



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

GIANCARLO GUARINO

CORTE COSTITUZIONALE E DIRITTO INTERNAZIONALE:

NOTERELLE A MARGINE DELLA SENTENZA 49/15

23 GIUGNO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giancarlo Guarino
Corte costituzionale e diritto internazionale:
noterelle a margine della sentenza 49/15.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1. Il «predominio assiologico» un inedito criterio di legittimità? – 2. La logica dell'analisi. – 2.1. L'Italia e il sistema giuridico internazionale. – 3. Spunti per un dialogo, mancato, tra le Corti. – 3.1. La valenza generale della giurisprudenza internazionale, che costruisce il diritto internazionale. – 3.2. La certezza del diritto. – 3.3. Gli effetti perversi dell'istituto della prescrizione dal punto di vista dei diritti dell'uomo. – 4. I possibili e auspicabili argomenti di dialogo tra le corti. – 4.1. La natura formalistica della giurisprudenza CEDU. – 4.2. L'interesse dimenticato: la protezione dell'ambiente. – 4.3. La ondivaga valenza del diritto EDU. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

In due recenti scritterelli di poco conto¹ e in un terzo in corso di stampa², saggiamente ignorati dalla dottrina più avvertita³, sottolineavo quella che potrebbe definirsi, oggi più che mai, una sorta di idiosincrasia, o almeno di sindrome di rigetto della nostra Corte costituzionale⁴ nei confronti dell'intero diritto internazionale, tanto che, ovviamente in termini volutamente esagerati - stavo per dire scherzosi se mai fosse permesso dismettere talvolta il laticlavio - parlavo di una sorta di redivivo *estoppel*.

Aggravato, a mio modesto parere, dal fatto che verso il diritto internazionale si fondava, e si fonda, una sorta di disparità di trattamento tra sistemi giuridici: ostilità netta e generalizzata verso il diritto internazionale, comune e dei diritti dell'uomo, ossequio quasi pedissequo verso la UE e la sua Corte, sia pure sulla base della ben nota, ma a mio parere alquanto avventurosa, interpretazione dell'art. 11 Cost. Ciò, peraltro, con la contraddizione difficilmente comprensibile date le premesse, per cui le corti internazionali (e in particolare, la CIG nel caso della [sentenza 238/14](#) e la CtEDU, da ultimo, nel caso che ci occupa, *per relationem* la [sentenza Varvara](#)⁵) “dicono”, secondo la Corte, l’“ultima parola” in materia, salvo ... ad ignorarne il contenuto.

Per cui, evidentemente, il diritto della UE non viene considerato parte, benché particolare e importante, del diritto internazionale, ma bensì una sorta di *tertium genus*⁶, quasi un portatore della sindrome di Morris, molto rispettato, perfino magico o, come nella mitologia, divino, benché atipico e, forse proprio per quello, tenuto in grande considerazione⁷, e poi ignorato.

¹ Entrambi su [Consulta Online](#), 2014, 29.9.14 e 04.12.14

² Negli Scritti in onore di G. LAURINI, Napoli (ESI) 2015, dal titolo *Corte costituzionale e Diritto internazionale: diritto internazionale e diritto interno un amore contrastato?*, in corso di stampa. Ma v. anche, per una analisi da un altro punto di vista GUARINO G., *Sovranità dello stato, diritti fondamentali e migrazione: gli elementi di una contraddizione*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015.03.15, in <http://www.rivistaoidu.net/>

³ Da ultimo in *La Comunità internazionale*, 2015, 1, 13 ss, TANZI A., *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*.

⁴ D'ora in avanti semplicemente *Corte*, per distinguerla da quelle CEDU, CtEDU, e UE, CGUE.

⁵ Affaire [Varvara c. Italie \(Case of Varvara v. Italy\)](#) n. 17475/09, 24.3.2014.

⁶ A quando il sesto e il settimo e così via, il quarto e il quinto essendo, come noto, già contemplati da certa dottrina?

⁷ E non è certo un caso che in questo torno di tempo, mentre si discute alla riunione annuale 2015 della SIDI (ISIL per chi avesse dubbi sulla traduzione inglese) del criptico tema della *Incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (forse con allusioni al diritto naturale?) si propone di cambiare il nome della Società per aggiungervi la menzione del diritto dell'Unione europea (con, temo, qualche complicazione nella sigla, ormai nota e quindi consolidata nella percezione degli studiosi) a confermare che quest'ultimo non è diritto internazionale. Voglio dire: nessuno si sognerebbe di dire “diritto commerciale e delle società per azioni”, a meno di intendere che quest'ultimo è cosa diversa dal primo. Non è forse compito di una società qualsiasi di dare motivazioni approfondite delle sue scelte onomastiche, ma certo una *società scientifica* dovrebbe motivare, scientificamente appunto, e adeguatamente le proprie scelte, specie se di tanta, e divisiva importanza, a meno di correre il rischio (assolutamente escluso da chi scrive!) che la scelta appaia frutto di alchimie accademiche piuttosto che di valutazioni culturali.

