



Rivista N°: 4/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 23/10/2020

AUTORE: Alessia Fusco*

IL MITO DI PROCRUSTE. IL PROBLEMA DELL'INTERPOSIZIONE DELLE NORME GENERATIVE DI OBBLIGHI INTERNAZIONALI NEI GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Sommario: 1. Le ragioni di interesse per il tema. Definizione dell'ambito di studio e della domanda che anima la ricerca. - 2. Il problema dell'interposizione normativa negli studi del diritto pubblico. - 3. Il quadro problematico dato dalla revisione dell'art. 117 l co. - 4. La scelta dell'interposizione per la CEDU e i problemi da questa scaturiti. - 5. La Carta sociale europea (rectius: le norme della Carta Sociale europea dichiarate parametro interposto). - 6. La praticabilità dell'interposizione gli altri trattati internazionali: il giudice comune come il sottotenente Drogo nella fortezza Bastiani? - 7. Spostandosi dalla species al genus: Prospettive dell'interposizione per la caleidoscopica categoria degli obblighi internazionali. - 8. Considerazioni conclusive.

1. Le ragioni di interesse per il tema. Definizione dell'ambito di studio e della domanda che anima la ricerca

Narra Diodoro Siculo di un brigante, di nome Procruste, che viveva in Attica. Procruste stendeva i malcapitati viandanti su un letto e ne modificava le dimensioni, allungando o accorciando i loro arti per farli rientrare nelle misure da lui prefissate, che più gli aggradavano¹.

Leggendo la giurisprudenza costituzionale successiva alla revisione del Titolo V della Carta fondamentale, il trattamento riservato dal Giudice delle leggi alle norme generatrici di obblighi internazionali, al rispetto dei cui vincoli il legislatore statale e regionale è tenuto, sembrerebbe il medesimo che Procruste effettuava nei confronti degli inconsapevoli viandanti. Come il personaggio mitico, il giudice costituzionale è talvolta ritenuto reo dell'*ampliatio* del

* Docente a contratto di Diritto pubblico presso l'Università di Milano Statale; dottoressa di ricerca, *Doctor Europaeus*, in "Studi costituzionalistici italiani, europei e transnazionali" presso l'Università di Genova.

¹ DIODORO SICULO, *Biblioteca storica*, Libro IV, cap. 59. Versioni del mito sono presenti anche nella produzione di Apollodoro e di altri autori. Diodoro Siculo è l'unico a chiamare il personaggio mitico Procruste, nome maggiormente conforme alla sua etimologia (dal greco προκρουω, 'tiro con violenza').

parametro dei suoi giudizi sulle leggi nei confronti di atti normativi che germinano nella sfera del diritto internazionale, a scapito della sovranità dello Stato nella sua *legislatio*. Ancora una volta, al giudice sono ascritte responsabilità che derivano semmai da una scelta nefasta e approssimativa del legislatore di revisione costituzionale. Attraverso l'opzione dell'interposizione – ch  di opzione si tratta e non di percorso obbligato – una fonte internazionale, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libert  fondamentali (d'ora in poi: CEDU)   diventata termine di confronto parametrico della normativa interna, insieme con *le norme di alcuni altri trattati internazionali*²; molte altre, invece, rimangono confinate in un limbo parametrico imperscrutabile.

Ci  determina una situazione di profonda incertezza, a monte e a valle del percorso in cui vengono ad avventurarsi i "viandanti" oggetto di questo studio – le norme da cui discendono obblighi internazionali – e, insieme con queste, chi intenda avvalersi in sede giudiziale della tutela da esse prestata.

A monte, infatti, chi tra i pratici del diritto mostri una certa sensibilit  nei confronti di strumenti normativi di tutela internazionale e si interroghi se e come spenderli *sub iudice* si trova davanti a una situazione caratterizzata da «due pesi, due misure»³: da un lato, la CEDU ha acquisito a pieno titolo, da ormai pi  di un decennio, il rango di fonte interposta nei giudizi di legittimit  costituzionale⁴; dall'altro, l'interposizione continua a essere meta parametrica lontana (e irraggiungibile) per molte altre norme produttive di obblighi internazionali, considerati nella loro complessa eterogeneit , come si avr  modo di osservare⁵.

A valle, ogniqualvolta in sede parametrica la Corte si trovi a valutare la violazione di un vincolo creato da un obbligo internazionale attraverso l'art. 117 I comma,   come se prendesse le misure della norma generativa dell'obbligo internazionale in questione, cercando di valutare se possa rientrare nel mitico letto oppure no: se possa, in altri termini, assurgere al rango di parametro interposto, e se ci  possa avvenire sulla base di un criterio formale – ossia guardando alla forma dell'atto con cui   data esecuzione al trattato – o sostanziale, distinguendo i trattati a seconda del loro contenuto e della loro "vocazione costituzionale".

La ricerca muove dalla constatazione secondo cui la tecnica dell'interposizione normativa, sperimentata sin dai suoi primordi nei confronti di fonti che la postulavano a causa della loro intrinseca natura e conformazione, mostrando rigidit  applicativa, possa assumere connotati pi  elastici e duttili ove sperimentata sul terreno delle fonti da cui promanano obblighi internazionali.

² Il corsivo   voluto: si avr  modo di riflettere oltre su questa caratteristica dell'interposizione valida per *pacta* diversi dalla CEDU.

³ Per riprendere l'efficace immagine usata di recente da N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3/2020, 373 ss.

⁴ Non a caso, il Codice deontologico forense, approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014, all'art. 1, co. II, prescrive che «L'avvocato, nell'esercizio del suo ministero, vigila sulla conformit  delle leggi ai principi della Costituzione e dell'Ordinamento dell'Unione Europea e sul rispetto dei medesimi principi, *nonch  di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libert  fondamentali* (corsivo nostro), a tutela e nell'interesse della parte assistita».

⁵ Cfr., oltre, § 6 e 7.

L'indagine è pertanto volta a esplorare la complessità della categoria delle norme da cui promanano obblighi internazionali, in relazione alle prospettive dell'interposizione nel giudizio di legittimità costituzionale: a quelle già affermatesi e a quelle che potrebbero inverarsi, atteso il potenziale prescrittivo dell'art. 117 I co. e, dunque, a saggiare quali potrebbero essere le ripercussioni nella fisiologia della giustizia costituzionale⁶.

A tal fine, il primo passo sarà affrontare gli spunti offerti alla riflessione giuspubblicistica sull'interposizione normativa dai principali studiosi che si sono occupati del tema. Il contributo di ciascuno sarà interrogato al fine di valorizzarne i tratti salienti e capire cosa questi possano predicare in ordine alla categoria di fonti oggetto di questa ricerca.

2. Il problema dell'interposizione normativa negli studi del diritto pubblico

Cosa si intende per interposizione normativa?

Nella dottrina giuspubblicistica, la paternità dell'elaborazione sulle norme interposte è comunemente ascritta a Carlo Lavagna⁷. Per vero, è Carlo Esposito, in un'opera pubblicata nel 1954, un anno prima rispetto al lavagnano «*Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*», a imbattersi nella questione mentre si interroga sull'*ubi consistam* del controllo di costituzionalità delle leggi in Italia, che ancora non era stato esperito perché, citando Calamandrei, «la Costituzione non s'era mossa»⁸. Nello studio dei termini essenziali della questione di legittimità costituzionale, oggetto e parametro, Esposito esclude perentoriamente che fonti di rango infracostituzionale possano essere collocate nell'alveo parametrico⁹. Così ragionando, sbarrò le porte del giudizio sulle leggi a quelle che, pochi mesi dopo, Lavagna battezzò «norme interposte». Con Esposito, appunto, Lavagna ha modo di dialogare quando, nel corso delle sue riflessioni, argomenta a proposito della sindacabilità, da parte del Giudice delle leggi, dei casi in cui «la norma o il principio, pur essendo tratti direttamente da “testi” costituzionali, siano invocabili solo indirettamente, inserendosi fra essi e le norme legislative che si ritengono viziate altre norme, dotate di mera forza legislativa e che potrebbero chiamarsi *norme interposte*»¹⁰.

Anche al fine della nostra analisi, specificamente incentrata sul problema dell'interposizione normativa in relazione alle norme da cui promanano obblighi internazionali, è utile soffermarsi con la dovuta attenzione su alcuni profili dello studio di Lavagna. Anzitutto, il *focus* dell'indagine non è il parametro del giudizio di legittimità costituzionale, ove og-

⁶ Rimangono escluse dall'ambito di questo lavoro le prospettive dell'interposizione legate a fonti di matrice U.E. su cui, da ultimo, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 234 ss.

⁷ C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, Giuffrè, Milano 1957, estr. da *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, vol. VIII, Serie III, Anno IX, 1955.

⁸ P. CALAMANDREI, *La Costituzione si è mossa*, *La Stampa*, 6 giugno 1956.

⁹ C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, 272 ss.

¹⁰ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 28.

gi siamo soliti collocare qualsivoglia ragionamento sull'interposizione normativa. Lavagna si imbatte nella categoria delle norme interposte nell'ambito di un'indagine di giustizia costituzionale incentrata sulla non manifesta infondatezza; anzi, come scrive Lavagna stesso, sulla "manifesta infondatezza", quel requisito del tutto particolare che costituisce, nell'accesso al giudizio della Corte, una «"dogana" fra i territori dell'autorità giudiziaria e della Corte costituzionale, posta ad evitare il "contrabbando" delle questioni "manifestamente infondate"»¹¹. Obiettivo del lavoro di Lavagna è, infatti, interrogarsi sulla fisionomia della manifesta infondatezza, categoria introdotta dal legislatore ordinario della l. n. 87 del 1953 a completamento delle scarse prescrizioni costituzionali regolatrici il processo dinanzi alla Corte. Con metodo analitico, lo studioso del diritto pubblico procede a scindere l'oggetto nei singoli elementi che lo compongono. Dopo aver effettuato un'operazione di "teologia negativa" sgomberando il campo di indagine da figure simili alla m.i., il quesito principe risiede nell'individuazione delle q.l.c. relativamente alle quali può essere formulato un giudizio sulla manifesta infondatezza: quali siano, dunque, quella che definisce la «qualità formale»¹² delle norme costituzionali di riferimento (il parametro) e quella delle «norme suscettibili di controllo»¹³ – (l'oggetto). *La questione sul parametro è, dunque, strumentale alla domanda che anima la ricerca sulla manifesta infondatezza ed è in ordine a quest'ultima che viene concepito il problema dell'interposizione, non il contrario.* La dimensione normativa dell'interposizione emerge con riferimento a una delle due piste di ricerca che interessano il parametro, ossia quella della natura o qualificazione formale delle norme parametriche: alcune di esse possiedono una particolare natura; altre, costituenti «un gruppo di casi»¹⁴, sono quelle norme che si possono definire "interposte", in quanto si inseriscono tra la norma costituzionale e la norma legislativa, pur condividendo la medesima forza di quest'ultima. Il riferimento immediato di Lavagna è la legge di delegazione, benché proprio in quegli anni l'ammissibilità di tale fonte nel novero delle fonti interposte fosse tutt'altro che pacifica¹⁵. Tra le norme che, sulla base di specifica prescrizione costituzionale, pongono limiti o vincoli alle norme legislative, rientrano i principi fondamentali contenuti in leggi statali dell'allora vigente art. 117 l. co., le consuetudini internazionali, sotto l'imperio dell'art. 10 l. co. e i precetti dei Patti lateranensi, ex art. 7.

«Oltre ai casi indicati non mi pare esistano, nel nostro sistema, altre ipotesi di norme interposte»¹⁶, scrive Lavagna, a conclusione dell'analisi di questo aspetto. È sempre singolare domandarsi quale sarebbe la reazione di illustri studiosi del calibro di Lavagna, dinanzi all'applicazione che le categorie oggetto della loro riflessione avrebbe poi avuto. In questo caso, quale sarebbe stata la reazione dello studioso Lavagna davanti al peculiare uso dell'interposizione nei confronti di *una fonte* produttiva di obblighi internazionali reso dal Giu-

¹¹ *Ibidem*, 1.

¹² *Ibidem*, 25 s.

¹³ *Ibidem*, 26.

¹⁴ *Ibidem*, 28.

¹⁵ Le diverse tesi sulla sindacabilità della legge di delegazione quale parametro interposto sono riprese da A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra inquadramenti dogmatici e svolgimenti della prassi*, Giappichelli, Torino 2015, 43 ss.

¹⁶ *Ibidem*, 30.

dice delle leggi dal 2007 in poi. Soprattutto perché egli esclude appunto le norme interposte «extrastatali» dal caso problematico in cui la norma interposta violi la Costituzione, determinando così un'estensione del problema della manifesta infondatezza ai rapporti tra queste norme e l'ordinamento costituzionale: la detta categoria di norme interposte, infatti, è sì richiamata ma non vincolata dalla nostra Costituzione. Nell'esempio di norma interposta extrastatale che ha a disposizione, le consuetudini internazionali, Lavagna argomenta sul punto che queste non potrebbero operare qualora se ne ravvisasse un'antinomia col dettato costituzionale: se così fosse, non vi sarebbe illegittimità costituzionale ma esclusione del rinvio e, dunque, dell'interposizione. Ad avviso di Lavagna, però, l'ultima parola spetterebbe sempre e comunque alla Corte¹⁷.

