

L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014

(Relazione al XX Convegno SIDI, Macerata 5-6 giugno 2015)

Roberto Bin

(11 gennaio 2016)

1. *Le premesse storiche.*

Le modalità con cui l'ordinamento italiano si adatta al diritto internazionale furono fissate presto dalla Assemblea costituente, anche se non con molta chiarezza. Dopo aver deciso di separare la questione del rapporto tra lo Stato e la Chiesa cattolica (accantonando la proposta di Dossetti di accomunare in un'unica disposizione il riconoscimento da parte dell'Italia della "originarietà" dell'ordinamento giuridico internazionale, degli ordinamenti degli altri Stati e dell'ordinamento della Chiesa) da quella delle relazioni con l'ordinamento internazionale, due erano i nodi che si dovettero sciogliere per definire la "apertura" dell'ordinamento italiano: se ci potesse essere qualcosa di "automatico" nell'adeguamento del diritto italiano al diritto internazionale, e quali parti di quell'ordinamento potessero godere di questo speciale meccanismo.

La proposta di Tupini, presidente della prima Sottocommissione della "Commissione dei 75", tendeva alla massima apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale sia per estensione che per intensità del rinvio («*Le norme di diritto internazionale fanno parte dell'ordinamento della Repubblica. Le leggi della Repubblica non possono contraddirvi*»). Ma fu Togliatti a ritagliare i termini della questione, respingendo il testo proposto "*poiché esso riconosce norme del diritto internazionale che non esistono. Esistono principî di diritto internazionale elaborati da una scienza molto complicata, ma per i quali non esiste una codificazione, poiché vi sono soltanto delle norme che entrano nei trattati internazionali, e questi trattati costituiscono l'unica codificazione del diritto internazionale... per quel che riguarda il diritto pubblico internazionale tutto rimane nell'ambito dei principî generali e fa parte del costume o della consuetudine*"¹.

L'intervento di Togliatti facilitò il compito del relatore, Cevolotto, che propose una formulazione del testo che, salvo la revisione terminologica, resterà ferma a lungo: «*Le norme del diritto delle genti generalmente riconosciute sono considerate come parte integrante del diritto della Repubblica italiana*». Il testo definitivo fu il frutto di un emendamento "trasversale" approvato dalla seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947. Fu Perassi a sostenerlo "*per ragioni di pura tecnica giuridica*", sostituendo l'obsoleta formula "*diritto delle genti*", ma soprattutto impiegando per la prima volta la formula del "trasformatore permanente" per chiarire la natura giuridica

¹ Dal resoconto della seduta dell'11 dicembre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione.

del rinvio al diritto internazionale generale. In effetti quest'ultimo era il punto più discusso: siccome "*nelle parole 'si conforma' non v'è niente di automatico*" (Einaudi), per alcuni l'automaticità dell'adeguamento avrebbe dovuto essere espressa più chiaramente (Dossetti, Einaudi, Leone), per altri invece l'ambiguità avrebbe dovuto essere risolta nel senso opposto, escludendo cioè l'automatismo (Lussu). L'emendamento Perassi passa alla fine dopo che il promotore ha chiaramente ribadito il carattere automatico dell'adattamento: e il testo rimane immutato sino alla conclusione dei lavori.

2. I precedenti della Corte costituzionale.

L'impianto teorizzato da Perassi nei lavori preparatori resta il punto di riferimento della giurisprudenza della Corte costituzionale negli anni a seguire². Un'ottantina tra sentenze e ordinanze ribadiscono soprattutto quanto Perassi aveva sostenuto con forza contro i tentativi di coloro che erano favorevoli all'estensione del rinvio automatico fuori dai confini – per altro tutt'altro che precisi – del diritto internazionale generale. Mentre da un lato la Corte ha ribadito che attraverso la "porta" dell'art. 10.1 Cost. non poteva infiltrarsi il principio dell'immediata obbligatorietà e prevalenza dei trattati internazionali nell'ordinamento interno, restava alquanto generico l'oggetto verso il quale opera quel rinvio. Il cliché equipara le "*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*" alle "*norme consuetudinarie*"³, ai "*principi generali di diritto consuetudinario*"⁴, ai "*principi di diritto internazionale*"⁵ o ai principi e alle consuetudini accomunati in una sorta di endiadi⁶. Non si è prestata particolare attenzione nel sondare la natura delle norme internazionali richiamate neppure nella giurisprudenza che ha affrontato il problema dei c.d. *controlimiti*, ossia della resistenza che i principi fondamentali della Costituzione oppongono all'ingresso nell'ordinamento italiano di norme internazionali ex art. 10.1 Cost.