È proprio qui il punto, come cerco di mostrare in poche parole, più avanti, ma, per ora e sinteticamente, non si può non ricordare che il diritto internazionale, come ogni ordinamento giuridico, *non ha mai*, per definizione, *un punto fermo*. In altre parole, nessuna sentenza mai è la parola ultima, non solo nel senso ovviamente banale, per cui ogni sentenza è suscettibile di essere “riscritta” (anche con il principio dello *stare decisis* il diritto si evolve!) ma anche nel senso che non può costituire la base unica e definitiva, e per di più immodificabile, del diritto o di una parte di esso. È ovvio, sia chiaro, che la *Corte* è perfettamente conscia di ciò, ma quando invece, come in questo caso, quella giurisprudenza la rifiuta *tout court* rifiuta nel contempo di “aiutarlo”⁸, quell’ordinamento, a “progredire” non ostante che la *Corte* ritenga di essere ... il sale della terra⁹. D’altro canto, il riferimento della *Corte*, alla “giurisprudenza consolidata” (qualunque cosa significhi) è la conferma di questa distorsione interpretativa. Il diritto insomma, secondo la *Corte*, si consolida e si sclerotizza, non è ben chiaro quando come vedremo più avanti, in un che di immutabile, aggravato dal fatto per cui, nel dubbio (o almeno finché non si sia “consolidato”¹⁰) è il “nostro” diritto quello che prevale¹¹. Il diritto, invece, dovrebbe essere, anzi è, in continua evoluzione.¹²

1.1. Il «predominio assiologico» un inedito criterio di legittimità?

Nella sentenza, che sarà oggetto delle righe seguenti, la *Corte* sembra appunto cercare una sorta di *summa* esaustiva delle sue posizioni, di sintesi definitiva, senza appello con un linguaggio tanto assertivo quanto, talvolta, impervio; sempre con un pizzico di ironia, una sorta di «Augh, ho detto!».

Esordisce, infatti, la sentenza, rivolta ai giudici in un tono tanto infastidito quanto pedagogico: «sfugge al rimettente [che, poi, trattandosi della Corte di Cassazione, proprio di un imberbe uditore giudiziario non dovrebbe trattarsi] che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito¹³, è, *ovviamente*, subordinato al prioritario compito di

⁸ Come spiego meglio *infra* § 0.

⁹ Per un interessante analogo rilievo v. CONTI R., [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte costituzionale sentenza 49/15\)](#), in [Consulta Online, Studi, 2015/1](#) (09.04.15), 181 ss., dove giustamente l’Autore rileva: «La Corte costituzionale restringe i paletti che consentono alla CEDU e al suo diritto vivente di entrare nell’ordinamento interno ribadendo con forza ed anzi estremizzando la costruzione gerarchica sulla quale sono posti, *l’una sopra all’altra*, la Costituzione e la CEDU. Ne viene fuori, così, un edificio poggiato stabilmente sulle fondamenta della Costituzione, rispetto alle quali la CEDU “non consolidata” non è in grado di incidere in alcun modo, *proprio in ragione del suo essere “inferiore”* e dunque obbligata a ritrarsi, a non operare, se vogliamo ad essere “disapplicata” dal giudice - comune e (sia pur con forme diverse) costituzionale - quando essa contrasta con la Costituzione» (corsivo mio). Ma v. ancora più nettamente RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: a prima lettura di corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015 in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf. Il rischio è che, ho l’impressione che, a furia di fissare paletti, ci si trovi ridotti all’asfissia!

¹⁰ Sorvolo qui sui criteri accennati dalla *Corte* per comprendere se una giurisprudenza sia o meno “consolidata”, ivi compreso il più atipico se non eccentrico di essi: la presenza o meno di opinioni dissidenti (autorevoli, poi ... come si fa a sapere se una opinione è autorevole?) che purtroppo dimostra la scarsa attenzione della *Corte* al modo di essere del diritto e quindi della giurisprudenza internazionali. Dove, tra l’altro, ogni fenomeno, anche il più emarginato e lontano (certo perfino il turco delle regioni più remote che tanto pare sorprenda RAIMONDI G., *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili*, intervista a D. Tega, in *Quaderni costituzionali*, 2014, 2, 463 ss., 468, che però, se ben capisco, lamenta la scarsa conoscenza del diritto EDU da parte dei giudici ... italiani, come cit. in TEGA D., cit. *infra* nt. 15) serve, talvolta in maniera decisiva a *fare diritto*, ripeto *fare* non solo interpretare o applicare; mi domando come questa sentenza possa aiutare il giudice italiano ad orientarsi positivamente!

¹¹ In altre parole, ciò che, ad esempio nel diritto internazionale privato è l’*extrema ratio*, la soluzione disperata del giudice che, con le spalle al muro non riesce a trovare o applicare il diritto “competente” (L. 31.5.1995 n. 228, art 14.2 *in fine*: «... In mancanza si applica la legge italiana») qui diventa addirittura la premessa metodologica.