Parecchi anni dopo, la dottrina tornerà a interrogarsi al fine di individuare alcuni dati assai rilevanti per la ricostruzione dell'*ubi consistam* dell'interposizione. Perché una norma possa assurgere al rango di norma interposta e integrare il parametro costituzionale, non è tanto dirimente che sia richiamata dalla Costituzione quanto che esista un principio costituzionale, rinvenibile in disposizioni diverse da quella contenente il rinvio, che possa essere attuato mediante una fonte che si dice interposta¹⁸. Siclari punta anche l'obiettivo sul valore di legge delle fonti interposte: sono atti sindacabili dalla Corte costituzionale? Dato, questo, che tornerà conferente all'analisi in corso, per quel che attiene alla legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali.

L'integrazione legislativa del parametro a mezzo di una norma interposta è studiata da Paolo Carnevale e Alfonso Celotto con riferimento ad alcune fonti del diritto che sono da questi sottoposte a un *test* muovendo dai principi consolidatisi sino a quel punto nella fenomenologia dell'interposizione normativa¹⁹. Dagli studi di Lavagna e Siclari, Carnevale e Celotto riprendono tratti distintivi appartenenti all'elaborazione delle norme interposte: il richiamo costituzionale a esse operato, il ruolo di attuazione di una norma costituzionale, il valore di legge. Il *test* è *lato sensu* superato dalle fonti oggetto dello studio; l'esperimento, però, denota che ogni atto o fatto interposto, nel presentare suoi caratteri peculiari – ché certamente non si può discorrere dell'interposizione con riferimento alla legge di delegazione legislativa alla stessa stregua di come se ne discorrerebbe con riguardo al decreto legge non convertito e riprodotto *identiter* sul piano della verifica della sua reiterazione – presenta un tratto distintivo fondamentale: l'eventualità. Nei casi studiati, l'integrazione legislativa sfugge alla predefinizione di un tipo: qualsiasi legge può corroborare l'elemento parametrico, anche solo in via temporanea²⁰.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ M. SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di legittimità costituzionale*, Cedam, Padova 1992, 108.

¹⁹ P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Giappichelli, Torino 1998.

²⁰ *Ibidem*, 119 s.

La circostanza che l'*ampliatio* del parametro non si limiti agli atti ma sconfini nella dimensione fattuale, stante «l'attitudine del fatto a porsi a parametro»²¹, dimostrata da Antonio Ruggeri sin dagli anni Novanta²², rende all'analisi dell'interposizione un carattere ulteriore dotato di arricchente potenziale espressivo. «Fatti e norme (...) si ricaricano senza sosta a vicenda, si giustificano, compongono un corpo unitario e, proprio in siffatto modo di essere, fanno e rifanno incessantemente il parametro costituzionale»²³.

Questi i profili principali del quadro teorico in cui era costruito il paradigma classico dell'interposizione. Fin lì, l'estensione del parametro per le fonti classiche era stata retta da precise indicazioni normative. Già allora, nonostante la rigidità dello schema riposasse sulla chiarezza che presidiava la fonte da interporre, la dottrina non mancava di formulare perplessità sull'attrazione in sede parametrica delle fonti per interposizione. Per esempio, la delegazione legislativa, «caso su cui per primo si incentrò l'attenzione dei commentatori»²⁴, come ricorda Zagrebelsky sin dalla prima edizione del 1977 del manuale di giustizia costituzionale, era stata interessata da numerose perplessità. Secondo alcuni, il contrasto tra legge delega e decreto legislativo delegato sarebbe stato idoneo a integrare l'illegittimità del decreto legislativo, con conseguente possibilità di annullamento o disapplicazione *sub iudice* o, diversamente, secondo altri, avrebbe configurato un vizio di legittimità costituzionale: soluzione, questa, sposata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 3 del 1957. A *fortiori*, ancora minore chiarezza caratterizzerà il nuovo oggetto dell'interposizione così come individuato dal nuovo art. 117 I co.: le norme da cui derivano obblighi internazionali. Non poche saranno le scosse telluriche che il terreno dell'interposizione – in qualche misura dogmaticamente stabile sino a quel momento – dovrà registrare.

3. Il quadro problematico dato dalla revisione dell'art. 117 I co.

Nella seduta antimeridiana dell'8 marzo 2001, data che si presta facilmente a essere ricordata, giacché, nel pomeriggio di quel giorno, il Presidente Ciampi procedette allo scioglimento anticipato delle Camere, determinando così la fine della tredicesima legislatura, il Senato approvava in via definitiva a maggioranza assoluta il progetto di legge di revisione costituzionale n. 3²⁵. La fase eventuale referendaria terminava con la prevalenza dei voti fa-

²¹ A. RUGGERI, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino 2015, 508 ss.

²² *Ex multis*, si veda senz'altro A. RUGGERI, *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino 1994.

²³ A. RUGGERI, *Fatti "interposti"*, cit., 509.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977, 40.

²⁵ Lo ricorda L.A. MAZZAROLLI, *Magistrati e Costituzione. Costituzione e «Carte dei diritti» e pronunce di Corti europee. Artt. 101 e 117, comma 1, Cost. Tout se tient*, in *Scritti in onore di Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, G. Di Cosimo, A. Cossiri, A. Guazzarotti, C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 540.

vorevoli al testo di revisione costituzionale, producendone la conseguente integrazione dell'efficacia.

I fatti sono ancora troppo vicini a noi perché si possa maturare un giudizio lucido e imparziale sulle dinamiche politiche che caratterizzarono il procedimento di revisione del Titolo V. Tuttavia, alcuni aspetti sino a oggi interrogano profondamente per i problemi che hanno determinato. Non ultimo, l'inserimento di quegli "obblighi internazionali" nel primo comma dell'art. 117²⁶: formula gravida di problemi, che però, leggendo gli atti parlamentari di quella legislatura, sembra quasi un *lapsus calami* le cui conseguenze si riteneva sarebbero state minime, laddove non inesistenti. Un'aggiunta che ci si sarebbe premurati di eliminare, alcuni anni dopo, attraverso la riforma costituzionale del 2006, poi naufragata nella fase referendaria²⁷.

Sul punto, l'obiettivo precipuo della modifica era quello di assoggettare il legislatore statale a tali obblighi: limite, questo, previsto sino ad allora per le sole Regioni. Parallelamente, un altro obiettivo da perseguire era la piena realizzazione del c.d. "principio della sovranità limitata"²⁸. Il carattere internazionalista, o, per dirla ancora con Paladin, il «principio sovranazionale»²⁹, principio fondamentale impresso nella nostra Costituzione negli artt. 10 e 11, aveva negli anni mostrato incompletezza nella sua definizione e abbisognava di un'integrazione, se non di una esplicitazione. L'art. 10, I co. norma di adattamento all'ordinamento internazionale consuetudinario, nulla dispone in relazione all'altra categoria risultante dalla *summa divisio* del diritto internazionale, ossia l'ordinamento pattizio³⁰. Appunto quell'Assemblea costituente, che aveva approvato il «Trattato di pace tra le Potenze Alleate ed Associate e l'Italia», firmato a Parigi nel febbraio del 1947, ben consapevole dei delicati equilibri che caratterizzavano i rapporti tra gli Stati all'indomani del secondo conflitto mondiale, non a caso aveva scelto di non riservare lo stesso trattamento allo strumento principe delle relazioni internazionali. L'art. 11 era stato l'architrave su cui l'Italia aveva fondato la costruzione del suo cammino comunitario ma di quella che stava per diventare addirittura un'Unione europea nessuna traccia prescrittiva vi era nel tessuto normativo della Carta fondamentale.

²⁶ ...limite alla potestà legislativa statale e regionale esplorato nel lavoro monografico di A. BONOMI, *Il 'limite' degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino 2008.

²⁷ Cfr., sul punto, F. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. Soc.* 2009, 215 e N. PIGNATELLI, *La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in *Forum di quad. cost.*

²⁸ Così L. PALADIN, *I principi fondamentali nella Costituzione repubblicana: una prospettiva storica*, in *Id.*, *Saggi di storia costituzionale*, a cura di S. Bartole, Il Mulino, Bologna 2008, 169.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947, alla disposizione «Le norme del diritto delle genti, generalmente riconosciute, sono considerate parte integrante del diritto italiano» furono proposti emendamenti, confluiti poi nella versione del vigente art. 10. Tra i proponenti, Tomaso Perassi, il quale, nel precisare come l'adattamento automatico fosse criterio ripreso dall'art. 4 della Costituzione di Weimar (e definito "trasformatore permanente"), osservò come esso si riferiva «esclusivamente alle norme del diritto internazionale generale, non alle norme che siano poste da accordi internazionali bilaterali o collettivi. L'adattamento del diritto interno italiano a norme derivanti da trattati bilaterali o collettivi non è regolato da questo articolo; sarà attuato secondo altri procedimenti.»: cfr. Atti dell'Assemblea costituente, 24 gennaio 1947.

Quale migliore occasione di una revisione significativa, addirittura di quasi un intero titolo della Costituzione, per peritarsi di inserire un riferimento agli ormai cogenti vincoli comunitari (unionali) e dare finalmente diritto di cittadinanza alla Comunità (Unione) europea, nonché per estendere alla potestà legislativa statale il limite degli obblighi internazionali?

La sciatteria e l'imprecisione del legislatore della revisione costituzionale nella riscrittura dell'art. 117 I comma possono essere colte sotto vari profili.

Ci sarebbe da sorvolare sull'inserimento del "rispetto della Costituzione" quale primo limite previsto dal legislatore di revisione alla potestà legislativa statale e regionale: limite di carattere tautologico³¹. Venendo agli altri due, questi pongono densi problemi, sia considerati congiuntamente che *uti singuli*. Nella prima dimensione, infatti, la formula dei "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" unifica due categorie di fonti fra le quali sussiste un rapporto specie/genere, più che genere/genere, malamente espresso dalla congiunzione coordinante.

Nell'altro corno, ossia ponendo in luce separatamente le due categorie di fonti cui assoggettare la potestà legislativa di Stato e regioni, vi è da dubitare sull'appropriatezza della formulazione usata.

Anzitutto, volendo andare a interrogarsi sulla categoria dogmatica del "vincolo", si stenta a rintracciarne qualche fondamento nella giuspubblicistica. Il vincolo è, semmai, categoria principe del diritto privato, di sicura derivazione romanistica: «esso ha costituito il modello e l'archetipo per la fissazione, in ogni epoca, del concetto di obbligazione»³². Come noto, l'istituto dell'obbligazione, qualificato come *iuris vinculum*, è retto dalla *necessitas alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, secondo l'insegnamento giustiniano. Come esso sia conciliabile con le esigenze che muovevano il legislatore della revisione e quanto poco possa attagliarsi al fenomeno del completamento del principio sovranazionale nella Carta fondamentale, è problema di non poco conto.

Non minori perplessità sono destinate dall'impiego della categoria degli obblighi internazionali. I nodi problematici legati alla tipologia di obblighi internazionali cui il legislatore risulta assoggettato saranno affrontati *funditus* nelle pagine successive. Per il momento, preme sottolineare come già l'uso di questa formula ponga problemi nel modello, ancor prima che nella tipologia. Si è detto, infatti, che scopo del legislatore di revisione fosse quello di dare diritto di cittadinanza all'altra grande famiglia di fonti del diritto internazionale, ossia quelle pattizie. Per farlo, però, si è ricorso alla prescrizione degli "obblighi internazionali". Sul punto, va rilevato che, nel diritto internazionale, l'*obligum* non scaturisce solo dal *pactum* ma, anche e ancor più, dalla *consuetudo*, che è fonte primaria dell'ordinamento internazionale. Pertanto, il concetto di obbligo appare inidoneo al conseguimento dello scopo che animava il legislatore di revisione, producendo tutte quelle incertezze interpretative di cui sarà dato con-

³¹ ...«talmente ovvio che non necessita di commento alcuno»: così L.A. MAZZAROLLI, *Magistrati e Costituzione*, cit., 540.

³² G. FALCONE, *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'obligatio*, in *Ius Antiquum*, 16.2, 67; G. GROSSO, *Obbligazioni: contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Giappichelli, Torino 1947.

to in seguito³³. Il riferimento ai trattati – che pure, come vedremo, abbisogna di ulteriori specificazioni – sarebbe stato maggiormente esatto e conducente: almeno, seguendo la via ermeneutica comunemente percorsa sino a questo momento.

Non va tralasciato, poi, che la prescrizione di limiti alla *legislatio* statale e regionale è stata inserita in seno al titolo in cui trova definizione la forma di Stato regionale. Pur volendo ritenere che «mai la mera collocazione di una disposizione può assumere forza dirimente per la sua interpretazione»³⁴, non si può sottacere che la collocazione è comunque foriera di una logica prescrittiva, il che, in questa prospettiva, porta a dubitare seriamente che il precetto *de quo* abbia preso il posto dell'art. 70, diventando «la disposizione centrale per la ricostruzione della funzione legislativa nell'Italia del XXI secolo»³⁵.

Ciò induce peraltro a rilevare come in alcun modo possa trattarsi di norma di adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale pattizio³⁶. Nulla prescrive l'art. 117 in relazione alle modalità con cui il trattato debba essere introiettato nell'ordinamento nazionale; nessun criterio viene fornito, alla stregua di quanto, invece, l'art. 10 impone per la consuetudine internazionale. A governare l'accesso del trattato – *rectius*: di alcuni tipi di trattato – nell'ordinamento interno continua a essere l'art. 80; in linea generale, il trattato acquista lo stesso rango della fonte interna che ne produce l'esecuzione. Nella fisiologia legata all'acquisto dell'efficacia della fonte, nulla è cambiato. Alcune categorie di trattati, ossia i trattati di natura politica³⁷, quelli che prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio o oneri alle finanze o modificazioni di leggi, ex art. 80, continuano a essere introdotti nell'ordinamento interno a mezzo di legge di autorizzazione alla ratifica, contenente per prassi l'ordine di esecuzione, e successiva ratifica del Capo dello Stato, acquistando il rango di fonti primarie; altre potranno essere “viste” con le lenti dell'ordinamento interno anche come fonti secondarie, se a trasporle nell'ordinamento interno avrà provveduto l'Esecutivo.