La "dottrina dei controlimiti" nasce – come è noto – in altro contesto, quello dei rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento europeo⁷. Ma il meccanismo su cui si basa ha portata più generale, poiché poggia su una *visione sistematica della rigidità della Costituzione*, visione sulla quale la Corte costituzionale è assestata da tempo. Non vi è un modo legale – secondo questa visione – per togliere la protezione costituzionale ai principi fondamentali della Costituzione: questa non solo pone un limite espresso alla sua revisione, dato che la "*forma repubblicana*" non era più, dopo il referendum istituzionale del 1946, nella disponibilità degli stessi costituenti; sicché nessuno degli strumenti da essi apprestati, compreso quello della revisione costituzionale, potrebbe legittimamente essere

² Con variazioni ben evidenziate da F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quad.cost.* 2015, 45 s.

³ Per es., sentt. 96/1982 (in cui si parla di "consuetudini e delle altre regole generalmente riconosciute"), 153/1987, 18, 322 e 323/1989 (in cui però si parla anche del *principio pacta sunt servanda*), 329/1992, 146/1996, 288/1997, 348/2007, 129/2008, ord. 496/1991, 421/1997.

⁴ Per es. sent. 69/1976, ord. 180/2011.

⁵ Per es. sent. 48/1967.

⁶ Talvolta legate da una particella congiuntiva (per es. sent. 349/2007), talaltra da una disgiuntiva (per es. sent. 168/1994)

⁷ Il primo accenno è contenuto già nella sent. 98/1965, ma viene sviluppato nella sent. 183/1973 e poi compiutamente teorizzato nella sent. 170/1984. Nella sent. 232/1989 l'applicazione dei controlimiti è ampiamente motivata, ma poi evitata grazie a uno stratagemma procedurale.

impiegato per modificarla⁸. Per di più la stessa natura pluralistica della carta costituzionale – in cui non esistono principi o diritti "assoluti", poiché ognuno può essere sacrificato laddove fosse necessario assicurare un certo grado di protezione a principi o diritti occasionalmente concorrenti⁹ - impedisce di far prevalere incondizionatamente una disposizione del testo costituzionale su ogni altra. Anche la c.d. "apertura internazionalistica" della Costituzione, così come la sua *Europafreundlichkeit*, benché siano principi fatti risalire dalla stessa Corte a solidi agganci testuali, soggiacciono allo stesso condizionamento. Le norme immesse nel nostro ordinamento, quale ne sia la fonte e l'autorizzazione costituzionale all'importazione, non possono pretendere di imporsi nella loro absolutezza, senza fare i conti con il sistema dei principi e dei diritti fondamentali, che si pongono come "limiti all'ingresso"¹⁰ delle norme *extra ordinem*. Perciò la Corte costituzionale, che di tali limiti si erge a custode, ha impedito che trovassero applicazione in Italia regole concordatarie in materia di matrimonio giudicate incompatibili con i principi costituzionali, dichiarando illegittime "nella parte in cui" le norme di esecuzione del Concordato¹¹; perciò ha ammonito chi stava intraprendendo un vasto programma di riforme costituzionali sui limiti a cui esse devono soggiacere¹²; perciò ha posto un argine all'immissione di norme prodotte dalla Corte EDU che non siano compatibili con la Costituzione¹³. Sono ipotesi diverse e diversi sono i meccanismi costituzionali implicati: ma in tutti questi casi si tratta di assicurare "un corretto bilanciamento" tra le esigenze che ispirano quei meccanismi "e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus alla Costituzione stessa*"¹⁴.