¹² L’entropia, per dirla anche qui scherzosamente, non è propria del diritto, anzi, ne è l’opposto. V. di recente lo splendido articolo di D’AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *American Journal of International Law*, 2014, 650 ss. V. anche *infra* § 0.

¹³ Invero, la frase citata nel testo, è preceduta, appunto, da una affermazione alquanto criptica, quando afferma: «In primo luogo, esso presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle *superiori* previsioni della CEDU. È pertanto quest’ultima, e non

adottare una lettura costituzionalmente conforme, *poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU* (sentenze [n. 349](#) e [n. 348](#) del 2007)»¹⁴.

Dunque, addirittura un predominio e per di più assiologico¹⁵ e, come se non fosse abbastanza, in una interpretazione costituzionalmente conforme: sono questi i due punti sui quali intendo dire qualche parola, se pure tralasciando gli altri spunti suggeriti dalla sentenza. La frase, come vedremo, contiene due affermazioni, entrambe molto assertive e non, a mio modesto parere, affatto condivisibili.

Chiara, invero, è la volontà della *Corte* di affermare il “predominio” cioè la prevalenza del diritto interno, sia pure costituzionale, italiano sul diritto CEDU e dunque sul diritto internazionale, perché, almeno su ciò non credo sia lecito dubitare, il diritto CEDU - o meglio i diritti dell’uomo esplicitati, tra l’altro, nella *Convenzione europea sui diritti dell’uomo* e il relativo sistema¹⁶ - sono parte del diritto internazionale e cedono sistematicamente, anzi sistemicamente, il passo al diritto costituzionale italiano: dunque questa affermazione, specie se letta alla luce di altra precedente analoga giurisprudenza (in particolare la già ricordata [sentenza 238/14](#)) conferma l’idea della *Corte* per cui, almeno, spetta ad essa, e ad essa sola, di valutare se e quando applicare il diritto internazionale. E qui, siamo al passaggio ulteriore secondo la *Corte*: il diritto costituzionale italiano prevale *sempre e comunque* sul diritto internazionale dei diritti dell’uomo (e quindi, ripeto, sul diritto internazionale *tout court*) perché assiologicamente superiore. Portatore cioè di *valori* superiori a quelli della stessa Convenzione.

Vediamo un po’ più a fondo. Innanzitutto, valori, non diritti, doveri o altro, *valori*. Sorvoliamo pure sul “superiore”¹⁷, che in un testo giuridico fa pensare ad un rapporto gerarchico sul quale è lecito

la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato. Naturalmente, non è in discussione che, acquisita una simile dimensione, competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa (sentenza n. 239 del 2009), a condizione che non si riveli del tutto eccentrico rispetto alla lettera della legge (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008)» (corsivi miei). L’andamento ondivago della affermazione, risulta francamente assai poco chiaro forse per la mia incapacità di accedere alla richiesta dimensione ermeneutica, ma poco importa, ciò che conta è la conclusione di cui nel testo. Francamente, però, la costruzione della Corte, mi sembra esageratamente puntigliosa. Certamente la CtEDU valuta il modo in cui una legge si applica nel concreto e il giudice interno, quindi, deve applicarne la sentenza “nella dimensione ermeneutica”, insomma nel caso specifico così come visto dalla CtEDU. Ma, a parte il fatto che il risultato non mi sembra che cambi poi tanto, se il giudice interno è subissato di “paletti” perché non può tenere conto della sentenza EDU se è “eccentrica rispetto alla legge”, così come se non ne adotti “una lettura costituzionalmente conforme”, tanto vale affermare che si deve ricorrere continuamente alla Corte costituzionale. Quei “paletti”, insomma finiscono per essere solo altrettanti motivi di impugnazione e di ricorsi. Per di più, ripeto a costo di sbagliare clamorosamente, in netto contrasto con quanto la stessa Corte afferma con riferimento alle sentenze pilota, che proprio e principalmente su una legge incidono.

¹⁴ [Sentenza 49/15](#), 26.3.2015, punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivo mio). E dunque, oltre i “paletti” di cui *supra* nt. 13, questo ne è un altro!

¹⁵ La stranezza del concetto è stata giustamente rilevata, ma non commentata, da MORI P., *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in *Blog SIDI*, 15.4.2015 in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1393>, ma v. anche più ampiamente TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota_49_2015_tega.pdf.

¹⁶ È proprio sulla base di questo, del resto ovvio, assunto, che avevo criticato la [Sentenza 1/14](#), per la parte in cui non teneva minimamente conto del diritto internazionale dei diritti dell’uomo, dove, a mio parere, vi sono indicazioni assai precise in materia di legge elettorale: indicazioni che non possono essere ignorate a meno di considerare il diritto internazionale un semplice *optional*.

