

GIANCARLO GUARINO

## Corte costituzionale e Diritto internazionale: diritto internazionale e diritto interno un amore contrastato?

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La scelta della norma da applicare: la giurisprudenza in materia di immigrazione. – 2.1. Il caso del diritto alla migrazione. – 3. La sentenza sulla legge elettorale. – 4. La sentenza sul caso Germania Italia. – 5. Il ragionamento della Corte e i dubbi che suscita. – 5.1. L'autorità della CIG bel definire l'immunità per atti iure imperii. – 5.2. La conclamata mancanza di tutela giurisdizionale dell'individuo. – 5.3. La possibilità di non applicare la norma derivante dall'applicazione dell'art. 10.1 Cost. anche se di formazione anteriore alla Costituzione. Il conflitto con il principio della certezza del diritto. – 5.4. La funzione ricostruttiva delle norme internazionali ad opera delle giurisprudenze nazionali. – 5.5. La «constatazione» del mancato ingresso della norma nel nostro ordinamento. – 6. Conclusioni, per una maggiore riflessione

### 1. Cenni introduttivi

In un recente lavoro sulla sentenza 1/2014 della Corte costituzionale, in materia di legge elettorale<sup>1</sup>, facevo notare quella che definivo una scarsa simpatia della Corte stessa verso il diritto internazionale, o almeno una certa tendenza a considerarsi (e quindi a considerare l'ordinamento giuridico italiano) l'ultimo e definitivo giudice delle norme applicabili e quindi anche delle norme internazionali richiamate<sup>2</sup>, sia pure, in quel caso, senza riferimenti ai cdd. *con-*

<sup>1</sup> G. GUARINO, *Corte costituzionale e leggi elettorali: note di un internazionalista a margine di una recente sentenza*, in *Consulta Online*, 2014.

<sup>2</sup> Per una curiosa coincidenza, merita di essere citata, nei giorni del 20 e 21 novembre 2014, in un «blog» del *European Journal of International Law*, un articolo di commento alla S/RES/2178 sul tema della criptica nuova figura dei «*Foreign Terrorist Fighters*», rispetto ai quali l'illustre autrice, si domanda seriamente benchè con una punta di ironia se, anche in assenza di una legislazione *ad hoc*, sia obbligatorio per gli stati vietare di viaggiare a dette persone... nella qualità, neanche si trattasse di una categoria etnica o nazionale specifica.

Ironia o no, sta di fatto che i nostri politici non hanno mancato di adeguarsi alla «moda», producendo una legge 17.4.2015 n. 43, legge tanto improbabile quanto superflua per immaginare di porre rimedio al problema delle persone che si recano all'estero per «combattere» o che vengano in Italia per farlo, sembra, infatti chiaro, che la legittimità costituzionale di una cosa del genere è molto discutibile.

Ora, posto che nel secondo caso bastano le normali leggi in materia di controllo del

*trolimiti*, usati a piene mani nella giurisprudenza di cui *infra* § 4. Cosa in sé, nonché legittima, legittimissima, benché, come mostrerò tra qualche rigo, di molto dubbia condivisibilità; e dunque, in ultima analisi *non legittima*. Intendo: non legittima alla luce del nostro ordinamento costituzionale.

Nel caso di specie, colpiva il fatto che la Corte, pur statuendo l'illegittimità della norma italiana *in contrasto con una sentenza della CEDU* (della quale, peraltro accettava talune impostazioni, pur senza rilevarne alcune osservazioni, nonché insultanti, assurde sia della Corte stessa che dei «difensori» italiani della legge italiana) non faceva alcun riferimento al diritto internazionale vigente, scritto e non: l'illegittimità della norma era, infatti, ricavata dal *solo diritto interno* italiano.

Non intendo tornare sulla questione, ma solo rammentare come, ovviamente suscettibile di ogni critica, la mia convinzione fosse che, una lettura attenta delle norme internazionali, avrebbe *non solo* permesso alla Corte di giustificare con maggiore ampiezza la propria decisione, *ma anche* conferito a quella decisione un contenuto più vasto e preciso, che le avrebbe permesso di evitare le molto discutibili «riserve di futuro giudizio» scaturenti da quella decisione.

Sul primo punto, infatti, la Corte sulla base del diritto internazionale generale avrebbe, a mio parere, potuto più validamente tranciare in radice il problema, prendendosi anche la soddisfazione (stavo per dire lo «sfizio») di cogliere in fallo la stessa CEDU: ma non lo ha fatto, proprio, come dico, per la sua diffidenza verso il diritto internazionale, diffidenza non certo di fresca data.

Sul secondo punto, parlavo addirittura di una sorta di eccesso di potere della Corte, nella misura in cui, affermando in termini generici che certe norme avrebbero potuto essere considerate accettabili se solo avessero rispettato certi parametri da valutare in eventuali ulteriori sentenze, affidava alla Corte quella che, invece, è una funzione puramente ed *esclusivamente* legislativa. Alla Corte, insomma e a mio parere, compete di valutare solo se una legge o norma<sup>3</sup> dello stato è compatibile con la Costituzione, *ma*

territorio, non si vede francamente, come si possa impedire a qualcuno di andare a combattere all'estero, alla luce delle proprie libere convinzioni. Sul punto, v. anche G. GUARINO, *Terrorismo o guerra*, in *www.lindro.it*, 12.12.2014.

Al di là della improbabile ragionevolezza della definizione, stride il discorso fortemente con l'atteggiamento di assoluta chiusura, che, come si vedrà tra poco, caratterizza la nostra giurisprudenza costituzionale.

Una conferma dell'atteggiamento, condiviso da parte della dottrina costituzionalistica, si veda tra gli altri, T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 2015, 1, in <http://www.giurcost.org/studi/groppi.pdf>.

<sup>3</sup> Non tratto ovviamente della questione, discussa, se si debba trattare di una vera e pro-

*non* di indicare in parametri, da costruire *ad hoc* al momento opportuno, il metro di valutazione di una futura legge elettorale.

La Corte, in realtà, ha giocato una «partita politica», lo comprendo bene. Ma alla Corte la politica non compete: neanche quella. Le leggi le fa il legislatore e basta: ciò emerge chiaramente e senza equivoci dalla nostra Costituzione, tutta centrata sulla rigida divisione dei poteri. Il fatto che da qualche anno (meglio: decennio) questa divisione sia divenuta di fatto assai più labile, *colpevolmente* labile, specie tra il legislativo e l'esecutivo, è responsabilità di chi gestisce e *controlla* la macchina dello stato e in particolare da chi la *garantisce* o dovrebbe farlo, ma non cambia la sostanza del problema.

È perciò un fatto, non certo inusuale, che la Corte costituzionale, non abbia mai mancato di perseguire la strada delle sentenze legislative, o additive che dir si voglia. Talvolta, con affermazioni, in riferimento (torno all'oggetto che direttamente mi riguarda) al diritto internazionale a dir poco discutibili: dimostrazione, come dicevo, di un atteggiamento culturale poco propenso a tenere conto in maniera netta (talvolta si ha l'impressione anche di scarsa conoscenza) del diritto internazionale.

Una giurisprudenza «evolutiva», capace di ampliare e migliorare il contenuto dell'intero sistema legislativo dello stato è solo benvenuta, specie per un internazionalista abituato a vedere il diritto crescere e svilupparsi nella prassi, ma non quando, travalichi ad uno dei fondamenti del sistema (forse non soltanto di quello interno) come quello della divisione dei poteri. E ciò – e con questo concludo l'invasione di campo nel diritto costituzionale cospargendomi il capo di cenere – perché, travalicare da ciò, nel caso dei rapporti tra potere giurisdizionale e legislativo, implica violare il principio democratico dell'art. 1 Cost., che, ecco che rispunta il diritto internazionale, si esprime rispetto a quest'ultimo aspetto nell'obbligo del rispetto della volontà popolare. Un tribunale, per autorevole che sia, è troppo lontano dalla volontà popolare per poterne essere considerato una espressione «democratica», specialmente se innova o addirittura costruisce parti intere del diritto materiale.

