹⁶ M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, p. 9.

¹⁷ Facendo dell'individuo un soggetto attivo del diritto europeo e con ciò un controllore della sua corretta applicazione: cfr. P. PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: an Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 8/1983, p. 155, e J.H.H. WEILER, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1/2014, pp. 94, 96.

¹⁸ Secondo la nota definizione di M. CLAES, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, 2006; v. sul punto anche F. GREVISSE - J.C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats Membres*, in AA.VV., *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, 1991.

¹⁹ In questi termini, tra i vari, P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4/1992, p. 453.

²⁰ In questi termini B. CARAVITA DI TORITTO, *Il federalizing process europeo*, in *federalismi.it*, 17/2014, p. 1; v., sulla nota definizione friedrichiana, M. BURGESS, *In Search of the Federal Spirit: New Comparative Empirical and Theoretical Perspectives*, Oxford, 2012, cap. V, e cfr. ovviamente J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100/1991, p. 2403.

²¹ Come da disposto dei parr. 2-3 dell'art. 177 del Trattato di Roma del 1957, dell'art. 234 del Trattato di Maastricht del 1992, dell'art. 267 TFUE vigente.

²² Arrêt du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen Düsseldorf / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (C-166/73, Rec. 1974 p. 33), par. 2: «L' art. 177 è essenziale per la salvaguardia dell'indole comunitaria del diritto istituito dal trattato e ha lo scopo di garantire in ogni caso a questo diritto la stessa efficacia in tutti gli stati della comunità. Detto articolo mira anzitutto ad evitare divergenze nell'interpretazione del diritto comunitario che i tribunali nazionali devono applicare, ma anche a garantire tale applicazione, fornendo al giudice nazionale il mezzo per sormontare le difficoltà che possono insorgere dall'imperativo di conferire al diritto comunitario piena efficacia nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli stati membri. Quindi ogni lacuna nel sistema così strutturato può mettere in forse la stessa efficacia delle disposizioni del trattato e del diritto comunitario che ne è scaturito». Ciò si dice sebbene sia ancora revocata in dubbio tra gli studiosi l'effettiva generalizzata domestichezza dei giudici nazionali col diritto europeo, e dunque l'utilizzo effettivamente uniformato del rinvio pregiudiziale ove necessario: v. S. PRECHAL, *National Courts in EU Judicial Structures*, in *Yearbook of European Law*, 25/2007, pp. 429, 432-433: «(O)n the basis of some scarce and stray publications - where often some cautious allusions are made on the matter - personal experience and contact with the national judiciary, one comes to a somewhat perplexing conclusion, namely that the quality and capacity of the national courts to apply EC law and to do so correctly is a matter for serious concern.

dei cittadini dei vari stati membri dinanzi alla legge: una funzione nomofilattica essenziale nei progetti para-federali di integrazione tra ordinamenti diversi attraverso la creazione di più livelli di normazione, specie nella fase incipiente di costruzione²³.

Queste basilari funzioni - davvero cruciali per l'assetto costituzionale delle Comunità e poi dell'Unione²⁴ - si sono potute ovviamente sviluppare in un contesto ove il rinvio pregiudiziale s'è potuto applicare, appunto, in materia *interpretativa*. L'art. 267 TFUE, come prima già l'art. 177 del Trattato di Roma e l'art. 234 del Trattato di Maastricht del 1992, prefigura la possibilità di richiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi tanto sulla validità degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, quanto sull'interpretazione di questi ultimi e dei trattati in genere.

Nel Trattato di Parigi del 1951 però, va rammentato, l'unico rinvio pregiudiziale prefigurato era quello di validità: l'art. 41 del Trattato CECA statuiva che «(S)olo» la allora neo-istituita Corte di giustizia fosse «competente a giudicare, a titolo pregiudiziale, della validità delle deliberazioni dell'Alta Autorità e del Consiglio, qualora una controversia proposta avanti un tribunale nazionale ponga in causa tale validità». La recente ricerca storiografica sulle origini delle Comunità ha offerto chiarimenti in merito a questa difformità. In sede di negoziazione del primo trattato si scontrarono in effetti due posizioni nazionali espressamente tese a diverse configurazioni concettuali dell'istituto, e risultarono in quel frangente sconfitte le «*German demands*» per la creazione di uno strumento teso alla «*uniform interpretation of European law*»²⁵ (sebbene l'art. 31 del Trattato già demandasse generalmente alla Corte d'assicurare il «rispetto del

*It seems that after several decades of EC membership national judges, even the 'younger' generation, are rather still struggling with EC law than smoothly applying it»; cfr. sul punto anche le notazioni di M BOBEK, *Of Feasibility and Silent Elephants: The Legitimacy of the Court of Justice through the Eyes of National Courts*, in M. ADAMS - J. MEEUSEN - G. STRAETMANS - H. DE WAELE (a cura di) *Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*, Oxford, 2013, p. 197; si v. del resto l'Arrêt du 4 octobre 2018, Commission / France (Précompte mobilier) (C-416/17), ove per la prima volta la Corte ha considerato il mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 par. 3 TFUE in capo al Conseil d'État come giurisdizione d'ultima istanza quale infrazione rilevante ex art. 258 TFUE (dovendosi rammentare che il mancato rinvio già rileva, in ottica integrata, quale lesione dell'art. 6 CEDU secondo Corte EDU, sez. II, sent. 20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 and 38353/07, Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio).*

²³ Si esprimeva difatti, dalla prospettiva americana e in chiave comparata, in senso di «*federal controls*» attraverso l'art. 177 TCEE P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for New Legal Structures*, Urbana/London, 1966, pp. 120 ss.

²⁴ Cfr. J.H.H. WEILER, *The Political and Legal Culture of European Integration: An Exploratory Essay*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9/2011, pp. 678, 690, «(T)he secret of the principle of the rule of law in the legal order of the European Union is that genius process of preliminary references and preliminary rulings»; si noti del resto, a titolo esemplificativo, che nel volume celebrativo M. POIARES MADURO - L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, ove si discute il portato di più di una ventina di casi appunto «classici» della giurisprudenza della Corte dell'Unione, di basilare importanza per il diritto dell'integrazione, quelli selezionati sono tutti giudizi conosciuti dalla Corte attraverso rinvii pregiudiziali.

²⁵ M. RASMUSSEN, *The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice*, in *Journal of European Integration History*, 2/2008, pp. 77, 84: «The predecessor of the famous article 177 of the EEC Treaty, article 41, which introduced a system of preliminary references in the ECSC, allowing the Court to pronounce its judgment on the validity of European law, was interestingly enough not created to satisfy German demands for a uniform interpretation of European law. Proposed instead by Lagrange, it had the sole purpose of clarifying the division of work between national courts and the new European Courts»; cfr. sul punto anche A. BOERGER-

diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato e dei regolamenti di esecuzione»). Ad essere privilegiate furono invece le posizioni francesi, rappresentate dal capo delegazione e futuro Avvocato generale della Corte Maurice Lagrange, per la mera definizione di una suddivisione di ruoli tra Corte del Lussemburgo e giudici nazionali. In questa primitiva versione, il rinvio pregiudiziale comportava una componente cooperativa, o *dialogica*, assai limitata, per non dire nulla: l'incidente processuale era prefigurato solo per la rimozione dell'atto normativo comunitario eventualmente invalido (deliberazione dell'Alta Autorità o del Consiglio), così dunque da sancire la necessità che la pronuncia sull'invalidità avvenisse in Lussemburgo e di lì, in sede accentrata, si dettasse la statuizione sulla necessità o meno della sua applicazione in sede nazionale. La disposizione, in quella veste originaria, valeva dunque solo quale *actio finium regundorum*: tanto che non fu mai utilizzata²⁶, il che è indicativo visto invece il successo applicativo dell'istituto come di lì a poco riformato. Va però osservato che il riparto di giurisdizione che vi si disegnava già assumeva, comunque, tutte le preoccupazioni funzionali poi risolte con i trattati successivi rispetto all'attività interpretativa: chiarire che la titolarità a pronunziarsi sulla validità delle norme sovranazionali CECA era solo della Corte di giustizia e non di quelle nazionali, le quali al più potevano rimandare centralmente la questione sul punto, significava già preoccuparsi della possibile difformità territoriale che sarebbe derivata da pronunzie locali, apprestando prime soluzioni per ovviarla²⁷.

La decisiva trasformazione dell'istituto si ebbe con la negoziazione dei Trattati del 1957 sulla Comunità economica europea e la Comunità europea dell'energia atomica, e con lo stabilire in quella sede, rispettivamente agli artt. 177 e 150, il potere della Corte pronunziarsi in via pregiudiziale non solo sulla validità ma anche sull'interpretazione del diritto comunitario, sia primario che secondario.

Ai nostri fini, due notazioni assumono rilievo in proposito.

La prima, forse aneddotica ma significativa: la rivoluzionaria trasformazione dell'istituto avvenne all'esito di negoziazioni ove addirittura l'esistenza di uno stabile apparato giurisdizionale delle Comunità fu

DE SMEDT, *La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA*, in *Journal of European Integration History*, 2/2008, pp. 7, 29-30.

²⁶ Come nota uno dei protagonisti di quelle negoziazioni, M. LAGRANGE, *The Court of Justice of the European Communities from the Schuman Plan to the European Union*, in *Mélanges Fernand Dehousse. Vol. 2, la construction européenne*, Paris/Bruxelles, 1979, pp. 127, 132, «(F)inally, the Treaty of Paris does not provide for references for a preliminary ruling, merely for assessment of the validity of acts (Article 41). That possibility has never actually been used, perhaps because individuals and their legal advisers were unaware of it or because the disputes were resolved in other ways».

²⁷ Una simile preoccupazione è stata poi del resto sottesa alla scelta della Corte di giustizia di rendersi giudice del rispetto dei diritti fondamentali lesi dagli atti comunitari, sin da Arrêt du 12 novembre 1969, *Stauder / Stadt Ulm* (C-29/69, Rec. 1969 p. 419): sul punto v. E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, 1/1981, p. 1; M. H. MENDELSON, *The European Court of Justice and Human Rights*, in *Yearbook of European Law*, 1/1981, p. 124; J.H.H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 61/1986, p. 1103.

inizialmente messa in dubbio, specie dalla delegazione francese²⁸, e dunque all'esito di un procedimento ove davvero un amplissimo spettro di soluzioni istituzionali - cariche di conseguenze sullo sviluppo del processo integrativo - era ipotizzabile.