¹⁷ Quasi a conferma della mia impressione, v. in senso critico verso la “prevalenza” di talune norme internazionali, di recente SPADARO A., [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 [Consulta Online, Studi, 2015/II](#), 504 ss.. Ma v. specialmente RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno: A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427919457RUGGERI_2015a.pdf, che giustamente allude ad una visione “piramidale” dei rapporti tra, direi io, diritto interno e diritto internazionale, su cui, come si vedrà tra poco, mi sarebbe molto difficile concordare, se l’Autore non rilevasse molto giustamente, 3: « La Corte, insomma, è restia a disporsi nell’ordine di idee secondo cui Costituzione e CEDU (e, a mia opinione, ogni altra Carta dei diritti) possono e

avere seri dubbi¹⁸, ma cosa c'entrano i valori con il diritto? Il diritto, comunque lo si voglia definire (e non è questo il luogo per attardarsi in questa discussione) è un sistema di norme, un sistema di diritti ed obblighi e relative sanzioni. Ebbene, un sistema di valori, a quanto ne so, definisce semmai il *modo* in cui le norme vanno scritte, la scelta di quali norme scrivere o il loro contenuto, ma non più né meno che questo.

L'affermazione della *Corte* è dunque estremamente, stavo per dire, arrogante: anzi, lo dico¹⁹.

Il nostro sistema di valori (qualunque esso sia, perché così definito è solo una petizione di principio, destituita di contenuti normativi, ma, ad onore del vero, anche etici) prevale, è migliore, o come lo si voglia dire, di qualunque altro: per principio, non perché se ne sia dimostrata la migliore qualità o, meno che mai, la *prevalenza gerarchica*. Di qualunque altro, ivi compreso quel diritto internazionale, che *almeno* gli articoli 10.1 e 117.1 della nostra Costituzione ci impongono di rispettare, anzi, rendono, lo si voglia o no, diritto interno²⁰. Ma, sia pure forzando un po' per amor di polemica: e se domani nella riforma della Costituzione in corso (già magari discutibile alla luce della CEDU) si inserisse la pena di morte: predominerebbe assiologicamente?

Ma la *Corte* non si ferma qui, dato che, più avanti, fornisce una nuova lettura dell'art. 117.1, quando asserisce che il giudice "comune" è comunque tenuto²¹ a rispettare e applicare la giurisprudenza CEDU (secondo quanto già affermato in precedenza) *perfino nel dubbio di conformità alla Costituzione* di fronte però ad una giurisprudenza CtEDU "consolidata"²² (?) o a una sentenza pilota, ma, si badi, «in senso stretto»²³ (!). Naturalmente mi sbaglio e ne chiedo fin d'ora scusa, ma

devono soggiacere a reciproca ("circolare", appunto) interpretazione conforme: una interpretazione – è superfluo dover qui nuovamente rammentare – assiologicamente orientata ed ispirata a quel canone della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema" ... », cosa che, nel mio piccolo ho cercato e cerco qui di dimostrare. (corsivo mio).

¹⁸ Anche se, come abbiamo appena visto, è proprio la nostra *Corte* a parlare di superiorità, *supra* nt. 13. Come può una norma *superiore* sottostare al *predominio* di una norma *inferiore*? È, allora, legittimo domandarsi, come già in passato ho fatto: e se una gerarchia non vi fosse e quindi le norme si ordinassero in termini di *strumentalità* e quindi di logica applicativa? V. anche RUGGERI A., *Fissati*, cit., *supra* nt. 17.

¹⁹ Immaginiamo, per amor di polemica, che questa affermazione sia valida. Se lo fosse, lo sarebbe sempre *e in ogni caso*. Il predominio assiologico, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico considerato, sarebbe dunque un fatto acquisito e dovrebbe valere per tutti gli ordini giuridici. Perché, allora, non considerare acquisita la predominanza dei "valori", che so, del cd. *stato islamico*, del regime fascista o nazista, ecc.? Ma andiamo un passo più a fondo, posto che verosimilmente pochi ammetterebbero detto predominio (interessati seclusi) e domandiamoci: all'insorgere del conflitto tra valori, *chi decide quale valore predomini*? Questa, mi pare, è una domanda fondamentale, alla quale, salvo a nascondere la testa sotto la sabbia, non si può sfuggire, come vedremo nel prossimo paragrafo. Dato che, se si afferma che ognuno decide per sé, saremmo alla distruzione di ogni ipotizzabile convivenza. Se non lo si afferma, la domanda è inevitabile: chi decide? E una risposta urge!

²⁰ In qualche modo, devo sottolineare, si tratta delle negazione preventiva e "politica" di una possibile integrazione, dato che il presupposto è che comunque i nostri "valori" (le nostre norme costituzionali?) prevalgono su tutto, *a priori*, per principio, per postulato.

²¹ *Sentenza* cit., punto 7 del *Considerato in diritto*: «... il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo ... », *infra* nt. 23.

