

## Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

Publicato il [15 dicembre 2014](#) da [Lorenzo Gradoni](#)

La mostruosità può predicarsi anche di qualcosa che si ammira. In questo senso la [sentenza n. 238](#) mi è parsa “mostruosa” e non ho esitato a scriverlo, due volte in questo Blog ([qui](#) e [qui](#)) e ancora nel [Forum di Quaderni Costituzionali](#). Sin dall’inizio la decisione ha suscitato anche reazioni di segno opposto (v., in particolare, [Fontanelli](#)). Uscendo come mai prima allo scoperto su un tema delicato e controverso come quello del rapporto tra ordinamento italiano e «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», era prevedibile che la Corte costituzionale contrariasse qualcuno.

Com’era inevitabile che lo “schiaffo” al «principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite» turbasse e il nomofilattico e il diplomatico sensibile alla ragion di Stato (due anime che convivono litigiosamente nella psicologia di molti internazionalisti, me compreso). Non mi aspettavo però – e mi attendevo ancor meno da chi ha firmato un’intransigente critica della [sentenza](#) contro cui sono scattati i controlimiti (Gradoni e Tanzi, “Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012”, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.) – che si giungesse a imputare alla Consulta un contributo all’indebolimento della legalità internazionale e dei suoi presidi giurisdizionali, compresi quelli dediti alla tutela dei diritti fondamentali, un «sistemico sostegno alla tendenza a comportamenti unilateralistici di potenze di più alto calibro», persino un incoraggiamento alle «riserve dei paesi islamici» miranti a far salva «la Sharia» contro i diritti dell’uomo, nonché un agire in controtempo rispetto a un Governo che si qualificerebbe come campione della legalità «su svariati fronti» ([Tanzi](#)).

Leggendo altri interventi recenti scopro – questa volta con sgomento – di aver apprezzato una sentenza che dovrebbe destare, invece, «grandissima preoccupazione», perché ha per effetto «quello di propugnare... la anarchia assoluta». Una pronuncia in cui si pretende che «il diritto di sovranità prevalga su tutto», e che nello stesso tempo comprime elitariamente la sovranità popolare, avendo il popolo italiano in qualche modo concorso con gli altri alla formazione della norma generale che la Corte ha respinto. Un Corte «arrogante», quindi, che esclude una norma comune alle umane genti «in nome di un interesse nazionale» (*sic*), che usa l’«arbitrio come parametro», tanto che poi non potremmo lamentarci se «con pari arbitrio ... i nostri soldati vengono tenuti in galera» ([Guarino](#)). Credo che l’autore di questa **cupa invettiva** sbagli a dire, di se stesso, «io con la metafisica poco mi acconcio» (p. 12). Non mi pare ne sia esente la bella idea che i popoli, in un’epoca di crisi della democrazia a livello nazionale, recuperino prerogative come artefici del diritto internazionale generale, salvo esser offesi da una sentenza. Credo che egli ecceda in modestia quando dice di volersi limitare a «due parole sommessamente banali» (p. 11). L’idea secondo cui la dottrina dei controlimiti è veicolo di «un interesse nazionale» è del tutto nuova, sebbene l’autore cerchi di attribuirlo anche ad altri. Originale è anche la tesi secondo cui con la sentenza n. 238 si sarebbe compiuto il tentativo di imporre «i nostri valori» all’umanità intera, mentre mi pare che la Corte costituzionale abbia espresso un punto di vista dichiaratamente *particolare*, seppure utilizzando un linguaggio, quello dei diritti umani, che può facilitare l’instaurazione di un dialogo con centri

decisionali esterni al nostro ordinamento, in primo luogo la Corte internazionale di giustizia, la cui autorità nella sfera internazionale è esaltata nella sentenza in commento (e ulteriormente rafforzata dalla recente [adesione dell'Italia alla "clausola opzionale"](#)). Sorprendente è anche la pretesa – non saprei sino a che punto conciliabile con la tesi precedente – che la Corte costituzionale non rinunci ad accertare essa stessa il diritto internazionale non scritto, offrendone una lettura alternativa rispetto a quella accolta dalla Corte dell'Aja. Insomma, alla Consulta si contesta una *hybris* nazionalistica e universalizzante, cioè imperialistica – che io francamente non vedo – per poi suggerirle di mettersi a dire, magari la prossima volta, il “vero” diritto internazionale, rischiando evidentemente di apparire... alquanto imperialistica.

Queste letture rafforzano la mia convinzione che la sentenza n. 238 sia, effettivamente, mostruosa, in senso buono: resto convinto che possa incidere positivamente anche sull'evolversi del ruolo della Corte internazionale di giustizia, che ora è “ufficialmente” coinvolta nella rete di rapporti intersistemici «*Solange*», attraverso cui transitano non solo “moniti”, ma anche decisioni di temporanea chiusura, senza le quali tali moniti perderebbero credibilità e significato (per una valutazione positiva della sentenza sotto analoghi profili v. [Guazzarotti](#) e [Dickmann](#) e, in termini “prognostici”, [Pavoni](#)).