3. *Disposizione e norma: sull'oggetto del giudizio della Corte costituzionale*

Sino alla sent. 238/2014 la Corte costituzionale non aveva mai sindacato la compatibilità costituzionale di una "norma internazionale generalmente riconosciuta". Anzi, non si è mai neppure espressa sulle modalità di un tale giudizio. Dal punto di vista della dottrina costituzionalistica, l'art. 134 Cost. consente alla Corte di esprimersi sulla legittimità costituzionale solo delle "leggi e atti aventi forza di legge"; le fonti importate dall'esterno dell'ordinamento giuridico italiano sono considerate "fonti-fatto", come tali non sindacabili dalla Corte se non attraverso l'impugnazione della disposizione legislativa di rinvio, come è stato abbozzato dalle sentt. 183/1973 e 170/1984 a proposito delle norme comunitarie. *Di fatto* la Corte giudica della costituzionalità della norma internazionale, ma *formalmente* l'oggetto dell'impugnazione è l'ordine di esecuzione del trattato o della disposizione legislativa di rinvio "nella parte in cui" consenta l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma incompatibile con i principi costituzionali.

⁸ Sent. 1146/1988. Sul tema, ovviamente molto trattato dalla dottrina costituzionalistica, cfr. ora la monografia di P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015.

⁹ Come la Corte costituzionale ha costantemente affermato sin dalla sua prima decisione (sent. 1/1956), precostituendo le premesse della sua giurisprudenza sul bilanciamento degli interessi. Ho dedicato a questo tema *Diritti e argomenti*, Milano 1992.

¹⁰ Sent. 73/2001 (punto 3.1 del "diritto").

¹¹ Sent. 16 e 18/1982, anticipate però dal preannuncio contenuto nelle sent. 30 e 31/1971.

¹² Sent. 1146/1988.

¹³ Sentt. 348 e 349/2007.

¹⁴ Così la sent. 348/2007 (punto 6.2 del "diritto").

Coerente con questa ricostruzione – da cui in precedenza la Corte non aveva mai accennato di volersi discostare¹⁵ - ma con una variazione che merita attenzione, è lo schema seguito nelle sentt. 348 e 349/2007, in riferimento alle norme prodotte dalla Corte EDU in sede di interpretazione della Convenzione. Esse non sono "*immuni dal controllo di legittimità costituzionale*", come non può esserlo alcuna norma "d'importazione". Ma in questo caso non c'è un ordine di esecuzione attraverso la cui "manipolazione" poter bloccare l'ingresso della norma in questione: e, oltretutto, è cambiato il contesto costituzionale rispetto alla giurisprudenza costituzionale richiamata in precedenza. Il "nuovo" art. 117.1 Cost. – come chiarisce la sent. 348/2007 - impone ai giudici il rispetto degli "*obblighi internazionali*", e in essi vanno inclusi anche quelli derivanti dalla interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte EDU. Le norme importate, perciò, integrano il parametro costituzionale: il giudice interno deve applicarle come "parametro interposto" di legittimità costituzionale delle leggi. Se sospetta la loro incompatibilità con la Costituzione (non solo con i principi supremi e i diritti fondamentali, ma in relazione a "*ogni profilo di contrasto tra le 'norme interposte' e quelle costituzionali*"¹⁶), il giudice deve investire la Corte costituzionale della questione: nel caso la Corte riscontri il contrasto, "*ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano*"¹⁷.

Rispetto a questi precedenti, la sent. 238/2014 segna una rottura concettuale significativa¹⁸. Nelle sentenze "gemelle" del 2007, la "sanzione" che la Corte minaccia di infliggere alle norme "internazionali" incompatibili con la Costituzione consiste nell'escludere che esse possano integrare il *parametro* del giudizio di costituzionalità: ma il giudizio radicato davanti alla Corte costituzionale avrebbe comunque ad oggetto non certo le norme CEDU stesse, bensì la legge italiana che risulti non conforme alla giurisprudenza della Corte EDU (giudizio che pertanto, se si riscontri l'incompatibilità della norma CEDU con la Costituzione, dovrà concludersi *non applicando* come parametro la norma CEDU ma quella costituzionale). Nella sentenza del 2014 invece, la Corte esordisce sovvertendo quello che rappresentava il filo logico che univa tutta la sua giurisprudenza precedente: cambia infatti la lettura dell'art. 134 Cost., cioè della disposizione che definisce le attribuzioni della Corte stessa¹⁹. "*Tale disposizione - secondo questa inedita lettura - assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo*"²⁰. Forse per un

¹⁵ Tanto da far ritenere "difficilmente realizzabile" un *revirement* in proposito: cfr. A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino 2008, 62.