²² Testualmente, punto 7 del *Considerato in diritto*: «È, pertanto, 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» (corsivo mio). Ma come fa un "orientamento" giurisprudenziale a diventare definitivo? Voglio dire: un orientamento non è una decisione e proprio perché tale, non può mai essere definitivo, tale infatti sarebbe, semmai, la decisione frutto di quell'orientamento. Un orientamento, insomma, indica una direzione non una meta: il giudice, invece, è la meta che deve "applicare". V. sul punto, le puntuali e secche osservazioni di VIGANÒ F., *La consulta e la tela di Penelope: Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Diritto Penale Contemporaneo* in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1427701683VIGANO%202015.pdf>, 9 ss., che appunto sottolinea brillantemente questa ... "ondivaghezza" ermeneutica.

²³ Punto 7 del *Considerato in diritto*: «Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di "ogni strumento ermeneutico a sua disposizione"», con riferimento, come accennato nel testo, alla giurisprudenza precedente (in particolare *sentenza* 80/11). Anche qui una piccola osservazione di metodo: le sentenze pilota sono quelle di cui all'art.

io credo di vedere qui una certa contraddittorietà: i nostri “valori”, mi pare di capire, cedono di fronte ad una giurisprudenza consolidata, ecc. Ma allora: che valori sono e come fanno ad essere “superiori” se basta insistere un po’ per farli saltare?²⁴ Viene voglia di parlare di “relativismo giuridico”.

Ma su ciò più avanti. Cerchiamo prima di capire di che cosa stiamo parlando, o meglio, di che cosa cerco di parlare io nel criticare la sentenza.

2. La logica dell’analisi

L’Italia, vale a dire *a.*- l’«espressione geografica» Italia così come risultante dai confini definiti concordemente dopo la seconda guerra mondiale più gli “aggiustamenti” ulteriori, *b.*- la sua popolazione di cittadini e non e di persone giuridiche italiane e non, *c.*- la sua struttura organizzativa di governo centrale e periferica, costituisce, complessivamente intesa, ciò che si definisce un *soggetto di diritto internazionale* del tipo *stato*, regolato al suo interno dal relativo ordinamento giuridico. Il quale (stato e relativo ordinamento), a sua volta concorre, unitamente ad altri soggetti di diritto internazionale *stati e non stati* - e, in taluni casi, perfino ad enti non soggetti di diritto internazionale, ma rilevanti per esso - alla formazione di quella Comunità e del suo sistema giuridico, che vanno, rispettivamente, sotto il nome di *Comunità internazionale* e di *diritto internazionale*, coesenziali l’uno all’altro, non diversamente dall’ordine giuridico del soggetto rispetto al soggetto.

Il diritto internazionale, dunque, è l’ordine o (meglio) il sistema giuridico dei soggetti di diritto internazionale, da essi stessi creato, governato e del quale essi stessi sono obbligati, avendolo creato, a rispettare le norme, che sono tali²⁵ se *effettive*, cioè: *a.*- applicate *tout court*, *b.*- riconosciute come da applicare, *c.*- non oggetto di opposizione *significativa* se applicate o riconosciute da applicare. Dove la *significatività* della opposizione rileva quando sia tale da impedire che la norma nasca, talché il fatto di praticare o non praticare concretamente il comportamento prescritto dalla norma *in itinere*²⁶ è irrilevante, grazie al fatto che il sistema contempla, e non potrebbe non contemplare, logicamente e necessariamente, accanto alla possibilità (rara) ad opera dei soggetti di “dichiarare”²⁷ l’esistenza della norma, la possibilità che uno o più soggetti affermino o manifestino la propria opposizione alla nascita della norma comportandosi (o “dichiarando” di volersi, all’occasione, comportare) in maniera difforme, senza che ciò sia un illecito (la norma, infatti, non c’è) o fin tanto che, non applicarla, sia o

61 del Regolamento della CtEDU, quindi di una norma non contrattuale. Ciò già, dovrebbe indurre a moltissima cautela nell’individuare il significato normativo, almeno più labile di quello delle norme contrattuali. È appena il caso di ricordare quanto discutibili e discusse siano state e siano le cdd. misure provvisorie (interim measures) di cui all’art. 39 del medesimo Regolamento. Gli stati, come noto (per tutti SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino (Giappichelli) 2006) sono molto scarsamente propensi ad applicarle anche se la tendenza a farlo tende a prevalere. Ma appunto, questa è una differenza fondamentale, nel diritto internazionale, dove si distingue (terminologia a parte) tra una norma obbligatoria ed una cd. di “soft law”. Attribuire, insomma, a sentenze di discutibile validità, addirittura una valenza tale da permettere di aggirare la Costituzione così gelosamente difesa in altri casi, appare almeno incomprensibile.

²⁴ Cfr. Anche, in termini comparativi, MARTINICO F., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale” Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle convenzioni (CEDU e convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015 in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430150015MARTINICO_2015.pdf.

²⁵ Diversamente da ciò che accade in un sistema giuridico interno.