Nei miei precedenti interventi ho ritratto la sentenza n. 238 da diverse angolazioni, non ultima quella “interna”, propria della **giustizia costituzionale**, cercando sempre la luce migliore. È tuttavia possibile che io abbia scattato, data la scarsa dimestichezza con lo strumento, l'istantanea di un «giudizio mostruoso», nell'accezione, certamente non positiva, che compare in un apprezzato trattato breve: un giudizio aberrante, sanzionabile con l'esercizio di un diritto di resistenza da parte dei giudici e dei cittadini (Ruggeri e Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino, 2014, p. 15). Ma il “mostro” è solo nella pellicola – fuor di metafora: nella mia immaginazione – o anche nella... realtà?

Per Antonio Ruggeri, autore, oltre che dei *Lineamenti*, di un denso [commento](#) alla sentenza n. 238, la mostruosità è imputabile alla mia inquadratura: «Secondo un'altra tesi ancora [la mia (*N.d.A.*)] (che invero lascia alquanto perplessi), la Corte non avrebbe qui svolto un sindacato sulle leggi, ex art. 134 cost., ma avrebbe esercitato una competenza nuova, di “quinto tipo”. Se così davvero fosse, avrebbe dato vita ad un atto mostruoso, nullo-inesistente, come tale non provvisto della “copertura” di cui all'art. 137, ult. c., cost.» (p. 4, nota 14).

Una parte consistente del commento firmato da Ruggeri è però dedicata a una serrata critica (non della mia ricostruzione, ci mancherebbe, ma) della pronuncia stessa, critica da cui risulta che, per l'illustre autore come per me, **i conti non tornano**: «ci dice la Corte [che] la norma di adattamento in realtà non c'è; il giudizio, però, può aversi ugualmente, così come si è avuto nella odierna circostanza, ma appunto su una norma... *inesistente*. Perché il vero è – dichiara la Corte – che, ogni qualvolta una norma di diritto internazionale non scritto risulti incompatibile coi principi fondamentali dell'ordine costituzionale, la norma di adattamento non si produce e, non producendosi, non può essere dichiarata invalida, con la conseguenza che la norma internazionale di riferimento non può trovare, né ha mai trovato, ingresso in ambito interno. Se, però, così stanno le cose, su cosa poggia il giudizio della Corte? La questione, insomma, avrebbe dovuto essere dichiarata *inammissibile*, non già – come invece è stato – *infondata*» (p. 3; per vedere sino a che punto Ruggeri ed io siamo d'accordo cfr. i primi due capoversi del mio [intervento](#)).

E i conti, per quanto ci si sforzi, non possono tornare, se si ragiona nel perimetro del giudizio di costituzionalità. A meno che, beninteso, non si metta in discussione la scelta – chiaramente compiuta dalla Corte nella sentenza del 22 ottobre scorso – di caratterizzare il meccanismo di

adattamento del nostro ordinamento alla consuetudine internazionale nei termini di un rinvio mobile, senza creazione di norme interne di adattamento («[teoria non nomogenetica](#)»). In questo modo, tuttavia, si abbandonerebbe il terreno della descrizione dei contenuti della sentenza per assumere invece un atteggiamento critico: scelta più che legittima (quella di Ruggeri), da non confondersi però con un tentativo di ricostruzione (il mio). Insomma **la “mostruosità”, se c’è, non dipende dalla mia insolita inquadratura, ma è nella sentenza stessa**. Continuo tuttavia a pensare che quest’ultima sia mostruosa in senso buono.

Vi sono anzitutto alcune critiche che la Corte, a mio avviso, non merita. Non mi pare si possa dire, in particolare, che il giudizio verta su una norma «inesistente» (v., in questo senso, anche [Leone](#)). La norma esiste eccome, tanto che è stata... accertata dalla Corte dell’Aja! **L’oggetto del giudizio è, chiaramente, una norma internazionale**. Ed è proprio per questo che non si può parlare (in termini descrittivi) di un classico giudizio di costituzionalità, il quale per definizione non può concernere la *validità* di una norma estranea al nostro ordinamento. Ruggeri si chiede: «ma se la norma di adattamento non si produce, su cosa mai può svolgersi il sindacato della Corte», «su cosa poggia»? (pp. 2, 6). Il punto è che la Corte, nella sentenza in commento, non svolge un sindacato: valuta se il contenuto della norma internazionale – che essa **non può sindacare ma conoscere certamente sì** – consente ovvero inibisce il rinvio di cui all’art. 10, 1° co., Cost. Insomma, delle due l’una: o si contesta l’adesione della Corte alla teoria non nomogenetica selettiva, o si accetta che il giudice costituzionale, quando, come nella specie, sottopone una consuetudine internazionale al *test* dei controlimiti, esprime un giudizio atipico, che è tale proprio perché non necessita di alcuna norma di “appoggio” interna. **E i conti, finalmente, tornano**. A un prezzo – me ne rendo conto – che il mio interlocutore non sembra disposto ad accettare. Mi auguro però sinceramente che le considerazioni che seguono lo convincano a proseguire il dibattito.