La seconda: il decisivo sviluppo conobbe altrettanto decisivi influssi comparati. Una volta che, in sede negoziale (e solo in una seconda fase), si raggiunse la volontà politica di consolidare l'esistenza di una Corte di giustizia in pianta stabile, fu affidato il lavoro di positivizzazione ad un *Groupe de rédaction* di esperti provenienti dai vari paesi membri, ognuno col suo retroterra di cultura giuridica. Possiamo conoscere dettagli importanti sul processo di redazione dai lasciti dottrinari dei protagonisti di quei primi "decenni gloriosi"²⁹: e più fonti, tanto risalenti³⁰ quanto recenti³¹, confermano che la proposta di trasformazione del rinvio pregiudiziale rispetto agli angusti schemi dell'art. 41 CECA pervenne dalla delegazione italiana nella persona di Nicola Catalano, Avvocato dello Stato e futuro giudice della Corte di giustizia, che insieme al diplomatico Roberto Ducci la componeva. La sua proposta, esplicitamente, guardava all'esperienza italiana, sancita legislativamente solo qualche anno prima, del procedimento in via incidentale di controllo di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale, così da calibrare le competenze della Corte di giustizia, aumentandone l'ambito di applicazione, su quel modello³²: la Corte costituzionale - era proprio il 1956 - aveva da poco inaugurato la sua attività. Tanto è vero che lo stesso Catalano, nel suo successivo Manuale di diritto delle comunità europee del 1962, avrebbe descritto il meccanismo del rinvio pregiudiziale non con la nomenclatura poi invalsa, ma impiegando la locuzione «de questioni incidentali», e sottolineando che il meccanismo procedurale è «analogo all'art. 23 della legge italiana 11 marzo 1953 n. 87, per quanto concerne l'introduzione dei giudizi avanti la Corte

²⁸ M. RASMUSSEN, *The Origins of a Legal Revolution*, op. cit., p. 86; A. BOERGER-DE SMEDT, *La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA*, op. cit., p. 10; si vedano del resto le risultanze del Rapporto Spaak, oggi pubblicato, P.H. Spaak, *Rapport des chefs de delegation aux Ministres des Affaires Etrangères / Report of the Heads of Delegation to the Ministers of Foreign Affairs* (21 Aprile 1956), disponibili al sito http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf.

²⁹ Ad esempio dai lavori di Pierre Pescatore, futuro giudice della Corte ma all'epoca consulente giuridico del Ministero degli esteri lussemburghese: P. PESCATORE, *Les Travaux du 'Groupe Juridique' dans la négociation des Traités de Rome*, in *Studia Diplomatica*, 34/1981, p. 159.

³⁰ A. TRABUCCHI, *L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 10/1974, p. 56; LORD MACKENZIE-STUART, *Elogio funebre del sig. Nicola Catalano ex membro della Corte - udienza solenne 18 ottobre 1984*, in *Compendio delle attività della Corte di giustizia delle comunità europee 1984-1985 e udienza solenni 1984-1985*, pp. 139-140.

³¹ M. RASMUSSEN, *The Origins of a Legal Revolution*, op. cit., p. 89; A. GRILLI, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2009, pp. 65 ss.; D. TAMM, *The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin*, in A. ROSAS - E. LEVITS - Y. BOT (a cura di), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, The Hague, 2013, pp. 9, 17.

³² V. supra nota 30, e A. BOERGER-DE SMEDT, *Negotiating the Foundations of European Law, 1950-57: The Legal History of the Treaties of Paris and Rome*, in *Contemporary European History*, 3/2012, pp. 339, 352.

Costituzionale»³³; e pure sottolineando (si noti: prima degli storici *arrêts Van Gend en Loos*³⁴ e *Costa/E.N.E.L.*³⁵) la «particolare importanza» dell'istituto per l'uniforme interpretazione dei Trattati, stanti «da natura e la portata soprattutto del trattato della Comunità economica, che incide su vasti settori degli ordinamenti interni», e ammettendo l'orientamento comune per cui «sarebbe stato oltremodo pericoloso ammettere negli Stati membri delle interpretazioni contrastanti da parte delle giurisdizioni nazionali»³⁶.

Le disposizioni in materia di rinvio pregiudiziale in ambito comunitario nacquero dunque nella consapevolezza di voler conferire alle giurisdizioni nazionali un “mandato europeo” ispirato a quello, d'ascendenza italiana, di un sistema accentrato di controllo di costituzionalità con elementi di diffusione³⁷, in cui i giudici *a quibus* svolgono, in un primo momento, quella funzione di “anticamera” della giurisdizione speciale che fu icasticamente definita da Calamandrei³⁸; ma prefigurando altresì, sulla falsariga del modello, l'effetto sostanzialmente *erga omnes* delle pronunce della Corte di giustizia, poi assai discusso tanto in sede dottrinale che pretoria³⁹, e il potere ulteriore del giudice nazionale di farsi portatore e interprete ultimo del *dictum* della Corte, creando dunque, con questo secondo momento applicativo, la dimensione cooperativa del dialogo.

Non deve sorprendere allora che la stessa Corte di giustizia, negli anni successivi e dinanzi a questioni dubitative sui profili funzionali del rinvio pregiudiziale rispetto allo sviluppo del giudizio *a quo*, abbia interrogato il dato comparatistico, in particolare indagando le sorti dell'ordinanza di rinvio della questione di costituzionalità in Italia e in Germania⁴⁰, per raffrontarla a quella del rinvio a Lussemburgo.

³³ N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 97.

³⁴ Arrêt du 5 février 1963, Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen (C-26/62, Rec. 1963 p. 3).

³⁵ Arrêt du 15 juillet 1964, Costa / E.N.E.L. (C-6/64, Rec. 1964 p. 1141).

³⁶ N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, *op cit.*, p. 99, con riferimento espresso alla prassi del *Conseil d'État* francese di rimettersi alla interpretazione governativa in materia di trattati internazionali, senza azzardarne una propria.

³⁷ Cfr. *ex multis* A. PIZZORUSSO, *Sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1982, p. 521.

³⁸ P. CALAMANDREI, *La Corte costituzionale e il processo civile*, in F. CARNELUTTI ET AL. (a cura di), *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milano, 1951, pp. 199-203; la consonante idea delle «national courts acting as gatekeepers to the Court» si rinviene difatti in D. CHALMERS - G. DAVIES - G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, p. 151.

³⁹ V. *ex multis* G. VANDERSANDEN, *De l'autorité de la chose jugée des arrêts préjudicelles d'interprétation rendues des Communautés européennes*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1972, p. 508; A. TRABUCCHI, *L'effet erga omnes des décisions préjudicelles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, *op cit.*; G. FLORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 1; A.G. TOTH, *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, in *Yearbook of European Law*, 1/1984, p. 1; cfr. Corte costituzionale sentenze nn. 113/1985, 389/1989, 168/1991.

⁴⁰ Si v. le Conclusioni formulate dall'Avvocato generale Warner nel caso Arrêt du 12 février 1974, Rheinmühlen Düsseldorf / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (C-146/73, Rec. 1974 p. 139), in particolare alle pp. 43-44.

Il modello del rinvio pregiudiziale così costruito, e appunto consapevolmente prescelto negli anni '50 rispetto ad altre soluzioni pure prospettate agli estremi (tra cui l'idea di prevedere a livello sovranazionale un semplice tribunale arbitrale nemmeno stabile⁴¹, o invece la creazione di un sistema giurisdizionale classico piramidale mediante appelli consecutivi⁴²), fu decisivo per gli sviluppi subito successivi, e, per il tramite, per quelli ulteriori che sono noti.

Per quelli immediati, e di immediata portata costituzionale, basti pensare a come lo strumento processuale fu decisivo proprio per creare la linea di sviluppo inaugurata con *Van Gend en Loos*: che non è solamente, come talvolta si sintetizza, quella di sancire il possibile effetto diretto delle normative sovranazionali negli ordinamenti interni, questione che per i Paesi Bassi, dai quali originava il caso, poteva essere pacifica per diritto costituzionale locale⁴³; ma quello di indurre le parti private e i giudici nazionali a interrogarsi, e a interrogare la Corte, sulla natura direttamente efficace o meno di disposizioni non *prima facie* coinvolgenti diritti, come quella dell'art. 12 TCEE in quel caso coinvolto⁴⁴, e, appunto in via interpretativa, sulla compatibilità o meno di quelle disposizioni, o di altre anche non direttamente applicabili, con quelle nazionali presuntivamente contrarie, strutturando una prassi di impugnazioni di leggi nazionali sulla base del parametro europeo⁴⁵.

Tra gli sviluppi nel circuito giurisdizionale così creato, uno, fondamentale, va citato, anche perché anch'esso *in nuce* prefigurato nella scelta modellistica che s'è descritta: come - lo sappiamo bene dalle nostre parti - il modello di controllo incidentale creato dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953 n. 87 non può che essere affiancato, almeno in una fase matura della sua costruzione, dal compito demandato ai giudici ordinari di ricercare autonomamente un'interpretazione conforme ai *dicta* della Corte costituzionale⁴⁶, così egualmente, specie dinanzi al sostanziale riconoscimento di un valore *erga omnes* alle

⁴¹ V. *supra* nota 28.

⁴² Come fu proposto da alcune delegazioni nazionali nell'ambito delle negoziazioni dei trattati del 1952, poi abortiti, sulla Comunità europea di difesa e la Comunità politica europea: cfr. D.G. VALENTINE, *The Court of Justice of the European Coal and Steel Community*, Leiden, 1955, p. 202.

⁴³ Per un'indagine storica sul punto v. K. VAN LEEUWEN, *On Democratic Concerns and Legal Traditions: The Dutch 1953 and 1956 Constitutional Reforms 'Towards' Europe*, in *Contemporary European History*, 21/2012, p. 357.

⁴⁴ Arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen* (C-26/62, Rec. 1963 p. 3), pag. 23: «Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie».

⁴⁵ B. DE WITTE, *The Preliminary Ruling Dialogue: Three Types of Questions Posed by National Courts*, in B. DE WITTE - J. MAYORAL - U. JAREMBA - M. WIND - K. PODSTAWA (a cura di), *National Courts and EU Law: New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2016, pp. 15, 17-18; ma già, sul punto, v. G.F. MANCINI - D. KEELING, *From CILFIT to ERT: the Constitutional Challenge Facing the European Court*, in *Yearbook of European Law*, 11/1991, pp. 1, 8 ss., proprio puntando in chiave comparata alla similitudine tra il ruolo così demandato alla Corte di giustizia e quello delle corti costituzionali.