²⁶ Dove perciò è ovvio che “norma *in itinere*” è solo un modo di dire, posto che di una norma si può solo dire che c’è o che non c’è, *tertium non datur*.

²⁷ Possibilità che definisco “rara” perché le norme sono per lo più, quando lo siano, applicate dai soggetti, magari affermando di applicare una norma vigente, ma molto di rado sono “enunciate” come norme. Beninteso, anche qui, *cum grano salis*: è infatti ovvio, e certo non eccezionale, che una o più norme siano “dichiarate” tali sia in vere e proprie dichiarazioni uni o multi-laterali, sia in veri e propri accordi (cdd. *di codificazione*). Ma, premesso che la semplice dichiarazione è e resta solo un atto diplomatico in quanto tale, *che dunque può solo contribuire alla formazione della norma non scritta o alla constatazione della sua esistenza*, l’accordo di codificazione è solo un accordo, che vincola le parti, salvo che acquisti rilevanza (di fatto) tale da *determinare o contribuire a determinare* la norma generale. Tutto ciò, ovviamente, è troppo noto per richiedere ulteriori approfondimenti in questa sede,

diventi illecito dato che la norma c'è, o meglio, nel frattempo si è concretizzata e dunque: *da quel momento* quel comportamento, fino ad allora *irrilevante* per il diritto internazionale, *diventa* illecito per il medesimo diritto internazionale così come è lecito (o magari obbligatorio) il suo opposto²⁸.

Non pretendo con queste poche parole, magari solo per avere usato l'espressione «soggetti di diritto internazionale», di avere risolto il circolo vizioso denunciato, come noto, da Alf Ross, per il quale gli stati, che determinano il diritto internazionale sono da esso determinati, nella misura in cui il diritto internazionale stabilirebbe i requisiti dello stato, mentre è lo stato quello che creerebbe il diritto internazionale stesso²⁹. Infatti, con quel disegno brevemente e insufficientemente schizzato, mi propongo addirittura di negare la stessa esistenza di quel circolo vizioso, affermando che *non* è il diritto internazionale quello che definisce i requisiti degli stati destinatari del diritto stesso o più genericamente dei soggetti del diritto internazionale, *né* sono gli stati quelli che definiscono il contenuto del diritto internazionale *non contrattuale* e specialmente che la “fonte” della obbligatorietà del diritto internazionale *non sono* gli stati: 1.- *non lo sono* perché non soltanto da loro discende l'obbligatorietà delle norme del diritto internazionale e il loro stesso contenuto; 2.- *non lo sono* perché gli stati e in genere i soggetti non sono *processualmente* alla base della formazione delle norme, se non altro perché la effettività di una norma non dipende dal fatto che la maggioranza dei soggetti la affermi o la pratichi in concreto, in base al loro averla “riconosciuta” (secondo quanto spiego più avanti) come norma obbligatoria; 3.- *non lo sono* perché non appare dimostrabile che solo le norme *volute*, sia pure tacitamente e implicitamente³⁰, dagli stati sono norme effettive di diritto internazionale. Ciò, specialmente, nel diritto internazionale moderno.

Non è evidentemente questo il luogo per discutere del fondamento e dell'origine del diritto internazionale, queste righe sono, infatti, solo il modo per affermare, spero con sufficiente seppure troppo schematica chiarezza, che non sono i singoli stati a fare il diritto internazionale, non diversamente da come non sono i singoli stati a poter decidere quale norma applicare e quale no, così come, viceversa, non è il diritto internazionale a “fare” gli stati soggetti di esso³¹: ci sono, infatti, “stati” che non sono soggetti di diritto internazionale, ci sono soggetti di diritto internazionale che non sono “stati”³². In larga misura, gli stessi stati sono il frutto della prassi o meglio del fatto che, essendosi consolidati, acquisiscono diritti e prerogative, legati alla loro esistenza, non alla loro “qualità” formale³³.

L'ordine giuridico in questione, perciò e diversamente dagli ordini giuridici degli enti che fanno parte della Comunità internazionale (e quindi stati e non stati: soggetti di diritto internazionale) non

²⁸ A ben vedere, al di là della diversità dei meccanismi, ciò non è poi tanto diverso da quello che accade in un ordinamento giuridico interno, dove fin tanto che una norma non esista il relativo comportamento non è né lecito né illecito, è *irrilevante*; una volta regolato da una norma, può diventare illecito. Beninteso, ma è solo una banalità ovvia, in un ordinamento interno, diversamente da quello internazionale, la “posizione” delle norme è fatta in via autoritativa utilizzando i meccanismi a ciò predisposti.

²⁹ ROSS A., *Lehrbuch des Völkerrechts*, Stuttgart (Kohlhammer) 1951. Che poi, come spiego anche più avanti, è almeno discutibile, assai discutibile, che siano gli stati (o anche i soggetti) a creare il diritto internazionale.