L’idea di un giudizio del quinto tipo può apparire stravagante, forse anche a causa dell’etichetta “fantascientifica” che ho inopinatamente scelto per incuriosire il lettore, e comunque deve esserlo a tal punto che Giancarlo Guarino, nel recente [scritto](#) già menzionato, ha pensato di deriderla, credo bonariamente (p. 11, il lettore non vi cerchi il mio nome, che non è citato). Ciò nonostante, mi sembra di poter dire che Guarino aderisca alla mia tesi. Egli infatti afferma, giustamente, che la Consulta «non può decidere sulla legittimità costituzionale della norma internazionale» (p. 8). E lo ribadisce spesso e con forza, ipotizzando che la Corte abbia agito «sulla base di una sorta di *estoppel*», un lemma che l’autore, fuorviando tutti coloro il cui pensiero correrebbe alla nota figura della *law of evidence*, impiega, pare, nel senso di un divieto d’accesso opposto alla norma internazionale: «*estoppel*, ripeto, non dichiarazione di incostituzionalità» (p. 12). Se dunque non si tratta di un giudizio del primo tipo, e nemmeno di giudizi vertenti su conflitti di attribuzione (*due...*), referendum abrogativi (...*tre...*) o accuse di alto tradimento (...*quattro*), anche per Guarino si è in presenza di un giudizio atipico, o del quinto tipo, solo che lui preferisce chiamarlo... *estoppel*. Dubito però che l’adesione di Guarino, per quanto qualificata, basti a convincere Ruggeri. Ci proverò quindi partendo da una battuta, serissima, attribuita a Zhou Enlai.

«La rivoluzione francese? Troppo presto per formulare un giudizio!», pare abbia risposto l’ex-Primo ministro della Repubblica popolare cinese a un allibito interlocutore. Non è mia intenzione attribuire qualità rivoluzionarie alla sentenza in commento, al contrario. Nel parallelo che vorrei suggerire, la (piccola, certo) “rivoluzione” è rappresentata dalla **dottrina dei controlimiti**. Adombrata intorno alla metà degli anni Sessanta, nella sentenza [n. 98 del 1965](#), dove la Corte costituzionale si soffermò sul problema dell’equivalenza tra le tutele giurisdizionali apprestate dall’ordinamento comunitario e il principio scandito dall’art. 24 Cost., la dottrina è stata

compiutamente enunciata nella prima metà degli anni Settanta, soprattutto quale contrappeso al riconoscimento del primato del diritto comunitario (sentenza [n. 183 del 1973](#)), prima di essere estesa, sul finire di quel decennio, al delicato rapporto del dettato costituzionale con le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» (sentenza [n. 48 del 1979](#)), e quindi ribadita, precisata (sentenza [n. 170 del 1984](#)) e “sperimentata” (sentenza [n. 232 del 1989](#)), anzitutto rispetto alle norme concordatarie (sentenza [n. 18 del 1982](#)), nel corso degli anni Ottanta (tra i commentatori della sentenza n. 238 ripercorrono questa storia [Passaglia](#) e [Faraguna](#)). La sentenza in commento rappresenta dunque il frutto, provvisorio, di una lunga vicenda storica, che nel caso di specie peraltro si intreccia con un altro travagliato percorso, quello della **ricostruzione delle complesse proprietà del “trasformatore permanente”** ideato da Tomaso Perassi nel 1947. Lo spirito creativo del giudice costituzionale non è assente da questa vicenda; ne scandisce anzi gli snodi principali: se il giudizio atipico contenuto nella sentenza in commento è “mostruoso”, che dire delle mirabilia di [Granital](#)? Si è inoltre sempre trattato, oggi come allora, di **una creatività misurata**: come l’idea dei controlimiti può dirsi coerente e feconda – e, proprio perché tale, non del tutto prevedibile negli esiti – così la formulazione di un giudizio atipico può forse ritenersi in armonia con il compito che la Costituzione affida alla Corte costituzionale. Per questa ragione eviterei l’espressione «competenza nuova», che Ruggeri mi attribuisce, per parlare invece, come ho fatto nel mio precedente contributo, di un «giudizio nuovo», ricadente *per analogia*, ma direi persino *a fortiori*, considerato il livello altissimo del conflitto normativo da dirimere, nella giurisdizione esclusiva della Corte costituzionale.

Ciò detto, mi rendo conto che non si deve essere misoneisti per sentirsi turbati da un “qualcosa” che scuote le pareti dell’art. 134 Cost. Pasquale De Sena, nel suo [secondo intervento](#) in questo Blog, ha opportunamente evocato il **rasoio di Occam**, ed è stato perciò deriso da Giancarlo Guarino, bonariamente credo (*op. cit.*, pp. 11 e 12, ma il lettore non vi cerchi il nome di De Sena, che non è citato). «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*», recita la massima. Ora, vi sono due modi di liquidare quell’imbarazzante *ens* teorico da me battezzato «giudizio del quinto tipo»: o si lascia ai giudici ordinari il compito di esprimere tali giudizi – il che appare poco consigliabile alla luce della delicatezza del compito – o si preconizza un (nuovo) mutamento della giurisprudenza costituzionale circa il modo di operare del “trasformatore permanente”. Ed è in quest’ultima direzione che De Sena brandisce la *novacula* (sempre quel maledetto rasoio).

