



Home :: Dottrina :: Giustizia costituzionale

CREAZIONE INDIRETTA DEL DIRITTO E NORME INTERPOSTE

di Stefano Maria Cicconetti

(*Ordinario di Diritto costituzionale nella Università degli Studi Roma Tre*)

Sommario. 1. La sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale. 2. La creazione indiretta del diritto mediante ordine di esecuzione. 3. Funzione e grado delle norme inter poste.

1. *La sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale.* - Queste brevi note riguardano soltanto due punti specifici delle motivazioni contenute nella sentenza n. 348/2007 della Corte costituzionale poiché, per il resto, si concorda sia con il dispositivo della suddetta sentenza, sia con gli argomenti addotti dalla Corte per fare chiarezza sulla questione in oggetto. Questione che, in estrema sintesi, era quella del contrasto tra una disposizione contenuta nella CEDU (trattato internazionale ratificato ed eseguito dallo Stato italiano), così come interpretata dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, ed una disposizione legislativa in materia di determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili. Questione che si era già proposta in passato e che aveva dato luogo a soluzioni discordanti sia in ordine all'individuazione del giudice competente a sindacare tale contrasto (il giudice ordinario mediante lo strumento della disapplicazione ovvero la Corte costituzionale mediante il giudizio di legittimità costituzionale), sia in ordine alle norme costituzionali di volta in volta richiamate per sostenere soprattutto la prima soluzione, in particolare gli artt. 10, comma 1, e 11.

La Corte sgombra il campo da tali dubbi chiarendo che tali riferimenti non sono nella fattispecie pertinenti poiché da un lato l'art. 10 si riferisce esclusivamente ad una sola categoria di norme internazionali (le norme internazionali consuetudinarie generalmente riconosciute) e non anche alle norme internazionali pattizie e dall'altro l'art. 11 si riferisce soltanto alle norme comunitarie, come unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla stessa Corte con una giurisprudenza costante. La Corte conclude ricorrendo al nuovo testo dell'art. 117, comma 1, nella parte in cui prevede il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali da parte sia della legge statale, sia delle leggi regionali, per affermare la propria esclusiva competenza e per dichiarare, conseguentemente, l'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa italiana contrastante con l'art. 6 della CEDU.

Ma a questo punto il ragionamento della Corte, fin qui ineccepibile, mostra qualche crepa, almeno a giudizio di chi scrive.

La Corte spiega, infatti, che la struttura dell'art. 117, comma 1, "si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria..... Nel caso specifico sottoposto alla valutazione di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli

obblighi internazionali dello Stato”.

La Corte qualifica pertanto le norme CEDU come norme interposte ed al riguardo precisa ulteriormente che “la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall’art. 11 della Costituzione”. Occorre quindi verificare, prosegue la Corte, “se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell’interpretazione ad esse data dalla medesima Corte[1], siano compatibili con l’ordinamento costituzionale italiano”.

In sintesi, la Corte costituzionale compie tre affermazioni: 1) le norme CEDU sono qualificabili come norme interposte; 2) le norme interposte sono norme di rango sub-costituzionale, vale a dire “di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria”; 3) le norme CEDU non possono fungere da norme interposte qualora contrastino con una qualsiasi disposizione formalmente costituzionale dell’ordinamento italiano.

Cercherò di dimostrare che l’affermazione n. 2 è inesatta e che le affermazioni nn. 1 e 3 implicano un equivoco.

2. *La creazione indiretta del diritto mediante ordine di esecuzione.* - Cominciando dal secondo punto, la Corte si riferisce sempre e soltanto alle “norme CEDU” al fine di qualificarle, a seconda del caso, come norme in grado d’integrare il parametro del giudizio di legittimità costituzionale o come norme oggetto dello stesso. In nessun punto della sentenza, per contro, si fa riferimento alle norme interne di esecuzione delle norme pattizie contenute nella CEDU[2].