³⁰ Insomma, la *Vereinbarung* di Triepel, *infra* nt. 46, 51 ss. «Die Vereinbarung besteht wie der Vertrag aus den zusammenfassenden Willenserklärungen mehrerer Personen. Diese Erklärungen werden, gleichfalls wie beim Verträge, gegeneinander abgegeben. Aber, anders als beim Verträge *erklärt hier jede Partei einen Willen, der dem Willen der anderen vollkommen gleich ist...* Während der Vertrag der Erfüllung entgegengesetzter Interessen dienen soll, ist die *Vereinbarung* bestimmt, *gemeinsame oder gleiche Interessen zu befriedigen* » (corsivo mio).

³¹ Sul punto v. ampiamente i ben noti studi di ARANGIO-RUIZ G., e in particolare: *La persona internazionale dello Stato*, Milano (UTET, Wolters Kluwer) 2008, 29 ss.

³² Non a caso la stessa *Convenzione* di Montevideo (26.12.1933) afferma all'art. 1: «The State *as a person* ... should possess ... »: qualifica dunque i “requisiti” del soggetto (“person”) stato, quando possieda certe caratteristiche, di fatto: non esiste alcun organismo che conferisca la qualifica di stato o anche solo di soggetto ad un ente. Il requisito, perciò, è una situazione di fatto, che assume rilievo solo come relazione, rapporto giuridico.

³³ V. sul punto, in senso parzialmente difforme, BERNARDINI A., *Dall'Iraq e Jugoslavia all'Ucraina: violazione della sovranità statale e dell'autodeterminazione dei popoli*, in *Iraq, Libia, Siria, Somalia, Ucraina, ecc.*, in «*Blethering on peace*» o «*wiping subjects out*»? , *Atti del Convegno di Napoli 27-28.10.2015*, in corso di stampa in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, § 5 e § 12.

è definibile, per usare il famoso riferimento semiserio di Hart³⁴ perché ne è riconoscibile l'autore supremo ("il diritto inglese, visto dall'esterno, è ciò che la regina ordina", per usare il suo famoso riferimento) per il semplice duplice fatto che: *a.*- manca un ente o un soggetto che si sia imposto o sia capace di imporsi a tutti i soggetti come l'ente ordinatore della Comunità internazionale e, *b.*- gli stessi soggetti del diritto internazionale *non vogliono* creare un ente del genere, pur potendolo, in astratto, fare. In altre parole: i soggetti del diritto internazionale *non sono contrari al diritto internazionale*, ma alla costituzione di un ente che *crei autoritativamente* quel diritto e che lo gestisca³⁵.

Di tal che: *a.*- un ente ordinatore dell'intero sistema del diritto internazionale, allo stato degli atti non esiste; *b.*- esso ben potrebbe essere "creato" dai soggetti di diritto internazionale, ma *a condizione di conferirgli i poteri necessari in maniera irreversibile*³⁶, ma non è stato creato; *c.*- un ente di tal fatta potrebbe, in astratto, *autoimporsi* ai soggetti o, anche, un singolo soggetto (e ogni tanto ce ne è qualcuno che ci prova) potrebbe assumere potere e forza sufficienti per imporsi all'intera Comunità internazionale³⁷, e quindi, ma solo se, capace di far valere i propri comandi non solo efficacemente (che potrebbe bastare un autocrate) ma *validamente* e anche questo, mi pare, allo stato dei fatti non c'è, e meno che mai c'è un ente capace di farlo validamente: non basterebbe, infatti, che un simile ente fosse *capace concretamente o effettivamente* di fare valere la propria volontà (magari con la forza), ma occorrerebbe che esso potesse farla valere legittimamente e dunque predisponga meccanismi (ad esempio procedurali) di controllo della validità del comando, tali che l'accertamento della sua invalidità *ne escluda ogni effetto giuridico*, o anche, perché no, che sia esso stesso il giudice *legittimo* della loro validità, tornando così all'esempio di Hart.

Gli stati "nascono", sia pure solo formalmente e detto in termini strettamente descrittivi³⁸, dal fatto che le persone che li abitano e che si sentono legate al creando stato, decidono (come ovvio, fittiziamente³⁹) di affidare a determinati organi o persone, il *potere* di governare in senso lato. Per dire, insomma, che l'elemento distintivo di uno stato, come anche di un qualunque ente organizzato non stato, è il *potere* di organi o persone di definire le regole di comportamento dei cittadini (non a caso, formalmente sudditi) o degli abitanti in genere, di amministrarli e di risolvere le loro

³⁴ HART H.L.A., *The Concept of law, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Rice*, Oxford (Un. Press) 2012, edizione Kindle, pos. 286, e 1242 Cap. 2 *Law Commands and Orders*, 2. *Law as coercive orders*,

³⁵ È ovvio, solo per chiarire pur essendo lapalissiano, che i soggetti non vogliono un ente centralizzato perché ciò gli consente di disporre di un sistema giuridico estremamente "flessibile" e dalla incerta definizione delle norme e quell'ente dunque non c'è. Però, sta in fatto, che non c'è soggetto che sia uno (ISIS incluso, se lo si considera come credo inevitabile per quello che è: un soggetto, forse esecrabile, ma un soggetto di diritto internazionale; anzi, proprio perché è un soggetto di diritto internazionale, è esecrabile e dunque suscettibile di sanzione) non c'è soggetto, dico, che *neghi* che vi sia il diritto internazionale. Una cellula non "sa" chi vuole che faccia certe cose e nemmeno perché, ma "sa" farle perfettamente e "sa" di doverle fare o meglio ancora, le fa perché non può fare altrimenti.