Ex ante, dunque, nessuna modifica si è determinata nei meccanismi di recepimento dei *pacta*.

La disposizione costituzionale revisionata ha invece inciso sulle dinamiche *ex post*, ossia sul trattamento parametrico della fonte da parte degli organi di *legislatio* e di *legis executio*. Con riferimento ai primi – non in luogo dell'art. 70 bensì insieme con questo – il nuovo art. 117 è sì diventato la «disposizione centrale per la ricostruzione della funzione legislativa nell'Italia del XXI secolo», volendo riprendere dottrina già menzionata³⁸. Per quanto attiene ai

³³ Cfr. oltre, § 7.

³⁴ Così, B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino 2002, 116.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 92.

³⁷ Riflette sulla formula dei “trattati di natura politica”, sulla «densità di problemi annidati in questa disposizione e nella sua interpretazione» D. BIFULCO, *Il vincolo del diritto internazionale, la decisione sulla politica estera e la Corte costituzionale italiana*, in *Dir. e Soc.*, 4/2019, 673. Sui profili analitici principali legati alla figura in questione, cfr. O. POLLICINO, *Art. 80*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, a cura di F. Rosa, F. Clementi, G. E. Vigevari, L. Cuocolo, Il Mulino, Bologna 2018, 141 ss.

³⁸ B. CARAVITA, *op. cit.*, *ibidem*.

secondi – in particolare, al giudice, in quanto organo di *legis executio* – il problema della qualificazione parametrica degli obblighi internazionali – *rectius*, di alcuni di essi – ha comportato una nuova applicazione della categoria dell'interposizione normativa, del tutto non scontata e i cui risvolti euristici, come si vedrà, sono ancora in corso di definizione.

Benché non modificativa del loro adattamento interno, l'imposizione al legislatore statale e regionale del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali ha posto gli stessi su un piano sovraordinato rispetto a quello della legge ordinaria, di cui, in qualche misura, essi sarebbero diventati norme parametriche.

Tale circostanza avrebbe fornito un ancoraggio normativo alla tesi strutturata da sensibile dottrina antecedentemente alla revisione del Titolo V con riferimento ad alcuni trattati internazionali, le Carte internazionali dei diritti umani³⁹. In quanto strumenti normativi che prestano sicuro ausilio alla tutela dei diritti umani, attraverso la copertura degli artt. 2 e 11 Cost., tali Carte avrebbero meritato di integrare il parametro dei giudizi. Esse, infatti, soffrono del rango ad esse assegnato dai meccanismi di adattamento dell'ordinamento interno. La loro portata assiologica è dirompente e contrasta con la "camicia di forza formale" che devono indossare nell'ordinamento interno. Solo una di queste, però, la CEDU, è stata finora diversamente e *interamente* "vestita" dalla Corte costituzionale, attraverso la tecnica dell'interposizione, la cui genesi, rinvenibile con riguardo ad altre fonti, sarà adesso esplorata.

4. La scelta dell'interposizione per la CEDU e i problemi da questa scaturiti

Dopo il 2001, in seguito ad alcuni anni di attesa, la *quaestio iuris* sul trattamento parametrico di un obbligo internazionale imbocca la giusta via per approdare al giudizio di merito della Corte⁴⁰. Sulle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 si è accumulata negli anni una dottrina alluvionale e non è certamente il proposito di questo lavoro indagare le caratteristiche e la portata delle pronunce in oggetto. Quel che qui interessa, invece, è soffermarsi sullo studio dei profili utili alle dinamiche dell'interposizione, individuando i tratti salienti dell'*ampliatio* del parametro compiuta dalla Corte per la prima volta nel 2007 con riferimento alla CEDU: per dirlo con le parole della stessa Corte, concentrarsi sui «principi metodologici» su cui la Consulta ha inteso, dal 2007 in poi, modulare lo schema dell'interposizione per gli obblighi internazionali⁴¹. Un canone di metodo essenziale che ci guida in questa nostra indagine ci è suggerito dallo stesso redattore di una delle due decisioni. A distanza di dieci anni, Gaetano Sil-

³⁹ F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 1994; G. SORRENTI, *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. dir.*, 3/1997; M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2/2000.

⁴⁰ Negli anni precedenti, si registrano solo alcuni poco coraggiosi tentativi compiuti da giudici *a quibus* relativi alla deduzione in sede parametrica di norme produttive di obblighi internazionali, non andati a buon fine: cfr. C. cost. sent. n. 161 del 2004, ord. n. 434 del 2005, ord. n. 250 del 2005 e sent. n. 324 del 2006.

⁴¹ Così C. cost. sent. n. 348 del 2007, punto 5 del *Cons. in dir.*

vestri riflette sulla portata da queste avuta, specie alla luce degli sviluppi giurisprudenziali successivi, e pone l'accento sulla necessità di contestualizzare le sentenze⁴²: la scelta dell'*ampliatio* del parametro operata dalla Corte nelle pronunce del 2007, l'adozione di questa via di risoluzione delle antinomie tra legge ordinaria statale e diritto convenzionale – e non di altre, pur astrattamente percorribili – va debitamente presa in considerazione in un contesto, ponendo in luce alcuni profili peculiari di *quel* caso sottoposto all'attenzione del Giudice delle leggi.

Anzitutto, l'opzione dell'interposizione di un obbligo internazionale è operata dalla Corte nei confronti di una *quaestio iuris* specifica, la quantificazione dell'indennità di esproprio, la cui trama normativa era stata tessuta dal legislatore a scapito dei diritti riconducibili alla situazione proprietaria. Si trattava di una questione dibattuta da oltre trent'anni tra gli studiosi del diritto urbanistico e che stentava a trovare adeguata soluzione, almeno alla luce dei rimedi normativi squisitamente interni⁴³.

Una seconda, necessaria, operazione di contestualizzazione va effettuata assumendo in debito conto che l'obbligo internazionale oggetto di scrutinio parametrico non è un trattato qualunque ma la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ciò rileva sotto due profili. In primo luogo, non è un caso che il trattato internazionale usato come 'cavallo di Troia' per ottenere dalla Corte una risposta sul trattamento parametrico degli obblighi internazionali secondo il nuovo art. 117 sia stato proprio la CEDU, attesa la maggiore "familiarità" acquisita dal giudice comune nei confronti di questo trattato⁴⁴. Nel 1998 era entrato in vigore il Protocollo addizionale che aveva soppresso il ruolo di filtro dapprima attribuito alla Commissione nell'esame dei ricorsi, creando così un nuovo rapporto diretto tra i ricorrenti e il giudice di Strasburgo. A cascata ciò aveva generato un maggiore interesse presso i giudici comuni, anche nel timore che eventuali esiti dei rimedi giurisdizionali interni potessero essere rovesciati dal giudice convenzionale. Non stupisce, pertanto, che i giudici dei processi principali in seno ai quali germinarono le q.l.c. decise con le sentenze "gemelle" abbiano saputo usare adeguatamente le norme produttive degli obblighi internazionali in questione, senza commettere errori che avrebbero causato il naufragio delle q.l.c. sullo scoglio delle questioni di rito, come successo negli anni precedenti. In secondo luogo, proprio quella Carta forniva un margine di sviluppo del problema oggetto del caso di specie; non solo, di recente, il giudice di Strasburgo aveva emesso sentenze di condanna nei confronti dell'Italia, osservando, la prima volta, che il criterio di indennizzo fosse lesivo dell'affidamento dei soggetti espropriati⁴⁵ e, nella seconda occasione, che il disegno normativo sull'indennità di esproprio avesse ingenerato una situazione strutturale di lesione

⁴² G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, 4.

⁴³ Sul punto in oggetto, cfr. F. CORTESE, *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, e A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patri-monio costituzionale europeo*, in *Federalismi*, 21 novembre 2007.

⁴⁴ J. PATRONE, *Essere magistrato ieri e oggi. E domani?*, *Intervista* di P. Filippi e R. Conti, in *Giustiziain-sieme*, 1 luglio 2020.

⁴⁵ Corte eur. dei dir. dell'uomo, causa Scordino c. Italia (n°1), 29 luglio 2004.

dei diritti umani, non mancando di richiamare lo Stato italiano all'adozione di appositi rimedi legali, amministrativi e finanziari⁴⁶.

Non si poteva attendere oltre. Il caso offriva in sé tutti gli elementi perché la Corte potesse pronunciarsi sul nuovo *status quo* parametrico di norme generative di obblighi internazionali, sentendosi «chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto»⁴⁷. Detto in altri termini, era ben nota alla Consulta la tendenza in voga presso i giudici comuni ad adottare la disapplicazione come criterio di risoluzione dell'antinomia tra diritto convenzionale e fonti di primo grado interne, che garantiva maggiore libertà nell'interpretare e applicare la legge: non a caso, all'indomani delle gemelle, l'allora Presidente della Corte di Cassazione, Vitaliano Esposito, definì le pronunce costituzionali «una pietra tombale», laddove le stesse furono salutate come «pietra miliare» dal redattore della sentenza n. 348, Gaetano Silvestri.

Sul piano delle categorie, la costruzione parametrica basata sull'interposizione mostra sensibili differenze nelle pronunce gemelle: asciutta ed essenziale nella seconda, poliedrica e vibrante nella prima⁴⁸. Benintesi: in entrambe il parametro interposto è frutto di una valutazione giudiziale sapiente e accurata; inevitabilmente, però, benché una sentenza sia sempre espressione della collegialità della Corte e non del singolo giudice redattore, le diverse sensibilità del costituzionalista Silvestri e dello studioso di diritto dell'Unione europea Tesauro non faticano a emergere, anche per quel che attiene al tema di nostro interesse, ossia all'attenzione mostrata nei confronti della categoria dell'interposizione. Sono solo due i punti della sentenza 349 in cui si fa riferimento a detta categoria, in modo cursorio, espresso da quell'avverbio «comunemente»⁴⁹ che dà per metabolizzato nella tecnica parametrica l'uso applicativo di una categoria, quale quella dell'interposizione, il cui spessore si profila invece nella sentenza n. 348. Laddove la seconda è più attenta a descrivere i rapporti interordinamentali, individuando il *proprium* della revisione dell'art. 117 I co. ai fini dell'*ampliatio* del parametro nei termini dell'apertura all'ordinamento costituzionale pattizio, l'impianto concettuale dell'interposizione nella sentenza n. 348 è ricco e variegato. Alcuni aspetti, in particolare. Il primo: il riferimento, necessario, ai precedenti giurisprudenziali costituzionali in cui il Giudice delle leggi si è avvalso dell'interposizione per definire il parametro della q.l.c.. Il secondo: la consapevolezza che l'interposizione non può essere ridotta a categoria unitaria e che, pertanto, è da «maneggiare con cautela». Il terzo: l'attenzione marcata, di sapore lavagnano, alla «struttura della norma costituzionale» contenuta nella disposizione dell'art. 117 I co.: una norma ontologicamente non autosufficiente *ex se*, ma che, similmente ad altre, mostra il suo potenziale operativo solo se interagisce con altre norme⁵⁰. Da ultimo: l'accento sulla subordi-

⁴⁶ Corte eur. dei dir. dell'uomo, causa Scordino c. Italia, 29 marzo 2006.

⁴⁷ Corte cost. sent. n. 348 del 2007, punto 4.3 del *Cons. in dir.*

⁴⁸ Come rilevato, all'indomani delle pronunce, da N. PIGNATELLI, *op. cit.*

⁴⁹ C. cost. sent. n. 348 del 2007, punto 6.2 del *Cons. in dir.*

⁵⁰ N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 1, osserva in proposito come appunto questa valutazione «rievoca le parole del Silvestri studioso (*Legge, controllo di costituzionalità*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Utet, Torino 1987, 141), secondo cui le norme intermedie sono un «veicolo di collegamento tra potestà diverse, che finisce con l'incidere sui contenuti», generando dei vincoli tra fonti, poste in un rapporto sintetizzabile nel binomio particolare-generale».

nazione dell'operatività delle norme interposte alla compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.

L'interposizione della CEDU rinviene la sua *ratio* nell'essere un obbligo internazionale ex art. 117 I co.

L'applicazione dello schema dell'interposizione – ben noto alla Corte, come essa stessa rileva, richiamando suoi precedenti – si compone altresì di una «caratteristica peculiare» posseduta dal trattato – *rectius*, dalla legge che ne consente l'adattamento sul piano interno: la CEDU è un accordo internazionale che istituisce un giudice deputato a interpretarlo e applicarlo, ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo. L'oggetto dell'interposizione è, pertanto, la norma convenzionale così come essa vive nell'interpretazione del suo giudice⁵¹, ossia il prodotto interpretativo della CEDU. Un dato, questo, su cui porre particolare attenzione. Secondo la costruzione delle gemelle e, poi, della giurisprudenza successiva, la fisiologia dell'interposizione è rimessa a *due* giudici⁵²: il giudice della fonte interposta è la CtEDU, che, nell'esercizio della sua «funzione interpretativa eminente»⁵³, ne fornisce il corretto statuto semantico; il giudice che opera l'interposizione è il giudice costituzionale. Profilo, questo, che rileva ai fini della nostra indagine perché predica un aspetto assai significativo delle dinamiche dell'interposizione: per la CEDU, diversamente che per altri obblighi internazionali, il giudice della fonte interposta non coincide con il giudice dell'interposizione: dinamica dell'interposizione, questa, che caratterizza la sola CEDU e non anche altri obblighi internazionali, CSE *in primis*⁵⁴.