¹⁶ *Idem* (punto 4.7 del "diritto").

¹⁷ *Idem* (punto 4.7 del "diritto").

¹⁸ Di "peculiarità (o anomalia?) della fattispecie" parla M. BRANCA, *Il punto sui "controlimiti"*, in *Giur.cost.* 2014, 3900.

¹⁹ Così anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia* 2015, 85 ss.

²⁰ Sent. 238/2014 (punto 2.1 del "diritto"): corsivo aggiunto. È interessante notare (come giustamente fa S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 11/2014) che qui la Corte impiega alla lettera, senza ovviamente citare la fonte, l'espressione usata da A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano 1961, 394, cioè da una delle poche voci dissonanti rispetto alla dottrina costantemente professata e applicata dalla

eccesso di antiformalismo²¹, o forse per un'inconsapevole leggerezza dommatica, la Corte finisce in tal modo con sovvertire uno dei pilastri del *judicial review* così come costruito nell'ordinamento italiano. In esso, infatti, non si impugnano *norme*, ma *atti e disposizioni*: più esattamente, si impugnano *disposizioni* (cioè gli enunciati normativi contenuti negli atti che hanno la forma o la forza della legge) per le *norme* che da esse il giudice *a quo* ritiene di dover ricavare in via di interpretazione in relazione al caso che ha in esame (la consistenza di questa relazione è vigilata dal *criterio della rilevanza*); a sua volta, la Corte, se constata la fondatezza della questione, dichiarerà l'illegittimità dell'*atto* (soprattutto se i vizi sono formali) o della *disposizione*, "nella parte in cui" essa esprime una determinata *norma* (in questa distinzione tra disposizione e norma²² si inserisce l'intera gamma delle sentenze interpretative, manipolative, additive ecc.). Si impugnano "cose" – l'atto legislativo o le sue singole parti (le "disposizioni") – imputando ad esse, in via d'interpretazione, determinati "significati" (le "norme") incompatibili con la norme ricavate dalla Costituzione. Questa è la via sempre seguita, per la quale si giunge per altro con indicare l'ipotesi di impugnazione della disposizione interna di adeguamento "nella parte in cui" consente l'ingresso alla norma internazionale denunciata come il "*vero oggetto del giudizio*"²³.

Creando questo cortocircuito tra disposizione e norma, la sent. 238/2014 finisce con scambiare ciò che le sentenze del 2007 (nell'onda della giurisprudenza consolidata) identificano come il *parametro* del giudizio (la *norma* di derivazione internazionale che integra il precetto dell'art. 117.1 Cost.), con l'*oggetto* del giudizio stesso. Che questa sia una strategia sbagliata lo mostra l'evidente difficoltà di giungere ad una conclusione coerente dopo aver riscontrato l'incompatibilità della norma internazionale con la Costituzione²⁴. La Corte infatti non può dichiararne l'illegittimità costituzionale, perché sarebbe una conclusione abnorme: l'illegittimità implica la violazione di un rapporto gerarchico tra fonti (in ciò la teoria giuridica fa consistere il vizio della *invalidità* di un atto), e questo a sua volta sussiste soltanto all'interno di un ordinamento giuridico unitario. Salvo non adottare una visione iper-monista statocentrica, tale conclusione appare impossibile. Ed infatti la Corte chiude il suo giudizio, con cui contesta la compatibilità della norma internazionale con i principi costituzionali, non dichiarandone l'illegittimità, ma negandole l'ingresso nell'ordinamento italiano. "*Ne consegue* – conclude la Corte²⁵ - *che la parte*

Corte costituzionale (che ora viene riassunta nel testo), alla quale La Pergola è rimasto in seguito fedele anche come giudice della Corte costituzionale (si veda la ben nota sent. 170/1984, di cui fu redattore).

²¹ Che sembra segnare un *trend* nella giurisprudenza costituzionale più recente (culminando nella sent. 1/2014 sulla legge elettorale) e che trova l'approvazione (con specifico riferimento alla sent. 238/2014) dell'ex Presidente della Corte G. SILVESTRI, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 61, il quale infatti avrebbe preferito una pronuncia di illegittimità che colpisse direttamente la norma consuetudinaria internazionale (p. 62). Sul punto si veda però M. LUCIANI, *I controlimiti cit.* 87.