⁴⁶ Corte costituzionale sentenze nn. 559/1988, 356/1996, e cfr. sul punto, tra i vari, già V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 939, e poi sistematicamente, tra i vari, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M.

sentenze della Corte di giustizia, il giudice nazionale quale «giudice europeo»⁴⁷ è stato presto chiamato a condurre un'interpretazione conforme al diritto comunitario come fissata, nei suoi canoni ermeneutici, dalla Corte stessa⁴⁸. Un compito che non solo è applicazione del principio di leale cooperazione⁴⁹, ma si fonda, per entrambi i sistemi, sulla medesima *ratio* che chi ha descritto l'interpretazione costituzionalmente orientata delinea nel senso di consentire alle norme di rango superiore di «penetrare in profondità nell'ordinamento», senza rimanere «relegate in apicibus», così da «permearlo» e così da «entrare a pieno titolo nel bagaglio culturale degli operatori giuridici»⁵⁰; tanto che detto compito, che può portare a effetti distorsivi dati dall'appalto diffuso dell'interpretazione⁵¹, rimane presidiato dall'iniziativa diretta e dal controllo dei singoli, che possono sempre provocare su di esso il controllo dell'organo specializzato, appunto mediante lo strumento del rinvio, diversamente da altri contesti.

3. Le altre applicazioni nel contesto continentale

Richiamate le circostanze della genesi dell'istituto nell'ambito comunitario, con le consapevolezza che già *in nuce* erano prefigurate, è interessante osservare come il rinvio pregiudiziale sia stato anzitutto replicato in altri contesti di organizzazioni sovranazionali continentali d'integrazione economica: ove ugualmente si intendeva, proprio alla luce di quelle consapevolezza, replicare un sistema che garantisse analogo controllo sulla corretta e uniforme interpretazione e applicazione di un *corpus* giuridico sovranazionale⁵². In ordine cronologico, e di crescente rilevanza, va anzitutto volta l'attenzione all'Unione economica Benelux sancita tra Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi col trattato del 1958⁵³. Dal 1965 (con entrata in

RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, 2469; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391.

⁴⁷ R. ALONSO GARCÍA, *Il giudice nazionale come giudice europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2005, p. 111.

⁴⁸ V. sul punto i ricchi contributi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

⁴⁹ Arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann / Land Nordrhein-Westfalen (C-14/83, Rec. 1984 p. 1891); Arrêt du 13 décembre 1989, Grimaldi / Fonds des maladies professionnelles (C-322/88, Rec. 1989 p. 4407); Arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori / Recreb (C-91/92, Rec. 1994 p. I-3325); Arrêt du 5 octobre 1994, Van Munster / Rijksdienst voor Pensioenen (C-165/91, Rec. 1994 p. I-4661); Arrêt du 10 février 2000, Sievers (C-270/97 et C-271/97, Rec. 2000 p. I-929); Arrêt du 26 septembre 2000, Engelbrecht (C-262/97, Rec. 2000 p. I-7321); Arrêt du 17 janvier 2008, Velasco Navarro (C-246/06, Rec. 2008 p. I-105); Arrêt du 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a. (C-383/06 à C-385/06, Rec. 2008 p. I-1561).

⁵⁰ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 17/2007, p. 6.

⁵¹ *Ivi*, pp. 8 ss.

⁵² Ciò è avvenuto - è importante rimarcarlo in vista dell'analisi successiva - tra paesi che già aderivano ad ulteriore organizzazione internazionale specializzata nella tutela del rispetto dei diritti umani, ed ossia la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, oltre ovviamente a già apprestare una tutela costituzionale in proposito.

⁵³ A sancire i patti già stretti tra quei paesi nel 1944, subito successivamente alla liberazione dall'occupazione nazista, con una primitiva unione doganale.

vigore nel 1974) quell'Unione si è dotata di una Corte di giustizia, composta di membri delle giurisdizioni apicali nazionali⁵⁴: e giacché l'obbiettivo era esattamente quello di tutelare l'uniforme applicazione di una serie di disposizioni del trattato istitutivo o da esso derivate⁵⁵, il trattato del 1965 che quella Corte ha istituito l'ha dotata, tra l'altro, di giurisdizione in via incidentale sui rinvii provenienti dai giudici ordinari degli stati membri, una giurisdizione che il *memorandum* esplicativo di quel trattato descrive espressamente come modellata su quella della Corte di giustizia delle Comunità europee⁵⁶, tanto da fondarsi sulle medesime regole organizzative, tra cui quella fondamentale dell'obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza di effettuare il rinvio (quale garanzia di sicuro possibile controllo da parte del giudice specializzato) a fronte della mera facoltà del giudice di rango inferiore⁵⁷. A riprova del successo applicativo dell'istituto in quel contesto, va osservato che esso è divenuto la fonte maggiore di contenzioso della Corte di giustizia Benelux⁵⁸, come del resto è il caso per la Corte di stanza in Lussemburgo⁵⁹. Ed è interessante altresì notare come la stessa Corte di giustizia Benelux, per quanto non propriamente «organo giurisdizionale di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 177 TCEE e s.m.i., sia stata considerata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee capace a propria volta di sollevare rinvio pregiudiziale, così da creare una potenziale catena dialogica, giacché il caso da cui è originata la questione a sua volta proveniva da rinvio pregiudiziale di un giudice nazionale⁶⁰.

Un interessante caso applicativo si rinviene poi nell'ambito dello *European Free Trade Agreement* (EFTA), l'associazione di libero scambio che, dopo mille rivolgimenti che hanno portato vari suoi membri ad aderire alla Comunità economica europea, oggi intercorre tra Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera (e di cui fece parte il Regno Unito prima dell'adesione nel 1972, tanto che c'è chi ipotizza un suo rientro post-Brexit, così da poter divenire, per il tramite, comunque membro dello Spazio economico europeo e dunque partecipante al mercato europeo comune⁶¹).

⁵⁴ J. WOUTERS, M. VIDAL, *Towards a Rebirth of Benelux?*, in *Revue belge de droit international*, 40/2007, pp. 533, 542 ss.

⁵⁵ Specificate in una serie di protocolli e di circolari pubblicate man mano dalla stessa Corte, quali «Liste des règles juridiques communes en vigueur», nel proprio sito internet <http://www.courbeneluxhof.be/fr/rechtsregels.asp>.

⁵⁶ *Exposé des motifs du Traité relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux* (1965), disponibile al sito https://www.benelux.int/files/6313/9230/1425/M_65_13_FR.pdf, p. 30 in particolare: «Article 6 - Cet article précise les principes de compétence applicables en matière juridictionnelle. Le mécanisme prévu pour le mode d'intervention de la Cour dans le cas dans lequel les juridictions nationales auront la faculté ou l'obligation de saisir la Cour a déjà été exposé ci-dessus. Rappelons que le système retenu est analogue à celui qui a été adopté pour la Cour de Justice des Communautés européennes».

⁵⁷ Come già rammentato, il medesimo assetto storico dei trattati comunitari, che non ha impedito che fossero i giudici nazionali di rango inferiore a fare il maggiore utilizzo del rinvio pregiudiziale e dunque dei canali di dialogo con la Corte di giustizia: cfr. A. STONE SWEET - T.L. BRUNELL, *The European Court and the National Courts: a Statistical Analysis of Preliminary References, 1961–95*, in *Journal of European Public Policy*, 5/1998, p. 66.

⁵⁸ M. BELKAHLA, *Benelux Court of Justice*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, par. 15.

⁵⁹ V. *supra* nota 57.

⁶⁰ Arrêt du 12 février 2004, Campina Melkunie (C-265/00, Rec. 2004 p. I-1699).

⁶¹ CFR. J. UNGERER, *Consequences of Brexit for European Private International Law*, in *European Papers*, 1/2019, pp. 395, 399 ss.

Anche in sede EFTA, l'obiettivo ordinamentale è quello di tutelare l'uniforme e corretta applicazione delle norme sul mercato comune nei paesi membri, mantenendone peraltro anche la coerenza con quelle della Comunità economica europea e poi dell'Unione, cui sono spesso simili. E dunque anche in questa sede, con l'art. 34 dell'*Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice*, si è istituita nel 1994 la Corte EFTA, e la si è dotata del potere di emettere *advisory opinions* in materia interpretativa su rinvii incidentali da parte dei giudici ordinari dei paesi membri⁶². Formalmente, come da definizione, il valore delle *opinions* così formulate dalla Corte non è vincolante: ma, in via di prassi, non solo anche in questa sede lo strumento è divenuto la maggiore fonte di contenzioso conosciuto dalla Corte⁶³, ma è invalso un *habitus* di generalizzata aderenza locale alle indicazioni emesse a livello centrale⁶⁴. Va anzi notato, in chiave funzionale, che non solo il cennato art. 34, al suo ultimo comma, avrebbe abilitato i paesi membri a limitare alle sole proprie giurisdizioni apicali la possibilità di rinvio alla Corte EFTA per *advisory opinions*, ma detta opzione non è stata esercitata; ma soprattutto che formalmente, rispetto al modello nei trattati comunitari, l'art. 34 differirebbe per l'assenza in capo alle giurisdizioni apicali nazionali, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, di un espresso obbligo di rinvio pregiudiziale all'organo specializzato, obbligo che però la Corte EFTA ha di recente introdotto in via interpretativa⁶⁵ ancorandolo al principio di leale cooperazione, così sancendo, logicamente, un obbligo di cooperazione tanto in fase ascendente che in fase discendente, e che dunque coinvolge anche il compito per i giudici comuni di interpretazione conforme⁶⁶.

L'esperienza EFTA insomma descrive la possibilità che uno strumento formalmente disegnato come mera *advisory opinion* trasmuti in via interpretativa sino ad assumere sostanzialmente i medesimi caratteri del rinvio pregiudiziale: sia in fase ascendente, nel senso del decisivo obbligo delle giurisdizioni nazionali apicali di attivare il relativo controllo, sia in fase discendente, nel senso della percepita sostanziale vincolatività dei *dicta* dell'organo specializzato.

Stante il particolare ambito d'applicazione della normazione EFTA e la sua similarità con quella delle Comunità europea e dell'Unione, va peraltro segnalato come la Corte EFTA e la Corte di giustizia europea intrattengano anche un fitto dialogo per così dire orizzontale, ossia un particolare caso di assai pregnante

⁶² Con la prima sentenza emessa, la Corte ha stabilito per via interpretativa l'effetto diretto delle disposizioni dell'art. 16 dello *European Economic Area Agreement*: Case E-1/94 Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark.

⁶³ CFR. H.P. GRAVER, *The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States*, in *ARENA Working Papers* WP 04/18, pp. 6 ss.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 16 ss.; v. anche F.G. JACOBS, *The Role of the EU Court and National Courts in Developing the EU's Internal Market: a Paradigm for Other Regional Organisations?*, in F. AMTENBRINK - G. DAVIES - D. KOCHENOV - J. LINDEBOOM (a cura di), *The Internal Market and the Future of European Integration – Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, pp. 427, 430.

⁶⁵ Case E-18/11 Irish Bank Resolution Corporation Ltd v Kaupping hf.

⁶⁶ Principio del resto già sancito sin da E-4/01 Karl K. Karlsson hf. v The Icelandic State.