Una possibile giustificazione di tale scelta operata dalla Corte potrebbe essere quella di un improvviso ed inaspettato abbandono della concezione dualistica del rapporto intercorrente tra l’ordinamento giuridico italiano e l’ordinamento internazionale in favore dell’accoglimento dell’opposta concezione monistica, in base alla quale l’ordinamento internazionale e gli ordinamenti statali non sarebbero separati ma formerebbero un tutt’uno. Se così fosse, il riferimento alle norme pattizie CEDU, ai fini di cui sopra, sarebbe corretto poiché esse non sarebbero più qualificabili come norme esterne rispetto all’ordinamento italiano e dunque la loro efficacia all’interno di quest’ultimo sarebbe diretta, senza alcun bisogno della necessità di norme di esecuzione. Quantomeno nel caso del cosiddetto ordine di esecuzione e fatta salva l’ipotesi della cosiddetta “legislazione parallela”[3], vale a dire quando le norme pattizie hanno bisogno, a causa della loro formulazione non *self-executing*, di un atto normativo interno che puntualmente realizzzi la loro esecuzione mediante disposizioni specifiche.

Tuttavia, la strada seguita dalla Corte non sembra essere questa poiché, a fronte di una giurisprudenza consolidata a favore della teoria dualistica, l’abbandono di quest’ultima avrebbe quantomeno richiesto un’esplicita affermazione (e relativa dimostrazione) in tal senso. Affermazione che non risulta dalla sentenza in oggetto mentre, all’inverse, da alcuni passi della stessa sono ricavabili elementi a favore del persistente accoglimento della tesi dualistica[4].

Da tale premessa scaturisce un’ovvia ma importante conseguenza: le norme internazionali, sia consuetudinarie sia pattizie, sono norme appartenenti ad un ordinamento, quello internazionale, distinto e separato dall’ordinamento italiano e, come tali, non possono di per sé trovare applicazione all’interno di quest’ultimo; né, a più forte ragione, possono essere oggetto di un’eventuale dichiarazione d’illegittimità costituzionale o integrare il parametro del giudizio della Corte.

Occorre, perciò, un meccanismo che consenta la creazione di norme interne corrispondenti alle suddette norme internazionali e tale meccanismo è stato individuato nel rinvio operato, sia pure con modalità diverse, nei confronti delle norme internazionali consuetudinarie generalmente riconosciute dall’art. 10, I^oc., Cost., e nei confronti delle norme internazionali pattizie dal cosiddetto ordine di esecuzione[5]. In tali casi si è di fronte a quella che a suo tempo ho definito come “creazione indiretta” del diritto[6], vale a dire quando il diritto non è il prodotto delle fonti-atto e delle fonti-fatto previste dall’ordinamento, come normalmente avviene, bensì sorge, per l’appunto indirettamente, attraverso il rinvio, compiuto da un determinato ordinamento giuridico statale, a norme ad esso esterne: intendendosi per

norme esterne quelle appartenenti all'ordinamento internazionale o, in determinati casi, ad altri ordinamenti statali (come, secondo alcuni, avverrebbe nel caso del diritto internazionale privato).

I meccanismi con i quali può realizzarsi l'esecuzione di un trattato internazionale all'interno di un ordinamento giuridico statale sono essenzialmente due. Si può approvare un atto-fonte (ad esempio una legge o un regolamento amministrativo) le cui disposizioni riproducano il testo delle clausole contenute nel trattato, eventualmente modificando il testo di taluna di esse per adeguarlo, senza mutarne la sostanza, alle caratteristiche dell'ordinamento nel quale avviene l'esecuzione. A parte il fatto che tale metodo viene usato raramente per ovvie ragioni di praticità, c'è da osservare che in questo caso ricorre una ipotesi di creazione del diritto non indiretta ma diretta dal momento che si è di fronte alla approvazione di un atto-fonte (legge, regolamento amministrativo ecc.) che inserisce autonomamente, come proprio contenuto, determinate disposizioni nell'ordinamento giuridico statale, risultando del tutto irrilevante, ai fini del problema in esame, la circostanza che tali disposizioni siano sostanzialmente identiche alle clausole contenute in un trattato internazionale ratificato dallo Stato italiano.