²² Questa fondamentale distinzione è stata teorizzata dal fondamentale scritto di V. CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Encicl. Dir.* XIII.

²³ Sent. 48/1979 (punto 3 del "diritto").

²⁴ Come hanno evidenziato subito i primi commenti: cfr. per tutti A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf, ma anche S. LEONE, *Sul dispositivo cit.*, e S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 11/2014.

²⁵ Sent. 238/2014 (punto 3.5 del "diritto": corsivo aggiunto).

della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto": il che sta semplicemente a significare che tale norma non può integrare il parametro di giudizio di costituzionalità²⁶.

Per concludere su questo punto, sembra che la Corte avrebbe rispettato i propri precedenti e la dottrina che ad essi è sottesa se avesse accolto l'accezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato per l'impugnazione diretta della norma internazionale, affermando contestualmente che essa non ha accesso al nostro ordinamento. Diversamente, se il giudice avesse sollevato – per ipotesi - una questione relativa alle norme civilistiche che assicurano il risarcimento del danno subito dalle vittime, per violazione della norma consuetudinaria accreditata dalla CIG, e avesse contestualmente interrogato la Corte costituzionale sulla compatibilità di questa con i principi costituzionali fondamentali, la Corte avrebbe potuto dichiarare la questione infondata – "ai sensi di cui in motivazione" secondo la formula di rito – perché la norma CIG, non potendo avere ingresso nel nostro ordinamento, non integra il parametro costituzionale.

4. Chi è che bilancia?

Un secondo aspetto critico della sent. 238/2014 può rintracciarsi nelle operazioni di bilanciamento che in essa vengono annunciate e svolte. Afferma la Corte che è "*precisamente questo il thema decidendum*" che le è sottoposto dal giudice remittente: "*verificare la compatibilità della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG, con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2)*"; e che questa operazione corrisponde alle operazioni di bilanciamento che le sono famigliari²⁷.

Anche se nel linguaggio corrente appare il contrario, le operazioni di "bilanciamento" (tra principi, tra diritti, tra interessi...) non sono di competenza della Corte costituzionale, ma del legislatore. Questo è un punto che va ben messo in chiaro, per evitare gli equivoci il linguaggio corrente può ingenerare.

Siccome la Costituzione ha una struttura fortemente pluralista, che pone al riparo dalle decisioni assunte dalle maggioranze politiche contingenti i principi (diritti, interessi ecc.) cari a ogni componente politica che ha concorso alla sua formazione, spetta alla legge voluta dalla maggioranza che vince le elezioni scegliere il punto di equilibrio che più soddisfa il suo programma politico, mentre il compito della Corte costituzionale è di

²⁶ Di quale giudizio di legittimità costituzionale? Sicuramente di quello che ha ad oggetto – secondo lo schema concettuale tradizionale – la legge 5/2013, con la quale l'Italia ha disposto l'autorizzazione all'adesione e la piena ed intera esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, che contiene però anche una disposizione di adattamento ordinario diretta alla esecuzione della contestata sentenza della CIG. E forse anche delle norme interne che disciplinano il risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, nella parte in cui sono rese inapplicabili a causa di quella sentenza.

²⁷ Punto 3.1 del "diritto".

verificare che questo equilibrio rappresenti un bilanciamento ragionevole tra gli opposti interessi e non comporti il sacrificio eccessivo di uno di essi²⁸. Nella giurisprudenza costituzionale è questa funzione che emerge con chiarezza come tipica del giudice delle leggi: al legislatore spetta di scegliere quale bilanciamento operare tra gli interessi, alla Corte controllare che esso non "trasmodi" in irragionevolezza. Questo controllo si snoda per una serie di tappe che inizia con l'accertamento della "topografia" degli interessi in gioco (premessa decisiva, perché significa includere/escludere determinati interessi dal novero di quelli che vanno considerati²⁹) e prosegue attraverso il giudizio sulla congruità del mezzo legislativo prescelto rispetto al fine, sulla proporzionalità dei sacrifici imposti agli interessi soccombenti rispetto ai vantaggi conseguiti, sulla configurabilità di soluzioni meno "costose" in termini di sacrifici ecc.³⁰ La legge sottoposta alla Corte costituzionale incorpora un "bilanciamento" tra principi e lo traduce in una *regola*; la Corte valuta che questa regola non sia troppo squilibrata, non privilegi un unico interesse a danno di ogni altro, lasci un minimo vitale di protezione all'interesse soccombente, ecc.