«interazione facoltativa»⁶⁷: proprio al fine di armonizzare l'interpretazione dei relativi *corpora iuris*, la Corte EFTA fa amplissimo utilizzo di riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e numerosi sono stati ormai i casi in cui anche quest'ultima ha fatto riferimento alla produzione della prima⁶⁸.

4. L'*advisory opinion* del Protocollo n. 16 CEDU e il dibattito comparatistico sulla ratifica

Il terzo caso di studio continentale cui rivolgere l'attenzione, in chiave problematica, è quello relativo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e all'*advisory opinion* di cui è stata recentemente dotata con il Protocollo n. 16 alla CEDU entrato in vigore nel 2018: atto denominato, nelle stesse parole dell'allora Presidente della Corte di Strasburgo, «*Protocole du dialogue*»⁶⁹.

Come s'è anticipato, il caso è interessante non solo perché il procedimento di ratifica in Italia del Protocollo è fermo da anni⁷⁰, e s'è sviluppato in tema un acceso dibattito che pare rinnovare la faglia tra apocalittici e integrati cui s'è cennato: ma soprattutto perché, a ben guardare, il dibattito che s'è sviluppato, e una certa contrapposizione che pare essersi creata tra le ritrosie di illustri studiosi⁷¹ e la posizione favorevole fatta risultare dalla magistratura e dalla Corte costituzionale⁷², dipartono proprio dalla

⁶⁷ Sempre secondo la sistematizzazione di G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., pp. 97 ss.

⁶⁸ Una recente disamina è in C. BAUDENBACHER, *Judicial Independence. Memoirs of a European Judge*, Berlin, 2019, pp. 279 ss.; nella dottrina italiana, interessanti riflessioni in D. GALLO, *From Autonomy to Full Deference in the Relationship between the EFTA Court and the ECJ: The Case of the International Exhaustion of the Rights Conferred by a Trademark*, EUI RSCAS Working Paper 2010/78.

⁶⁹ In questi termini il Presidente Dean Spielmann nel suo intervento davanti alla *Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg* del 10 dicembre 2015, disponibile al sito <https://ccdh.public.lu/dam-assets/fr/archives/2015/discours-Dean-Spielmann.pdf>; si noti che il medesimo autore aveva già in epoca assai risalente ragionato sull'applicazione dell'istituto del rinvio pregiudiziale in ambito CEDU, v. D. SPIELMANN, *Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour EDH*, in *Documentação e Direito Comparado*, 31-32/1987, p. 529.

⁷⁰ Ne ha dato conto M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 3/2019, pp. 4-5, e poi 14 ss.

⁷¹ Recentemente sul tema R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, pp. 633, 642; G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *federalismi.it*, 3/2019, p. 2; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU. Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati* (26 novembre 2019), in *Sistema penale*, 27 novembre 2019, disponibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/massimo-luciani-audizione-su-autorizzazione-alla-ratifica-protocollo-15-e-protocollo-16-cedu>; perplessità già in V. ONIDA, *Introduzione*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, pp. x-xi.

⁷² A livello istituzionale, si considerino il comunicato stampa emesso dalla Corte costituzionale dell'11 gennaio 2019 disponibile al sito https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf, che espressamente caldeggia la ratifica del Protocollo n. 16, in occasione dell'incontro avuto presso la Consulta fra tra i vertici della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Corte costituzionale, della Cassazione e della relativa Procura generale, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e del Consiglio superiore della magistratura, al cui esito è stato siglato un Protocollo d'intesa fra la Corte costituzionale e il giudice di Strasburgo, su cui anche la relazione di S. LATIANZI, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2019, che attesta la discussione in quella sede sulle

questione - va detto, non certo pacifica, al di là dei nominalismi - della riconducibilità diretta o meno dell'istituto dell'*advisory opinion* CEDU al modello del rinvio pregiudiziale⁷³.

Il nuovo istituto del Protocollo 16 ha storia antica, che origina dal *report* del 2006 del Comitato dei saggi istituito dai capi di stato e di governo dei paesi firmatari della Convenzione «*to consider the long-term effectiveness of the ECHR control mechanism, including the initial effects of Protocol No. 14 and the other decisions taken in May 2004*». In quel *report* si prefigurò la creazione dell'*advisory opinion*, espressamente attestando di aver considerato come possibile paradigma quello del rinvio pregiudiziale comunitario, ma avendolo scartato giacché alternativo e «*unsuitable for transposition*»⁷⁴, guardando invece al modello delle competenze consultive già noto ad altre giurisdizioni internazionali⁷⁵: un modello, quest'ultimo, nato per mettere l'autorità delle istituzioni giurisdizionali di alcune organizzazioni internazionali al servizio dei corpi politici (si pensi all'art. 96 dello Statuto delle Nazioni unite)⁷⁶, ma poi esteso sino a coinvolgere, in certi contesti, anche le giurisdizioni apicali dei paesi membri quali potenziali istanti (il caso dell'art. 64 della Convenzione americana dei diritti dell'uomo)⁷⁷.

differenze con lo strumento ex art. 267 TFUE; per quel che riguarda la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e il Consiglio superiore della Magistratura, si v. i prodromici protocolli d'intesa siglati con la Corte EDU di cui si dà conto negli atti del convegno "Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno. I Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato" tenuto a Roma il 16-17 novembre 2017, disponibili al sito <https://www.giustizia-amministrativa.it>, ed in particolare la relazione di A. PAJNO, *Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno. I Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato*, che espressamente ragiona sul Protocollo n. 16; si v. poi nella pubblicistica R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *ConsultaOnLine*, 16 maggio 2014, M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)*, *op. cit.*.

⁷³ V. per alcune primitive riflessioni sul punto P. GRAGL, (*Judicial*) *Love is Not a One-Way Street: the EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *European Law Review*, 2/2013, p. 229, e J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4/2014, p. 630.

⁷⁴ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, Document CM(2006)203, disponibile al sito https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, par. 80: «*In this connection, the introduction of a preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union was discussed. However, the Group reached the conclusion that the EU system is unsuitable for transposition to the Council of Europe. The preliminary ruling mechanism represents an alternative model to the judicial control established by the Convention, which requires domestic remedies to be exhausted. The combination of the two systems would create significant legal and practical problems and would considerably increase the Court's workload.*

⁷⁵ S. LATTANZI, *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane*, *op. cit.*, p. 7, sottolinea come nello stesso intendimento della Corte EDU l'*advisory opinion* sia da accostare «non tanto allo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea previsto all'art. 267 del TFUE, rispetto a cui notevolissime sono le differenze, quanto piuttosto alla competenza consultiva della Corte di giustizia internazionale e della Corte intramericana dei diritti umani»: un'ispirazione comparata che si rinviene anche nel *Reflection paper "On the Proposal to Extend the Court Advisory Jurisdiction"* della Corte EDU pubblicato prima della Conferenza di Brighton dell'aprile 2012 e disponibile al sito https://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_en.pdf.

⁷⁶ Sul tema cfr. la ricostruzione storica di M.M. ALJAGHOUB, *The Advisory Function of the International Court of Justice 1946-2005*, Berlin, 2006.

⁷⁷ J.E. ROA ROA, *La funzione consultiva della Corte interamericana sui diritti umani*, in L. CAPPUCIO - P. TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2017, p. 829.

In effetti, alla luce delle caratteristiche sostanziali del modello del rinvio pregiudiziale che si sono descritte, la *opinion* CEDU diverge. Nasce, in connessione con i Protocolli nn. 14 e 15 alla Convenzione, quale misura deflattiva del contenzioso ordinario dinanzi alla Corte, oberata giacché «*victime de son succès*»⁷⁸, e non, almeno in via professa, ai fini dell'uniformazione nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto convenzionale. Del resto, quest'ultimo effetto sarebbe poco coerente con la natura non ordinamentale (ma semmai solo sistemica⁷⁹) della Convenzione, e soprattutto col suo carattere sussidiario, che non mira all'uniformazione ma alla posizione di *standards* minimi di tutela da verificare solo in caso di violazione definitiva statale, esaurito ogni rimedio interno⁸⁰. Per di più, la *opinion* si fonda su una «triplice facoltatività»⁸¹, tanto degli stati firmatari CEDU nel dotare o meno le proprie «altre giurisdizioni» dello strumento (e scegliendo, nel caso, quali di esse autorizzare⁸²), che della giurisdizione nazionale nel richiedere⁸³ e della CEDU nel raccogliere o meno la richiesta⁸⁴; e il tutto senza che essa, in quanto *advisory*, sia vincolante per la giurisdizione richiedente⁸⁵.

Si tratterebbe, dunque, di strumento dialogico solo latamente affine al rinvio pregiudiziale, ma connotato da caratteri ben più laschi⁸⁶: positivizzazione di un'esigenza comunicativa già percepita e fatta filtrare

⁷⁸ In questi termini espressamente il report *Situation des droits de l'homme et de la démocratie en Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2007, p. 45, sulla scorta della nota definizione di J.P. COSTA, *The European Court of Human Rights and Its Recent Case Law*, in *Texas International Law Journal*, 38/2003, pp. 38, 455.

⁷⁹ Secondo la concettualizzazione che A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di diritti comparati*, 1/2020, pp. 213, 214, fa risalire a Corte costituzionale sentenze nn. 348-349/2007 e alla teoria ivi esposta in materia di copertura costituzionale della CEDU nell'ordinamento italiano, rispetto ad altri ambiti invece «ordinamentali» quali il diritto concordatario (Corte costituzionale sentenza n. 16/1982), il diritto UE (Corte costituzionale sentenza n. 170/1984), il diritto internazionale consuetudinario (Corte costituzionale sentenza n. 348/2014).

⁸⁰ CFR. R. SAPIENZA, *L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in F. SALERNO - R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, pp. 169 ss.; e insiste sul punto, in chiave critica rispetto alla lettura evolutiva offerta dalla Corte EDU della Convenzione come *living instrument*, R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, pp. 94ss.

⁸¹ M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)*, *op. cit.*, pp. 9-11.

⁸² Art. 10 del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali: «Ciascuna Alta Parte contraente della Convenzione indica, al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità giudiziarie nomina ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, del presente Protocollo. Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento nello stesso modo».

⁸³ Art. 1 del Protocollo n. 16: «1 Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli».

⁸⁴ Art. 2 del Protocollo n. 16: «1 Un collegio di cinque giudici della Grande Camera decide se accogliere la richiesta di parere consultivo rispetto all'articolo 1. Il rigetto della domanda dovrà essere motivato. 2 Quando il collegio accoglie la richiesta, la Grande Camera emette un parere consultivo».

⁸⁵ Art. 5 del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali: «I pareri consultivi non sono vincolanti».