Il secondo strumento è il cosiddetto «ordine di esecuzione»[\[7\]](#), consistente in una disposizione, contenuta in un atto normativo interno, con la quale, secondo una formula divenuta ormai rituale, si dà piena e completa esecuzione alle clausole di un trattato, il cui testo viene allegato, a fini meramente conoscitivi, all'atto normativo; nel caso dei trattati di cui all'art. 80 Cost. è prassi costante che nella legge di autorizzazione alla ratifica venga inserito un articolo contenente l'ordine di esecuzione [\[8\]](#). A quest'ultimo si ricorre normalmente nel caso di trattati internazionali cosiddetti *self-executing*, caratterizzati dall'essere composti da clausole suscettibili d'immediata applicazione senza bisogno di ulteriori specifiche disposizioni interne di attuazione-esecuzione[\[9\]](#). L'ordine di esecuzione è pertanto lo strumento che, rinvia sinteticamente, una volta per tutte [\[10\]](#), alle clausole del trattato, crea all'interno dell'ordinamento italiano norme non scritte corrispondenti a tali clausole, norme che dovranno essere ricavate dall'interprete (e dunque in primo luogo dai giudici nazionali adeguandosi, nel caso particolare della CEDU, alle interpretazioni della Corte da quest'ultima prevista[\[11\]](#)), tenendo peraltro conto degli adattamenti richiesti dalle particolari esigenze proprie di ciascun ordinamento statale.

Il rinvio operato con l'ordine di esecuzione non è un rinvio recettizio per due ordini di motivi: perché ciò che viene inserito nell'ordinamento interno non sono le disposizioni o clausole di cui consta il trattato ma le norme da esse desumibili per via di interpretazione; perché le norme che vengono inserite non sono sempre esattamente identiche alle norme ricavabili dal testo del trattato, data la necessità di adattare sul piano interno una norma nata come regola destinata ad operare sul piano internazionale nei rapporti tra Stati [\[12\]](#). Il rinvio è, invece, sotto un altro punto di vista, qualificabile come rinvio fisso, dal momento che esso si riferisce non a qualsiasi norma internazionale di tipo pattizio ma soltanto a quelle specifiche norme poste in essere da quel determinato trattato; in altre parole, l'oggetto del rinvio è concretamente definito e non solo astrattamente definibile. Occorre aggiungere che l'ordine di esecuzione ha il grado gerarchico proprio dell'atto normativo nel quale è contenuto [\[13\]](#), da ciò conseguendo che le norme create nell'ordinamento italiano avranno anch'esse il medesimo grado. Si potranno perciò avere norme di grado legislativo quando l'ordine di esecuzione è contenuto in una legge (come necessariamente avviene per i casi di cui all'art. 80 Cost.), ovvero norme di grado inferiore quando l'ordine di esecuzione è contenuto in un regolamento amministrativo o in un atto amministrativo (come avviene spesso nel caso di accordi in forma semplificata).

Tutto ciò premesso, sono da ammettere controlli in senso lato giurisdizionali sulla legittimità delle norme create nel modo indiretto che si è fin qui illustrato poiché tali norme, pur essendo diritto non scritto, entrano tuttavia a far parte dell'ordinamento italiano grazie alla disposizione contenuta in un atto normativo (la disposizione che prevede l'ordine di esecuzione) e pertanto nei loro confronti vige il regime stabilito dall'ordinamento «per il diritto scritto da fonti-atto e non già quello del vero *jus non scriptum* (da fonti-fatto)» [\[14\]](#).

Per quanto attiene alle norme create mediante ordine di esecuzione contenuto in una disposizione legislativa, la Corte costituzionale si è pronunciata ripetutamente in favore della loro sindacabilità in sede di giudizio di legittimità costituzionale, affermando che un'eventuale

dichiarazione di illegittimità costituzionale deve avere per oggetto la disposizione legislativa contenente l'ordine di esecuzione per la parte in cui si riferisce a norme ricavate da determinate clausole del trattato [15]. Formula ellittica che in realtà sta ad indicare non la dichiarazione d'illegittimità parziale della disposizione contenente l'ordine di esecuzione ma la dichiarazione d'illegittimità della norma creata dalla suddetta disposizione. In altre parole, ferma restando la clausola pattizia, che, in quanto disposizione esterna rispetto all'ordinamento italiano, non può essere di per sé oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, essa non potrà più produrre effetti all'interno del suddetto ordinamento essendo stata dichiarata illegittima la norma interna ad essa corrispondente.