## 2. *La scelta della norma da applicare: la giurisprudenza in materia di immigrazione*

Il tema in realtà è, o almeno rischia di essere, né più né meno quello dei rapporti tra ordinamenti: il vecchio tema, insomma, del monismo o dua-

pria legge o no, così come se l'art. 10.1 determini un rinvio o la introduzione di una norma, ecc. In ogni caso, il risultato non cambia ai fini del presente discorso.

lismo dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento internazionale. Complicato dalla tendenza recente, sempre più invadente, a considerare, *da un lato* separati e distinti e autonomi i vari ordinamenti o settori dell'ordinamento, internazionale, dei quali si descrive talvolta una sorta di «vita parallela» non riconducibile ad unità organica. *Da un altro lato* la tendenza a ritenere il rapporto tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti interni tutto a vantaggio di questi ultimi, nel senso che *ultimo giudice*, come accennavo sopra, della legittimità della norma, è l'ordinamento nazionale, e la relativo sovranità (*popolare*, dalla quale discende la possibilità di fare legittimamente valere la sovranità nel senso del diritto internazionale).

Sul primo punto, basti dire che, posto pure che gli ordinamenti specifici siano del tutto indipendenti e autosufficienti (con una interpretazione, come già ho avuto modo di osservare, vagamente onanistica dell'autopoiesi) l'uno rispetto all'altro, la cd. *frammentazione*, sta in fatto che, se e quando (ed è inevitabile che ciò accada, ad esempio come mostrato in un recente studio in tema di rapporti tra diritto dell'ambiente e diritto del commercio internazionale<sup>4</sup>) i vari ordini o sistemi entrino in contatto, una regolamentazione dei loro reciproci rapporti è inevitabile e necessaria (magari di fatto, ma certa). Il che riporta gli stessi ad una unità, necessaria: magari in un «ambito» più alto con il rischio, che dunque mi induce a scriverlo con estrema cautela, di moltiplicare i vari «gradi» o «ranghi» delle norme, all'infinito. Non diversamente da come gli stati, o meglio i soggetti di diritto internazionale, pur ciascuno sovrano nel suo ambito e indipendente, deve trovare (o trova puramente e semplicemente) una sua *regola* nelle norme dell'ordinamento internazionale, che ne disciplina i comportamenti, verosimilmente (e lo scrivo con moltissima cautela) non in termini gerarchici ma di logica coordinatrice: in altra occasione ho suggerito, cautamente, una logica «strumentale»<sup>5</sup>. L'esempio che proponevo nella sua banalità mi sem-

<sup>4</sup> C.M. PONTECORVO, *Climate change mitigation and international trade: Conflicts and resolution mechanisms*, Satura, Napoli, 2013.

<sup>5</sup> G. GUARINO, *Per una ricostruzione in termini di sistema dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, I, p. 279 ss. Intendo dire, anche qui senza approfondire ulteriormente, che non mi pare coerente, rispetto ad una società (meglio, comunità) di enti che rispondono al criterio ben noto «*rex in regno suo superiorem non recognoscens est imperator*» e che perciò si definiscono sovrani, affermare poi che i soggetti possano subire delle *limitazioni* alla propria sovranità, o regole *imposte* ai propri comportamenti. Contrattualmente, certo, un simile ente può accettare di limitare la propria autonomia, posto che il contenuto della sovranità è quello che è in un determinato momento storico. Quel contenuto non è espresso in una norma che si impone o viene imposta ai soggetti o anche viene concordata in un trattato (ad es. Convenzione di Montevideo, 26.12.1933) ma è il risultato di una prassi o di una convinzione (o anche di una consuetudine) collettiva in cui non è accettabile l'idea di un ente esterno che imponga quel contenuto. Il che non esclude minimamente che un *ente esterno* possa, in futuro, *imporsi agli al-*

brava convincente: se il diritto a frequentare una scuola è certo, è altrettanto certo che *prima* c'è il diritto-bisogno ad avere la strada per raggiungerla, per cui il diritto alla scuola *si sposta strumentalmente* sul diritto alla strada. Se li ponessimo, quei diritti, in una relazione gerarchica (e sia chiaro si tratta solo di un esempio, volutamente banalizzato) quello alla scuola prevarrebbe, ma ne resterebbe vanificato: si costruisce la scuola, ma non ci si può arrivare.

Insomma, delle due l'una: o si afferma che il diritto internazionale non esiste, o il diritto internazionale deve pure servire a qualcosa, e precisamente a regolare-discriminare-ordinare-coordinare i rapporti tra i soggetti di esso, *tutti uguali e sovrani*. L'anarchia, può anche esserci apparentemente, ma c'è in termini processuali, non sostanziali. È, insomma, il *modo* in cui le norme si producono, che è «anarchico», non le norme stesse, che per definizione anarchiche non possono essere.

Ma senza entrare in una discussione teorica complessa, e restando ad una valutazione semplice della realtà dei fatti, giuridicamente impostati, è indubbio che se un soggetto fa parte di un certo ordinamento, composto da norme derivanti dalla concorde ed esplicita volontà dei soggetti e dalla affermazione in via di fatto (consuetudinario o non che sia il procedimento della formazione di quelle norme) di determinati comportamenti come obbligatori per *tutti* i soggetti dell'ordinamento stesso, quei comportamenti *sono* obbligatori. Magari non necessariamente imposti o «imponibili» in via gerarchica, ma certamente in ragione di una necessità ordinamentale (o sistemica, appunto) che richiede di adeguarsi a certe regole, per il solo fatto di fare parte di una certa comunità, che per essere necessaria, impedisce ai soggetti di sottrarsi. Perfino le posizioni più «oltranziste» non riconoscono al *persistent objector* alcun diritto di sottrarsi alle norme la cui formazione ha osteggiato.

In altre parole, al momento del conflitto «supremo», quando cioè in

*tri*, divenendo così esso l'*imperator* del brocardo, e determinare così quella verticalizzazione del sistema, che si sostanzia nel potere (effettivo) di un ente di pretendere da altri enti un determinato comportamento. Ma questi sono, lo ripeto, solo spunti di riflessione tutti da approfondire, in una situazione storica in cui la Comunità internazionale sembra ben lontana da quella verticalizzazione, per scelta esplicita dei soggetti di essa. Piegando, se mi è consentito, al mio fine Gunther TEUBNER (*Recht als autopyetisches System*, Suhrkamp, Berlin, 1989, p. 1 ss.) si potrebbe dire, sostituendo «soggetto» a «diritto»: «Das Recht wird ... nicht durch externe Autoritäten bestimmt, nicht durch die Autorität der Texte, nicht durch weltliche Macht, nicht durch das Recht der Natur, nicht durch göttliche Offenbarung, sondern Recht entspringt *der Willkür seiner eigenen Positivität*. Die Geltung des Rechts verdankt sich seiner Selbstreferenz ... Recht ist vergangenheitsabhängig, *aber nicht voraussagbar*. Die Unbestimmtheit des Rechts hinge danach unmittelbar mit seiner Autonomie zusammen».

nessun modo sia più possibile trovare forme interpretative tali da «conciare»<sup>6</sup> norme diverse, con i corrispondenti diversi obblighi e diritti, la norma dell'ordine più generale (e dunque di quello internazionale) fa necessariamente premio su quella interna del singolo soggetto. Gerarchicamente, insomma, non «superiore» (proprio nella misura in cui è essa stessa frutto della, almeno, non opposizione alla sua formazione, in un sistema in cui ciascuno contribuisce e deve poter contribuire alla formazione delle norme generali) ma *processualmente* prevalente o meglio precedente in quanto strumentale. Quella norma, infatti, non prevale perché più «importante», ma solo perché in quel momento e in quella specifica circostanza, è necessaria: ogni soggetto, infatti, può (e deve) contribuire a modificarla, ma *fin tanto che sia lì, la deve applicare*.

Diversamente quella anarchia procedurale, che incide sulla *formazione* delle norme, diventerebbe anarchia sociale (ammesso, e francamente non concesso, che il *disordine* possa esistere in natura) e quindi anarchia normativa. Saremmo alla assenza di norme, altrettanto impossibile come l'assenza di regole della fisica, come il nulla.