Appunto la circostanza che la fonte da interporre sia il risultato dell'interpretazione che ne dà il suo giudice è alla base dei problemi riguardanti l'estensione e la portata dell'attività ermeneutica del giudice di Strasburgo e l'incidenza di queste sulle dinamiche di giudizio dei giudici nazionali. Prime indicazioni il giudice dell'interposizione aveva elargito in alcune pronunce successive alle gemelle, sino all'arresto – decisivo – del 2015. La sentenza n. 49, nel comporre le questioni dell'interpretazione della norma CEDU per il giudice nazionale, sotto la lente degli artt. 101 II co. e 117 I co., indica la necessità che sia «solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo», o, anche, una sentenza pilota in senso stretto⁵⁵. Così facendo, indica agli operatori di diritto interno alcuni criteri⁵⁶ in ordine al corretto uso delle pronunce della CtEDU, al fine di evitare

⁵¹ Sul punto, chiarimenti ulteriori compaiono nelle c.d. gemelle "cresciute" (l'espressione è di E. Lamarque); in particolare, nella sent. n. 317.

⁵² ...senza dimenticare, ovviamente, il terzo giudice, ossia il giudice comune.

⁵³ C. cost. sent. n. 349 del 2007, punto 4.6 del *Cons. in dir.*

⁵⁴ Come si avrà modo di osservare oltre, la Corte è stata di diverso avviso nei confronti dell'interpretazione fornita alla CSE da parte del Comitato sociale europeo: cfr. C. cost. sent. n. 120 del 2018, punto 13.4 del *Cons. in dir.*

⁵⁵ C. cost. sent. n. 49 del 2015, punto 7 del *Cons. in Dir.*

⁵⁶ *Ibidem*. Di seguito, gli indici in questione: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande

che questi si trasformino in «passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato»⁵⁷. Nel panorama interno, l'impressione che si ha è che la sentenza n. 49 del 2015 sia stata interpretata in chiave estremamente dogmatica dall'altro giudice coinvolto nelle dinamiche dell'interposizione, il giudice nazionale, chiamato a far accedere la norma interposta, nell'interpretazione resa dal suo giudice (di Strasburgo) al giudice dell'interposizione, ossia il giudice costituzionale.

Aduso al principio di autorità, il giudice nazionale sovente ha operato una lettura miope delle indicazioni della sent. n. 49, dimostrando di avere scarsa familiarità con le caratteristiche precipue della giurisprudenza di Strasburgo, sia per quel che attiene alla mancata considerazione di tali decisioni⁵⁸, sia per la scarsa conoscenza del lessico di quel giudice, che nei suoi *dicta* denuncia violazioni strutturali anche senza ricorrere alla tecnica decisoria della sentenza pilota⁵⁹. Da ultimo, è stato persino il giudice della nomofilachia a sposare apoditticamente gli argomenti della 49, lì dove, nella ormai nota sentenza Genco, “maneggiando” la pronuncia della Corte europea sul caso Contrada, ha osservato che «I principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, Contrada contro Italia, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata»⁶⁰.

Giusto per voler portare un esempio tra tanti, la circostanza che la sent. n. 49 non sia da leggere a mo' di Vangelo – e che vada anch'essa debitamente contestualizzata – dovrebbe esserci stata insegnata dalle ricadute di De Tommaso c. Italia sulla costruzione dell'ordito normativo interno in tema di prevenzione. Inizialmente misconosciuta da alcuni giudici nazionali che, sulla scorta di una lettura malsana della sentenza n. 49, le hanno negato lo *status* di diritto consolidato ed evitarono di far pervenire al Giudice delle leggi alcune q.l.c. su profili scivolosi di un intero settore del diritto penale – o parapenale che dir si voglia – introdotto nel sistema normativo a fini di utilità sociale e normativamente costruito come “pena del sospetto”⁶¹, la De Tommaso è diventata prodotto interpretativo di Strasburgo atto ad accedere al

Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Su cui v. P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. Pen.*, 3/2008, 27 ss.

⁵⁹ «Se è indubbio che la sentenza pilota individua una violazione strutturale, la corrispondenza è solo univoca, in quanto è falso il ragionamento inverso per cui ogni violazione strutturale sarebbe necessariamente individuata attraverso una sentenza pilota»: così, con brillante chiarezza, M.S. MORI, *I “Fratelli minori” di Contrada e le possibili conseguenze nei rapporti con la Corte europea dei diritti dell'uomo: a margine di SS.UU. n. 8544 24.10.2019-3.3.2020 Genco*, in *Giustiziainsieme*, 12 giugno 2020.

⁶⁰ Cass. SS. UU., sent. 24 ottobre 2019 - 3 marzo 2020, n. 8544, *Genco*, rv. 278054. A riguardo, cfr. l'analisi di M.S. MORI, *op. cit.*

⁶¹ Diversamente dalla lettura saggia operata da altri interpreti. A riguardo, cfr. l'ordinanza del Tribunale di Padova 30 maggio 2017, iscritta al n. 146 del registro ordinanze (atti di promovimento) della C. cost. e introduttiva

giudizio di legittimità costituzionale dopo la sent. delle SS. UU. sul noto caso “Paternò”⁶². Di più: l’ingresso di quel significato fornito dal giudice di Strasburgo è avvenuto in modo sensazionale, nelle dinamiche complessive dell’interposizione nel giudizio di legittimità costituzionale: la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 75 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell’inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” è stata fondata dal giudice delle leggi esclusivamente sul parametro dell’art. 117 I co., interponendo la norma CEDU così come interpretata dal suo giudice, a scapito del parametro squisitamente “interno”, ex art. 25 co. II. Si tratta di una delle poche volte in cui l’assorbimento è stato dichiarato nei confronti di questo ed è stato invece privilegiato il parametro ex art. 117 nell’interposizione della norma convenzionale.

Significativi e dinamici, dunque, i risvolti dell’interposizione per la CEDU, anche negli sviluppi giurisprudenziali più recenti. Appunto per lo schema bicefalo che la caratterizza *sub iudice* – il giudice della norma interposta, la CtEDU; il giudice dell’interposizione, la Corte costituzionale – essa risulta oggi l’unica fonte pattizia interamente vestita del rango di fonte interposta. Caratteristica, questa, che la rende un *unicum* nel panorama delle fonti recanti norme generative di obblighi internazionali.

5. La Carta sociale europea (*rectius*: le norme della Carta Sociale europea dichiarate parametro interposto)

La chiave metodologica della contestualizzazione delle pronunce si impone come necessaria anche per una seria presa in considerazione della Carta sociale europea, che, *in alcune sue norme*, è riuscita a guadagnarsi il rango di parametro interposto con le pronunce

della q.l.c. poi decisa da C. cost. sent. n. 24 del 2019. A p. 3, così si legge: «(...) la decisione, proveniente dalla Grande Camera, ha una portata precettiva tale che, sebbene non vincolante sul piano formale, si pone sul piano sostanziale quale criterio per l’interprete, anche suggerendo una rivisitazione dell’esplicazione del principio di legalità in materia di misure di prevenzione, la cui osservanza in concreto, sotto il profilo della determinazione dei comportamenti tipici tali da determinare la sussunzione dell’individuo in soggetto connotato dalla cosiddetta “pericolosità generica” viene demandata al giudice».

⁶² C. cost. sent. n. 25 del 2019, punto 1.2 del *Rit. in fatto*: Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte rimettente si sofferma sul ruolo della «norma» convenzionale nel sistema interno delle fonti alla luce della sentenza n. 49 del 2015, ponendo in rilievo come in tale occasione si sia affermato che l’obbligo dell’interpretazione adeguatrice incombe sul giudice solo in presenza di un’interpretazione consolidata o di una sentenza pilota, ovvero nel solo caso di un «diritto consolidato». In particolare, la Corte rimettente afferma – condividendo sul punto le argomentazioni espresse nella sentenza delle Sezioni unite – che alla sentenza della Corte EDU de Tommaso può essere riconosciuta la qualità di «diritto consolidato» e la conseguente capacità di attivare in capo al giudice comune l’onere conformativo. Nella fattispecie, l’indeterminatezza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» violerebbe il principio di legalità della Costituzione e della CEDU. L’indeterminatezza della descrizione della fattispecie penale configgerebbe – come ritenuto dalla Corte EDU nella sentenza de Tommaso – con il canone di prevedibilità, alla stregua del quale non sono legittime incisioni del diritto alla libertà per condotte non sufficientemente definite.

nn. 120 e 194 del 2018. La contestualizzazione si rivela fruttuosa nell'analisi per quel che attiene a due profili: uno, di carattere "ontologico", nelle relazioni di questa carta con la CEDU; l'altro, di carattere temporale, tenendo in conto le pronunce precedenti in cui la CSE aveva fatto capolino sul piano parametrico.

Come osservato in dottrina sin dall'ordinanza di remissione del Consiglio di Stato, poi decisa con la sentenza costituzionale n. 120 del 2018, prima delle due pronunce che vengono in considerazione ai fini della nostra analisi, il trattato internazionale in questione aveva ottime probabilità di essere "preso sul serio" ai fini dell'interposizione, dato il suo stretto legame con la CEDU⁶³. Entrambe le Carte gravitano infatti nell'orbita del sistema del Consiglio d'Europa, i cui trattati non si esauriscono nella sola CEDU: rispetto a questa, la CSE ne costituisce un prolungamento sul piano della tutela della sfera economica e sociale. Alla CEDU la CSE sarebbe dunque legata da un rapporto di «complementarietà»⁶⁴.

Appunto questa dimensione ontologica del trattato in questione ne ha determinato la vittoria sul piano dell'interposizione. Nel sottolinearne gli «spiccati elementi di specialità», la Corte rileva il collegamento tra le due Carte e osserva che, «se la prima ha inteso costituire un «sistema di tutela uniforme» dei diritti fondamentali civili e politici (sentenza n. 349 del 2007), la CSE ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno voluto estendere la tutela anche ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell'uomo» e ciò la qualifica a pieno titolo «fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»⁶⁵.

L'interposizione di un obbligo internazionale diverso dalla CEDU nasce dunque in ragione della stretta familiarità dei due trattati: la Corte pare accorgersene solo in questa occasione, giacché, sino a quel momento, la CSE, pur evocata come parametro di giudizio in q.l.c., era servita per lo più da strumento ermeneutico fondante la censura rispetto ad altri parametri ed era stata relegata in un cantuccio parametrico, tanto da guadagnarsi l'appellativo ormai celebre di Carta di serie 'b' o cenerentola della sorella maggiore CEDU affibbiatole da attenta dottrina⁶⁶.

Ulteriore requisito necessario perché l'interposizione possa essere esperita riguarda la natura dei precetti della Carta evocati nei due giudizi: si tratta di norme dal contenuto puntuale. Dato, questo, che si pone come vera e propria *condicio sine qua non* nella fisiologia

⁶³ B. LIBERALI, *Un nuovo parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale: la Carta Sociale Europea a una svolta?*, in *Federalismi*, 13 settembre 2017.

⁶⁴ B. LIBERALI, op. cit. e, a ridosso del 'processo di Torino', che portò al varo della CSE, R. Purpura, *La Carta sociale europea*, Istituto italiano di medicina sociale, Roma 1962. Per una comparazione della tutela dei diritti sociali nella CEDU e nella CSE, cfr. L. MOLA, *Protection of Social Rights in Times of Economic Crisis under the ECHR and the ESC: a Comparative Analysis*, in *Europe's Social Rights under the 'Turin Process'*, ed. by J. Luther, L. Mola, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 45 ss. Nonostante gli ambiti di applicazione delle stesse siano *prima facie* differenti, assai stretti ne sono i legami e le interazioni: v. C. PANZERA, *The Personal Scope of the European Social Charter: Questioning Equality?*, in *Europe's Social Rights under the 'Turin Process'*, cit., 175 ss.

⁶⁵ C. cost. sent. n. 120 del 2018, punto 10.1 del *Cons. in dir.*

⁶⁶ A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in AA.VV., *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 20.

dell'interposizione per il Giudice delle leggi e che ricorre, come vedremo oltre, anche in relazione allo scrutinio parametrico compiuto nei confronti degli altri trattati⁶⁷.

Nella fisiologia dell'interposizione, per la CSE non vale la "caratteristica peculiare" che contraddistingue invece la sorella più fortunata. L'organo che, in seno al sistema del Consiglio d'Europa, è chiamato ad applicarla, il Comitato europeo dei diritti sociali, non può dirsi giudice della Carta nella misura in cui la CtEDU lo è per la CEDU. Soluzione, questa, che la Corte costituzionale non cava magicamente dal cappello ma cui addiviene interpellando la Convenzione, che non presenta al proprio interno una disposizione simile all'art. 46 CEDU, che vincola gli Stati contraenti la Convenzione all'imperio delle pronunce della CtEDU nei casi in cui siano parti processuali. Il Comitato esperisce una forma di controllo internazionale di natura non giurisdizionale che, da un lato, garantisce l'osservanza del trattato da parte degli Stati contraenti; dall'altro, nel non dotare le decisioni del carattere di *res iudicata*, implementa l'autonomia degli stessi⁶⁸.