Qui sta il punto. Com'è stato giustamente messo in risalto³¹, la sentenza della CIG, che rappresenta la norma assunta dalla Corte costituzionale ad oggetto della sua valutazione, non esprime un *principio*, ma una *regola*. In fase di accertamento della *consuetudine internazionale*, la CIG dichiara l'assoluta prevalenza dell'immunità degli Stati per fatti commessi dalle proprie forze armate nel contesto del conflitto armato senza operare alcun bilanciamento con altri interessi o principi, quali – ad esempio – quelli che si riassumono nella tutela dei diritti umani fondamentali³². La Corte costituzionale non contrappone al bilanciamento compiuto dalla CIG un suo proprio bilanciamento tra interessi e principi (che si collocherebbero tra l'altro in ordinamenti diversi³³): valuta invece se quel bilanciamento è tollerabile nel quadro dei principi della Costituzione italiana. È già nella prima fase del giudizio sul bilanciamento degli interessi che la *regola* accreditata dalla CIG fallisce il test a cui la Corte costituzionale la sottopone: la drastica prevalenza degli interessi degli Stati esclude che si possa procedere ad un bilanciamento con gli altri interessi che la Corte costituzionale ritiene debbano – in base alla Costituzione italiana - entrare nella "topografia

²⁸ Rinvio a R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* 1/2007, 11 ss.

²⁹ "...the articulation of the interests may be an even more important function for the courts than the balancing process itself": K.L. KARST, *Legislative facts in constitutional litigation*, in P.B. Kurland (ed.), *The Supreme Court and the Constitution*, Chicago 1960, 7.

³⁰ Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di bilanciamento degli interessi, mi sia consentito rinviare a *Diritti e argomenti*, cit.

³¹ Cfr. L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *SIDI Blog* 15 dicembre 2014, ma già L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, *La Comunità internazionale*, 2012, 203 ss.

³² In effetti il rapporto tra diritti umani fondamentali e principio di immunità degli Stati ha acquisito di recente una posizione di rilievo nella letteratura internazionalistica, soprattutto per il problema di individuare i rimedi contro la violazione dei primi: cfr. per tutti E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, 825 ss., e, con specifico riferimento alla sent. CIG, L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato cit.*, 208-219, che pongono in risalto anche la debolezza teorica dell'argomentazione della CIG nella parte in cui pongono su piani diversi il principio processuale dell'immunità degli Stati e quello sostanziale della tutela dei diritti delle vittime, negando pertanto che ci sia un vero e proprio conflitto.

³³ Si veda a tela proposita P. PALOMBELLA *Senza identità. Dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tra consuetudine, jus cogens e principi 'supremi'*, in *Quad. Cost.* 2015, 823 ss.

del conflitto", cioè il rispetto dei diritti fondamentali e il diritto alla tutela effettiva di essi davanti ad un giudice³⁴.

C'è un equivoco che si annida nella scrittura dell'art. 10.1 Cost., e che è stato messo magistralmente in luce già da Rolando Quadri³⁵: i *principi* e le *consuetudini* non sono categorie omogenee. Senza pretendere di riassumere qui una letteratura sterminata che si è venuta formando, specie negli ultimi decenni, sulla natura della distinzione tra *principi* e *regole*, il dato fondamentale è che mentre le *regole* fissano un determinato bilanciamento tra gli interessi in gioco - nel senso che indicando le modalità e i limiti della prevalenza di un interesse sull'altro - i *principi* sono *Optimierungsgebote*³⁶, che non circostanziano il rapporto tra l'interesse per cui esprimono un *favor* e gli altri interessi in gioco. La sentenza della CIG ha trasformato il *principio* dell'immunità giurisdizionale degli Stati in una *regola* che esclude qualsiasi altro interesse.