Il risultato ultimo – occorre dirlo fin da ora e con grandissima preoccupazione – della giurisprudenza costituzionale in esame, è *esattamente quello di propugnare*, affermare come un valore, *la anarchia assoluta*: le regole, dice come vedremo la Corte costituzionale, ci sono *solo se ci piacciono* altrimenti non ci sono (o non le applichiamo, che è lo stesso) posto che nulla e nessuno ce le può imporre. Ma ciò equivale ad affermare esattamente *l'anarchia*, senza se e senza ma.

Se è, dunque, vero che ogni soggetto, in quanto sovrano e indipendente (e dunque *perciò* soggetto) dispone di una propria volontà suprema (la Costituzione, ad esempio) questa non può essere la volontà suprema dell'universo, ma necessariamente, di fatto, concorre alla formazione di una volontà suprema, o meglio *ultima* dell'intero ordinamento internazionale, che non coincide necessariamente (per non dire che non coincide mai) con quella del singolo: naturalmente nella stessa misura in cui la volontà del singolo *contribuisce* alla formazione della volontà generale<sup>7</sup>, *contribuisce* anche in

<sup>6</sup> Conciliare non «bilanciare» (come molto piace alla nostra Corte nella sua frenesia *legislatoria*) nel senso di svolgere quell'attività di composizione dei contrasti e delle antinomie *in via interpretativa*, mentre per «bilanciamento» si intende la *scelta tra diverse norme o soluzioni*, che, a mio parere, è cosa strettamente tipica del potere legislativo, mentre la prima è classica, e quindi dovuta, di quello giurisdizionale.

<sup>7</sup> Che in quanto tale è un fatto, solo per comodità espositiva definibile volontà: la norma generale – consuetudinaria – non è una *volontà* manifestata esplicitamente, ma un fatto, ricavabile dal comportamento effettivo dei soggetti agenti. Ovviamente, se scaturisse da una volontà esplicita, benché tacita, dei soggetti sarebbe un accordo tacito, mentre così è una *Vereinbarung*, come direbbe H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Leipzig,

ogni momento (mi riferisco evidentemente alle norme non scritte, ma almeno in parte, anche a quelle scritte) a cambiarla e innovarla. Talché, affermare un norma come eterna, non ha senso: ogni norma cambia continuamente al cambiare della volontà *effettiva* dei soggetti. Affermare, ribadisco, che una norma c'è ora, allora e per sempre, è affermare una cosa priva di senso.

Tanto più, e concludo su ciò, che la norma «suprema» del singolo soggetto, concorre a formare la norma «ultima» dell'ordinamento internazionale e pertanto in nessun caso può essere ostativa alla valenza di quella «ultima» del diritto internazionale, con l'intesa che mi riferisco alla norma che regola in ultima istanza quella fattispecie, senza alcuna allusione ad una norma base dell'intero ordinamento, per metagiuridica che sia.

In altre parole e venendo al concreto, il diritto di sovranità del singolo soggetto (specie se inteso come nella nostra costituzione, come risultato della volontà del popolo, per parafrasare il comma 2 dell'art. 1 Cost., come «cosa» del popolo) non può fare ostacolo ad una norma che *di tutte quelle singole sovranità è il risultato* benché, ovviamente, non la somma. Per dirla in termini differenti: il popolo in considerazione è solo *uno dei popoli*, che costituiscono la collettività universale e concorre, quindi, con gli altri alla formazione della norma.

### 2.1. *Il caso del diritto alla migrazione*

Quando, perciò, la Corte costituzionale afferma che il principio di sovranità fa sì che ogni stato possa decidere in piena autonomia se e chi ammettere sul proprio territorio, dice una cosa perfettamente corretta, sul piano del diritto interno se il nostro ordinamento fosse l'unico sulla terra, ma dato che non lo è, quel principio va *conciliato* (ma in termini normativi, come detto prima) con gli altri principi provenienti dal diritto internazionale. *Conciliato*, non sottoposto o bilanciato con altri, che potrebbero strumentalmente, richiedere di essere applicati prima.

È il caso cui alludo, con riferimento alle sentenze (come ad esempio le 249 e 250 del 2010) dove si afferma che, posto pure che i diritti dell'uomo richiedano l'accoglienza di chi lascia il proprio paese, ogni stato è sovrano

1899 pp. 51 ss., 53: «Während der Vertrag der Erfüllung *entgegengestetzter Interessen* dienen soll, ist die Vereinbarung bestimmt, *gemeinsame oder gleiche Interessen* zu befriedigen...Die Einigung der Gesellschafter über die Geschäftsführung..., die Einigung der Eltern über die religiöse Kindererziehung, mehrerer Mitvormünder über Vormundschaftsangelegenheiten ist Vereinbarung...» e così via. Ma appunto, la «volontà» comune, nel senso del diritto internazionale generale è un fatto, non un atto.

nel decidere chi accogliere, e la sua sovranità, dunque, fa premio sul diritto a lasciare il proprio paese.

I problemi, rispetto ad una simile osservazione sono due: *a.- sostanziale*: a qual titolo si può affermare che la sovranità statale faccia premio su certi diritti dell'uomo, e, *b.- processuale*: in che maniera sono «bilanciabili» tra di loro (ammesso che lo siano, e a me pare di no) quei diritti, posto che appartengono ad ordini giuridici diversi.

A meno di intendere, come dicevo prima, che la comunità internazionale non esista, in quanto sarebbe solo una somma di monadi completamente impermeabili le une alle altre e in un ambiente in cui anche solo un coordinamento non vi sia, la stessa sovranità, lo stesso *principio di sovranità*, deve essere coordinato con altri principi. Ribadisco: deve essere coordinato, non può essere esso stesso a coordinarsi liberamente con gli altri. Non può essere, insomma, lo stesso singolo stato a *decidere* quale dei due o più principi applicare, posto che *non sono entrambi sotto la sua disponibilità esclusiva*. La sovranità dello stato può ben essere considerata una prerogativa assoluta dello stato stesso che ne può disporre come meglio crede (nulla osta, infatti, nel diritto internazionale che, ad esempio, uno stato si annulli, si scioglia in un altro o, al limite, si autodistrugga: parlare di *diritti indisponibili* nel diritto internazionale non è pensabile, a differenza di quanto accade nel diritto interno) ma è sempre parte di un più ampio sistema, dove gli altri stati hanno l'obbligo di non attentarvi e dove dunque, quella stessa prerogativa, viene *garantita*. Altro che monade, lo stato ottiene aiuto e difesa dalla Comunità internazionale quando la sua sovranità sia messa a rischio.

Quando perciò, un principio universale in materia ad esempio di diritti dell'uomo (ma, ripeto, *un principio universale* non una semplice norma contrattuale) viene in considerazione, *non può essere lo stesso stato a decidere quale applicare e come applicarlo*, meno che mai, come afferma la nostra Corte, a bilanciarlo. È fuori del potere dello stato prendere quella decisione, e a maggior ragione è del tutto fuori della portata della Corte costituzionale *bilanciare*: non ne ha il potere. La scelta, in altre parole, è *legislativa* non di legittimità: sia legislativa di diritto internazionale che di diritto interno. Con riferimento a quest'ultimo, lo stato, certo, può ben decidere di violare una norma (è nella sua possibilità, anche se si tratta di un atto illegittimo del quale dovrà rispondere) ma alla Corte costituzionale compete solo di constatare *se quella violazione è legittima* dal punto di vista del nostro ordinamento giuridico costituzionale, non di *violare essa stessa la norma* (o di determinarne la violazione), *nemmeno*, addirittura, *nel caso in cui una nuova norma costituzionale fosse realizzata in violazione di una norma di diritto internazionale*, stante l'ostacolo insormontabile dell'art. 10.1, che obbliga al rispetto delle norme generali di diritto internazionale

grazie al procedimento automatico per il quale la norma internazionale è, una volta formata, norma di diritto interno di rango costituzionale.