Lui ed io concordiamo che la particolare interpretazione dell’art. 10, 1° co., Cost., offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, dà luogo a un giudizio atipico. A differenza di me, tuttavia, ritiene (criticamente) che la Corte avrebbe potuto e dovuto ragionare in altro modo: se il giudice delle leggi fosse rimasto fedele alla caratterizzazione del “trasformatore permanente” abbozzata nella sua precedente sentenza *Russel* ([n. 48 del 1979](#)), non vi sarebbe stato il bisogno di esprimere un giudizio atipico, per la semplice ragione che il sindacato avrebbe potuto appuntarsi su una norma interna: la norma di adattamento prodotta *ex art. 10, 1° co., Cost.*, *a prescindere* dal conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali. Una possibile soluzione consisterebbe dunque nel tornare alla teoria nomogenetica *non selettiva*, mentre **la Corte ha decisamente virato verso un’impostazione «non nomogenetica», e selettiva** (Giancarlo Guarino, *op. cit.*, p. 11, mi deride, bonariamente credo, anche per questa terminologia, con la quale ho voluto solo sintetizzare, per comodità espositiva, i termini di un dibattito ultrasessantennale).

Nel mio [intervento](#) ho sostenuto che questa via deve ritenersi preclusa a causa di un **vizio logico che intaccherebbe la teoria nomogenetica non selettiva**. L’argomento, in sintesi, era il seguente. Espunta la norma di adattamento che ha fallito il *test* dei controlimiti, il “trasformatore permanente”

ne produrrebbe subito un'altra identica. Il rimedio non potrebbe quindi consistere nella sola estromissione; bisognerebbe, in più, bloccare il rinvio alle norme consuetudinarie incompatibili con i principi fondamentali. Tale blocco, tuttavia, è un rimedio non solo necessario ma anche sufficiente: inibendo la formazione della norma di adattamento, esso rende futile l'operazione di espulsione. A ciò Pasquale De Sena oppone un **contro-argomento** che mi è subito apparso convincente e che ora mi induce, se non ad abbandonare, almeno a sfumare i termini della mia (a questo punto pseudo-)confutazione.

Secondo De Sena, è possibile interrompere il ricorrente formarsi della norma di adattamento anche tenendo ferma un'impostazione non selettiva. A bloccare il meccanismo interverrebbe, infatti, la pronuncia di incostituzionalità, dotata com'è di efficacia *erga omnes*. A quel punto nessun giudice ordinario potrebbe ritenere operante il rinvio *ex art. 10, 1° co., Cost.*, rispetto alla norma internazionale "speculare" a quella, interna, dichiarata illegittima. **Credo che il salvataggio della teoria che avevo inteso confutare possa dirsi riuscito.** Ciò nonostante, resto convinto che un'impostazione selettiva, come quella prescelta dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, rimanga tutto sommato preferibile.

In primo luogo perché – e qui sono io ad avere il rasoio in mano – la teoria selettiva evita l'andirivieni (ingresso-presenza-espulsione) di norme che sono *ab initio* incompatibili con i principi fondamentali dell'ordinamento. In secondo luogo perché l'impostazione non selettiva, pur sopprimendo l'imbarazzante giudizio del quinto tipo, produce anch'essa i suoi... *entia*, meno eclatanti, certo, ma comunque difficili da ricondurre al "canone". Nel già citato commento alla sentenza n. 238, Antonio Ruggeri ha notato come la Corte «spost[i] l'obiettivo dagli *atti* alle *norme* ... aggiungendo all'elenco (tassativo...) contenuto nell'art. 134 cost. altresì *norme* non risultanti da leggi o altri atti, in specie la norma di adattamento ... ad una norma consuetudinaria della Comunità internazionale» (p. 2). Proprio così: **la Corte ha di fatto interpolato la parola «norma» nel disposto dell'art. 134 Cost.** (cfr. punto 2.1 *c.i.d.*). È vero, come De Sena ricorda, che il giudizio di costituzionalità «ha, di regola, ad oggetto norme». Ma è altrettanto vero che tali norme, canonicamente, sono quelle che si ricavano dall'interpretazione degli *atti* contemplati dall'art. 134 Cost. Un secondo "ente inconsueto" emerge poi dal tentativo di arrestare l'incessante produzione di norme incompatibili con i principi supremi del nostro ordinamento (il contro-argomento poco fa ricordato). Per ottenere il "blocco", bisogna infatti postulare che la declaratoria di incostituzionalità abbia non solo l'effetto di caducare la norma illegittima, ma anche quello – non contemplato – di inibire selettivamente il rinvio operato dall'art. 10, 1° co., Cost. Accettando io l'idea di un giudizio atipico, non posso certo dirmi turbato da questi piccoli "aggiustamenti" (che per me vanno anzi benissimo). Li segnalo al solo scopo di evidenziare che, qualsiasi sia l'impostazione prescelta, **il meccanismo automatico di adattamento ideato da Perassi**, coniugato con la dottrina dei controlimiti – e con l'esigenza di procedere a un controllo di costituzionalità accentrato – **spinge inevitabilmente la Corte a eccedere o a deformare i limiti dell'art. 134 Cost.**

Appurato che Pasquale De Sena ed io ci serviamo dallo stesso... barbiere (cfr., ancora, Guarino, *op. cit.*, p. 11), l'unico motivo per cui la mia impostazione è forse preferibile alla sua è che la Corte ha ormai adottato un approccio selettivo (non è quindi merito mio). **A meno che non vi siano buone ragioni per suggerire al giudice costituzionale di fare marcia indietro.** Si dà il caso che De Sena ne individui una, particolarmente degna di nota. L'[argomento](#) è complesso. Provo a riassumerlo per punti: i) in genere, **l'esistenza di un conflitto tra una norma consuetudinaria internazionale e i principi costituzionali fondamentali «non è astrattamente predeterminabile»** (non si può sostenere, ad esempio, che la norma sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione «sia, di

per sé, contraria alla Costituzione»), ma deve piuttosto «misurarsi in concreto»; ii) tali norme devono dunque in linea di principio ritenersi integralmente ammesse a far parte del nostro ordinamento, secondo un'**impostazione non selettiva**; iii) la quale sola permetterebbe, o quantomeno favorirebbe, la formulazione di giudizi alla luce di «una **più compiuta articolazione del bilanciamento** fra valori costituzionali in conflitto (ivi compresi, quelli derivanti dall'ordinamento internazionale)».