Il meccanismo di adattamento sopra descritto per le norme pattizie non sembra intaccato dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost., sia perché la prassi della necessità dell'esecuzione interna delle norme pattizie non è venuta meno né in Italia né in ogni altro Stato, sia perché per introdurre un meccanismo di adeguamento automatico ai trattati internazionali sarebbe necessario modificare l'art. 10 Cost. Del resto, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, di cui alla citata disposizione costituzionale, è norma che acquista significato concreto *per relationem*, vale a dire mediante l'individuazione dei casi nei quali lo Stato italiano deve ritenersi vincolato. E tali casi non possono essere altri che quelli derivanti dall'art. 10, comma 1, Cost. e dai trattati ratificati ed eseguiti dallo stesso Stato italiano [16]. Il caso limite di un trattato ratificato ma non ancora eseguito non sembra sufficiente a determinare l'illegittimità di eventuali norme interne, sia anteriori sia posteriori, contrastanti con alcune clausole del trattato stesso, poiché la qualificazione di queste ultime come norme appartenenti ad un ordinamento, quale quello internazionale, diverso e separato rispetto all'ordinamento italiano, ne esclude la parametricità ai fini del giudizio di legittimità costituzionale. In tal caso l'unica conseguenza sarà quella della responsabilità sul piano internazionale dello Stato italiano nei confronti dell'altro Stato contraente per mancata esecuzione del trattato.

Ciò non significa che il rinvio di cui all'art. 117, comma 1, Cost. agli obblighi internazionali non abbia una portata innovativa sul piano dei vincoli discendenti dalle norme pattizie. Infatti, la richiamata disposizione costituzionale impone, anzitutto, alla legge di esecuzione di conformarsi alle clausole del trattato e, qualora ciò non avvenga, la legge suddetta sarà illegittima per violazione dell'art. 117 Cost., mentre in passato la suddetta situazione di contrasto dava luogo soltanto a responsabilità internazionale dello Stato italiano nei confronti dello Stato estero contraente. In secondo luogo, l'art. 117, comma 1, Cost. permette di qualificare come norma interposta la legge di esecuzione nei confronti delle leggi successive, poiché queste ultime saranno illegittime per violazione della suddetta disposizione costituzionale qualora le modifiche apportate alla legge di esecuzione contrastino con le clausole del trattato [17].

3. Funzione e grado delle norme inter poste. - Per valutare l'esattezza dell'altra affermazione della Corte, secondo la quale le norme inter poste sono norme di rango sub-costituzionale, vale a dire "di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria", occorre partire dalla seguente premessa: il grado gerarchico - o, a seconda dei casi, la sfera di competenza [18] - di una fonte è quello che le è attribuito dalle relative norme sulla produzione ed è sempre lo stesso nei rapporti con le altre fonti. Esemplicando, una legge costituzionale è, ai sensi dell'art. 138 Cost., sempre gerarchicamente superiore a tutte le altre fonti; la legge ordinaria e gli atti con forza di legge sono sempre gerarchicamente superiori ai regolamenti amministrativi i quali, a loro volta, lo sono nei confronti della consuetudine. Il grado gerarchico di una fonte può essere variabile soltanto quando ciò le è espressamente consentito dalla norma sulla produzione che la disciplina, come avviene, ad esempio, per le leggi di esecuzione dei Patti lateranensi che, ai sensi dell'art. 7, comma 2, Cost., possono essere modificate unilateralmente con legge costituzionale ovvero con legge ordinaria se le modifiche sono state accettate dalle due parti.

La verifica del grado gerarchico delle norme inter poste [19] deve pertanto essere compiuta in concreto sulla base della suddetta premessa, partendo da quelle fattispecie nelle quali si riconosce unanimemente la sussistenza di norme definibili come inter poste per arrivare, conclusivamente, alla fattispecie oggetto della sentenza della Corte.