E qui, la affermazione della Corte costituzionale secondo cui spetta allo stato e solo allo stato (e pertanto, in via interpretativa alla Corte costituzionale) decidere se e quali migranti accettare sul proprio territorio sarebbe, sul piano formale, perfettamente corretta e ragionevole *se non vi fosse un gravissimo ostacolo*, un ostacolo insormontabile: l'art. 10.1 della nostra Costituzione, che *impone* (nel senso spiegato più sopra) allo stato, e *quindi alla Corte costituzionale* di applicare le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute; quelle, solo quelle ma incontrovertibilmente quelle.

Qualora dunque si possa affermare (come ho fatto in un altro lavoro esaustivamente<sup>8</sup>) che il principio in materia di diritti dell'uomo universali è quello per il quale *ad ogni uomo deve essere consentito di lasciare il proprio paese*, con la conseguenza per cui, se gli viene impedito è compito della Comunità internazionale agire per *garantire* quel diritto *contro lo stato che impedisce l'espatrio* è impossibile non dedurre che, posto il diritto ad uscire, bisogna che venga garantito anche quello ad entrare, *tertium non datur*. Qui, dunque, si può discutere sul *dove* non sul *se*. Se gli stati sono in grado di trovare accordi sul come regolare i flussi di migranti, ben venga la regolamentazione (cui, dunque, non potrebbe in nessun caso ostare la diversa scelta del migrante) ma se non ne sono in grado e non lo fanno (o semplicemente se non lo fanno) il diritto del migrante va garantito dall'unico «ente» che può farlo: la Comunità internazionale. E la Corte costituzionale *non può sostituirsi addirittura al legislatore internazionale*, stabilendo se e chi accogliere, o, peggio, bilanciando tra diritti *strettamente parlando: incommensurabili*, per la nostra Corte costituzionale. Che, infatti, certamente può decidere sulla legittimità costituzionale della *nostra* legislazione, ma non certamente sulla legittimità costituzionale di quella internazionale, alla luce del nostro ordinamento giuridico.

Altro e diverso discorso, che qui non trova spazio, è quello sulla possibilità o meno da parte dei singoli, di attivare direttamente quei diritti dell'uomo universali là dove manchino gli strumenti per renderli *giustiziabili*.

In conclusione, e a prescindere dal discorso sul contenuto e sulle modalità di applicazione dell'art. 10.1 Cost., sembra a me chiaro come la Corte abbia decisamente omissa di tenere in debita considerazione il diritto in-

<sup>8</sup> G. GUARINO, *Migrazioni, terrorismo e sovranità*, in A. DI STASI e L. KALB, *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna e integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 23 ss., ora con alcune sostanziali modifiche e integrazioni in *Ordine internazionale e diritti umani*, (2015-03-05), pp. 40-65, dal titolo *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione* § 5.1.

ternazionale vigente nella giurisprudenza in tema di immigrazione, determinando una violazione italiana del diritto internazionale generale. È chiaro infatti, che se non ci si acconcia ad accettare o determinare una regola, tutto resta nelle mani dei soggetti agenti, e l'incertezza del diritto la fa da padrona.

Se è molto probabile, infatti, che la questione di cui ho parlato sopra, sia relativamente di minore importanza, dato che coinvolge *solo* problemi di uomini disperati (secondo la logica cinica di chi decide così, ma anche nella altrettanto cinica logica e corrispondente ottica del diritto internazionale, così poco sensibile alle esigenze degli individui) un eventuale e più grave conflitto tra norme di diversi ordinamenti, potrebbe condurre a ben diverse conseguenze e ben più gravi.

Del resto non sono gli esempi che possono mancare quando ad esempio il conflitto tra il principio dell'integrità territoriale entra in rotta di collisione con il principio di autodeterminazione, da un lato, e con quello della rivendicazione alla retrocessione di un territorio, dall'altro, i contrasti possono diventare esplosivi. E quindi o sono, in termini giuridici, *composti* dal diritto internazionale, o restano nella piena disponibilità dei soggetti, dunque liberi di ricorrere all'uso della forza: cioè, in altre parole, di agire nel proprio interesse a prescindere dal diritto.

Pretendere, dunque, come fa la nostra Corte, che il diritto di sovranità prevalga su tutto (una sorta di *estoppel* redivivo) equivale ad affermare che il nostro specifico particolare sistema giuridico è, nel caso, universale: è esso che decide se e quali norme dell'ordinamento internazionale applicare. Posto, beninteso, che si possa o voglia dimostrare che la norma in materia di diritto a lasciare il proprio paese non esiste si può anche decidere di non tenerne conto, ma opporgli solamente come *prevalente* quella sulla sovranità, equivale ad opporre ad un diritto un arbitrio del principe, sulla cui legittimità è almeno lecito dubitare. Nulla osta, ripeto, che si decida come distribuire i migranti tra i soggetti di diritto internazionale, ma non può un singolo soggetto decidere, e decidere per sé.

È dunque, questa, una delle applicazioni più nette della teoria dei *controlimiti*, cui, pare, la nostra Corte sia assai affezionata, come vedremo, nei prossimi paragrafi, una teoria che, appunto, pretende di applicare, sempre che lo ritenga, una sorta di *estoppel* alle norme che non piacciono, anzi, pretende che esista *in limine* un diritto (o meglio allora, una *potestà*!) ad escludere l'applicazione di certe norme in nome di un interesse nazionale<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> V. sul punto le lucide considerazioni di A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra la porta all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (in margine di Corte cost. n. 238 del 2014)* e P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, entrambi in *Consulta on line*, 2014. V. anche, N. COLA-

### 3. La sentenza sulla legge elettorale

I *controlimiti*, invece, non sono invocati dalla Corte nella sentenza sulla legge elettorale (1/14), ma anche qui la diffidenza della Corte, un po' ambigua se mi è permesso, si manifesta in maniera perfino contraddittoria. Quando, in particolare utilizza senza remore il riferimento alle norme internazionali e alla giurisprudenza della CEDU, ma solo per trarne supporto per affermare una presunta libertà dell'ordinamento interno di legiferare in materia elettorale (un altro *estoppel?*). Rispetto alla quale libertà, gli unici parametri sono dati, secondo la Corte, dalle nostre stesse norme costituzionali: non occorre in altre parole, fare ricorso al diritto internazionale, per constatare la illegittimità della legge italiana. Ma allora, il perché di quel riferimento fuggevole e acritico alla giurisprudenza internazionale, resta criptico a meno che non si voglia intenderlo come una sorta di attività precauzionale, per dire che, nonostante tutto, anche al diritto internazionale non osterebbe dato che comunque lascerebbe liberi di decidere la legge che si preferisca.

Ciò, però, ha un riflesso «negativo», nel senso che, il mancato uso del diritto internazionale, come ho cercato di dimostrare nel lavoro citato sopra, induce la Corte ad ipotizzare una flessibilità normativa, sulla quale è più che lecito avanzare serissimi dubbi. La norma internazionale, infatti a mio parere, lega direttamente e inscindibilmente l'espressione della libera volontà del singolo elettore, al risultato. In altre parole, quel legame – che la CEDU nega, affermando la possibilità di legiferare in maniera da garantire *approssimativamente* il rispetto della volontà popolare e affermando anche che sarebbe accettabile e addirittura logico che una legge elettorale sia *predisposta* non solo allo scopo, come dicono i nostri politici, della *governabilità* (concetto, me lo si consentirà, vago e superficiale oltre che indifferente alla volontà popolare) ma *allo scopo* addirittura di *indurre* ad un certo risultato – quel legame, dicevo, alla norma di diritto internazionale generale – espressa, come ho cercato di mostrare, nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* (art. 21) e nella stessa *Convenzione europea sui diritti dell'uomo* (art. 3 Prot. 1) – venendo negato, permette alla Corte di affermare, implicitamente, che una *certa* minore corrispondenza proporzionale tra la volontà dei singoli cittadini e il risultato della votazione, sa-

CINO, *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui «crimina» iure imperii*, in *Quest. giust.*, 2015, 1, in [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-1\\_13.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-1_13.pdf); A. LANCIOTTI e M. LONGOBARDO, *La Corte costituzionale risponde alla Corte di Giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità*, in *Federalismi.it*, 2015, 2, in <http://www.federalismi.it>.

rebbe ammissibile in termini tutti da definire dal legislatore nazionale, sotto il controllo della Corte.