⁸⁶ Va del resto rammentato, in punto di potenziale uniformatore dello strumento, che l'art. 4 del Protocollo n. 16 conferma, anche in questa sede, la possibilità che la Corte esprima *dissenting opinions*: «1. I pareri consultivi sono motivati. 2. Se il parere consultivo non esprime, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ciascuno dei giudici ha il diritto di allegare allo stesso la propria opinione separata». La possibilità, pur discussa (v. organicamente V. PERJU, *Reason and*

attraverso strumenti informali⁸⁷, e che permetterebbe al giudice nazionale di raccogliere il parere di quello specializzato, su questione di puro principio⁸⁸, potendo attraverso la sua richiesta conformare (influenzando appunto in senso dialogico) il *dictum* sovranazionale⁸⁹, e riducendo lo iato temporale del controllo CEDU, altrimenti posticipato di anni a detrimento della certezza delle posizioni giuridiche delle parti ma anche delle interpretazioni giudiziarie nazionali⁹⁰, con ciò superando il canone operativo delle «condanne all'Italia» *ex post*⁹¹.

Come s'è detto, se quelle appena richiamate sono le ragioni funzionali che hanno condotto la magistratura italiana e la Corte costituzionale a manifestare la propria posizione favorevole all'adozione dello strumento, le posizioni dottrinali scettiche sulla ratifica si fondano invece espressamente sulla aderenza sostanziale, in atto o in potenza, dell'istituto al rinvio pregiudiziale comunitario e alle sue dinamiche. C'è chi ha opinato che al di là dei «profili formali ... *la natura sostanziale dell'istituto è esattamente quella del rinvio pregiudiziale*»⁹²; c'è chi, in chiave più dubitativa, ha segnalato che lo «strumento che è stato spesso accostato, anche se impropriamente, al c.d. rinvio pregiudiziale (di natura interpretativa) alla Corte di Giustizia UE di cui all'art. 267 TFUE», «(I)mpropriamente perché le differenze sono ben rilevanti e, soprattutto, perché diversi sono i contesti di riferimento», ma ha poi segnalato che potrebbe instaurare dinamiche sovrapponibili al modello *comparatum*, tanto da indicare una serie di problematiche che osterebbero alla

Authority in the European Court of Justice, in Virginia Journal of International Law, 49/2009, p. 307), di adottare invece opinioni separate presso la Corte di giustizia dell'Unione è stata sempre resistita proprio per evitare possibili *vulnera* nell'autorità di *res interpretata* dei *dicta* giudiziali, come spiega da ultimo S. RODIN, *A Metacritique of the Court of Justice of the European Union*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2/2016, p. 193.

⁸⁷ Lo sottolinea il giudice R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 16 dicembre 2019, disponibile al sito <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/sabato-riflessioni-ratifica-protocolli-15-e-16-cedu>, p. 13, con riferimento al *revirement* di Corte EDU, Grande Chambre, sent. 15 dicembre 2011, ric. n. 26766/05 e 22228/06, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, in esito ad un "dialogo" estemporaneo e deformalizzato con la Supreme Court del Regno Unito.

⁸⁸ Art. 1 comma I del Protocollo n. 16: «Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi *su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione* dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (enfasi aggiunta).

⁸⁹ Sottolinea la percepita rilevanza di questa "fase ascendente" da parte della magistratura R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 - e perché?*, in *Sistema penale*, 16 dicembre 2019, disponibile al sito https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1577480716_conti-2019a-ratifica-protocollo-16-cedu.pdf, pp. 5 e ss.

⁹⁰ Sul punto M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)*, *op. cit.*, p. 8: «in passato si era ripetutamente sottolineato l'elemento di grave incertezza (se non di vera e propria "insicurezza giuridica") derivante dal possibile contrasto tra la decisione del giudice nazionale e la successiva sentenza della Corte EDU (non di rado pronunciata a distanza di tempo) che riconosca l'intervenuta violazione di un diritto fondamentale, "sfuggita" alla Corte dello Stato. Da qui, fra l'altro, si era sviluppato il dibattito circa lo spazio per la riapertura del giudicato statale, in seguito al sopravvenire di una decisione europea, rilevante nella stessa vicenda contenziosa, o in altre analoghe».

⁹¹ R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE*, *op. cit.*, p. 26.

⁹² M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, *op. cit.*, p. 4 (corsivo nel testo originale); cfr. concordemente F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma*, in *ConsultaOnLine*, 2 marzo 2020, p. 5.

ratifica⁹³; c'è infine chi, ancora più esplicitamente mirando alle potenzialità di trasformazione dell'istituto nella sua circolazione da un contesto all'altro, ha parlato, icasticamente, di «innesto di un elemento mimetico del modello comunitario in un corpo assai diverso dalla Corte di giustizia»⁹⁴.

Pare sia quest'ultimo il punto, in effetti: alla luce delle caratteristiche fondamentali del rinvio pregiudiziale che si sono delineate e di alcune sue esperienze applicative, i critici intendono sostanzialmente sottolineare il percepito rischio che in via interpretativa (come s'è visto essere accaduto in ambito EFTA) si possa arrivare in un secondo momento a sancire forme di sostanziale vincolo alla richiesta, magari quali forme di protezione del diritto al giusto processo e ai suoi tempi celeri ex art. 6 CEDU; il timore che, come s'è visto essere presto accaduto in sede comunitaria, alla formale ripartizione tra fatto e diritto in sede di rinvio (il primo lasciato al dominio del giudice nazionale, il secondo come unico oggetto della richiesta interpretativa)⁹⁵ si sostituisca una prassi di quesiti formulati direttamente in punto di compatibilità della normativa nazionale con quella sovranazionale, e dunque a mo' di diretta impugnativa della prima nella sua applicazione al caso concreto⁹⁶; e soprattutto, il segnalato rischio che, in via di prassi, la non vincolatività dei pareri emessi si tramuti in una generalizzata percepita vincolatività della *res interpretata*, quale portato sostanzialmente *erga omnes* anch'esso tipico dell'istituto originario⁹⁷.

Per di più, è evidente come, da parte scettica, attraverso le temute implicazioni trasformative dell'istituto, si paventi di tirare in ballo il fragile equilibrio in tema di rapporto tra CEDU, ruolo del giudice costituzionale e ruolo dei giudici ordinari nel nostro paese⁹⁸. Visto il portato “costituzionale” genetico del

⁹³ G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., pp. 3, e poi 4 ss.

⁹⁴ A. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della Cedu e della sua Corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2016, p. 381.

⁹⁵ Sul tema v., appunto in chiave problematica, G. DAVIES, *Abstractness and Concreteness in the Preliminary Reference Procedure: Implications for the Division of Powers and Effective Market Regulation*, in N.N. SHUIBNE (a cura di), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, 2006, p. 210.

⁹⁶ V. *supra* nota 45, e in quest'ottica espressamente, in senso critico, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, op. cit., pp. 640-643.

⁹⁷ CFR. R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, op. cit., p. 640: «benché l'art. 5 precisi che “i pareri consultivi non sono vincolanti” è facile immaginare quale credito verrà ad essi riconosciuto dai giudici interni»; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, op. cit., p. 4: «è addirittura ovvio che, almeno nel giudizio “principale”, il parere avrà effetti del tutto vincolanti, essendo inimmaginabile che il giudice italiano si discosti dall'avviso di un'altra istanza giurisdizionale cui egli stesso s'è rivolto per avere chiarimenti interpretativi»; G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., p. 7: «abbiamo detto che il parere è non vincolante. Ma, realisticamente, qual è il giudice che, una volta chiesto e ottenuto il parere dalla Corte di Strasburgo se ne discosterebbe? Chi mai avrà la forza, o il coraggio di disattendere il parere? E se così fosse non saremmo in presenza di uno spontaneo e preventivo commissariamento da parte della Corte EDU della decisione del caso concreto?»; F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU*, op. cit., p. 5: «(I) Protocollo, all'art. 5, prevede che il parere abbia valore soltanto consultivo, mentre, in realtà, esso finirà per avere un'efficacia vincolante».

⁹⁸ Cfr. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, op. cit., pp. 5-6; M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della*

rinvio pregiudiziale⁹⁹, pare evidente che si tema che, mediante una surrettizia sua adozione, il pendolo tra il canone dell'*individual justice* e quello della *constitutional justice* che da sempre connota la giustizia CEDU¹⁰⁰ penda definitivamente a favore del secondo; con ciò, potenzialmente guastando anche l'equilibrio faticosamente raggiunto attraverso le sentenze gemelle del 2007¹⁰¹ e la n. 49/2015 della Corte costituzionale, con cui essa ha inteso riassumere una posizione centrale nel circuito interpretativo attinente ai parametri convenzionali¹⁰². Se il dovere di interpretazione conforme è canone comune al sistema costituzionale, a quello comunitario, a quelli convenzionali¹⁰³ (anche nel sistema della Convenzione americana dei diritti dell'uomo che in ambito CEDU viene preso a modello per la nuova *advisory opinion*)¹⁰⁴, ben diverso, s'è osservato, è il grado di sua intensità e di coercibilità ove il fondamento sia nel semplice principio di leale cooperazione¹⁰⁵ e ove invece esso sia presidiato dall'iniziativa diretta e dal controllo dei singoli, che possono sempre provocare, con lo strumento processuale del rinvio, su di

CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, pp. 1, 17 ss.; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *federalismi.it*, 3/2020, pp. 157, 163 ss.

⁹⁹ Su cui si è innestata, alla luce del potenziale parametrico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la consonante *querelle* sull'interpretazione dell'*obiter dictum* in materia di riparto di giurisdizione tra Corte di Lussemburgo e Corte costituzionale nella sentenza n. 269/2017 di quest'ultima, sulle cui implicazioni, anche alla luce delle successive sentenze nn. 20/2019 e 63/2019, v., *ex multis*, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, p. 1, anche per una attenta rassegna bibliografica, e G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza tra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto e Società*, 4/2019, p. 691, nell'ottica di una sistemica dei rapporti tra ordinamento, interno, diritto UE, diritto CEDU.

¹⁰⁰ C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assessments*, in G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge/Antwerp/Portland, 2013, p. 239; si noti, del resto, che lo stesso report del Comitato dei saggi del 2006 che prefigurò il meccanismo dell'*advisory opinion* ragionava in termini di rafforzamento del ruolo costituzionale della Corte: *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, Document CM(2006)203, disponibile al sito https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, par. 80: «[...] it would be useful to introduce a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto. This is an innovation which would foster dialogue between courts and enhance the Court's 'constitutional' roles».

¹⁰¹ Ovviamente il riferimento è a Corte costituzionale sentenze nn. 348/2007 e 349/2007.

¹⁰² *Ex multis* cfr. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2007, p. 3523.

¹⁰³ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, *op. cit.*, e v., in chiave sistematica e già con riflessioni sul ruolo del rinvio pregiudiziale e dell'*advisory opinion* CEDU, A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2014, p. 1.