Ai fini del nostro ragionamento sulle dinamiche dell'interposizione, quindi, per la CSE, come per gli altri trattati internazionali le cui norme hanno acquisito la dignità parametrica dell'interposizione, il giudice della norma interposta coincide con il giudice dell'interposizione: è la Corte costituzionale a interpretare la norma convenzionale e a interporla in sede parametrica (senza che si trascuri, benintesi, il ruolo del giudice comune in sede di proposizione della q.l.c.).

Con una scelta non casuale, il paragrafo che contiene queste riflessioni fa riferimento all'avvenuta interposizione di *alcune norme* della CSE. Con molta approssimazione si è soliti dire, infatti, che la CSE è oggi, per la Corte costituzionale, fonte interposta. In realtà, come visto, solo le norme evocate dai rimettenti delle q.l.c. risolte con le sentt. nn. 120 e 194 del 2018 sono state dichiarate interposte. Per le altre norme della Carta sociale non solo non vi è un giudice che ne garantisce l'esatta interpretazione ma alcune di esse sono contenute in disposizioni che il nostro Stato non ha mai ratificato. Il testo della Carta del 1961, oggetto nel tempo di numerosi interventi di modifica, reca una disposizione di *opt-in* in base alla quale ciascun Stato contraente può scegliere gli articoli cui vincolarsi⁶⁹. A rigore, pertanto, almeno secondo un certo orientamento di cui si darà conto nei paragrafi successivi, le disposizioni non ratificate dall'Italia, in quanto inefficaci nell'ordinamento interno, non possono essere ritenute idonee a conquistare il rango di parametro interposto.

⁶⁷ Cfr. oltre, § 7.

⁶⁸ Sulle caratteristiche precipue del Comitato e sull'accesso ad esso cfr. L. MOLA, *Oltre la CEDU: la rilevanza della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto internazionale ed europeo*, cit., a cura di G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, part. 411 ss. Sulla categoria del controllo internazionale, cfr. il classico A. CASSESE, *Il controllo internazionale. Contributo alla teoria delle funzioni di organizzazione dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 1971.

⁶⁹ Cfr., sul punto, L. MOLA, *ult. op. cit.*, 418 e S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora "socchiusa" per la Carta sociale europea*, in *Forum di Quad. cost.*, 4.

6. La praticabilità dell'interposizione per gli altri trattati internazionali: il giudice comune come il sottotenente Drogo nella fortezza Bastiani?⁷⁰

Già negli anni precedenti alle pronunce del Giudice delle leggi sul trattamento parametrico della CSE – dunque, su un trattato internazionale diverso dalla CEDU – la dottrina si interrogava sugli itinerari parametrici percorribili nel giudizio di legittimità costituzionale da trattati internazionali diversi rispetto a quello che era stato preso in considerazione a partire dalle sentenze “gemelle”⁷¹.

Il quesito di fondo ineriva al modo attraverso cui dovesse essere fatto valere il rispetto degli obblighi internazionali generati da trattati diversi dalla CEDU. Dato abbrivio allo scrutinio parametrico dei trattati internazionali per il tramite dell'art. 117 l co., scaturiva in via logicamente consequenziale il quesito se ogni norma produttiva di obblighi internazionali – confinando semanticamente, almeno per il momento, quest'espressione soltanto alle norme contenute nei trattati internazionali – fosse suscettibile di essere trattata come le norme della CEDU. In altre parole, volendo riprendere un noto interrogativo e applicarlo al profilo che qui si analizza, se i trattati internazionali fossero tutti uguali⁷². «Le sentenze gemelle a questa domanda non hanno dato una risposta», osserva sempre Silvestri, perché hanno dato una risposta in ordine al trattamento parametrico di quel trattato e non di altri. La questione va analizzata *funditus* nei suoi aspetti pregnanti.

L'unica indicazione chiara di carattere generale fornita dalle sentenze gemelle sul punto dei criteri per la risoluzione di eventuali antinomie tra diritto interno e obblighi scaturenti da *pacta* internazionali interessa l'esclusione della disapplicazione. Altre strade, però, rimangono percorribili. Prima fra tutte, la via dell'interpretazione conforme oltre che, in seconda e terza battuta, il criterio di specialità e l'accertamento dell'avvenuta abrogazione⁷³. Laddove una di questa non sia praticabile, l'interposizione rimane la via maestra.

È di adamantina evidenza che non vi sia modo di conoscere cosa accada “a monte” dei tentativi di interposizione di una norma da cui promanano obblighi internazionali esperiti dal giudice comune: quanto, ad esempio, il giudice comune riesca ad evitare l'instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale interpretando la normativa interna in senso conforme al diritto internazionale, evitando così che la Corte possa sperimentare la tecnica dell'interposizione per trattati diversi dalla CEDU⁷⁴. Il dato che, invece, possiamo dominare e indagare concerne i casi approdati al vaglio della Corte; *rectius*, i trattati da cui scaturiscono

⁷⁰ L'immagine è ripresa, come noto, da D. BUZZATI, *Il deserto dei tartari*, prima ed., Rizzoli, Milano-Roma 1940.

⁷¹ Cfr. E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano 2010 e G. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, a cura di A. Di Biase, Roma-Tre Press, Roma 2004, 187 ss.

⁷² Così G. SILVESTRI, *Considerazioni conclusive*, cit., 5.

⁷³ Di recente, il problema è stato affrontato con dovizia di analisi da E. LAMARQUE, *Regolare le antinomie tra norme pattizie e norme di legge: il potere del giudice comune tra interpretazione conforme, criterio di specialità e criterio cronologico*, in *Il diritto internazionale ed europeo*, cit., 113 ss.

⁷⁴ Un'indagine sul punto è ora in E. LAMARQUE, N. CANZIAN, *op. cit.*, spec. § 4 e 5.

obblighi internazionali ritenuti violati dal giudice comune e assurti a parametri interposti nella costruzione della questione di legittimità costituzionale. I casi, per vero, non sono poi tanti, e un'attenta disamina consente di formulare alcune considerazioni.

Sino a questo momento, il Giudice delle leggi ha valutato l'*ampliatio* del parametro ex art. 117 I co. in relazione a cinque trattati internazionali: il Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, in tema di protezione dei minori, e la Carta europea dell'autonomia locale. Superati gli scogli delle questioni di rito, sono tutti approdati al merito del giudizio. Solo i primi quattro, però, hanno superato il vaglio dell'interponibilità: per la Carta europea dell'autonomia locale, infatti, la Corte ha escluso che essa contenga norme che possano assurgere al rango dell'interposizione, fornendoci così un importante *discrimen* tra la norma di un trattato internazionale che può essere interposta e quella che, invece, non può godere di un simile trattamento parametrico. La Corte nega diritto di cittadinanza tra le norme interposte alle regole della Carta europea delle autonomie locali – beninteso: non a tutte le regole della Carta ma a quelle astraiibili dai parametri invocati in giudizio – in ragione del fatto che esse non possiedono specifico carattere precettivo ma sono contraddistinte da valenza prettamente definitoria, programmatica e, in ogni caso, generica⁷⁵. La Corte osserva altresì che sarebbe la Carta stessa ad affermare, «con previsione di carattere generale, che «le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge», con ciò rinviando alla normativa nazionale la definizione del quadro generale delle competenze»⁷⁶ e asserendo così la sua «natura di documento di mero indirizzo»⁷⁷.

A contrario, dunque, possiedono i requisiti per l'interponibilità quelle norme contenute in trattati internazionali che siano caratterizzate da specificità e che non lascino margine di disciplina agli Stati contraenti. È stato, questo, l'elemento che la Corte ha tenuto in conto nell'essere giudice dell'interposizione in relazione alle norme degli altri quattro trattati.

Per quanto attiene al Protocollo di Kyoto, i precetti che hanno conquistato dignità parametrica regolavano contenuti puntuali quali la determinazione di soglie minime di produzione di energia da fonti rinnovabili che ogni Stato contraente si impegna a raggiungere entro un determinato periodo di tempo, nei casi approdati a declaratorie di incostituzionalità di normative regionali con le sentenze n. 124 del 2010 e 85 del 2012: in questo spinoso settore della materia ambientale, l'apertura internazionalista era sorretta da una preferenza per le

⁷⁵ C. cost. sent. n. 325 del 2010, punto 6.2 del *Cons. in dir.* Sul trattamento della Carta da parte del Giudice delle leggi cfr. C. PADULA, *L'autonomia: un principio di scarso valore? La carta europea dell'autonomia locale e le recenti riforme degli enti locali (legge "Delrio" e d.l. 95/2012)*, in www.gruppodipisa.it e G. BOGGERO, *La Carta europea dell'autonomia locale nella giurisprudenza degli Stati europei*, in *Le Regioni*, 2015, 1077 ss.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ C. cost. sent. n. 50 del 2015, punto 3.4.3 del *Cons. in dir.* Per ragioni di completezza, si osserva che la citata Carta è evocata in sede parametrica anche in C. cost. sent. n. 33 del 2019, redattore Antonini; la relativa censura non è scrutinata *funditus* ma rimane assorbita nella dichiarazione di fondatezza della q.l.c. e dichiarata infondata rispetto ad altro punto.

fonti energetiche rinnovabili nell'intento di favorire l'eliminazione della dipendenza dai carburanti fossili.

Sul delicato fronte della protezione dei diritti dei disabili, la formulazione dell'art. 10 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, nel prescrivere che gli Stati adottano ogni misura necessaria al godimento del diritto alla vita delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri è servita a corroborare un altro parametro del tutto "interno", quello di cui all'art. 3, e solo in modo cursorio la Corte ne ha specificato la natura di "obbligo internazionale" ai sensi dell'art. 117 I comma⁷⁸.

Da ultimo, l'estensione del parametro per interposizione avuta in tema di protezione dei diritti dei minori con il coinvolgimento in sede parametrica delle due Convenzioni principali attualmente vigenti interessa le prescrizioni puntuali inerenti alla tutela del *best interest of the child* dinanzi all'autorità giudiziaria. Nella sentenza 7 del 2013, più che nelle decisioni prima richiamate, il parametro "esterno" acquista dignità parametrica autonoma nella sua dimensione interposta⁷⁹, viene scrutinato *funditus* e, insieme con l'art. 3, consente al giudice costituzionale di annullare *in parte qua* quella norma del codice penale che vincolava a un automatismo *ex lege* la perdita della potestà genitoriale in caso di condanna resa per il delitto di soppressione di stato.

«Ogni soluzione prefabbricata», dunque, «rischia di essere fallace»⁸⁰: ciascuna norma di ogni trattato reca in sé un potenziale atto all'interposizione a seconda che possieda o meno le caratteristiche richieste dalla Corte: non tutti i trattati internazionali – e non tutte le norme dei singoli trattati – rientrano nel letto di Procruste.

Si potrebbe concludere, peccando di una certa ingenuità, che, così come fu per la CEDU nel 2007, anche per gli altri accordi internazionali si sia in attesa dell'occasione propizia perché essi siano presi sul serio nella loro portata parametrica; che, in altri termini, il giudice comune attenda "il caso buono" per sottoporre alla Corte, giudice dell'interposizione, l'interponibilità di norme di una nuova fonte pattizia.

Sembrirebbe più saggio, invece, osservare quanto poco i trattati internazionali siano conosciuti dal giudice comune⁸¹; circostanza, questa, che limita ogni opportunità di scrutinio parametrico di tali fonti e ogni possibile costruzione di tentativi di interposizione.

⁷⁸ Cfr. C. cost. sent. n. 236 del 2012: «Risulta così violato il principio di uguaglianza, garantito dall'art. 3 Cost., che trova, in riferimento alle persone disabili, ulteriore riconoscimento nella citata Convenzione internazionale delle Nazioni Unite sulle persone con disabilità, cui ha aderito anche l'Unione europea (Decisione del Consiglio n. 2010/48/CE, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità), e che pertanto vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.»

⁷⁹ Sul punto v., con arguta chiarezza, V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, cost.)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 gennaio 2013, part. 3 ss.

⁸⁰ G. SILVESTRI, *Considerazioni*, cit., 6.

⁸¹ Cfr. G. SERGES, *op. cit.*, e, per quel che attiene la protezione accordata dalle Carte internazionali ai diritti sociali, J. LUTHER, *Introduction: Europe's Social Rights under the 'Turin Process'*, in *Europe's Social Rights*, 8. Dal maggiore onere conoscitivo deriva una maggiore crescente responsabilità per il giudice secondo A. RUGGERI,

Va altresì osservato come, ove il giudice dimostri invece di conoscere i *pacta* e di volersene avvalere nella formazione del suo giudizio, mostri poi una scarsa dimestichezza con la costruzione della q.l.c. La deduzione in sede parametrica ex art. 117 I co. della violazione di un trattato internazionale è spesso inficiata dal modo erroneo con cui la q.l.c. è proposta al giudizio della Corte costituzionale. Già solo uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale dell'anno in corso consente di accorgersene. A volte, il trattato internazionale è dedotto in sede parametrica in modo erroneo, usando cioè il grimaldello dell'art. 10 I co. anziché quello dell'art. 117 I co. e la Corte non può fare a meno di ricordare quanto una costruzione di tal genere sia sbagliata, rifacendosi a sua giurisprudenza costante: in particolare, questo è avvenuto nella sentenza n. 102, con riferimento alla Convenzione sui diritti del fanciullo⁸². Vi è poi anche il caso in cui un trattato internazionale, *id est* la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, è attratto nell'orbita parametrica non solo ex art. 117 I co. ma anche – ancora il vecchio errore, cui alcuni giudici *a quibus* continuano a essere affezionati – ex art. 10 I co; probabilmente, vogliamo sperare, *ad abundantiam*⁸³. Non solo: nel suo *decisum*, la Corte non può fare a meno di osservare che le disposizioni del trattato internazionale sono evocate “solo in motivazione all'ordinanza di rimessione”⁸⁴, faticando così a costruire qualsiasi tentativo di interposizione, dato che il parametro internazionale non è analizzato *funditus* dal rimettente ma solo, appunto, “evocato”. Non mancano – va detto – tentativi virtuosi di far approdare un trattato internazionale al vaglio parametrico ex art. 117 I co., che naufragano però nelle acque sempre torbide dell'interpretazione adeguatrice, preliminare a una valutazione sul merito. È il caso della sentenza n. 123, originata da un'ordinanza di rimessione del Tribunale di Vibo Valentia in funzione di giudice del lavoro su una questione in materia di licenziamento disciplinare; a comporre il quadro parametrico del giudice *a quo* era stata stavolta la Carta Sociale Europea.