Orbene, se è indubbio che la norma internazionale non indica in maniera netta che solo un sistema proporzionale puro è legittimo, è altrettanto chiaro che indica la necessità di garantire al votante che il suo voto non vada disperso, e cioè non sia inutile, anzi, che non sia ignorato. Beninteso, è ben noto che la CEDU afferma che il fenomeno della dispersione dei voti non è un problema, ma si tratta della medesima corte che afferma che il voto in Italia è notoriamente controllato dalla criminalità organizzata.

Avevo infatti, sommessamente, suggerito che, in una legge elettorale, almeno si dovesse legiferare in modo da tenere conto della volontà *negativa* del votante, al quale non sembra logico imporre di votare necessariamente per una certa persona (inclusa in una «lista bloccata») salva la possibilità (in questo, come noto, la CEDU supera se stessa, ma la nostra Corte non le è da meno) di ... scegliere un'altra lista!

Tutto ciò solo per sottolineare che la nostra Corte avrebbe potuto dal diritto internazionale cogliere occasione per rinunciare ad emettere una sentenza foriera di altre o, in assenza, che lasci il problema irrisolto a danno del cittadino, il quale – sarà solo una coincidenza ma dovrebbe preoccupare non poco – non va più a votare, in presenza di una legge, quella appena approvata, che lo obbliga a scegliere una lista dove il candidato (il capolista) è predeterminato, mentre la lista vincente, sia pure dopo un ballottaggio, ha la maggioranza assoluta in Parlamento: è la somma dei due addendi che fa un totale largamente strabordante.

#### 4. *La sentenza sul caso Germania Italia*

Ultima, solo in termini temporali, è la sentenza recentissima originata dalla ben nota controversia Germania – Italia e dalla conseguente (assurda) legge di esecuzione della convenzione sulla immunità.

Qui, a mio parere, si tocca il massimo punto di lontananza, anzi di separazione orgogliosa (o arrogante?) tra l'ordinamento internazionale e l'ordinamento interno.

Il ragionamento della Corte è troppo noto perché io ne commenti, ed è stato largamente ed assai dottamente commentato da ben più alti ingegni che il mio<sup>10</sup>, poco aduso come sono a *rasoi*, che non siano quelli mattutini, buchi neri e nomogenetiche, più o meno selettive per non parlare dei giudizi costituzionali addirittura del quinto tipo: già fatico a seguire il primo,

<sup>10</sup> Ad esempio v. il «blog» del sito internet [www.sidi.isil.org](http://www.sidi.isil.org).

figuriamoci! Troppo per me, confesso la mia inadeguatezza e provo a dirne due parole sommessamente banali.

Qui, dunque, la Corte si pronuncia addirittura sul significato di quell'art. 10.1 della nostra Costituzione, che, lo si voglia o no, è una finestra, una grande finestra, un balcone, un portone aperto sul diritto internazionale. Finestra che, letta in associazione con altre norme della stessa Costituzione, attesta che l'Italia al diritto internazionale guarda e guarda con interesse e rispetto, o almeno guarderebbe Corte costituzionale permettendo.

Innanzitutto, mi si permetta di ricordarlo, perché contribuisce (più o meno validamente) a determinarlo. Se è vero, come credo sia ancora oggi vero, che le norme, specie quelle generali cioè non scritte (come assai giustamente le chiama la nostra Costituzione, sia pure usando la nota perifrasi «generalmente riconosciute», *ma evitando con cura il termine «consuetudine»*) del diritto internazionale sono frutto *anche*, non solo, dei comportamenti dei singoli soggetti in quanto tali (Italia inclusa, dunque) è vero che lo sono anche degli organi, specialmente giurisdizionali, dei vari stati parte della Comunità internazionale.

In altre parole, l'Italia non si limita a *subire* le norme in questione, ma contribuisce a costruirle, talché due conseguenze: *a.*- non può ignorarle, *b.*- non può non contribuire ad interpretarle e quindi, trattandosi di norme internazionali (non scritte e scritte) a *costruirne* il contenuto esatto, secondo quanto disposto anche agli artt. 31 e 32 della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* con riferimento alle norme scritte.

Per quanto attiene al punto *b* si tratta semplicemente di ricordare che la norma, non scritta, di diritto internazionale è *essa stessa il risultato* (il risultato attuale e definito, benché non definitivo ... la norma cambia ogni secondo minuto, come ovvio) del modo in cui gli stessi soggetti di diritto internazionale quella norma interpretano e applicano dopo avere contribuito (sempre di fatto) a crearla. Quindi il comportamento (e dunque l'interpretazione) dei soggetti di diritto internazionale serve a determinare il contenuto della norma, non diversamente da come l'interpretazione della norma da parte di *altri enti*, ivi comprese le istanze interne (i giudici, ad esempio) determina il comportamento dei soggetti e dei loro organi.

Questa osmosi normativa, per così dire, è normalmente riconosciuta da gran tempo. Il timido giudice *ad hoc* italiano, poi ordinario, nella controversia che dà origine alla sentenza di cui si parla, nell'esprimere la sua convinzione che una certa norma sia *in itinere* o, per usare le parole testuali «is currently “developing”» (confesso il mio disagio rispetto a simili affermazioni: insomma delle due l'una la norma c'è o no: se è *developing* non è o almeno non è quella che uscirà dallo sviluppo, *ma bensì quella che è qui e ora*. Ma, si sa, io con la metafisica poco mi acconcio) lo fa citando una notevole quantità di sentenze di vari giudici nazionali *come prova* o

sostegno della tesi della esistenza o non esistenza della norma e del suo contenuto. La *Paquete Habana* insegna, mi pare.

Voglio dire: se il diritto internazionale si fonda, almeno in parte, sugli ordinamenti interni dei soggetti (tanto più che la stessa CIG largamente ne usa in applicazione dell'art. 38.1.c ed e), non si vede perché questi ultimi non *debbano* fondare i propri comportamenti sulla stessa norma che hanno contribuito a creare.

Quindi, l'unica cosa certa (il punto *a* di cui sopra) è che una norma internazionale generale, non scritta, non può essere ignorata da un soggetto. A meno che, beninteso, non si riesca a dimostrare che il soggetto in questione è un *persistent objector* a una norma *non* formata: e dunque è solo la «parte avversa» in un processo (di formazione della norma) che, per non essere ancora compiuto, non ha ancora formato la norma stessa. La norma, insomma, non c'è.

Ma la nostra Corte non solo non fa questo tipo di ragionamento (forse perché assai poco occamico!) anzi fa esattamente l'opposto. Afferma che la norma c'è, tanto più che è affermata dalla CIG, ultimo, unico e supremo giudice della norma di diritto internazionale (una corte arbitrale? io sarei un tantinello più cauto). Certamente, l'art. 94 della Carta, chiede alle parti di una controversia, di eseguire le sentenze della CIG, salvo che non intendano avvalersi di altri mezzi (n. 2 del medesimo articolo, art. 95, ecc.). Ma dunque, una volta fatto il ragionamento che la nostra Corte fa, non si comprende come e perché possa ipotizzare di ... violare egualmente quella norma, sulla base di una sorta di *estoppel*, come ipotizzavo più sopra: *estoppel*, ripeto, non dichiarazione di incostituzionalità.

La Corte, invece, si avventura su un terreno del tutto diverso, per affermare o riaffermare la propria volontà di prevalenza sulle norme di diritto internazionale, e per farlo costruisce in maniera assai discutibile l'interpretazione dell'art. 10.1 Cost. Affermando che è lo stesso art. 10.1, quello che non trova applicazione, dato che l'effetto della sua applicazione lederebbe alcuni principi fondamentali della nostra Costituzione, segnatamente quello ad un processo legittimo, o puramente e semplicemente, ad un processo.