Qui di seguito cercherò di dimostrare – stringendo l'inquadratura proprio sul bilanciamento e ripercorrendone le fasi iniziali alla moviola – che, per quanto l'esito della ponderazione compiuta dalla Corte possa non piacere, esso non dipende dalla teoria selettiva da essa accolta (nel senso che il “mancato ingresso” della norma internazionale avrebbe invece inciso sulle caratteristiche del bilanciamento si esprime anche [Longobardo](#)). **L'indagine sul bilanciamento istigata dall'obiezione di De Sena permette inoltre di scoprire altri lati interessanti della sentenza *monstre*.**

Prima di mostrare i **due (soli) “fotogrammi”** che ho scelto, è bene precisare che l'analisi che ne faccio si serve della **dicotomia regole/principi** formulata da Ronald Dworkin in un celebre saggio degli anni Sessanta (“The Model of Rules”, in *University of Chicago Law Review*, 1967-68, p. 14 ss.), ripresa e sviluppata da numerosi autori, Robert Alexy in particolare (*Teoria dei diritti fondamentali* [1986], Il Mulino, Bologna, 2012), e ordinariamente associata alla distinzione tra **sussunzione**, che è l'operazione logica richiesta dalla regola, e **bilanciamento**, che è il termine con cui si suole denotare un ragionamento “a base di principi” (Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, in *Ratio Juris*, 2003, p. 433 ss.). Mi servirò di questo modello analitico *standard* consapevole del fatto che esso non riscuote un consenso unanime, specialmente tra i teorici del diritto (cfr., da ultimo, Ávila, *Teoria dei principi*, Giappichelli, Torino, 2014, con *Prologo* di Guastini, p. IX ss.), raramente compare nello strumentario dell'internazionalista, ma è sapientemente sfruttato nella letteratura costituzionalistica (v., di recente, Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teorie e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2014).

**Primo fotogramma.** La Corte annuncia di voler compiere «una verifica di compatibilità, nel caso concreto, che garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero ne riduca al minimo il sacrificio» (punto 3.1 *c.i.d.*). In questo esordio bisogna mettere a fuoco, a parte il naturale riferimento alla concretezza del giudizio, il cenno apparentemente contraddittorio alla possibilità che un principio fondamentale, di cui la Corte stessa predica l'*intangibilità*, patisca un sacrificio.

Da ciò si ricava un'utile indicazione circa l'**uso che la Corte fa del termine «principio fondamentale»**. L'espressione è riferita all'enunciazione astratta del principio – «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e degli interessi legittimi» (art. 24, 1° co., Cost.) – e non, invece, al suo nucleo inderogabile. Sappiamo, infatti, che il diritto al giudice può soccombere, se il suo esercizio collide con altre esigenze espresse dal caso concreto e tutelate dall'ordinamento. Intangibile non è dunque il principio fondamentale *in quanto tale*, in tutta la sua (astratta) estensione, quanto piuttosto il suo nucleo essenziale. In cosa consisterebbe, dunque, la peculiarità di un principio fondamentale?

Scrivendo di uno «*ius cogens* interno», [Filippo Fontanelli](#) mi ha fatto pensare alla possibilità di trasporre, al caso di specie, un'ipotesi formulata per delucidare il senso che la nozione di «diritto imperativo» assume nel discorso sul conflitto tra diritti umani e immunità sul piano internazionale. Tale ipotesi (Gradoni e Tanzi, *op. cit.*, pp. 209-210) distingue **due tipi di bilanciamento**, a seconda

che tra i principi messi a confronto ve ne sia, oppure no, uno preminente (fondamentale, supremo ecc.). Lo scopo indicato da un tale principio – proprio perché il principio è fondamentale – deve *in ultima analisi* realizzarsi, seppure con il minor sacrificio possibile del principio antagonista: se esistono alternative che comportano un sacrificio inferiore o nullo (ad esempio, il ricorso ai tribunali dello Stato straniero), la misura che mira a realizzare il principio fondamentale (il disconoscimento dell'immunità) è illegittima; se invece di alternative non ve sono, o ne mancano di migliori, la misura è senz'altro legittima. Nel diverso caso in cui, tra i principi in gioco, non vi sia disparità di rango (nessuno dei due è fondamentale *o lo sono entrambi*), è invece concepibile – ed è questo il secondo tipo di bilanciamento – che uno dei principi soccomba anche in mancanza di misure alternative atte a realizzarlo: potrebbe infatti darsi che, *nel caso concreto*, tutte le misure capaci di raggiungere lo scopo indicato da un principio si traducano in un sacrificio sproporzionato dell'altro principio.