Anche nei giudizi in via principale i trattati internazionali compongono in modo sofferto il quadro parametrico. A volte, la portata applicativa del trattato è fraintesa e se ne deduce impropriamente la tutela: così, nel corso di un giudizio in via principale, il Governo ha impugnato una legge della Regione Molise in tema di manifestazioni storico-culturali e tutela del benessere animale⁸⁵. In relazione al parametro internazionale, la Convenzione europea per

Giudice e giudici nell'Italia postmoderna, in Id., “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, Giappichelli, Torino 2020, 191 ss.

⁸² Cfr. C. cost. sent. n. 102 del 2020, punto 3.2 del Cons. in dir.: “Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, le «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» cui l'ordinamento italiano si conforma ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost. sono soltanto quelle del cosiddetto diritto internazionale generale, certamente comprensivo delle norme consuetudinarie ([sentenze n. 73 del 2001](#), [n. 15 del 1996](#) e [n. 168 del 1994](#)), ma con esclusione del diritto internazionale pattizio ([sentenze n. 224 del 2013](#), [n. 113 del 2011](#), nonché [n. 348](#) e [n. 349 del 2007](#), e precedenti conformi ivi citati). La citata Convenzione, come la generalità del diritto internazionale pattizio, vincola piuttosto il potere legislativo statale e regionale ai sensi e nei limiti di cui all'art. 117, primo comma, Cost., secondo le note scansioni enunciate dalle [sentenze n. 348](#) e [n. 349 del 2007](#) (nel senso, per l'appunto, del rilievo ex art. 117, primo comma, Cost. della Convenzione sui diritti del fanciullo, [sentenza n. 7 del 2013](#)).

⁸³ Cfr. C. cost. sent. n. 152 del 2020.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 3 del Cons. in dir.

⁸⁵ C. cost. sent. n. 45 del 2020.

la protezione degli animali da compagnia, la Corte ha avuto poche parole da spendere: la tutela apprestata dal trattato riguarda animali detenuti in casa per diletto e compagnia e non quelli oggetto della normativa indubbiata...⁸⁶

A voler tacere, poi, dei casi in cui è la Corte stessa, nell'accogliere la q.l.c., a precludersi la possibilità di entrare nel merito del contrasto tra la norma interna e la norma del diritto internazionale pattizio, ricorrendo alla tecnica dell'assorbimento del vizio: l'ultimo esempio, in ordine cronologico, è dato dalla sentenza n. 106, in relazione al Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁸⁷. Soprattutto in relazione all'art. 117 I co., il ricorso a tale tecnica contraddistingue una serie di «occasioni mancate e interventi manchevoli», si potrebbe dire mutuando un'espressione resa da nota dottrina in altro ambito⁸⁸. «Occasioni mancate», perché la Corte, esplorando l'intero spettro parametrico e non solo alcuni segmenti, potrebbe vestire i suoi panni di giudice dell'interposizione ed entrare *in parte qua*, degnando di considerazione parametrica tutte le Carte internazionali e attuando il potenziale espressivo di quelle già scrutinate nel loro rango di norme interposte⁸⁹. «Interventi manchevoli», perché l'assorbimento, che forse – da un lato – è strumento di economia procedimentale nel giudizio, dall'altro poco si addice al Giudice delle leggi, in quanto «una decisione della Corte che valuti la sussistenza di tutti i dedotti profili di costituzionalità ben può offrire i termini di riferimento per la definizione di una disciplina conforme a principi e regole costituzionali»⁹⁰. Non si dimentichi, peraltro, che la tecnica dell'assorbimento può essere usata solo in caso di accoglimento della q.l.c., giammai in caso di rigetto, poiché la non fondatezza merita sempre di essere decisa interrogando nello specifico tutti i parametri dedotti. Pertanto, per quanto non procedimentalmente necessario per le dinamiche decisorie dell'accoglimento, non può sottacersi che uno scrutinio parametrico pieno e compiuto dimostrerebbe «una rigorosa fedeltà della stessa Corte alla propria configurazione genuinamente giurisdizionale» volta a «(...) riportare (...) la propria decisione all'atto introduttivo del giudizio e dunque all'oggetto dello stesso»⁹¹.

Problema, questo, che condiziona l'apertura internazionalistica di una Corte che afferma essere sempre più aperta alla dimensione internazionale⁹². Un'ultima notazione sul

⁸⁶ *Ibidem*, punto 4.6 del *Cons. in dir.*

⁸⁷ Cfr. C. cost. sent. n. 106 del 2020, punto 5.1 del *Cons. in dir.*

⁸⁸ G. CASUSCELLI, *A chiare lettere. Lo IOR e le occasioni sprecate*, in *Stato e Chiese.it*, 27 maggio 2013.

⁸⁹ Un esempio della riduzione dell'art. 117 I co., in relazione alla CEDU, da termine di scrutinio pieno di costituzionalità a mero argomento di giudizio corroborante un altro parametro, è nella nota vicenda sull'attribuzione del cognome paterno. Su questo punto, sia consentito rinviare a A. Fusco, «*Chi fuor li maggior tui?*»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla nuova questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. *Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Ossevatorio AIC*, 3/2017, part. 6. Sull'assorbimento del vizio, in generale, cfr. A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

⁹⁰ Così L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in AA. VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri, G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2000, 97. Sull'assorbimento del vizio, cfr. A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Cfr. la *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020* della Presidente Marta Cartabia, disponibile *on line* all'URL https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf.

punto: sul sito istituzionale della Corte costituzionale, eseguendo una ricerca delle pronunce sulla base del parametro evocato, alla voce ‘altri parametri e norme interposte’ compaiono anche trattati che ancora non sono stati scrutinati in sede parametrica ai fini della loro interponibilità: che si tratti di un inserimento che sia di buon auspicio ai fini dell’estensione del parametro e della piena effettività della previsione dell’art. 117 I co.?

7. Spostandosi dalla *species* al *genus*: prospettive dell’interposizione per la caleidoscopica categoria degli obblighi internazionali

Fin qui, il ragionamento ha percorso vie che, per quanto sdruciolevoli, solcano il terreno già dissodato da anni dalla giurisprudenza costituzionale e che, soprattutto, sono guidate da un presupposto interpretativo non controverso: dai trattati internazionali discendono obblighi internazionali generativi dei vincoli cui il legislatore della revisione costituzionale ha assoggettato il legislatore statale e regionale. *Intelligenti pauca*: su come *pauca* – anzi, la moltitudine dei *pacta* – siano stati e saranno *intellecti* dal Giudice delle leggi, si è visto come la storia sia ancora in larga parte da scrivere e potrebbe riservare – chissà – nuovi sorprendenti colpi di scena.

L’indagine diventa ben più incandescente, però, se si sposta il *focus* da questa *species* di obblighi internazionali al *genus* ben più multiforme e variegato degli obblighi internazionali, per come una lettura dell’art. 117 I co. parrebbe suggerire. Affermare che dai soli trattati derivi il complesso degli obblighi internazionali non risulta infatti del tutto incontrovertibile.

La categoria degli obblighi internazionali difetta di uno statuto semantico autonomo e definito. Sul punto, merita anzitutto osservare come, già solo su un piano di *proprietas sermonis*, la lettera dell’art. 117 I co. si presti a ingenerare una particolare confusione su quali siano i “vincoli derivanti dagli obblighi internazionali”: più precisamente, su cosa significhi “obblighi internazionali”. La categoria, mutuata dal lessico delle scienze giuridiche internazionalistiche, abbraccia il diritto pattizio ed esclude comunemente le norme di diritto consuetudinario generalmente riconosciute. Per il costituzionalista, infatti, i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali sono tutto ciò che esula dalle consuetudini internazionali: una *summa divisio* convenzionalmente accettata nel lessico prevalente ma, a un’attenta osservazione, non così corretta. L’obbligo internazionale, infatti, è categoria dalle maglie ben più ampie rispetto a quelle assegnate dalla *reductio* operata dallo studioso del diritto pubblico interno e avvalorata dalle lenti con cui si è letto il nuovo primo comma dell’art. 117, sin dalla sua genesi. Per il diritto internazionale, infatti, l’obbligo internazionale promana non solo dalle fonti pattizie ma anche dalle fonti consuetudinarie. Invero, si tratta di categoria che gravita maggiormente nell’orbita della responsabilità internazionale, più che contraddistinguere una si-

tuazione giuridica derivante dal *pactum*, il trattato, quale fonte del diritto internazionale⁹³. Già solo questa constatazione induce a rilevare quanto poco esatta sia la scelta letterale del legislatore di revisione costituzionale.

Uno studio sull'interposizione degli obblighi internazionali non può prescindere dal prendere in considerazione i nodi problematici che tale *genus* presenta.

La magmaticità della materia impone di procedere con un certo ordine.

Un primo problema si iscrive appunto nel perimetro di quella fonte del diritto che, finora, è stata presa in esame.

Fino a questo momento, l'indagine sull'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali è stata imperniata sui trattati internazionali che vengono introiettati nell'ordinamento interno a mezzo di una fonte di rango primario. È rimasta fuori dal *focus* dell'indagine quella categoria di trattati internazionali non coperti dall'art. 80 dalla Costituzione e che, pertanto, per loro natura, non postulano l'adattamento a mezzo di una legge ordinaria dello Stato, strumentale alla ratifica del Presidente della Repubblica. Il trattato internazionale assume nell'ordinamento interno la stessa forma – e, pertanto, la stessa forza – della fonte che ne produce l'adattamento: fonte che, come noto, può essere dotata di un rango inferiore a quello primario. Ora, ragionando sulla scorta di un criterio meramente formalistico, l'imperio esercitato su fonti primarie da parte di un vincolo derivante da un obbligo internazionale che promana da un trattato introiettato nell'ordinamento interno da un atto dell'Esecutivo è ipotesi del tutto impercorribile. Eppure, però, la laconicità della formula di cui all'art. 117 I co. non fuga un'ipotesi di tal genere. Al problema, nessuna soluzione è stata apprestata dalla legge 5 giugno 2003, n. 131, recante «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 3 ottobre 2001, n. 3», il cui articolo 1, nel tentativo di chiarire quali siano le fonti che impongono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione si riferisce a «quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali», col risultato di porre in un unico calderone fonti di vario genere e – per il punto di nostro interesse – di non conseguire alcun chiarimento⁹⁴.

⁹³ Sul punto, cfr. S. SPAGNOLO, S. SALUZZO, *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali*, Ledizioni, Torino 2017, 46. Cfr. anche A. MARCHESI, *Obblighi di condotta e obblighi di risultato: contributo allo studio degli obblighi internazionali*, Giuffrè, Milano 2003.

⁹⁴ La formulazione originaria del d.d.l. si riferiva invece ai «trattati internazionali ratificati a seguito di legge di autorizzazione», escludendo, pertanto, trattati adottati in forma semplificata e tacendo sul problema temporale generato dai trattati ratificati precedentemente alla legge di revisione costituzionale. Disposizione, questa, che non sarebbe comunque stata scevra da nodi problematici, come evidenziato da A. MANGIA, *Ancora sugli obblighi internazionali nel Titolo V*, in *Quad. cost.*, 2002, 186. Non può non essere rilevato, inoltre, che, all'epoca della revisione, risultava difficile concepire che i problemi definitivi dati dalla formulazione dell'art. 117 I co. sul punto di nostro interesse potessero essere risolti da una normativa di rango primario, dato che una circostanza del genere avrebbe creato in capo al legislatore statale «una sorta di “competenza generale e innominata”»: così F. PIZZETTI, *I nuovi elementi “unificanti” del sistema italiano: il “posto” della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il “ruolo” dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Giuffrè, Milano 2003, 180. Significativa-

Ai fini dell'interposizione, è davvero corretto affermare che un obbligo internazionale che, ex art. 80, possa essere effettivamente assolto mediante un atto interno di carattere non legislativo, ossia che non necessita di una legge ordinaria per essere introiettato nell'ordinamento, cessa per ciò solo di essere un obbligo internazionale ex art. 117 I co.?