In questo senso, l'esempio tipico di norma interposta è rappresentato dalla legge di delega e dunque è a quest'ultima che occorre fare riferimento per verificarne il grado gerarchico. Se fosse esatto che essa, in quanto norma interposta, ha un grado sub-costituzionale, tale grado, in conformità alla

premessa di cui sopra, dovrebbe operare nei confronti di tutte le fonti di grado inferiore, vale a dire in primo luogo (e via via a scendere) nei confronti delle leggi ordinarie: queste ultime, pertanto, non potrebbero abrogare una legge di delega pena la loro illegittimità. Tuttavia, la realtà è completamente diversa perché, in pendenza di una delega conferita al Governo dal Parlamento, niente impedisce a quest'ultimo di abrogare (sia espressamente, sia tacitamente) la legge di delega vigente^[20] per: a) disciplinare esso stesso con una nuova legge l'oggetto della precedente delega; b) rinunciare a disciplinare con legge la materia in questione ritenendo più opportuno il ricorso ad altre fonti, sia superiori sia inferiori; c) non ritenere più necessario, per i motivi più vari, modificare le disposizioni vigenti in materia, astenendosi, pertanto, da qualsiasi nuovo intervento normativo.

Le ipotesi di revoca della delegazione, sia espressa sia tacita, costituiscono un argomento insuperabile contro l'attribuzione alle leggi di delega di un grado gerarchico superiore rispetto a quello proprio di tutte le altre leggi. Ed allora delle due l'una: o, per salvare l'idea che le norme interposte abbiano un grado sub-costituzionale, si nega (come sembra del tutto improbabile) che le leggi di delega contengano norme di questo tipo, oppure si deve necessariamente accettare che le norme interposte non hanno un grado gerarchico superiore a quello proprio delle norme legislative.

Del resto, il vincolo che scaturisce dalle norme interposte nei confronti di norme successive deriva dalla loro parametricità, determinata dal particolare rapporto che intercorre tra esse ed una norma costituzionale, in base al quale il contrasto con una norma interposta costituisce automaticamente violazione della norma costituzionale. Tale rapporto ha una valenza esclusivamente funzionale - quella di attribuire alle norme interposte il carattere di norme parametro della legittimità costituzionale di eventuali norme successive - senza bisogno di determinare alcuna variazione in termini di gerarchia. Le fonti che contengono norme qualificabili come interposte, pertanto, non si distinguono dalle altre fonti previste dall'ordinamento giuridico né in termini di gerarchia né in termini di competenza: la loro caratteristica risiede nel fatto di essere composte da norme che assolvono la funzione di parametro del giudizio di legittimità costituzionale.

Il suddetto vincolo opera esattamente nello stesso modo nelle altre ipotesi di norme interposte ricavabili dal nostro ordinamento. Le leggi di cui all'art. 117, comma 3, possono essere modificate da leggi successive che stabiliscano nuovo principi fondamentali per l'esercizio della legislazione regionale concorrente (poiché la competenza del Parlamento al riguardo è dinamica e non si esaurisce in un unico ed immutabile intervento legislativo) ma le leggi regionali, espressione della potestà legislativa concorrente, non possono disattendere i suddetti principi pena la loro illegittimità per contrasto indiretto con l'art. 117, comma 3. Equalmente, le norme di esecuzione di un trattato internazionale, poste mediante legislazione parallela o create da un ordine di esecuzione, potranno essere modificate da leggi successive purché le nuove norme di esecuzione siano conformi alle clausole del trattato così come interpretate nell'ordinamento italiano o, nel caso della CEDU, dalla Corte da tale convenzione prevista; diversamente, le nuove norme che, pur autoqualificantesi come norme di esecuzione, contrastino con le norme del trattato, tali non potranno essere riconosciute e saranno invece norme illegittime per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Tornando alla sentenza in commento, si può concludere nel senso che le norme di esecuzione della CEDU, create sulla base dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 2 della L. 4 agosto 1955, n. 848, sono qualificabili come norme interposte di grado legislativo aventi la funzione di parametro in rapporto all'art. 117, comma 1, senza dover postulare, a questo fine, un loro grado gerarchico sub-costituzionale.