Ora, poiché la Corte costituzionale ascrive al diritto al giudice, specie se funzionale alla tutela dei diritti umani, la qualità di principio supremo dell'ordinamento, mentre pare che la neghi al principio di apertura al diritto internazionale – forse a causa della natura prevalentemente “formale” di quest'ultimo, ossia della sua indipendenza dal contenuto delle norme che potrebbero beneficiare di tale apertura – applicando la classificazione sopra delineata, si può dire che la Consulta ha compiuto **un bilanciamento del primo tipo**. Nelle particolari circostanze del caso – costituite dall'estrema gravità della lesione arrecata ai diritti fondamentali e soprattutto dal **vano esperimento di tutte le forme di tutela giurisdizionale alternative all'intervento dei tribunali italiani** – l'esito del bilanciamento poteva dunque ritenersi scontato. Sul punto tornerò brevemente in seguito.

**Secondo fotogramma.** È qui che la **norma oggetto della «verifica di compatibilità»** entra in scena ma lo fa in modo fugace e... in compagnia di un'altra norma, con cui non deve essere confusa. Occorre quindi prestare attenzione. Oggetto della verifica è la **«norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, così come interpretata dalla CIG [Corte internazionale di giustizia (N.d.A.)]»** (punto 3.1 *c.i.d.*).

La Corte costituzionale – questo il primo punto da cogliere – attribuisce alla Corte dell'Aja un'interpretazione della norma internazionale sull'immunità. L'affermazione è da prendere *cum grano salis*, perché il giudice internazionale ha offerto la propria qualificata lettura, non di una norma, bensì di un complesso di fatti storici dal quale ha creduto di poter evincere una consuetudine. **La norma consuetudinaria accertata dalla Corte internazionale è una regola** (non un principio), che può essere così formulata: «uno Stato è immune dalla giurisdizione di un altro Stato per fatti commessi dalle proprie forze armate sul territorio dello Stato del foro nel contesto di un conflitto armato, ancorché tali fatti siano qualificabili come crimini internazionali» (paragrafi 65 ss.). La chiameremo ***R<sub>cig</sub>***, per indicare sinteticamente la sua natura di regola (*R*), il giudice che l'ha accertata (*cig*) e, col carattere maiuscolo, l'origine internazionale della norma.

Sotto tale regola il giudice internazionale ha legittimamente sussunto il caso che la Germania le aveva proposto e poiché era alle prese con una regola, sarebbe fuori luogo accusarlo di “omesso bilanciamento”: il ragionamento svolto dalla Corte dell'Aja è, sotto questo aspetto, internamente coerente. Coerente ma, per chi scrive, infondato, poiché premette un accertamento del diritto non scritto svolto in modo perlomeno opinabile (Gradoni e Tanzi, *op. cit.*). È mia modesta opinione che ***R<sub>cig</sub>*** non esista, fatto sta che la Corte internazionale la pensa diversamente. Quanto alla nostra Corte costituzionale, essa ritiene che le sia precluso ripetere ed eventualmente correggere l'accertamento compiuto in occasione della lite italo tedesca. Ciò non significa che condivida l'opinione della Corte dell'Aja sull'attuale contenuto del diritto internazionale generale. **Il nostro giudice, sul punto,**

**rinuncia a esprimersi** ( $R_{cc}$  è ignoto), aderendo a una sorta di principio di divisione del lavoro tra sé e il giudice internazionale.

$R_{cig}$  deve essere raffrontata – afferma la Corte – «con un principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale quale il diritto al giudice (art. 24), congiuntamente al principio posto a tutela di diritti fondamentali della persona (art. 2)» (*ibidem*). Poiché nel caso di specie i due principi operano, per così dire, di concerto – nel senso che la violazione di diritti fondamentali “rafforza” l’esigenza di prestare tutela giurisdizionale ([Lieto](#)) – è possibile considerarli unitariamente, come antagonista unico dell’immunità, indicandoli con il simbolo  $p_{2-24}$ , dove  $p$  esprime la natura della norma in questione, che è appunto un principio, i numeri in pedice le disposizioni costituzionali di riferimento, il carattere minuscolo l’appartenenza della norma al diritto interno.

Come si opera tale raffronto? La Corte comincia a elaborare una risposta nello stesso capoverso: «la possibilità della verifica di compatibilità resta intatta comunque, anche tra norme – come nella specie – entrambe di rango costituzionale, il bilanciamento rientrando tra “le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” [qui la Corte si autocita (*N.d.A.*)]» (*ibidem*). I “controlimiti” ostano all’applicazione di  $R_{cig}$  nel nostro ordinamento? Dipende dal risultato del *bilanciamento* che la Corte si accinge a compiere. **Non è però  $R_{cig}$  a “entrare” nel bilanciamento.** Una regola, d’altronde, non vi si presta: se il caso rientra nel suo ambito di applicazione, essa semplicemente lo risolve. Una regola non è fattore bensì risultato del bilanciamento.