Che questa operazione interpretativa, camuffata nelle sembianze di un "accertamento" della regola consuetudinaria³⁷, sia lecita nell'ambito del diritto internazionale è contestabile, specie se - seguendo le indicazioni di Quadri - si muove dal presupposto, tutt'altro che azzardato, di una prevalenza gerarchica dei *principi* rispetto alle *consuetudini*: una regola consuetudinaria che fissasse la prevalenza incondizionata di un principio su ogni altro principio accreditabile nell'ordinamento internazionale ne comporterebbe inevitabilmente la violazione. Ma questa è una prospettiva che interessa poco o nulla alla Corte costituzionale italiana: essa ha in cura il delicato rapporto tra i principi della Costituzione italiana e le modalità in cui essi sono bilanciati nelle diverse regole poste dalla legislazione: l'invalidità è la sanzione che colpisce le regole generate dai meccanismi legislativi italiani, il divieto di ingresso nell'ordinamento interno la sanzione comminata alle norme *extra ordinem*. Il punto di vista della Corte costituzionale è obbligato: dal testo della Carta costituzionale, dalla teoria interpretativa che su di esso si è sviluppata, dalla sua stessa storia.

5. A che uditorio si rivolge la Corte costituzionale?

Nell'ordinamento italiano non c'è una disposizione che fondi espressamente l'attribuzione alla Corte costituzionale del controllo sulle norme d'importazione, quale per es. l'art. 100.2 del *Grundgesetz*: ma, come si è visto, è il sistema che impernia sulla Corte costituzionale il congegno che, per iniziativa del giudice ordinario a cui è richiesto di applicare la norma *extra ordinem*, consente all'ordinamento di resistere all'ingresso della norma incompatibile con i principi costituzionali. Il sistema comprende anche un profilo che sinora non ho preso

³⁴ Com'è noto questa era la posizione assunta, prima della sentenza della CIG, dalle sezioni unite della Cassazione civile italiana nella sent. *Ferrini* (5044/2004), confermata poi dalla sent. 11163/2011 della sez. I civ.

³⁵ *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968⁵, 106 ss.

³⁶ Secondo la ben nota terminologia di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1985, 79 ss.

³⁷ Pone giustamente in luce come sia paradossale che la CIG "accerti" la sopravvivenza di una consuetudine internazionale nonostante i materiali normativi provenienti dalle giurisprudenze nazionali mostrino chiare tendenze al superamento di essa A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 11/2014. Che tra i benefici derivanti dalla sent. 238/2014 si possa ascrivere anche quello di "*partecipare attivamente ad un processo di trasformazione della regola consuetudinaria*" è sostenuto da A. TANZI, *Sulla sent. Cost. 238/2014: cui prodest?*, *ivi*, § 3.

in considerazione: il controllo sul comportamento tenuto dagli organi costituzionali in campo internazionale.

È chiaro che spetta al Parlamento il controllo *politico* sulla politica estera del Governo: ma quando la politica estera produce atti giuridici che si traducono in norme che i giudici devono applicare nei giudizi instaurati davanti a loro, è inevitabile che la Corte eserciti su di essi un controllo equivalente a quello che è tenuta a svolgere sugli atti legislativi interni. Perciò rientra nelle sue attribuzioni *ex art. 134 Cost.* il sindacato sull'uso (costituzionalmente) legittimo del potere estero quando esso si rifletta sulla tutela di diritti azionabili davanti ad un giudice. L'esigenza è ovvia: si tratta di evitare che il Governo, quale principale – se non esclusivo - agente sul piano internazionale, e la "sua" maggioranza parlamentare si liberino dei lacci che la Costituzione pone all'azione normativa sul piano interno con il semplice spostamento delle decisioni fuori dai confini nazionali. È la stessa esigenza che spinge i Parlamenti ad "inseguire" i loro rispettivi Governi nelle principali organizzazioni internazionali istituendo in esse assemblee parlamentari a loro collegati: in un sistema costituzionale in cui i diritti sono tutelati giurisdizionalmente anche il controllo di costituzionalità dei processi normativi deve "inseguire" il Governo (e la "sua" maggioranza parlamentare).