Se si applicasse il criterio cronologico si verrebbe a un paradosso: un obbligo internazionale reso esecutivo a mezzo di un regolamento governativo verrebbe a essere soppiantato da una legge successiva; la legge successiva che tenta di abrogare o di derogare un obbligo internazionale, però, è incostituzionale, stante la protezione che la Costituzione, *fons fontium*, accorda a tale categoria in seno all'art. 117 I co. Sulla base di tale osservazione, si può forse sostenere che, più che la forma della fonte che ha dato esecuzione, conti la natura dell'obbligo internazionale che qualifica costituzionalmente quella norma sostanziale, indipendentemente dalla forma che essa assume nell'ordinamento interno? La circostanza in oggetto era stata acutamente rilevata nell'imminenza dell'approvazione della legge di revisione costituzionale da Massimo Luciani⁹⁵, che ben aveva osservato quanto la formulazione del nuovo primo comma dell'art. 117 lasciasse «ben pochi spazi a dubbi interpretativi» e senza ombra di eccesso alcuno aveva definito una «bomba» la revisione nascente⁹⁶.

Sulla base di un ragionamento sostanzialista, non conta la forma della fonte che ha operato l'adattamento bensì, atteso l'usbergo dell'art. 117 I co., la natura di obbligo internazionale del trattato. Uno sguardo al trattamento del problema in altri Paesi può forse aiutare a mettere in discussione il crampo formalista che condiziona talora il nostro modo di procedere nel ragionamento. Nell'ordinamento francese, il criterio di collegamento tra diritto interno e diritto internazionale pattizio è l'adattamento automatico, senza che sia necessario un atto interno di esecuzione. La scelta ordinamentale della Costituzione della V Repubblica francese è dovuta al preciso proposito di De Gaulle che, nel 1958, non voleva che la politica estera transitasse dalle aule parlamentari: nessuna *interpositio legislatoris* doveva esservi nei rapporti internazionali⁹⁷. Pertanto, la sola ratifica del capo dello Stato era condizione sufficiente perché il trattato internazionale entrasse in vigore, senza bisogno di alcun passaggio interno. In questo modo, De Gaulle, in qualità di Capo dello Stato, decideva sui trattati, procedeva alla ratifica di quelli che riteneva e il Parlamento non aveva alcun potere sul punto. In

mente, infatti, vi fu chi ritenne di dover sottolineare che un intervento di interpretazione autentica della disposizione costituzionale dovesse promanare appunto dal legislatore costituzionale, non da quello ordinario e ancor meno dal giudice costituzionale, appunto osservandone «la qualità di fattore unificante del sistema, in grado di imporsi tanto al legislatore statale, quanto a quelli regionali»: cfr. F.G. PIZZETTI, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla legge 5 giugno 2003, n. 131 ('La Loggia')*, Milano, Giuffrè 2003, 16.

⁹⁵ M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001.

⁹⁶ *Ibidem*: «Per capire gli effetti della riforma, basta pensare che, se una legge imponesse rigorose misure di igiene alimentare e vi fosse un trattato che le vieta per gli alimenti provenienti, che so, dagli USA; quella legge sarebbe incostituzionale. È possibile che il legislatore non si sia accorto delle conseguenze di quanto andava scrivendo, e che l'intenzione fosse solo quella di riepilogare i limiti delle sole leggi regionali. La formulazione della disposizione, e il fatto che essa preceda l'elenco delle materie affidate alla competenza esclusiva dello Stato, però, non consentono un'interpretazione diversa da quella che ho prospettato».

⁹⁷ Per una ricognizione sulle peculiarità dell'ordinamento francese in tema di fonti del diritto, cfr. E. GROSSO, *Francia*, Il Mulino 2006 e P. COSTANZO, *La «nuova» Costituzione della Francia*, Giappichelli, Torino 2009.

Francia non c'è il problema dell'esecuzione e, dunque, del rango assunto dal trattato, una volta introiettato nell'ordinamento⁹⁸.

L'Italia ha optato per questa costruzione della fonte internazionale che assume nell'ordinamento interno la collocazione propria della fonte che opera l'adattamento. Non così per l'adattamento automatico nei confronti delle consuetudini internazionali, perché si è deciso di stabilire che quelle fonti entrano direttamente nell'ordinamento interno e possiedono rango costituzionale. Si sarebbe potuto prevedere lo stesso per i trattati internazionali sulla scorta della tesi sostenuta da Rolando Quadri: siccome *pacta sunt servanda* è consuetudine di diritto internazionale, i trattati siano introdotti automaticamente e dotati di rango costituzionale (argomento, questo, spesso usato anche da molti giudici *a quibus*).

Il punto, dunque, non è la natura giuridica della fonte che opera l'adattamento come se da questo particolare aspetto dipendesse l'attivabilità o meno del 117 I. co. È un aspetto che diventa secondario: così come *lex posterior derogat priori*, una legge successiva rende invalido un regolamento del Governo precedente; come quella legge successiva non può abrogare una legge precedente se questa contiene un obbligo internazionale ex art. 117 I co., così la legge successiva non può rendere a posteriori non vincolante un regolamento dell'Esecutivo se questo è coperto dal 117 I co.. Ciò che conta è la natura di obbligo internazionale di quella norma, non tanto la fonte da cui è introdotta nell'ordinamento italiano.

Se si volesse invece preferire l'opzione interpretativa prevalente, limitando dunque il raggio di azione dell'art. 117 I co. ai trattati che l'ordinamento interno "vede" attraverso una fonte di adattamento che possieda rango ordinario, non si potrebbe di certo chiudere gli occhi davanti ad alcuni casi che sollevano parecchie perplessità.

È da dare così scontato, dunque, che la forma, determini la forza della fonte, ai fini dell'interposizione ex art. 117 I co.?

Il caos generato dalla laconicità della formula in vigore investe un secondo piano problematico che fa vertere ancora l'indagine sui trattati internazionali.

All'interno di tale categoria di fonti, una considerazione particolare merita la sottocategoria di quelli che non sono stati, per regola dell'organizzazione internazionale da cui promanano o per scelta dello Stato contraente, oggetto di adattamento da parte dell'ordinamento interno. Già a una prima considerazione del problema, risulta non indiffe-

⁹⁸ Circostanza, questa, da cui, volendo portare un esempio di notevole rilievo, consegue a cascata un diverso regime *in executivis* delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. Di recente, in linea con quanto espresso dall'Avvocato generale, Sandrine Zientara-Logeay, nelle sue conclusioni, la *Cour de Cassation* ha proposto *question prioritaire* al *Conseil constitutionnel* relativa agli artt. 137 e 144 del codice di procedura penale, adducendo che le disposizioni vigenti presentano antinomie rispetto a quanto statuito dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia JMB contro Francia del gennaio di quest'anno. Poiché l'obbligo di esecuzione delle sentenze della CtEDU incombe in capo allo Stato francese in quanto parte contraente la Convenzione, il giudice nazionale è tenuto ad applicare la CEDU, per come interpretata dal suo giudice, anche in costanza di un testo legislativo difforme, che sia in attesa di modifica. Nel caso di specie, la Cassazione rileva che il giudice nazionale deve poter adottare provvedimenti quali la scarcerazione dei detenuti qualora questi versino in condizioni detentive lesive della dignità della persona; potere, questo, non previsto, al momento dal dettato normativo del codice di rito nazionale.

rente capire se tali *pacta non recepta* siano o meno produttivi di obblighi internazionali da cui germinino i vincoli ex art. 117 l. co. Il problema si pone in modo lampante con riferimento ai c.d. accordi in forma semplificata⁹⁹.

Lo studio delle categorie dogmatiche parrebbe risolvere il problema in modo sicuro. Il trattato internazionale che viene in essere nella comunità internazionale ad opera degli Stati che si impegnano a esserne parti contraenti sottoscrivendolo, ove non sia oggetto di un atto di adattamento da parte dell'ordinamento nazionale, non acquista efficacia al suo interno. Non è ipotizzabile che un obbligo sia fondato in un atto sorto in un ordinamento esterno che l'ordinamento interno "non vede" attraverso un suo atto di adattamento che lo introietti e lo doti di efficacia interna¹⁰⁰.

Insieme con parte della dottrina internazionalistica, anche fra i costituzionalisti vi è chi ritiene che al trattato vada prestato ossequio – e, dunque, se ne possa praticare l'interposizione – quale che sia l'*an* o il *quando* esso sia stato adattato nell'ordinamento interno¹⁰¹.

Ancora una volta, però, esaurire il ragionamento su un piano meramente formale rischia di pregiudicare la complessità del fenomeno oggetto di studio: rischia, in altri termini, di costruire in termini granitici un tema dimenticando che, a monte, vi sono tutta la complessità del fatto politico e le contraddizioni profonde di cui è imbevuto e che genera nel mondo giuridico. Sostenere infatti che un *pactum* non sia *receptum* nell'ordinamento a motivo di una scelta dell'organo di indirizzo politico chiamato a darvi esecuzione – il Parlamento, per quei trattati che richiedono l'*interpositio legislatoris*, o il Governo, per gli altri – equivarrebbe infatti a non tenere in debito conto le dinamiche concrete di alcuni organi costituzionali, in particolare l'organo di *legislatio*. Studi recenti puntano l'obiettivo sul crescente ricorso all'uso degli accordi in forma semplificata i cui progetti di legge di autorizzazione alla ratifica non vengono presentati alle Camere, nonostante alcuni di questi abbiano ad oggetto temi di prim'ordine e richiederebbero, pertanto, di ricadere nel regime dell'art. 80¹⁰²: di guisa che «continua a permanere una tensione di tono costituzionale tra tale prassi e il silenzio al riguardo nella Costituzione»¹⁰³. Gli esempi che saranno di seguito portati mostrano quanto tale silenzio sia assordante – benché, in uno dei casi più recenti, a tale silenzio si sia cercato di porre interruzione, senza successo, attraverso il ricorso al Giudice delle leggi.

In ordine cronologico. Nel 2007, il Governo italiano sigla con il Governo statunitense un accordo di cooperazione militare bilaterale relativo all'ampliamento della base militare

⁹⁹ Dottrina internazionalista assai sensibile riflette sul punto in oggetto. Cfr. P. IVALDI, *L'adattamento al diritto internazionale (e dell'U.E.)*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, S. BARIATTI, M. CONDINANZI, Z. CRESPI REGHIZZI, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, P. IVALDI, F. MUNARI, B. NASCIBENE, I. QUEIROLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino 2016, 137 ss. e, di recente, della stessa, le riflessioni in tema di idoneità degli accordi in forma semplificata a integrare il parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost., in *Le norme pattizie come parametro nella giurisprudenza costituzionale: profili internazionalistici*, in *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, cit., spec. 404 ss.

¹⁰⁰ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 340.

¹⁰¹ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, Padova 2009, 137.

¹⁰² E.C. RAFFIOTTA, *Potere estero del Governo e accordi internazionali in forma semplificata: una ricerca sulla prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

¹⁰³ O. POLLICINO, art. 80, cit., 143.

americana situata nei pressi di Vicenza, nella caserma «Camp Ederle» e destinato ad interessare le infrastrutture dell'aeroporto Tommaso Dal Molin. La delicata operazione internazionale avviene in spregio alle procedure costituzionalmente previste¹⁰⁴. Nella insignificante interlocuzione tra Governo e Parlamento, la base è spacciata come base NATO e l'accordo in questione è fatto rientrare nell'egida degli accordi NATO. È sufficiente osservare l'attività parlamentare di indirizzo e controllo per riflettere sul carattere torbido delle dinamiche che caratterizzarono l'atto di *legis executio* nella sfera internazionale e la grave problematicità che ingenerò sul piano interno¹⁰⁵.

Gli altri due esempi sono accordi bilaterali in forma semplificata stipulati dal nostro Paese con Sudan e Libia, aventi oggettiva natura politica, giacché presidiano materie sensibili dei rapporti internazionali quali la gestione delle frontiere e la lotta alla criminalità. Si tratta del Memorandum d'Intesa tra Italia e Sudan, firmato a Roma il 3 agosto 2016 da Franco Gabrielli, capo della polizia italiana e direttore generale del dipartimento di pubblica sicurezza e Hashim Osman el Hussein, il direttore generale della polizia sudanese, e del *Memorandum of Understanding* firmato il 2 febbraio 2017 da Fayez al Serraj per il Governo di Riconciliazione Nazionale dello Stato di Libia e da Paolo Gentiloni per il Governo Italiano al fine di rafforzare la cooperazione nella gestione delle frontiere libiche per garantire la riduzione dei flussi migratori illegali.

Sulla base dell'applicazione del primo dei due accordi, in Italia sono stati condotti dei rimpatri. Non si può non osservare che, appunto in ragione della mancanza dell'*interpositio legislatoris*, tali misure sono state adottate in spregio al dettato costituzionale: non solo, e non tanto, in relazione all'art. 80, quanto all'art. 10 secondo comma, che certamente non contempla gli accordi di polizia tra le fonti atte a disciplinare la condizione degli stranieri...

Il secondo dei due accordi è al centro di un'altra vicenda ben più nota, che dimostra come nello Stato costituzionale, quando i *checks* si fanno possenti, scattino i *balances*: in questo caso, essi sono stati posti in essere da un soggetto istituzionale inaspettato: il singolo

¹⁰⁴ Lo ricorda, di recente, D. BIFULCO, *Il vincolo del diritto internazionale*, cit., 682. Alcuni profili problematici della vicenda sono discussi anche in M. KONZ, *Note a margine della vicenda 'Dal Molin'. La cooperazione internazionale in materia militare ed i suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2007; F. CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, a cura di G. Arena, F. Cortese, CEDAM, Padova 2011, 280 ss.