**Qual è dunque la norma che farà da contrappeso a  $p_{2-24}$ ?** Sappiamo che è anch’essa una norma «di rango costituzionale». A questo punto – e sempre attendendoci alle parole della Corte – non è difficile ipotizzare che si tratti della «**norma internazionale sull’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati**», come richiamata dall’art. 10, 1° co., Cost., e non – attenzione – «*come interpretata dalla CIG*». Per le ragioni appena illustrate,  $R_{cig}$ , che è una regola, non può giocare questo ruolo. La norma che la Corte ammette al bilanciamento, come antagonista di  $p_{2-24}$ , è (non potrebbe non essere) anch’essa un principio, non interno, evidentemente, ma appartenente al diritto internazionale non scritto: lo chiameremo dunque  $P_i$ , che sta per principio (internazionale) di immunità.

Qui il ragionamento della Corte è **doppiamente entimematico**, nel senso che cela ben due premesse di notevole interesse. In primo luogo, la Corte presuppone che  $P_i$  sia di per sé compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento e che sia perciò captato dal rinvio mobile operato dall’art. 10, 1° co., Cost. In altre parole, **mentre  $P_i$  è senz’altro ammesso a interagire con l’ordinamento italiano,  $R_{cig}$  resta esclusa pendente bilanciamento.**

La seconda premessa implicita è più complessa e, dato il tenore generale della decisione, inattesa. Se, infatti, la Corte si è astenuta dal compiere un autonomo accertamento della consuetudine internazionale, essa si è comunque espressa, *implicititer*, **nientemeno che sulla struttura della disciplina internazionale in tema di immunità.** Tenendo conto dell’ampio (e mai sopito) dibattito sul tema, l’affermazione secondo cui la norma internazionale in questione non è una regola, ma un principio, è infatti tutt’altro che banale.

Pur non essendosi strutturato attorno alla dicotomia regole/principi, il dibattito sull’immunità dello Stato può essere in parte ricostruito utilizzando tale distinzione come chiave di lettura.

Secondo un’impostazione forse prevalente, ma perlopiù tralatizia, **l’immunità dello Stato è prevista da una regola** in rapporto alla quale si sono in passato formate – e potranno in futuro formarsi – “**eccezioni**”, cioè *regole* di segno opposto. Nel corso della storia si sarebbe così passati da un’immunità assoluta – e perlopiù concepita in termini assiomatici, ossia come regola deducibile

dalla norma “strutturale” della sovrana uguaglianza degli Stati (cfr., *ex multis*, Provinciali, *L’immunità giurisdizionale degli Stati stranieri*, Cedam, Padova, 1933, p. 76 ss.) – a un’immunità relativa, limitata agli *acta iure imperii*, mentre rimarrebbe incerto lo *status* di altre ipotetiche eccezioni, quali la cosiddetta «*tort exception*», che sottrarrebbe alla sfera immunitaria i comportamenti che causano un danno ingiusto sul territorio dello Stato del foro, o la «*human rights exception*», che renderebbe “attaccabili” le condotte gravemente lesive dei diritti fondamentali.

La tesi “assiomatica” è stata da tempo contestata – a mio avviso con pieno successo, ma si sa della tenacia delle *idées reçues* – da una corrente dottrinale assai variegata ma caratterizzata da una generale propensione all’indagine storico-critica (senza pretese di esaustività si possono citare i seguenti lavori: Panebianco, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Jovene, Napoli, 1967; Luzzatto, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972; Sbolci, *Controversie di lavoro con Stati stranieri e diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1987; Marasinghe, “The Modern Law of Sovereign Immunity”, in *Modern Law Review*, 1991, p. 664 ss.; Bianchi, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, p. 195 ss.; De Sena e De Vittor, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini Case*”, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.; Cannizzaro e Bonafè, “Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights”, in *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma* (a cura di Fastenrath *et al.*), Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 825 ss.). Massimo Panebianco, nel 1967, concludeva la sua ricognizione affermando che alla (presunta) regola dell’immunità assoluta «non fa riscontro alcuna effettività giuridica, né storica, né attuale», mentre è «la giurisdizione interna a prevalere, anche se in modo tortuoso» (*op. cit.*, pp. 95-96). Non è un caso, dunque, che chi vuol far risalire la regola dell’immunità addirittura a... Vestfalia, tenda ad arruolare surrettiziamente antichi precedenti di segno opposto, come la celebre *opinion* del giudice Marshall nel caso [The Schooner Exchange v. McFaddon](#) (per ulteriori dettagli v., da ultimo, Gradoni e Tanzi, *op. cit.*, pp. 203-205). Ancor meno casuale è che si racconti l’emergere della teoria dell’immunità ristretta come conquista di una giurisprudenza nazionale all’inizio dissidente e isolata, ma infine trionfante a danno di un’ortodossia, quella dell’immunità assoluta, di cui però i giudici dell’epoca erano, a quanto pare, perlopiù ignari, o tali si fingevano (cfr. Gradoni, “Consuetudine internazionale e caso inconsueto”, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, pp. 712-714). Secondo un approccio non assiomatico, al contrario, **il “campo dell’immunità” è caratterizzato da una tendenziale assenza di regole precostituite e da una concomitante tensione tra principi contrapposti** che gli interpreti sono chiamati a sciogliere “bilanciando”, ossia tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti.

Questo punto di vista trova un limpido riscontro nella [dissenting opinion](#) che il giudice Yusuf ha allegato alla sentenza con cui la Corte internazionale di giustizia ha condannato l’Italia (paragrafi 26, 30). **Quid a proposito dell’atteggiamento assunto dalla Corte stessa?** Ha essa forse aderito all’ortodossia, a differenza del suo membro dissenziente? Non pare.