[1] Si fa riferimento, ovviamente, alla Corte europea per i diritti dell'uomo.

[2] Nella sentenza n. 349 del 2007, invece, sono presenti alcuni riferimenti alle norme di esecuzione (cfr. pagg. 1, 3 e 6 del considerato in diritto), anche se le conclusioni, conformi a quelle della sentenza annotata, si riferiscono direttamente alle norme CEDU. Più sinteticamente ma nello stesso senso si veda anche la successiva sentenza n. 39 del 2008. Sia pure a fini diversi da quelli di cui al testo, osserva esattamente LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Il corriere giuridico*, 2008, n. 2, pag.

203, che "Le norme della Convenzione, però, non sono solo norme pattizie, confidate all'interpretazione del giudice internazionale, ma sono anche (divenute, per diritto interno) norme di legge (della legge, cioè, che ha dato esecuzione allo strumento internazionale)".

[3] L'espressione è di MONACO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino 1971, 230.

[4] Ad esempio, sia pure al diverso scopo di differenziare la CEDU dai Trattati comunitari, è indicativo, ai fini di cui al testo, il seguente passo (pag. 3 del motivato in diritto): la CEDU "è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omissio medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri".

[5] L'intuizione della necessità di cui al testo nasce nella dottrina internazionalistica italiana (e non poteva essere altrimenti), subito attenta ai nuovi problemi posti dall'art. 10, comma 1, della Costituzione. In particolare, la costruzione del meccanismo, che viene ampiamente illustrato nel testo, si deve a MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano 1951, 9 – 29, al quale aderisce, primo tra i costituzionalisti, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, V ed, II°, 36 e 175, (ma già prima cfr. anche dello stesso *Idem*, Padova 1968, I°, 223 sg.). Occorre ricordare, sia pure in estrema sintesi dato il carattere di questo scritto, che nella dottrina internazionalistica italiana il problema dell'adattamento interno, sia automatico sia mediante ordine di esecuzione, alle norme internazionali è stato risolto in sede teorica ricorrendo da alcuni al concetto di norma di produzione e da altri al concetto di norma sulla produzione. Nel caso dell'ordine di esecuzione, la prima tesi (che è sostenuta in particolare da MIELE) qualifica quest'ultimo come un'atto che determina esso stesso, per forza propria, la creazione delle norme interne corrispondenti alle clausole del trattato; la seconda tesi lo qualifica, invece, come un atto che prevede un meccanismo di produzione giuridica delle norme interne di adattamento (vale a dire una norma sulla produzione), meccanismo in base al quale gli atti o i fatti che determinano il sorgere di norme nell'ordinamento internazionale sono considerati idonei alla creazione anche delle corrispondenti norme interne. Per indicazione degli AA. che sostengono la seconda tesi e sulle sfumature della tesi medesima cfr. ampiamente FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano 1961, 36ss. Per le più recenti ricostruzioni dell'ordine di esecuzione (che per la verità non mi appaiono particolarmente convincenti) cfr. ampiamente CANNIZZARO, *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Varese 1992, spec. 1402 ss. Ai fini di cui al testo, peraltro, non sembra necessario aderire all'una o all'altra delle tesi cosiddette produttivistiche poiché ambedue, pur partendo da premesse diverse, pervengono al medesimo risultato (che è quello che interessa in questa sede): l'ordine di esecuzione determina la creazione di norme interne non scritte il cui significato deve essere ricavato dall'interprete con riferimento alle clausole del trattato.

[6] Cfr. CICCONETTI, *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, Torino 1991, 56 ss. ed ora, più ampiamente, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino 2007, 35 ss. e 500 sg. Un'espressione analoga è usata, per designare lo stesso meccanismo di cui al testo, da LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1979, 383 ss., che parla di "fonti indirette".