Qui non comprendo proprio il ragionamento della Corte. Il principio della tutela processuale dei cittadini, vuol forse dire la Corte, *non è un principio di diritto internazionale?* E dato che, invece, certamente lo è, in che misura e perché dovrebbe cedere di fronte al presunto principio di immunità dello stato? Potrei capire che i due principi venissero messi a confronto, per valutare quale, nella specie, prevalga strumentalmente sull'altro. Ma la Corte, questo è il punto, si preclude questa possibilità – che sarebbe perfettamente perseguibile, a mio parere, in ragione della facoltà del giudice interno di applicare, interpretandolo, il diritto internazionale – quando

afferma che il giudice supremo del diritto internazionale vigente è la stessa CIG e solo essa e pertanto la norma è quella e solo quella, ma poi, trovandola in contrasto con i nostri principi costituzionali, non la prende nemmeno in considerazione.

L'altro punto che suscita qualche perplessità è quello relativo alla valenza o meno nell'ordinamento giuridico italiano del principio della immunità assoluta, difeso dalla CIG, in quanto formatosi *prima* dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Punto (3.1 del *Considerato in diritto*) che, giustamente, la Corte rigetta, ma affermando la propria competenza a valutarne la compatibilità con i principi fondamentali.

## 5. *Il ragionamento della Corte e i dubbi che suscita.*

In sostanza, come si evince dal prosieguo della lettura della sentenza, (punto 3.2 e ss.) e se ben comprendo, il ragionamento della Corte è sostanzialmente quello che analizzo qui di seguito, punto per punto con l'indicazione di qualche spunto di critica su ciascuno di essi:

### 5.1. *L'autorità della CIG nel definire l'immunità per atti iure imperii*

*a.* Posto che il principio della immunità degli stati per atti *iure imperii* sia assoluto nel diritto internazionale generale (o consuetudinario come vuole la Corte) il suo contenuto preciso è elaborato autoritativamente dalla CIG.

*a.1.* Va detto con chiarezza, già *in limine* che sulla assolutezza della immunità dello stato per atti *iure imperii*, è più che lecito dubitare e dubitare assai nella vita internazionale attuale. Senza entrare nel merito di una questione complessa e discussa, solo due brevissime osservazioni di fatto:

*i.* l'accettazione della pretesa tedesca di non considerare i fatti avvenuti durante la guerra, ma solo la pretesa successiva al risarcimento, francamente lascia molti dubbi sulla efficacia dell'atteggiamento (molto arrendevole) della nostra autorevole difesa, nel senso che, nella sostanza si tratta di fatti gravissimi, perpetrati dalla Germania durante la guerra, atti evidentemente commessi dalla Germania e, anche, da suoi organi (ufficiali, amministratori, ecc.);

*ii.* in relazione a ciò, già il solo fatto che sia ormai possibile e ritenuto non scandaloso che un responsabile governativo sia imputato per atti della sua funzione, attesta di una forte diminuzione dell'immunità dello stato. Se un funzionario sia condannabile e magari se un funzionario autore di quell'atto specifico sarebbe (o magari è stato) condannato, è pensabile che non sia anche lo stato a rispondere, almeno in termini risarcitori, verso l'individuo danneggiato? Nel bene o nel male (purché non tralignando dalla reale volontà dello stato di cui è l'agente) quel responsabile ha agito per lo stato.

Se è vero che il fatto di avere agito in un contesto normativo che lo consentiva (o lo richiedeva) non esime il funzionario dalla sua responsabilità personale, perché mai dovrebbe esserne esclusa la responsabilità dello stato, che in ultima analisi ha determinato il comportamento del funzionario stesso. Sorprende, insomma, non poco che di ciò non si faccia nemmeno fuggevolmente cenno, nonché nella sentenza, nelle argomentazioni della difesa italiana.

Ma tant'è: su un piano strettamente procedurale forse la tesi della Corte sarebbe accettabile (benché secondo me eccessiva), ma sul piano sostanziale, mi permetto di avanzare qualche dubbio, aggravato da quanto si afferma più avanti in *b*, solo per dire che non si comprende perché mai la nostra Corte non abbia dedicato una sola riga ad analizzare la norma *anche sul piano del diritto internazionale*.

## 5.2. *La conclamata mancanza di tutela giurisdizionale dell'individuo*

*b*. La CIG, dice la Corte, nel fare l'elaborazione di cui in *a*, non nega che il suo effetto è quello di privare gli individui di tutela giurisdizionale.

*b.1*. Dunque, è la stessa CIG che non nega che la sua sentenza, potrebbe avere per effetto di privare gli individui della possibilità processuale di esercitare i propri diritti. Ciò che la CIG, erroneamente, non fa, è di valutare se e in che misura il principio affermato nella sentenza, non confligga con altri principi. Anche se poi, lo afferma indirettamente quando rinvia al negoziato tra le parti la soluzione del problema. In altre parole: il diritto alla tutela c'è, ma il suo esercizio è demandato al negoziato, altrimenti non avrebbe avuto senso alcuno di parlarne. La CIG avrebbe potuto correttamente affermare che, essendo il principio della immunità assoluta per atti *iure imperii* un principio fondamentale di diritto internazionale, nulla era dovuto agli individui; ma non lo ha fatto. Quindi alla Corte era aperta la possibilità di *interpretare* a sua volta la norma, *attraverso la sentenza* della CIG. Rispetto alla quale è lecito dubitare della correttezza di una decisione in cui si accerta un fatto illecito come avvenuto e, invece di trarne le conseguenze, si rinvia al negoziato la soluzione di esso: così si afferma che un diritto soggettivo è del tutto disponibile e negoziabile dallo stato. Il che è perfettamente corretto se riferito allo stato soggetto di diritto internazionale, ma un po' meno se si guarda ai soggetti privati lesi in un diritto dell'uomo fondamentale al risarcimento.

Ripeto, non è qui il luogo di approfondire la correttezza della sentenza della CIG, ma di domandarsi se la nostra Corte non avrebbe dovuto porsi il problema, a mio parere, sì.

5.3. *La possibilità di non applicare la norma derivante dall'applicazione dell'art. 10.1 Cost. anche se di formazione anteriore alla Costituzione. Il conflitto con il principio della certezza del diritto*

c. La Corte costituzionale, afferma inoltre, può giudicare – posto che ha affermato il proprio potere di pronunciarsi in merito alle norme generali di diritto internazionale qualora violino i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale – della compatibilità tra la norma risultante dalla sentenza della CIG e i predetti principi, anche qualora la norma di cui sopra fosse formata prima dell'entrata in vigore della Costituzione.

d. La Corte, dunque, non diversamente da come ha già fatto in altre occasioni (*sentenze* 348 e 349 del 2007) e da come ha già fatto la CGUE (secondo quanto afferma la nostra Corte e di nuovo qui non è il caso di verificare la correttezza dell'assunto) verso il diritto internazionale come interpretato dal tribunale di primo grado, ben può ritenere inapplicabile la norma risultante dalla predetta interpretazione della CIG della norma generale di diritto internazionale in materia di immunità degli stati dalla giurisdizione nazionale.

c.d.1. Secondo la Corte, dunque, non conta il momento della formazione della norma. Nel caso di specie, anche secondo la Corte, la norma è risalente ad un tempo anteriore alla nostra Costituzione (anche se, a dire il vero, il suo accertamento avviene con la sentenza della CIG) ma può essere giudicata incostituzionale, come già affermato nella ripetutamente citata sentenza 48/79. Ma su ciò è più che lecito esprimere dubbi molto seri. Accettato pure che le norme derivanti dal diritto internazionale generale siano suscettibili di valutazione di costituzionalità in relazione ai principi fondamentali (peraltro di natura puramente interpretativa) del nostro ordinamento, due osservazioni sembrano inevitabili:

1. il legislatore costituzionale al momento di predisporre la disposizione dell'art. 10.1 Cost., non *poteva* non avere presente l'ordinamento internazionale vigente in quel momento. Voglio dire che *logicamente non si può ammettere che non lo avesse presente*, posto che la norma non era destinata a valere solo *pro futuro* o almeno nulla induce a pensarlo e che per di più l'effetto della norma era del tutto coscientemente (e su ciò, mi pare, non esistono anche in dottrina, dubbi significativi) quello di rendere le norme di diritto internazionale generale *norme di rango costituzionale*. Se è perfettamente immaginabile, sul piano logico ermeneutico sia chiaro, che il costituente non potesse valutare tutte le norme di legge ordinarie precedenti (suscettibili di annullamento da parte della Corte, appunto, come affermato nella *sentenza* 1/56) *non poteva logicamente non avere verificato le coerenza delle norme che, in un certo senso, scriveva nella Costituzione*. Perché, lo si voglia o no, cioè vi fosse o meno coscienza di ciò che si faceva (e pensa che

il costituente non sapesse ciò che faceva, mi sembra logicamente improponibile e, francamente, anche un po' irrispettoso) l'effetto dell'art. 10.1 Cost. è quello di creare norme costituzionali, quale che ne sia il meccanismo: rinvio, trasformazione, ecc. E dunque ben si può affermare che, addirittura *per definizione*, l'art. 10.1 Cost. dà per scontate valutate e accettate le norme di diritto internazionale vigenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, ivi compresa quella in questione: anzi è inevitabile affermarlo.

2. a qual titolo la nostra Corte affermi la prevalenza dei nostri valori costituzionali, tra l'altro riservandosi essa di decidere di volta in volta quali essi siano, è, a mio modesto parere, tutto da dimostrare. La Corte, beninteso, lo afferma e ha l'autorità per farlo, ma non lo dimostra (certo non ne sono una dimostrazione le pochissime parole della citata sentenza 48/79) e dunque è ipotizzabile (stavo per dire, sperabile) che la stessa Corte ci ripensi, argomentando diversamente, magari come propongo poco più avanti.

Sia chiaro: non voglio minimamente entrare nei meandri di una discussione di diritto costituzionale, ma, dal punto di vista del diritto internazionale, quella norma significa che l'Italia non solo entra a pieno titolo nel consesso degli stati pienamente rispettosi del diritto internazionale, ma che si riserva sia di *rispettarlo* per il futuro, sia di *contribuire a formarlo*. Qui, insomma, si ritorna a quanto accennato prima: i principi di diritto internazionale non nascono da soli un bel mattino sotto un cavolfiore, ma sono il frutto cosciente (mi si consenta di sorvolare sulle tesi del «diritto spontaneo») del comportamento *o*, ma anche *e* della non opposizione ad esso dei soggetti di diritto internazionale.

E dunque a maggior ragione dispiace il ragionamento della nostra Corte, specie nella misura in cui usa ripetutamente il riferimento alla formazione consuetudinaria della norma. Delle due l'una: o la nostra Corte vuole affermare (ammesso *e non* concesso che ne abbia il potere) una posizione di *persistent objector* dell'Italia alla formazione di una norma, della quale peraltro dichiara la nascita conclamata (e allora non si capisce a qual titolo pensi di poterla impunemente violare) o vuole negare che l'Italia abbia in alcun modo partecipato (se non altro non opponendosi) alla formazione di quella norma, *che peraltro ormai c'è*: è la Corte costituzionale a dirlo. Ma l'Italia, se non sbaglio, è da secoli ben presente (o magari mal presente, ma presente) sulla scena internazionale ed ha contribuito con il suo comportamento alla formazione delle norme «*consuetudinarie*» di diritto internazionale. *Accorgersi solo oggi* che una di esse non conviene all'Italia, al di là della onorabilità del nostro paese, certo non contribuisce alla certezza del diritto, anzi contribuisce a sottolineare l'arbitrio come parametro. Perché, se non mi sbaglio di grosso, quello della certezza del diritto (interno e per conseguenza anche internazionale) è un principio cardine fondamentale del nostro come di qualunque ordinamento giuridico.

Non ci si stupisca, poi, e non ci si stracci le vesti se, con pari arbitrio o anche magari sprezzo delle norme, i nostri soldati vengono tenuti in galera per avere svolto le ... funzioni sovrane dello stato, *la difesa!* o forse è perciò che vengono così *blandamente* difesi? La difesa non è un atto *iure imperii*? Se noi possiamo negare un norma internazionale che non ci piace, perché non potrebbero farlo anche altri? Ci si rende conto dell'abisso di contraddizioni e di conseguenti arbitrii in cui si rischia di cadere?

E infatti così il risultato sarebbe la fine del diritto internazionale, dove come in ogni ordinamento giuridico la bussola prima è la certezza del diritto e l'eguaglianza dei soggetti davanti alla legge.

La nostra Corte, anzi, va ancora più oltre, perché afferma di avere già fatto e di intendere fare di nuovo la stessa cosa e chiama a proprio sostegno la giurisprudenza della CGUE. Il che aumenta ancora di più la mia perplessità, nella misura in cui si ribadisce ciò che (come cercai di argomentare in passato<sup>11</sup>) a me sembra inesatto e cioè che esiste una possibilità di sottrarsi alle norme, pur sottoscritte, di diritto internazionale in ragione di quei «principi fondamentali» dell'ordinamento ed in spregio di una norma costituzionale (l'art. 117.1) che pretenderebbe esattamente il contrario.

Beninteso qui forzo lievemente (per amor di polemica) il ragionamento della Corte, proprio perché resto convinto che le due sentenze richiamate (348 e 349/07) e la giurisprudenza susseguente non siano pienamente nell'alveo della logica costituzionale, alla luce di una interpretazione corretta del predetto art. 117.1<sup>12</sup>. Che, in qualche modo, è la traduzione o riproduzione sulla materia contrattuale internazionale dell'art. 10.1: se l'Italia sottoscrive un accordo (ribadisco sintetizzando ed estremizzando per amor di polemica) non si vede perché non debba rispettarlo. L'unica, peraltro sostanziale, differenza, è che in questo caso «basta» uscire dall'accordo per non avere più problemi, mentre molto più difficile è uscire dalla Comunità internazionale!

#### 5.4. *La funzione ricostruttiva delle norme internazionali ad opera delle giurisprudenze nazionali*

e. In altre occasioni, aggiunge la Corte nel suo ragionamento, la giurisprudenza italiana e belga hanno fatto sì, interpretando le norme generali di diritto internazionale, che il loro contenuto si adeguasse *anche nel diritto internazionale* alle esigenze di tutela di interessi primari dell'individuo:

<sup>11</sup> Già in G. GUARINO, *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La giustizia penale*, 2006, parte III, p. 257 ss.

<sup>12</sup> Di nuovo mi prendo la libertà di rinviare al mio G. GUARINO, *Costituzione italiana e adesione della Ue alla CEDU*, in *Grotius*, 2008, p. 69 ss.

ovviamente in generale, non solo italiano, ma di quello italiano in particolare. E questo è importante sottolinearlo, perché nel «difendere» le situazioni particolari di cittadini italiani (e belgi) *si è determinata una modifica della norma internazionale generale*.

*e.1.* Risulta, in tutta franchezza, incomprensibile il perché la Corte costituzionale non abbia sviluppato quel ragionamento, traendone le logiche necessarie conseguenze, che, queste sì, sarebbero state di grande, grandissimo momento, come dirò fra un istante. Avrebbe infatti la Corte potuto affermare anche in questo caso una sua giurisprudenza diversa, delineando diversamente l'istituto dell'immunità, e forse non solo diversamente, quanto più correttamente nella situazione attuale. Faccio, in altre parole, fatica a comprendere per quale motivo si possa ammettere, e congratularsene, che un tribunale «qualunque» possa avere per effetto della sua attività quello di modificare una norma di diritto internazionale generale, e tale effetto non... voglia averlo una Corte costituzionale, che, nella sua sentenza, al di là del merito, appare rinunciataria.

Sia chiaro, tutto ciò deliberatamente non entra nel merito delle particolarità specifiche del caso, nelle sue pieghe, nelle motivazioni che, magari avrebbero potuto giustificare la soluzione, mi limito a rilevare il dato di fatto con cui ho iniziato questa riflessione: il distacco della Corte dal diritto internazionale, un distacco quasi scontroso, stavo per dire arrogante nella affermazione del principio per cui, se mi si consente l'ironia, il «nostro» è bello, per definizione.