La Corte non ha preso posizione sul punto (cfr., ancora, Gradoni e Tanzi, *op. cit.*, pp. 210-211). Ed è sicuro che essa è giunta a condannare l’Italia, non perché ha ritenuto che vi fossero prove insufficienti dell’esistenza di un’eccezione alla regola dell’immunità, ma perché ha creduto che la *concretissima* regola  $R_{cig}$  fosse sufficientemente attestata dalla prassi, in quanto tale, non come riflesso o appendice di una più generale *regola* di immunità ( $R_i$ ), sulla cui esistenza la Corte non si è pronunciata, come del resto non si è espressa sullo *status* della *tort exception*. **La Corte dell’Aja ha insomma mantenuto una posizione neutrale rispetto alle due impostazioni sopra delineate.** La

norma internazionale sull'immunità è una regola o un principio? Esiste  $R_i$  oppure solo  $P_i$ ? Non lo si scopre leggendo la sentenza del 3 febbraio 2012. La **Corte costituzionale italiana**, invece, offre al quesito una risposta implicita ma chiara: nell'ordinamento internazionale vige, non una regola generale ( $R_i$ ), bensì un principio di immunità ( $P_i$ ), da bilanciarsi con esigenze potenzialmente collidenti.

Delle posizioni assunte dalle due Corti si può concepire dunque la seguente, rapida sinossi. Per la Corte internazionale di giustizia sussiste una regola consuetudinaria  $R_{cig}$ , altamente specifica e risolutiva del caso concreto; al di là del perimetro di tale regola non è chiaro se per essa esista una regola generale di immunità ( $R_i$ ) o solo un principio ( $P_i$ ). La Corte costituzionale italiana, dal canto suo, non si esprime sull'esistenza di  $R_{cig}$ , limitandosi a prendere atto della pronuncia della Corte dell'Aja. Non esprime, dunque, un'*opinio iuris* idonea a consolidare  $R_{cig}$ ; manifesta al contrario l'auspicio (se si vuole, un'*opinio necessitatis*) che si formi, nel diritto internazionale, una regola di segno opposto ( $\neg R_{cig}$ ). Esprime invece (implicitamente) un'*opinio iuris* nel senso dell'esistenza di  $P_i$ , dicendo quindi la sua sulla *struttura* della disciplina internazionale in materia di immunità. Infine, dà per scontato che  $P_i$  sia compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento e si accinge a sottoporre  $R_{cig}$  al *test* dei controlimiti, al quale possiamo ora conclusivamente tornare.

Il *test* si effettua bilanciando, da un lato  $p_{2-24}$  (diritto al giudice e tutela dei diritti fondamentali) e, dall'altro, **un grappolo di norme costituito, oltre che da  $P_i$ , dai principi costituzionali interni con cui quest'ultimo entra necessariamente in risonanza**, ossia quelli dell'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale generale (art. 10, 1° co.), del rispetto degli obblighi internazionali in genere (art. 117, 1° co.), e del *favor* nei confronti delle organizzazioni internazionali che, come l'ONU, hanno lo scopo di assicurare «la pace e la giustizia tra le Nazioni» (art. 11). Il conflitto, quindi, assume nel complesso la seguente struttura:  $p_{2-24}$  versus  $P_i$ - $p_{10-11-117}$ .

La Corte ha quindi tenuto conto del principio internazionale di immunità, nonché dei principi costituzionali “internazionalistici”: l'impostazione selettiva non gliel'ha certo impedito, consentendo essa il rinvio a  $P_i$ . Era tuttavia inevitabile che, *nelle circostanze del caso concreto*, tali principi soccombessero, stante la qualità di valore supremo riconosciuta dalla Corte alla tutela *giurisdizionale* e negata, invece, alle norme antagoniste. Quando, come nella specie, l'accesso a qualsiasi altra forma di tutela giurisdizionale è precluso, e si tratta per di più di crimini gravissimi,  $R_{cig}$ , la regola consuetudinaria rinvenuta dalla Corte dell'Aja non è una soluzione possibile del bilanciamento e non può perciò considerarsi (a differenza di  $P_i$ ) richiamata dal “trasformatore permanente”. In questo quadro, l'ulteriore affermazione, contenuta nella sentenza, secondo cui i crimini commessi dalla truppe naziste si distanzerebbero da un «esercizio tipico della potestà di governo» (cfr. punto 3.4 *c.i.d.*), indebolendo le ragioni dell'immunità e sottraendo quindi peso al “piatto internazionalista” della bilancia, è interessante, ma è forse superflua.

Ai fautori di una **soluzione diplomatica**, che eviti il sacrificio dell'immunità senza scontentare le pretese di *risarcimento* delle vittime, non resta che caldeggiare un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nel senso del riconoscimento dello *status* di principio supremo (anche) all'apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale. Per ora ci si deve accontentare di una **soluzione “mista”**, dove la riattivazione del canale giurisdizionale può fungere da pungolo alla ricerca di una soluzione diplomatica, la quale, a sua volta, contribuirebbe verosimilmente a disincentivare, come ha sostenuto Pasquale De Sena nel suo [primo intervento](#), il ricorso al giudice.