[7] Che ricorre, per l'appunto, nel caso della CEDU con riferimento all'art. 2 della L. 4 agosto 1955, n. 848.

[8] In particolare, l'art. 1 di tale legge conterrà l'autorizzazione alla ratifica e l'art. 2 conterrà l'ordine di esecuzione. Qualora le norme pattizie introdotte con l'ordine di esecuzione comportino un onere finanziario, la legge conterrà un ulteriore articolo che, ai sensi dell'art. 81, comma 4, Cost., preveda la copertura finanziaria (i mezzi per far fronte alla nuova spesa o alla diminuzione di entrate).

[9] Vale forse la pena di ripetere, ad ulteriore precisazione di quanto affermato nel testo, che la definizione di un trattato come *self-executing* non significa che le sue clausole si applicano all'interno dell'ordinamento italiano direttamente e senza bisogno di ulteriore esecuzione (poiché si tratta pur sempre di disposizioni esterne rispetto ad esso) ma soltanto che in questo caso è sufficiente l'ordine di esecuzione senza bisogno di ricorrere alla

"legislazione parallela". Questo caso è completamente da quello delle direttive comunitarie *self-executing* che, invece, per le note ragioni, trovano immediata e diretta applicazione negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea

[10] MIELE, *La Costituzione*, cit., 25, ritiene, con una felice espressione, che l'ordine di esecuzione contenga "una formula di legislazione vera e propria, benché ellittica od abbreviata".

[11] Ai sensi dell'art. 32, par. 1, CEDU e come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza che si commenta e nelle successive nn. 349/2007 e 39/2008.

[12] Per quest'ultima osservazione cfr. Monaco, *Diritto internazionale pubblico*, Torino 1971, 231 sg.

[13] Cfr., tra i molti, Monaco, *Diritto internazionale*, cit., 231 e come ripetutamente affermato dalla stessa Corte costituzionale prima dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. Cfr. pag. 4 del considerato in diritto della sent. n. 348 e pag. 1 della sent. n. 349.

[14] Cfr. Crisafulli, *Lezioni*, cit., II, 38.

[15] Per l'indicazione delle sentenze della Corte costituzionale e della dottrina su questo punto si rinvia, per brevità, a Lippolis, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Rimini 1989, 292 sg., nota 2.

[16] Il ragionamento vale negli stessi termini per la disposizione, di cui all'art. 10, comma 2, Cost. secondo la quale "La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali". Quali norme e quali trattati internazionali? Non qualsiasi norma consuetudinaria internazionale, né qualsiasi trattato, perché, limitandoci per brevità alle sole norme pattizie, non sembra accettabile che lo Stato italiano debba ritenersi vincolato, nella disciplina legislativa della condizione giuridica dello straniero, anche da trattati intervenuti tra Stati diversi e comunque non ratificati, né eseguiti, dallo stesso Stato italiano. A ritenere il contrario, l'art. 10, comma 2, determinerebbe una limitazione della sovranità che, per contro, può ammettersi soltanto quando è la stessa Costituzione che lo consente espressamente. E' il caso - e sembra essere l'unico - dell'art. 11 Cost. L'individuazione di quali sono i trattati di cui all'art. 10, comma 2, non sembra argomento particolarmente avvertito dalla dottrina. Un accenno si ritrova in A. CASSESE, *Art. 10 - 12, in G. Branca (a cura di), Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna 1982, 510, (che riferisce la citata disposizione costituzionale ai "trattati stipulati dall'Italia"); in senso analogo anche BARILE-CHELI-GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 2005, 388. CANNIZZARO - CALIGIURI, *Art. 10, in Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino 2006, vol. I, 251, ritengono che la disposizione costituzionale in oggetto operi nei confronti dei trattati stipulati dallo Stato italiano, indipendentemente dalla circostanza che essi siano stati resi esecutivi. Tale precisazione non sembra, però, persuasiva perché, anche nella logica dell'art. 10, comma 2, la parametricità delle clausole contenute in un trattato internazionale, ai fini della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di eventuali leggi con esse contrastanti, può essere sostenuta soltanto con riferimento a norme dell'ordinamento italiano e dunque alle norme di esecuzione di quel trattato, siano esse frutto di creazione indiretta mediante ordine di esecuzione o frutto di creazione diretta nel caso della cosiddetta legislazione parallela. Inoltre, qualora lo Stato italiano, dopo avere ratificato un trattato internazionale disciplinante la condizione giuridica dello straniero, non intenda poi, per i motivi più vari (ad es. la formazione di un Governo assolutamente contrario a quel trattato stipulato dal suo predecessore), darvi esecuzione, tale circostanza sta a significare che esso non vuole immettere al proprio interno quelle norme ed a maggior ragione non intende esserne condizionato nell'eventuale successivo esercizio della propria funzione legislativa in materia. In questo caso, ferma restando la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, sembra eccessivo ritenere che le clausole del trattato suddetto non assumano la veste di norme parametro ai fini di cui all'art. 117, comma 1, (come si è cercato di sostenere nel testo) e la assumano, invece, ai fini di cui all'art. 10, comma 2. In tale ipotesi, mentre è sicura, come già detto, la possibilità di far valere la responsabilità internazionale dello Stato italiano da parte dell'altro Stato contraente, non sembra affatto sicuro che si determinino conseguenze in ordine ai rapporti intercorrenti tra le fonti dell'ordinamento italiano. Del resto, gli stessi CANNIZZARO - CALIGIURI, *op. cit., ibidem*,