¹⁰⁴ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, op cit.*, pp. 87 ss.; A.E. DULITZKY, *An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, in *Texas International Law Journal*, pp. 45, 50 ss.; M. DICOSOLA - C. FASONE - I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1387, 1419 ss.

¹⁰⁵ Un'interessante ricostruzione d'insieme è offerta da J. D' ASPREMONT, *The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order*, in O.K. FAUCHALD - A. NOLLAEMPER (a cura di), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Oxford, 2012, pp. 141, 155 ss.; specificamente sul tema del rapporto tra CEDU e garanzie costituzionali A. GUZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.

esso l'accertamento e il controllo dell'organo specializzato dell'*ordinamento* di appartenenza (mentre nell'ambito CEDU, che *ordinamento* non si considera¹⁰⁶, il controllo deve avvenire da parte della Corte costituzionale, e solo stanti certi determinati criteri)¹⁰⁷. Se l'*advisory opinion* fosse o diventasse un rinvio pregiudiziale, si suggerisce, questi sottili equilibri si potrebbero nuovamente guastare¹⁰⁸, creando un nuovo circuito interpretativo diretto, alternativo a quello costituzionale, a fini di uniformazione, come da caratteristiche connaturate. Tanto che, va detto, quando si parla di necessità dell'istituto novello ai fini di una nuova «nomofilachia europea»¹⁰⁹, due letture ben diverse della locuzione possono darsi, senza che si sciolga veramente il dubbio su quale di esse sia effettivamente propugnata: una nomofilachia interna appannaggio delle giurisdizioni nazionali apicali, alla luce dell'apporto conoscitivo offerto da quella sovranazionale (una tesi affine alla *ratio* dell'istituto come viene presentato), od una nomofilachia intesa come uniformità interpretativa sovranazionale di cui le giurisdizioni interne si facciano latrici, potenzialmente connaturata all'istituto come qualcuno teme che possa evolvere, e forse estranea al sistema convenzionale¹¹⁰.

Messi in prospettiva i termini del dibattito, va detto che l'analisi non potrà che svolgersi in maniera prospettica, guardando all'effettivo impiego dell'istituto che, come detto, è già iniziato. Va però quantomeno annotato che, dal primo episodio di applicazione dell'*advisory opinion*, nel già tanto discusso caso Mennesson originato dalla Corte di cassazione francese¹¹¹, due dati risaltano: l'attenzione della Corte

¹⁰⁶ V. *supra* nota 79.

¹⁰⁷ Corte costituzionale sentenza n. 49/2015 ma prima ancora sentenze n. 311/2009 e n. 236/2011; una ricostruzione puntuale in materia è offerta da R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ConsultaOnLine*, 2018, disponibile al sito <http://www.giurcost.org/studi/romboli6.pdf>.

¹⁰⁸ Lo suggeriscono, in chiave dubitativa, A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU*, *op. cit.*, 24 ss., e F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, 18/2019, pp. 1, 10 ss.; sul tema sotteso del ruolo della Corte costituzionale nel sistema composito di tutela dei diritti v. P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale come soggetto (attivo) del dialogo giurisprudenziale transnazionale*, in P. CARROZZA - V. MESSERINI - R. ROMBOLI - E. ROSSI - A. SPERTI - R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*. Pisa, 15 dicembre 2017, Pisa, 2018, p. 267.

¹⁰⁹ R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE*, *op. cit.*, pp. 21 ss., peraltro espressamente mutuando la locuzione da uno studio relativo al sistema comunitario, quello di A. BARONE, *The European «Nomofilachia» Network*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2013, p. 351.

¹¹⁰ Cfr. sempre R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, *op. cit.*, pp. 94 ss.; ragiona di «alterazione» e «radicale trasformazione delle garanzie individuali approntate dalla CEDU» anche M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, *op. cit.*, pp. 17 ss.

¹¹¹ Corte EDU, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française (Demande n. P16-2018-001), su cui *ex multis* v. M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5/2019, p. 167, O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, p. 1, C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2010, p. 183.

EDU a disegnare attentamente il perimetro del proprio intervento, distinguendo tra principi di diritto e analisi del fatto, e segnalando espressamente, «conformément au principe de subsidiarité», che «(L)’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour»,¹¹² in conformità del resto con le caute Linee guida approvate dalla Corte in seduta plenaria a fine 2017 e rese pubbliche¹¹³; sul piano delle risultanze, un esito finale in sede applicativa a Parigi che è stato di mancata pedissequa aderenza del giudice *a quo* all’interpretazione proposta da Strasburgo¹¹⁴, il che forse può far relativizzare i timori di una vincolatività in via di fatto. Del resto, sul piano empirico, se già in sede comunitaria il non sempre puntuale utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte delle corti nazionali è oggetto di dubbiosa disamina, che ne evidenzia anche il portato strategico¹¹⁵, va considerato che l’*habitus* di adesione delle giurisdizioni nazionali ai *dicta* di Strasburgo è tutt’altro che strutturato¹¹⁶.

Conclusivamente sul punto, non può non sottolinearsi che la questione ricada tutta in fin dei conti sulla natura «necessitata» del prefigurato dialogo: non tanto in punto di generale necessità o meno, ma sul

¹¹² Corte EDU, Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention, demandé par la Cour de cassation française (Demande n. P16-2018-001), paragrafi 25-26.

¹¹³ “Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)”, disponibili al sito https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf (va osservato: non troppo dissimili, *mutatis mutandis*, alle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2016/C 439/01) pubblicate dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, disponibili al sito [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H1125\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016H1125(01)&from=IT)).

¹¹⁴ Ne dà conto R. SABATO, Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU, op cit., p. 12; v. sui dettagli della controversia v. *in extenso* J.P. MARGUENAUD, *L’affaire Mennesson à l’origine de la première demande d’avis consultatif adressée à la Cour européenne des droits de l’homme par la Cour de cassation*, in *RTDCiv. - Revue trimestrielle de droit civil*, 2018, p. 847, e A. MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is ‘New’? The ECtHR’s First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, 2/2020, p. 1. Si noti che la Corte di cassazione italiana, nei medesimi frangenti, si occupava di analoga *res litigiosa* con la sentenza SS.UU. n. 12193/2019 dell’8 maggio 2019, risolta in senso conforme all’indirizzo dell’*advisory opinion* CEDU un mese dopo la sua pubblicazione; per poi, più recentemente, con l’ordinanza n. 8325 del 29 aprile 2020, sollevare questione di costituzionalità degli art. 12, comma 6 l. n. 40 del 2004, art. 18 del d.P.R. n. 396 del 2000, art. 64, comma 1 lett. g l. n. 218 del 1995, proprio fondando il proprio vaglio di non manifesta infondatezza sul portato dell’*advisory opinion* CEDU.

¹¹⁵ Per recenti analisi empiriche sul punto, da raffrontare con quelle richiamate alle note 14 e 57, v. J.A. MAYORAL, *In the CJEU Judges Trust: A New Approach in the Judicial Construction of Europe*, in *Journal of Common Market Studies*, 55/2017, p. 551; T. PAVONE, *Revisiting Judicial Empowerment in the European Union: Limits of Empowerment, Logics of Resistance*, in *Journal of Law and Courts*, 6/ 2018, p. 303; T. PAVONE - R.D. KELEMEN, *The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited*, in *European Law Journal*, 25/2019, p. 352; K. LEIJON, *National Courts and Preliminary References: Supporting Legal Integration, Protecting National Autonomy or Balancing Conflicting Demands?*, in *West European Politics*, 2020, p. 1.

¹¹⁶ Si vedano le analisi I. CAMERON, *The Court and the Member States: Procedural Aspects*, e M. ANDENAS - E. BJORGE, *National Implementation of ECHR Rights*, in A. FØLLESDAL - B. PETERS - G. ULFSTEIN, *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, 2013, pp. 25 ss. e 181 ss., e, in un’ottica propriamente comparata, M. BREUER (a cura di), *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?*, Berlin, 2019.

quantum e sul *quomodo* di detta necessarietà¹¹⁷, e se in aderenza fattuale e magari progressiva con i canoni dello strumento del rinvio pregiudiziale che di quella necessarietà è paradigma.

5. L'applicazione fuori dal contesto europeo

Esplorate le dimensioni applicative del rinvio pregiudiziale e di un suo potenziale omologo in sede continentale, è interessante vagliarne alcune trasposizioni avvenute fuori dal contesto europeo, in similari, per quanto meno sviluppate, organizzazioni internazionali espressamente ispiratesi al paradigma originario.

Ciò al fine di verificare come le alterne fortune applicative siano dipese, inevitabilmente, anche proprio dall'aderenza rispetto agli stilemi e alla ultima *ratio* funzionale del modello originario – oltre che ovviamente da ragioni più sistemiche sul grado d'integrazione delle organizzazioni d'appartenenza (grado d'integrazione su cui però, l'esperienza europea ci insegna, la leva giuridica può ampiamente influire); ed anche, vedremo, per annotare nuovi dati empirici sulla possibilità o meno che un istituto modellato a mo' di *advisory opinion* internazionalistica possa trasmutare nelle forme di un rinvio pregiudiziale propriamente inteso, o arrivare ad essere inteso come sovrapponibile.

In senso generale rispetto alla ricognizione da compiersi, va annotato che un'ondata d'entusiasmo nella promozione delle organizzazioni d'integrazione economica regionale a piena istituzionalizzazione, sulla falsariga di quelle europee, s'è avuta a cavallo tra gli anni '90 e i Duemila: in quella fase vari organi giudiziari omologhi delle corti sovranazionali continentali sono stati creati.

Un primo esempio, non troppo remoto, può rinvenirsi nell'Unione economica euroasiatica (EEU), che ha rimpiazzato recentemente¹¹⁸ la precedente omonima Comunità fondata nel 2000 tra Bielorussia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Tajikistan e Uzbekistan – quale ultimo episodio di un progetto che risale alle velleità di Mikhail Gorbačëv di sostituire l'Unione sovietica in disfacimento con una comunità di stati indipendenti vagamente modellata sul paradigma europeo¹¹⁹. A garanzia dell'embrione di progetto di unione doganale e di mercato comune di beni, persone, servizi e capitali, s'è prevista in quella sede, sin dal 2010, una Corte di giustizia: che però è stata dotata solo di giurisdizione in materia di ricorsi diretti, e non in via incidentale, tanto che gli stessi giudici di quel tribunale riferiscono sulla scarsa efficacia delle sue pronunce, di cui si dubita della validità *erga omnes*¹²⁰ che invece è essenziale per l'uniformità applicativa.

¹¹⁷ Sempre nel senso suggerito da G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., pp. 45 ss.