#### 5.5. *La «constatazione» del mancato ingresso della norma nel nostro ordinamento*

*f.* E infatti la Corte decide non giudicando incostituzionale la norma risultante dalla sentenza della CIG, bensì constatando (?) che la norma in questione non è entrata a far parte del nostro ordinamento.

*f.1.* Francamente non capisco il ragionamento (sono molte, lo so, le cose che non capisco, a quanto pare): l'art. 10.1 afferma che l'Italia si conforma, non che l'Italia decide se conformarsi prima di ... essersi conformata. Voglio dire: la nostra Corte può giudicare una norma interna, non una norma *che potrebbe diventarlo*, e a cui quindi *sbarra la strada*. Insomma la Corte, con questa sentenza, pretende di *giudicare o meglio valutare* il diritto internazionale per decidere se usarne o no. Di nuovo il dubbio è forte: alla Corte spetta di giudicare la legittimità costituzionale delle norme, non la legittimità costituzionale di quelle che *potrebbero* essere norme che ci riguardano.

In sostanza, la Corte in questo modo rifugge dal problema e *non* giudica la norma risultante dal diritto internazionale, la ferma prima. Ma que-

sto, ammesso che fosse legittimo, lo potrebbe fare solo il potere legislativo, se non sbaglio assumendosene tutta la responsabilità innanzitutto internazionale. La norma, per così dire, viene invece semplicemente «espulsa», quasi un migrante, non ammessa alla frontiera: torniamo all'affermazione di un *estoppel*, che al di là della sua legittimità dubbia, *comunque non spetterebbe mai alla Corte costituzionale*.

Semmai, il governo avrebbe potuto e dovuto rifiutare di partecipare al giudizio o rifiutare di applicare la sentenza, ma non lo ha fatto: anzi, ha legiferato per fare applicare la sentenza. Giusto, perfettamente corretto, che la legge in questione possa venire considerata incostituzionale, ma non che venga bloccata l'applicazione della norma accertata nel suo contenuto effettivo dalla CIG, tanto più in quanto (come suggerito) suscettibile di essere *legittimamente* ricostruita in modo differente.

Mi sembra, francamente, questo un arzigogolo difficilmente comprensibile, ma specialmente non necessario. Se si vuole affermare che sta a noi e solo a noi di valutare la legittimità delle norme che «bussano alla nostra porta», secondo l'interpretazione della Corte, che infatti non gli apre, sarebbe più semplice dire con decisione: quella norma, *entrata*, è incostituzionale e chiuderla lì.

Con la soluzione proposta dalla Corte, inoltre, si rischia seriamente di violare – anzi, diciamocelo francamente, si viola e non per la prima volta! – la divisione dei poteri, anch'esso un valore costituzionale fondamentale. La Corte, infatti, si propone (e afferma, in ultima istanza senza possibilità di intervento alcuno) di bloccare ogni possibile disposizione internazionale prima ancora che essa pervenga al nostro ordinamento e quindi, ove in ipotesi, quella norma fosse espressione *effettiva* della volontà, legittimamente espressa del governo o dello stesso Parlamento, in sede internazionale, il Parlamento stesso sarebbe privato della possibilità di innovare, *migliorando in ipotesi* ma anche peggiorando, quegli stessi principi fondamentali che la nostra Corte, dunque, ritiene nonché inderogabili, immutabili.

Ragionevole, intendo dire, che ciò accada *a posteriori*, ma molto meno se *a priori*: così, infatti, si esercita surrettiziamente il potere legislativo (anche costituzionale) del Parlamento e quindi del popolo, posto che fosse legittimamente espresso.

E qui, mi pare, torniamo alla legge elettorale o al sistema costituzionale stesso. Se infatti oggi, questo Parlamento (o un altro eletto con la partecipazione al voto di metà o meno della metà degli elettori, per cui la maggioranza parlamentare rappresentasse una minoranza degli stessi, a parte le eventuali *storture* di una legge elettorale discutibile alla luce del diritto internazionale) votasse, con legge costituzionale, una legge elettorale che aggiri deliberatamente le norme invocate dalla Corte per giudicare incostituzionale quella appena cancellata, la Corte non potrebbe che accettare senza

possibilità di opporre alcunché. A meno che ... a meno che fondasse un suo eventuale giudizio di illegittimità, sul diritto internazionale, ove, beninteso, si accetti l'interpretazione di quelle norme che ne ho proposto.

Che è un modo per dire che, pur intervenendo sui diritti fondamentali della nostra Costituzione, la Corte, riferendosi al diritto internazionale avrebbe buon gioco a dichiarare quella legge incostituzionale. Una sorta di limitazione di sovranità... a buon fine!

## 6. Conclusioni, per una maggiore riflessione

Ma tutto ciò attiene ad una lettura critica della sentenza, qui solo abbozzata.

Il punto che intendo ribadire per concludere e riallacciandomi all'inizio di questo scritto, è che la Corte, sicuramente nel superiore interesse dei cittadini italiani (ma dubito assai che competa alla Corte, ad una qualsiasi Corte di valutarlo) si riserva ora più che mai, e dunque, temo, per il futuro di valutare sempre e volta per volta se ritenga o meno (la Corte, non il Parlamento!) di permettere al nostro ordinamento di adeguarsi alle norme di diritto internazionale: generali *ex art. 10.1 Cost.*, e pattizie, come esplicitamente affermato a partire dalle sentenze 348 e 349/07 quando, ribadendolo poi con sempre maggiore «rigore anti-estanei», stavo per dire «xenofobo», ha limitato fortemente la portata dell'art. 117.1.

L'assunto di base è, dunque, il classico assunto dualista, grazie al quale è lo stato che concorre, *finché intende farlo* e solo finché intende farlo, alla formazione delle norme di diritto internazionale e quindi sta allo stesso stato valutare se e quando e *quali* norme accettare e pertanto applicare. Per di più, affermando una propria completa estraneità a quel sistema, tanto da non mancare mai di ribadire che il contenuto delle norme «estranee» può e deve solo essere valutato dal diritto internazionale stesso: talché la, magari (anzi certamente) discutibile sentenza della CIG, definisce lo stato del diritto internazionale in quel momento e in maniera incontrovertibile, *però* può essere ignorata. Forse è un cosa molto furba, ma la categoria della furberia, a mia notizia, sfugge al diritto.

È per questo che, con tutto il rispetto, parlavo e parlo di arroganza: le nostre convinzioni, i nostri valori, sono, per la Corte, il parametro delle convinzioni e dei valori dell'umanità intera.

Il punto sul quale occorre ragionare e riflettere maggiormente è, o meglio sarà, dunque quello di sapere cosa voglia significare in termini giuridici la partecipazione del nostro paese alla Comunità internazionale, la partecipazione *necessaria* a quella comunità. Il senso ultimo (spero di no, sia chiaro) di questa sentenza (e di altre già citate) è di affermare la possibilità

di libera scelta dell'Italia se partecipare o meno alla Comunità internazionale e al suo ordinamento.

Ma l'ordinamento internazionale è costituito da regole non scritte (di gran lunga le più importanti) determinate dal consenso «consuetudinario» o semplicemente dal non dissenso dei soggetti. Una volta divenute tali (magari dopo un lungo processo consuetudinario di «azioni e reazioni») devono valere per tutti, oppositori inclusi. Infatti quelle regole sono l'espressione di una volontà collettiva, *strettamente di fatto*, determinata da tutti i soggetti in ogni momento. I soggetti, cioè e nella misura in cui sono autori e destinatari delle norme, contribuiscono a formare quelle norme anche con la propria giurisprudenza e con la propria prassi, che ben possono dunque ignorare o *superare* una sentenza della CIG, in base al suo fondamento constatato, in ipotesi, non più corrispondente al diritto *internazionale* vigente. O corrispondente, nel qual caso *dura lex sed lex*, altrimenti dove si troverà mai la certezza del diritto?