¹⁰⁵ Cfr. gli atti parlamentari della 99esima e 100esima seduta pubblica del Senato della Repubblica dell'1 febbraio 2007, in cui trova spazio la discussione di mozioni e svolgimento di interrogazioni e interpellanze sull'ampliamento della base militare di Vicenza, reperibile *on line*. Significativa l'interrogazione del senatore Cosiga al Presidente del Consiglio dei ministri e ai Ministri degli affari esteri e della difesa: «Si chiede di sapere: se il Governo della Repubblica, in coerenza con la sua più volte riaffermata nuova politica estera e della difesa in discontinuità con le politiche del Governo di centrodestra, intenda decisamente rifiutare all'Amministrazione della Difesa degli Stati Uniti il permesso per l'ampliamento della base militare di Vicenza, base non NATO ma americana, concessa non sulla base del Trattato del Nord Atlantico e dei conseguenti accordi di costituzione della NATO, ma sulla base dell'Accordo di collaborazione bilaterale politico-militare con gli Stati Uniti d'America; considerato che tale Accordo era finalizzato a rafforzare la difesa congiunta italo-americana dal pericolo costituito dall'ormai dissoltosi Patto di Varsavia e considerato inoltre che sulla base di Vicenza è schierata una forza americana di pronto intervento di cui si vuole il rafforzamento, destinata ad operazioni «fuori area» anche di carattere unilaterale, in contrasto con la politica multilateralista del Governo, se almeno non si intenda condizionare il permesso ad una previa autorizzazione da parte del Governo italiano di qualunque rischieramento fuori area, anche attraverso tappe intermedie «in area», di unità delle forze armate americane dislocate in Vicenza».

parlamentare - *rectius*, quattro deputati, che hanno presentato giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorti a seguito dell'omessa presentazione, da parte del Governo, del progetto di legge di autorizzazione alla ratifica del detto Memorandum d'Intesa¹⁰⁶. La dottrina ha posto in evidenza come l'ordinanza n. 163 del 2018 della Corte costituzionale sia ricordata per aver negato la legittimazione al singolo parlamentare a proporre conflitto interorganico ma quanto, in realtà, questa meriti di essere menzionata per il tentativo di quei quattro deputati di manifestare la volontà del Parlamento di riappropriarsi di un ruolo centrale nei rapporti con gli altri Paesi. In questo caso, l'omessa presentazione alle Camere del progetto di legge di autorizzazione alla ratifica di un accordo bilaterale avente «oggettiva natura politica»¹⁰⁷ era stata espressione di una menomazione delle prerogative dell'organo di *legislatio*¹⁰⁸.

Pertanto, il Parlamento, che coadiuva – a questo punto, *rectius*, dovrebbe coadiuvare – il Governo nell'indirizzo di politica estera, non può esercitare un ruolo costituzionalmente attribuitogli. Il mancato ingresso nell'ordinamento di un trattato internazionale può pregiudicare l'efficacia? A valle, una domanda di giustizia che potrebbe trovare soddisfazione in una carta internazionale *non recepta* può rimanere insoluta solo perché, a monte, si è avuta una cattiva fisiologia degli organi di indirizzo politico?

Infine, un terzo livello su cui l'analisi può svilupparsi.

Nella giurisprudenza costituzionale, non è così infrequente il ricorso ad altre fonti del diritto internazionale, diverse da quelle pattizie e consuetudinarie. Tra gli elementi fondativi del suo giudizio, il Giudice delle leggi annovera a volte fonti internazionali di terzo grado, volendo seguire la classificazione comunemente adottata dagli studiosi delle discipline internazionalistiche; a tratti, a queste assegna una valenza ben maggiore rispetto a quella che caratterizzerebbe un argomento *ad pompam* o *ad adiuvandum*.

La categoria in oggetto si compone di uno spettro assai ampio, di cui non è qui possibile affrontare una disamina compiuta – ché, tra l'altro, non è da sottovalutare la non immediata conoscibilità di taluni di essi.

Due esempi paradigmatici saranno illustrati di seguito. Il primo: nella già ricordata sentenza n. 7 del 2013, la Corte, dopo aver scrutinato l'oggetto del suo giudizio alla luce dei parametri evocati e aver accettato l'*ampliatio* nei confronti delle norme contenute nelle Convenzioni internazionali evocate dal rimettente, costruisce un ulteriore piano parametrico con riferimento alle «specifiche indicazioni enunciate nelle Linee guida del Comitato dei ministri

¹⁰⁶; P. IVALDI, *Le norme pattizie come parametro nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; A. JR. GOLIA, *La forza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 47 ss.;

¹⁰⁷ C. cost. ord. n. 163 del 2018.

¹⁰⁸ D. BIFULCO, *Il vincolo del diritto internazionale*, cit., 679: «Il dato più significativo, e di ordine più generale, che tale vicenda ha portato a emersione non è certo la rivendicazione del potere, da parte dei singoli membri della Camera, di intervenire autonomamente sulla legge di ratifica (prerogativa che non compete al singolo deputato), bensì la rivendicazione della prerogativa – questa, sì, spettante al singolo membro del Parlamento – di esaminare e discutere il progetto di legge, per poterlo giudicare, emendare, contestare, in una sana ottica di *checks and balances*».

del Consiglio d'Europa su una "giustizia a misura di minore", adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri». Si tratta di una fonte di *soft law*, di per sé priva di spessore vincolante e inadatta a essere contemplata nello spettro parametrico, eppure dotata, ad avviso della Corte, di potenziale espressivo «non trascurabile»¹⁰⁹. Il secondo: nell'alveo parametrico circolano sovente indicazioni di organizzazioni internazionali quali l'Organizzazione mondiale della Sanità. Si faccia riferimento a quelle inerenti all'adozione di misure dissuasive dal fumo, di cui alla sentenza 240 del 2007; a volte, sono richiamate già negli atti difensivi e poi riprese dalla Corte nel suo giudizio, come nel caso delle valutazioni sull'inefficacia e sull'inutilità degli strumenti medici di *routine* per gli alimentaristi (sent. n. 162 del 2004) o degli studi sulla tutela dello stato psicologico del nascituro nelle questioni in tema di fecondazione omologa o eterologa (sent. n. 162 del 2014).

Tecnicamente, trattasi di fonti di terzo grado, non immediatamente generative di "obblighi internazionali", anche qualora si volesse interrompere la corrispondenza tra questa nozione e le fonti esclusivamente pattizie. Ci si domanda, però, quale possa essere il reale spessore parametrico di tali atti, specie considerando il peso che le valutazioni di organizzazioni come l'OMS o l'Organizzazione mondiale del commercio (che ha anche un suo giudice...) siano in grado di assumere nella vita ordinamentale dei singoli Stati in congiunture emergenziali quale quella che stiamo tuttora attraversando¹¹⁰.

8. Considerazioni conclusive

Volendo riprendere il titolo di questo lavoro, l'indagine sin qui condotta ha dimostrato come il letto di Procruste sia un vero e proprio mito: la ricerca affannosa di misure predefinite che debbano essere possedute dagli incauti viandanti è una costruzione rigida che sacrifica la vita degli stessi. Fuor di metafora: la rigidità dello schema classico dell'interposizione, che presidia le fonti che sono atte a essere interposte secondo le prescrizioni costituzionali, deve cedere il passo alle peculiarità della singola fonte da cui promana l'obbligo internazionale e alla capacità da questa posseduta di essere interposta per la tutela del singolo diritto in gioco.

All'indomani dell'avvenuta interposizione di alcune norme delle due principali convenzioni internazionali in tema di protezione dei minori¹¹¹, Vittorio Manes osservava, concordemente con alcuni autori¹¹², come i passi compiuti dalla giurisprudenza costituzionale sull'interposizione di fonti diverse dalla CEDU dimostrassero «un aggiornamento della corni-

¹⁰⁹ Cfr. C. cost. sent. 7 del 2013, punto 6 del *Cons. in dir.* Non tralascia di evidenziarlo V. MANES, *op. cit.*, 6.

¹¹⁰ Cfr. gli studi di G.M. RUOTOLO, *Alcune osservazioni sulle app di tracciamento dei contatti e dei contagi alla luce del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2020.

¹¹¹ V. *supra*, § 7.

¹¹² I riferimenti citati da Manes sono A. RUGGERI, *Sistema di fonti e sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in *Consulta On line*, 22 novembre 2012 e G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI/2011, 19 ss.

ce costituzionale nello sforzo di gerarchizzare un panorama delle fonti che fatica a comporsi in sistema»¹¹³ e rifletteva sul *proprium* della Corte, quale giudice e nella forma di governo, così argomentando: «la Corte appare sempre più distante dal ruolo originario che – nella dimensione lineare, geometrica e scalare della piramide kelseniana – la voleva organo deputato a censurare le insubordinazioni gerarchiche di una fonte (inferiore) rispetto all'altra; e sempre più impegnata ad individuare la corretta collocazione, la vincolatività e la “giustiziabilità” delle diverse fonti ricavabili dal *network multilevel*. Il tempo dirà se questa nuova “irritazione normogerarchica” troverà seguito e, soprattutto, come prenderà corpo nel telaio costituzionale l'*entrenchment* di fonti tipologicamente così diverse ed eterogenee»¹¹⁴.

L'interposizione delle fonti da cui scaturiscono obblighi internazionali, almeno attesa l'attuale formulazione dell'art. 117 I co., conosce ontologicamente quella che Manes denomina «irritazione normogerarchica». Se la Corte o i pratici, in generale – dai giudici comuni agli avvocati –, volessero avvalersi della tutela prevista in un obbligo internazionale, quale che sia la fonte che lo contenga, non compirebbero un abuso ma andrebbero semmai ad attuare il 117 I comma, scelta politica in merito alla cui opportunità e correttezza si può ragionare ma che è consacrata in una norma giuridica della Carta fondamentale.

Non si tratta di un abuso compiuto dal giudice che si sostituisce al legislatore ma di un'attuazione della Costituzione, perché è appunto la Carta fondamentale che, all'art. 117 I co., impone il rispetto degli obblighi internazionali. È una categoria dallo spettro tipologico ricco e variegato e importa norme di diverso genere, con effetti più o meno stravolgenti per l'ordinamento interno; sarebbe ipocrita, però, non osservare che il rango costituzionale del 117 I co. impone che tale disposizione debba essere attuata nella sua effettività da tutti gli operatori dell'ordinamento. Si tratta di un vero e proprio *menu* alla carta, in cui, semmai, il problema principale interessa la conoscibilità delle singole fonti.

Procruste incarna il mestiere dei giuristi formalisti che cercano di piegare la realtà ai loro schemi. Eppure, quel lemma dell'art. 117 I co., “obblighi internazionali”, predica una complessità tipologica che questo lavoro ha cercato di esplorare e in relazione alla quale è assai forzato pervenire a una *reductio ad unum*. L'interposizione non può dogmaticamente intendersi categoria unitaria e il terreno delle fonti da cui scaturiscono obblighi internazionali lo dimostra ampiamente. Non a caso, questa è una lezione che la Corte ricorda a se stessa nella prima delle sentenze gemelle¹¹⁵. Le norme interposte sono «un veicolo di collegamento tra potestà diverse, che finisce con l'incidere sui contenuti»¹¹⁶: lo sono *a fortiori* se le diverse potestà afferiscono a ordinamenti diversi, quali quello interno e quello internazionale. Leggere Lavagna fa capire come il tema delle fonti interposte sia stato ridotto su un piano meramente formale e scisso da quel requisito per rispondere al quale nasce, ossia la non manifesta infondatezza. Ciò conferma la prospettiva sostanzialista, con riferimento alle norme generative di obblighi internazionali: non ha senso discutere del posto assegnato alle diverse

¹¹³ V. MANES, *op. cit.*, 5 s.

¹¹⁴ *Ibidem*, 6.

¹¹⁵ V. M. SICLARI, *op. cit.*, 141 e C. Cost. sent. 348/2007.

¹¹⁶ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet, 141.

fonti se prima non capiamo la genesi del problema per cui la riflessione nasce: per argomentare l'impugnabilità di una legge davanti alla Corte. Una genesi, questa, presente nella lezione lavagnana, che ha modellato il *genus* dell'interposizione nell'elaborazione successiva, che ci ha spiegato che le norme interposte sono «norme non costituzionali che (...) costituiscono il tramite attraverso il quale può determinarsi una (indiretta) violazione della Costituzione»¹¹⁷. Rispetto alle fonti tradizionalmente oggetto di interposizione normativa, la disposizione dell'art. 117 I co., recando quella formula criptica degli “obblighi internazionali”, ben dimostra come le dinamiche dell'interposizione siano da spiegare non col lessico delle fonti ma con quello delle norme. L'interpretazione non della fonte *ut sic* ma della norma ci consegna, pertanto, un parametro potenzialmente illimitato.

Se una tale tesi sembra eccessiva, la via da percorrere esiste ed è la revisione dell'art. 117 I co.¹¹⁸, al fine di cancellare quella che nel 2001 sembrò un'indicazione normativa di poco conto e che, invece, si è dimostrata – e ben potrebbe ancora dimostrarsi, in tutto il suo potenziale espressivo – un vero e proprio “vaso di Pandora”.

¹¹⁷ Così, sin dalla prima edizione, G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977, 39.

¹¹⁸ Fermo restando che, qualora la revisione dovesse consistere nella rimozione “secca” della formula, a soffrirne sarebbero le Carte dei diritti che, a detta di alcuni studiosi, tra cui Ruggeri, prima e più ancora della “copertura” del 117 godono di quella degli artt. 2 e 3, nel loro fare sistema con i valori fondamentali restanti.