¹¹⁸ Z. KEMBAYEV, *Eurasian Economic Union (EAEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2013, par. 1.

¹¹⁹ CFR. F.G. JACOBS, *The Sovereignty of Law: the European Way*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 131-133.

¹²⁰ T. NESHATAEVA, P. MYSLIVSKIY, *Court of the Eurasian Economic Union: The Beginning*, in *Russian Law Journal*, 3/2019, pp. 134, 145 ss.

Nelle Americhe, il panorama è più variegato. Nel 1991, col Protocollo di Tegucigalpa, nell'ambito di un generale rilancio della Organizzazione degli Stati centroamericani (ODECA) siglata nel 1951 tra Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua¹²¹, si decise di rafforzare la Corte centroamericana di giustizia, suo organo giudiziario esistente dal 1962¹²². Ciò è avvenuto dotandola, tra le altre, non solo di funzioni latamente consultive rispetto alle giurisdizioni apicali degli stati membri dell'Organizzazione, sul modello tipico internazionalistico di cui s'è detto (art. 22 lett. d del *Convenio de Estatuto* della CACJ: «*Actuar como Tribunal de Consulta Permanente de las Cortes Supremas de Justicia de los Estados, con carácter ilustrativo*»), ma anche di una competenza specificamente pregiudiziale rispetto a tutti i giudici degli ordinamenti interessati (art. 22 lett. k: «*Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal Judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del "Sistema de la Integración Centroamericana", creado por el "Protocolo de Tegucigalpa", sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo*»). Due funzioni giurisdizionali - va annotato - dunque diverse e tenute distinte; e ciò in un contesto integrativo ove, debolezza delle istituzioni politiche a parte, lo spirito identitario, di *Gemeinschaft*, è di antica origine, ampiamente percepito e trasfuso anche nei testi costituzionali¹²³.

La Comunità andina costituita sin dall'Accordo di Cartagena del 1969 da Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador e Perù è stata anch'essa rilanciata negli anni '90 (dopo la fase critica della crisi del debito sudamericana degli anni '80) mediante la creazione di un sistema di libero scambio e la riaffermazione del ruolo della sua Corte di giustizia (già esistente dal 1979), dotandola di una competenza in sede incidentale del tutto analoga a quella della Corte del Lussemburgo¹²⁴. Nella sezione «*de la interpretación prejudicial*» del trattato, si dispone che «*corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros*» (art. 32), dando facoltà ad ogni giurisdizione degli ordinamenti interessati di effettuare il relativo rinvio pregiudiziale e imponendolo invece alle giurisdizioni apicali, secondo il modello originario (art. 33), e pure prevedendo espressamente l'obbligo di conformarvisi (art. 35). Il sistema è peraltro di ampio successo

¹²¹ Dando via al cd. *Sistema de la Integración Centroamericana*, su cui R. RIQUELME CORTADO, *Central American Integration System (SICA)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2013 e, nella dottrina italiana, I. INGRAVALLO, *La Corte Centroamericana de Justicia*, in P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, op. cit., p. 177.

¹²² Per una generale disamina v. P. LOGROSCINO, *Aspirazioni integrazionistiche in America Centrale e Corte centroamericana di giustizia*, op. cit., p. 1.

¹²³ *Ivi*, pp. 50 ss., con riferimento alle note concettualizzazioni di F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*, Leipzig, 1887. Cfr. *amplius* M. CARDUCCI – P. RIBERI (a cura di), *La dinamica delle integrazioni regionali in America Latina*, op. cit..

¹²⁴ Una recente, comprensiva analisi in chiave comparata in K.J. ALTER, L.R. HELFER, *Transplanting International Courts The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, op. cit..

applicativo settoriale, e studiato come tale a livello comparato specie nel settore della proprietà intellettuale¹²⁵.

Diversa fortuna ha avuto l'istituzione di funzioni pregiudiziali, distaccatesi dalle caratteristiche fondamentali del modello europeo, nell'ambito delle giurisdizioni del Corte di giustizia caraibica e del Tribunale permanente di revisione MERCOSUR.

Quanto alla prima, istituita nel 2001 quale organo giudiziario della Comunità caraibica CARICOM istituita col trattato di Chaguaramas del 1973, è stata fornita di competenza a giudicare sulla corretta interpretazione ed applicazione del diritto del mercato comune, anche su rinvio dei giudici nazionali¹²⁶; ma giacché appunto la competenza incidentale s'è abbinata a quella alternativa (sull'applicazione) a giudicare su ricorsi diretti delle parti in causa, senza necessità di dover interessare il giudice nazionale, le funzioni pregiudiziali della Corte sono state scarsamente sollecitate, con preferenza per quelle in via d'azione¹²⁷.

Nell'ambito del *Mercado Comun del Sur*, essenzialmente un'unione doganale, con il Protocollo di Olivos del 2002 sulle modalità di risoluzione delle controversie s'è stabilita la giurisdizione del neo-istituito Tribunale permanente di revisione non solo come giurisdizione d'appello rispetto ai lodi di volta in volta emessi dai tribunale arbitrali costituiti *ad hoc* in caso di contenziosi tra le parti firmatarie e il Gruppo mercato comune, ma anche in sede consultiva nei confronti delle medesime ed anche delle giurisdizioni apicali dei paesi membri (Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay, Venezuela)¹²⁸. Evidente la natura mediana di queste funzioni a cavaliere tra quelle consultive tipiche internazionali e quelle pregiudiziali (come s'è visto essere il caso in sede CEDU), per di più non necessitate ma alternative rispetto all'accesso ai meccanismi di *dispute settlement* del WTO¹²⁹. Interessante in quest'ottica notare che, anche in questa sede, si sono stabilite ulteriori pratiche dialogiche orizzontali, su base non «necessitata», nella forma di un “*Permament Forum of Supreme Courts of MERCOSUR countries for judicial matters relevant to Latin-American integration*”¹³⁰; ma soprattutto notare che il Parlasur, ossia l'assemblea parlamentare della comunità, abbia più di recente prodotto una bozza di protocollo di riforma che chiama ad un'istituzionalizzazione piena

¹²⁵ Specificamente sul punto v. K.J. ALTER, M.F. GUERZOVICH, L.R. HELFER, *Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community*, in *American Journal of International Law*, 1/2009, p. 1, che osservano però anche il minore gradiente di impiego e dunque di integrazione in altri ambiti applicativi.

¹²⁶ Art. 222 del riformato trattato di Chaguaramas del 1973.

¹²⁷ CFR. F.G. JACOBS, *The Role of the EU Court and National Courts in Developing the EU's Internal Market*, *op. cit.*, p. 432.

¹²⁸ Art. 9, MERCOSUR/CMC/DEC. No 37/03.

¹²⁹ Si noti anche qui che trattasi di giurisdizioni che, oltre ad apprestare una tutela costituzionale in materia di diritti, sono anche firmatarie della Convenzione americana dei diritti dell'uomo e dunque si sottopongono alla giurisdizione della Corte interamericana dei diritti umani.

¹³⁰ CFR. M.A.J. DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, *Judicial Diplomacy: The Role of the Supreme Courts in MERCOSUR Legal Integration*, in *Harvard International Law Journal*, 48/2007, p. 9.

sul modello comunitario e alla creazione di una *Court of Justice of MERCOSUR* dotata di giurisdizione pregiudiziale nei confronti di tutti i giudici nazionali dei paesi membri¹³¹. In quest'ultima ottica, sebbene la riforma prefigurata con il protocollo in parola non sia stata ancora implementata, può osservarsi, ai nostri fini, come solo attraverso il diritto positivo e l'espressione di nuova volontà politica degli stati quali *Herren der Verträge* si concepisca possibile il passaggio da un sistema fondato su di una *advisory opinion* a quello di una giurisdizione da potersi adire, da parte di qualunque giudice nazionale, propriamente attraverso rinvio pregiudiziale.

Vanno da ultimo citate le più rilevanti tra le numerose esperienze di organizzazioni africane d'integrazione economica: ciò non solo perché, anche in quelle sedi, si sono tentati di riproporre gli schemi europei, ma anche perché ciò è avvenuto sulla scorta di regolari contatti diplomatici con la stessa Corte di giustizia dell'Unione¹³².

Ciò ad esempio avviene nella Comunità dell'Africa orientale, forma integrativa economica fondata nel 2000 e che comprende Kenya, Tanzania, Uganda, Burundi, Ruanda e Sudan del Sud. Essa ha una propria Corte di giustizia stabile dotata di giurisdizione pregiudiziale¹³³, e che è stata espressamente diretta alla uniformazione interpretativa delle regole del mercato comune¹³⁴. Egualmente, in altri lidi, la Corte dell'Unione economica e monetaria dell'Ovest-africano, ai sensi dell'art. 12 del Protocollo addizionale n. 1 al relativo trattato del 1997, «*statue à titre préjudicieux sur l'interprétation du Traité de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des actes pris par les organes de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, quand une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige*»: e ciò, espressamente, su rinvio facoltativo di ogni giudice degli ordinamenti statuali d'appartenenza, e su rinvio obbligatorio di quelli d'ultima istanza, in perfetta aderenza col modello comunitario. Del tutto analogamente dispone l'art. 30 del Trattato che istituisce un Mercato comune dell'Africa orientale e meridionale del 1994, per le competenze della propria Corte di giustizia specializzata.

Ed è interessante altresì notare come in queste sedi, coerentemente col diretto influsso europeo, le giurisdizioni facciano espresso utilizzo anche dei *arrêts* della Corte del Lussemburgo¹³⁵: ad esempio, richiamando la giurisprudenza *Van Gend en Loos* per sancire in via interpretativa, ove non disposto

¹³¹ Cfr. W.M. KUHN BACA, *El proyecto de protocolo relativo a la creación de un Tribunal de Justicia del Mercosur. Un hito en la judicialización del derecho de integración regional*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 17/2017, p. 405.

¹³² F.G. JACOBS, *The Role of the EU Court and National Courts in Developing the EU's Internal Market*, *op. cit.*, p. 436.

¹³³ Articoli 33 par. 2 e 34 del *Treaty for the Establishment of East African Community*.

¹³⁴ Ne dà conto, in chiave comparata col modello europeo, T.P. MILEJ, *What Is Wrong about Supranational Laws? The Sources of East African Community Law in Light of the EU's Experience*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 75/2015, p. 601.

¹³⁵ Cfr. D. AMOROSO, *L'influenza dei precedenti della Corte di giustizia europea nella giurisprudenza della Corte dell'Unione Economica e Monetaria dell'Ovest-Africano*, in P. PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, *op. cit.*, p. 201.

espressamente, l'effetto diretto delle disposizioni dei relativi trattati, come fatto appunto dalla Corte del Mercato comune dell'Africa orientale e meridionale in un recente contenzioso tra una società esportatrice e la Repubblica delle Mauritius¹³⁶.