sempre in riferimento all'art. 10, comma 2, affermano anche che "peraltro, in presenza di leggi precedenti rispetto alla stipulazione di accordi si può ragionevolmente concludere che *la normativa di attuazione di questi, se contenuta in una legge ordinaria* (il corsivo è mio), prevalga sulla precedente in virtù di un criterio di ordine temporale".

[17] Quanto agli accordi in forma semplificata, si deve escludere che essi, ove non recepiti con legge statale o con atto ad essa equiparato, possano limitare la potestà legislativa del Parlamento e quella delle Regioni. In altre parole, qualora il Governo decida di dare esecuzione all'accordo con atto privo di forza di legge, l'obbligo internazionale, così contratto, non sarebbe in grado di vincolare, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., la produzione legislativa interna, poiché un atto subordinato alla legge non può vincolare quest'ultima.

[18] Per semplicità di discorso, nel testo ci si limiterà a riferirsi a quelle ipotesi nelle quali i rapporti tra le fonti sono disciplinati dal principio della gerarchia, tralasciando quelle nei quali tali rapporti sono disciplinati dal principio della competenza, perché l'affermazione della Corte, che s'intende criticare, si riferisce nella specie al presunto grado gerarchico sub-costituzionale che avrebbero le norme interposte. Per lo stesso motivo, non vengono qui considerate quelle tesi (come quelle sostenute in particolare da ESPOSITO e MODUGNO) che più in generale ricostruiscono i rapporti tra le fonti esclusivamente in termini di competenza. Al riguardo si rinvia a CICCONETTI, *Le fonti*, cit., 49 ss.

[19] Occorre dire che la dottrina che si è occupata delle norme interposte (dal suo creatore LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milano 1957, 28 ss., a, tra i molti, CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 360 e, da ultimo in modo completo, SICLARI, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1992) non si è posta in modo esplicito il problema del loro grado gerarchico, quasi a voler presupporre l'inesistenza di un grado gerarchico diverso da quello proprio della fonte-legge che le contiene. La negazione di un grado gerarchico particolare della legge di delega è esplicitamente affermato da ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1990, 169, e recentemente, sia pure *en passant*, in relazione a tutte le ipotesi di norme interposte, da CALVANO, *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: Orgoglio e pregiudizio?* In *Giur. It.* 2008, 3, 574.

[20] Tale ipotesi è unanimemente ammessa in dottrina. Cfr., tra gli altri, LAVAGNA, *Istituzioni*, cit., 305; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 205; CERVATI, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enc. dir.*, XXIII, Varese 1973, 945, nota 20; CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma 1993, 3 sg.; CICCONETTI, *Le fonti*, cit., 275.

(19 maggio 2008)