Letta in questa prospettiva, la sent. 238/2014 rivela tutte le modalità con cui questo controllo si può svolgere. Posto che l'immissione nel nostro ordinamento di norme internazionali non scritte, e quindi non prodotte con procedimenti formali di cui lo Stato sia parte, non possono entrare nel nostro ordinamento se risultano incompatibili con (un corretto bilanciamento tra) i principi costituzionali, la Corte costituzionale invalida anche l'ordine di esecuzione – disposizione dello Stato italiano - dello Statuto ONU "nella parte in cui" obbliga i giudici nazionali a adeguarsi alla consuetudine internazionale "accertata" dalla sentenza CIG. Le due pronunce visibilmente non stanno insieme, perché la prima – la norma internazionale non entra nel nostro ordinamento, infatti non integra il parametro costituzionale – contraddice la seconda – è illegittimo l'ordine di esecuzione, perché consente che la sentenza CIG, riconoscendo la norma internazionale, vincoli il giudice nazionale. Mentre autonomo e rilevante significato assume la terza pronuncia, che dichiara l'illegittimità della specifica disposizione che accompagna l'ordine di esecuzione del Trattato sull'immunità degli Stati, dando espressa e acritica attuazione alla sentenza CIG. Benché la disposizione legislativa sia fraseggiata come se si trattasse davvero di una fattispecie generale e astratta ("*quando la CIG, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile*"), la Corte, sulla base dei lavori preparatori e delle circostanze della sua emanazione, la riconosce come "*una disposizione di adattamento ordinario, diretta alla esecuzione della sentenza della CIG del 3 settembre 2012*", il cui obiettivo è di interferire con i giudizi civili in corso e su quelli eventualmente già decisi. Per di più la disposizione non esclude l'ipotesi in cui la CIG "*abbia affermato l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati in relazione ad azioni risarcitorie di danni prodotti da atti che siano configurabili quali crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, anche ove posti in essere dalle forze armate dello Stato sul*

territorio dello Stato del foro", senza prevedere "alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati"³⁸.

Qui l'oggetto delle censure della Corte costituzionale non è più la sentenza CIG, ma il comportamento degli organi politici italiani e del Governo in particolare. Anche se al Governo non può essere imputata dalla Corte la soccombenza nella lite davanti alla CIG (benché essa potrebbe almeno in parte essere il frutto di una scelta difensiva volutamente debole), certo gli può essere attribuita la responsabilità di dare immediata esecuzione alla sentenza CIG con un norma rigidissima, che intende bloccare ogni ulteriore rivendicazione da parte delle vittime e dei loro eredi. Un divieto esplicito di esercitare il diritto di difesa dei propri diritti, principio fundamentalissimo sancito dall'art. 24 Cost., che la legge italiana non cerca neppure di affievolire garantendo una qualche forma di ristoro: quella "tutela equivalente" che pure la sentenza CIG sembra adombrare e che porrebbe sulle spalle dello Stato italiano l'onere di equilibrare ciò che la ragion di Stato ha tolto alle persone coinvolte³⁹. In fondo è proprio questa la questione: se lo Stato italiano, anziché porre in atto la disposizione legislativa che ha provocato la censura dalla Corte costituzionale, avesse predisposto gli strumenti per indennizzare le vittime dei crimini di guerra nazisti (tramite nuovi negoziati con la Germania – soluzione adombrata dalla stessa sentenza CIG - o assumendosene direttamente gli oneri derivanti dai danni subiti dai suoi cittadini in conseguenza delle attività condotte dallo Stato sul piano internazionale⁴⁰), la questione si sarebbe risolta senza il rischio di sovvertire i fondamenti delle relazioni tra gli Stati e pur non avendo ancora il diritto internazionale sviluppato un sistema adeguato di rimedi per le violazioni dei c.d. diritti umani⁴¹.

³⁸ Tutte le citazioni sono tratte dalla sent. 238/2014, punto 5.1 del "diritto".

³⁹ Cfr. F. SALERNO, *Giustizia costituzionale cit.*, 51 s. Interessanti a proposito del rapporto tra iniziativa giudiziaria delle vittime e iniziativa politica, che è venuta a mancare, le considerazioni di R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur.cost.* 2014, 3908 ss.

⁴⁰ Cfr. in questo senso E. CANNIZZARO, *Jurisdictional immunities and judicial protection: the decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014*, in *Riv. Dir. Int.* 2015, 131.

⁴¹ Cfr. in questo senso E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÉ, *Of Rights and Remedies cit.*, 841.