Ovviamente, a smentire l'illusione di pacifici trapianti dell'istituto in parola e, *a fortiori*, degli effetti integrativi che ne possono derivare, in uno spazio globale che ineluttabilmente non è «discio»¹³⁷, può rammentarsi che non tutti questi tribunali sono entrati in funzione in maniera soddisfacente¹³⁸. Anzi, uno di essi, quello della Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale, sempre dotato di meccanismi tanto di ricorso diretto quanto pregiudiziale, ebbe a decidere uno dei suoi primi casi nel 2008 in senso contrario allo stato convenuto (in un ricorso diretto), ossia lo Zimbabwe, su questione assai sensibile attinente agli espropri agrari e alle pratiche di discriminazione razziale connesse¹³⁹: di tutta risposta, lo Zimbabwe ha dapprima contestato in sede politica la legittimità della Corte, poi ottenuto, nel successivo *summit* della Comunità, che si procedesse ad un riesame delle sue competenze, in seguito limitate ai soli contenziosi tra stati membri, senza il pericoloso coinvolgimento dei privati, che sino a quel momento erano state le uniche parti attrici, in via diretta o incidentale. In mancanza di ulteriori casi, a fine 2012 la Corte è stata dissolta¹⁴⁰.

E' alla luce delle direttrici che abbiamo esaminato, anche rispetto al potenziale “soggettivizzante” e uniformatore dell'accesso dei privati alle corti sovranazionali, che in un contesto di grande rilevanza economica come l'organizzazione ASEAN, l'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico, fondata da decenni ma composta da ordinamenti enormemente differenti sul piano dell'organizzazione politica, del sistema economico, del retroterra sociale e religioso, si tituba tanto nell'istituzione di una giurisdizione di controllo specializzata in materia di diritti umani¹⁴¹ quanto nell'istituzione di un tribunale del mercato comune da adire mediante rinvii pregiudiziali¹⁴².

¹³⁶ *Polytol Paints & Adhesives Manufacturers Co. Ltd. v. the Republic of Mauritius* - COMESA Case Ref. No. 1 of 2012, Judgment of the Court of First Instance, 31 August 2013; *dà conto di questo e degli altri più rilevanti arresti giurisprudenziali* J.T. GATHII, *The COMESA Court of Justice*, in R. HOWSE - H. RUIZ-FABRI - G. ULFSTEIN - M. ZANG (a cura di), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tribunals*, Cambridge, 2018, pp. 314, 332 ss. in particolare.

¹³⁷ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma-Bari, 2013, pp. 50 ss.

¹³⁸ CFR. A.F. TATHAM, *Exporting the EU Model: a Judicial Dimension for EU International Relations?*, *op. cit.*, p. 137.

¹³⁹ SADC Tribunal, *Mike Campbell (Pvt) Ltd and 78 Others versus the Republic of Zimbabwe*, 28 November 2008 [2008] SADCT 2.

¹⁴⁰ CFR. H.B. ASMELASH, *Southern African Development Community (SADC) Tribunal*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, par. H.

¹⁴¹ CFR. H.D. PHAN, *A Blueprint For a Southeast Asian Court Of Human Rights*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, 2/2009, p. 384.

¹⁴² CFR. A.F. TATHAM, *Paying Court to the Future – Has the Time Arrived for an ASEAN Trade Tribunal Arrived?*, in *Estudios de Deusto*, 2/2019, p. 47.

6. In conclusione

Riannodando le fila del discorso, va osservato che un dibattito di politica del diritto di rilevante portata per il nostro paese, quello sulla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU, si sta impennando, per quanto in modo solo parzialmente esplicito, intorno a questioni comparatistiche, ed in particolare legate alla circolazione dei modelli.

Ciò richiama e fornisce l'occasione per un'analisi comparata sulla genesi e sugli ambiti applicativi del *comparatum* di quel dibattito, ossia lo strumento processuale del rinvio pregiudiziale, in particolare per quel che riguarda le sue importanti implicazioni sistemiche. Un'esplorazione che conduce in due territori di grande rilevanza, ancora non troppo battuti.

Il primo, quello relativo alla genesi dell'istituto, è il territorio della comparazione cd. verticale: la comparazione che, nell'epoca del diritto globale e delle circolazioni multi-dimensionali delle sue forme, guarda alla trasposizione di regole, norme e concetti giuridici dal livello nazionale a quello sovranazionale o internazionale¹⁴³. L'analisi svolta nel secondo paragrafo, relativa al trapianto dal livello costituzionale nazionale a quello sovranazionale delle forme del rinvio pregiudiziale, ne è un esempio quasi prototipico, e permette peraltro di comprendere come certe fondamentali caratteristiche funzionali dell'istituto - quelle che ne nutrono la natura "ingegnosa"¹⁴⁴ - siano state attentamente selezionate nel laboratorio multiculturale di un *Groupe de rédaction* di un trattato, ed adattate con estremo successo al nuovo contesto, e messe al servizio di un dialogo giudiziario che creasse uniformazione interpretativa ed applicativa rispetto a un *corpus* di norme sovranazionali.

Il secondo territorio d'esplorazione è quello che in altri contesti suole chiamarsi come l'area disciplinare del *comparative supranational law*¹⁴⁵: un nuovo piano d'analisi, anch'esso ormai mappato dalla più attenta dottrina¹⁴⁶, che guarda alla circolazione di forme e istituti non tra stati, ma tra organizzazioni regionali o internazionali, e che dunque chiama ad una comparazione attenta tanto al dato funzionalistico, che fonda le motivazioni della circolazione, quanto alle insopprimibili differenze culturali nei contesti di recepimento, che possono variare ampiamente nonostante talvolta si pretenda di riprodurre pedissequamente certe norme e certi concetti giuridici (specie in materia di integrazione economica, ma, s'è visto, anche per il caso di strumenti processuali per la tutela multilivello dei diritti umani). Questa

¹⁴³ Compiutamente oggi R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2015, p. 1011, e R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, *op. cit.*, pp. 158 ss.; cfr. anche A. MOMIROV - N. FOURIE, *Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualizing the International Rule of Law*, in *Erasmus Law Review*, 2/2009, p. 291, e, per l'ambito comunitario, già R. DEHOUSSE, *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis*, in *The American Journal of Comparative Law*, 4/1994, p. 761.

¹⁴⁴ V. *supra* nota 24.

¹⁴⁵ V. *supra* nota 13.

¹⁴⁶ R. MICHAELS, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in R. BANAKAR - M. TRAVERS (a cura di), *Law and Social Theory*, Oxford, 2013, p. 289.

analisi, che s'è svolta nei paragrafi successivi al secondo, ha permesso di comprendere come, in vari contesti in cui si intende espressamente adottare il modello comunitario del rinvio pregiudiziale, si presti attenzione a replicare pedissequamente le caratteristiche funzionali che lo innervano: mediante positivizzazione, com'è il caso dei trattati d'integrazione economica africana menzionati, o per via interpretativa, come nel caso EFTA, per non dissolvere i potenziali effetti uniformatori e integrativi (e ciò è importante notare per conoscere le capacità trasformatrici dell'istituto, che coinvolgono, s'è visto, l'*habitus* di percepita vincolatività tanto nella fase ascendente della richiesta che in quella discendente del recepimento del *dictum* sovranazionale).

L'analisi è utile anche per verificare quali effetti distorsivi, o banalmente frustranti rispetto al successo della giurisdizione sovranazionale, si producano ove le caratteristiche funzionali dell'istituto vengano per prime distorte, com'è paradigmaticamente il caso della Corte di giustizia CARICOM.

Da ultimo, l'analisi permette di distinguere le caratteristiche del rinvio pregiudiziale d'impronta comunitaria rispetto a quegli istituti di nuovo conio che nascono con caratteristiche miste con quelle della tradizionale competenza consultiva internazionalistica, come da ultimo l'*advisory opinion* CEDU. Va anzitutto notato che lo strumento del rinvio pregiudiziale propriamente detto, nonostante la genesi legata al trapianto verticale da sistemi nazionali di protezione costituzionale dei diritti, non risulti mai adottato di per sé in contesti sovranazionali in ciò specializzati, ma solo, a fini uniformatori, in contesti deputati all'integrazione economica, in cui le giurisdizioni specializzate si facciano, al più, giudici dei diritti coinvolti nella tutela degli interessi in diretta considerazione (com'è prototipicamente il caso della Corte di giustizia UE). Sicché, appunto, dinanzi ad una distinzione nominale ma che è anche genealogica, si potrebbe al massimo temere - ma abbiamo visto, è proprio questo il caso - che gli istituti modellati sull'*advisory opinion* trasmutino sino ad assumere le sembianze del primo. Annotati alcuni episodi di trasformazione in via applicativa, sempre peraltro confinati negli ambiti dell'integrazione economica, va però osservato sul punto che il dato comparato pare relativizzare questi patemi: abbiamo visto che in ambito di Organizzazione degli Stati centroamericani (ODECA) convivono, in capo al medesimo organo giurisdizionale, entrambe le funzioni, diverse ma dunque tenute distinte nella normazione del relativo trattato; in ambito MERCOSUR, a conferma della distinzione tra le due funzioni, che parrebbe ontologica, s'è ritenuto necessario proporre una bozza di protocollo e dunque l'intervento del diritto positivo per ipotizzare il processo di trasmutazione da una giurisdizione *advisory* ad una pregiudiziale propriamente detta.

In conclusione, tornando al dibattito da cui si sono prese le mosse, la (paventata) possibilità di trasformazione di un istituto è, per sua natura, oggetto da poter studiare a consuntivo, sebbene occorra essere avvertiti che il processo di integrazione europea è, *naturaliter*, l'alveo di numerosi fenomeni del



genere¹⁴⁷; ma ove, come opportuno, si voglia interrogare la comparazione sul punto - quale unico laboratorio alternativo a disposizione del giurista - pare potersi concludere che gli elementi caratteristici del rinvio pregiudiziale siano difficilmente replicabili in via strisciante, surrettizia, non determinata.

¹⁴⁷ Essendo, almeno nel postulato, un processo di “creazione” di una «*ever closer union among the peoples of Europe*» (art. 1 TUE), che vede il diritto tanto come leva che come oggetto dell’integrazione: v. sui processi trasformativi che ciò comporta per norme e forme giuridiche, i classici studi citati *supra* alla nota 14, e, *ex multis*, J. ZILLER, *L’européisation du droit: de l’élargissement des champs du droit de l’Union européenne à une transformation des droits des Etats membres*, EUI Working Paper LAW n. 1/2006, e C. FERREIRA, *The Europeanization of Law*, in J. COSTA OLIVEIRA - P. CARDINAL (a cura di), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders - Perspectives of Evolution*, Berlin, 2009, p. 171.