³⁶ Come è invece accaduto negli ordinamenti *interni* degli stati, dove la *reversibilità* è data solo dalla rivoluzione, come spiego più avanti.

³⁷ Non solo perciò come soggetto, ma come soggetto ordinatore della intera Comunità internazionale. I due pareri consultivi della CIG sulla responsabilità per danni ai funzionari e sulle spese: ICJ, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, 10.4.1948 e *Certain expenses of the United Nations*, 20.7.1962.

³⁸ Sorvolo, insomma e me ne scuserà il lettore, sulla discussione sullo stato organo, sullo stato persona, sullo stato nazione, ecc., per limitarmi a descrivere ciò che nella realtà, magari *fittizia*, accade.

³⁹ Fittiziamente, ma fino ad un certo punto, visto che, mi sembra, la teoria della autodeterminazione dei popoli ha dimostrato che un popolo che non si senta legittimamente rappresentato dal governo (o meglio: regime), può *altrettanto legittimamente* ribellarsi ad esso, per rovesciarlo e sostituirlo con altro più consono regime. Ciò è molto importante perché, questo è il, o almeno uno dei passaggi che legano il diritto interno al diritto internazionale, posto che è quest'ultimo cui, *solo*, compete di "accertare" la legittimità della pretesa del popolo (che non essendo soggetto di diritto internazionale, non può azionarla) e di garantirne la realizzazione. Su ciò rinvio al mio GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, *passim*, ma specialmente GUARINO G., [Autodétermination des peuples et respect de la volonté populaire](#), in [Consulta Online, Studi, 2013](#) (21.06.2013). Tesi, del resto, *mutatis mutandis* come ovvio, già sostenuta, come noto, addirittura oltre che da Bartolo di Sassoferrato, da COLUCCIO SALUTATI, *De Tyranno*, 1400, su cui v. ERCOLE F., *Da Bartolo all'Althusio: Saggi sulla storia del pensiero pubblicistico del Rinascimento italiano*, Firenze (Vallecchi) 1932, 341 ss.

controversie, oltre a garantirne il rispetto delle regole se del caso con la forza⁴⁰. Che ciò accada perché il popolo si riunisca e decida chi e come lo governi e così via, o che ciò accada (come la gran parte, se non la totalità, delle volte accade) perché qualcuno (persona o gruppo) riesce ad imporre il proprio governo, magari (come accade almeno nelle “democrazie” più evolute) grazie ad una sorta di miscela di imposizione e di concorde compromesso⁴¹, sta in fatto che l’ente si manifesta come capace, attraverso i suoi organi, di *imporre* determinate regole, *ivi comprese quelle per definire chi i propri cittadini siano* così come, nei regimi democratici moderni, gli stessi cittadini sanno preventivamente chi e come può emettere comandi, sulla base di quale e quanto del loro consenso⁴².

È, dunque, proprio la libera volontà dei soggetti del diritto internazionale quella che impedisce la verticalizzazione istituzionale della Comunità internazionale, *ma non impedisce la natura normativa dei suoi comandi*, comunque formati, purché effettivi. Dove l’effettività, in un ordinamento così congegnato, non vuol dire che il comando venga concretamente eseguito, cioè sia efficace, ma solo che esso può e deve, all’occasione, essere eseguito, diventando così efficace, e quindi che sia stato, fin dall’inizio, *legittimo*⁴³. In questo senso, e solo in questo senso, si può parlare di *validità*⁴⁴, tenuto conto, però, che essa nell’ordinamento internazionale non può derivare da un atto o da una procedura formale, ma sempre e solo da un dato di fatto: il “riconoscimento” del comando come tale, e la non opposizione significativa ad esso, dove il lemma “riconoscimento” (a lungo studiato ed approfondito come è noto da Hart) va letto nel senso letterale di «rendersi conto dell’identità di qualcuno o di qualcosa» (che, dunque, già c’è) o di «considerare valido e operante, ammettere ufficialmente o apertamente» o anche di «fare atto di ammissione di qualcosa»⁴⁵, non, insomma, in senso costitutivo. Ciò perché la gran parte delle norme del diritto internazionale è di formazione “consuetudinaria” (in senso lato, molto lato), non scritta, ma non derivante da un accordo sia pure tacito così come nemmeno da una generica *Vereinbarung* à la Triepel⁴⁶, posto che spesso quelle norme in realtà non derivano affatto, come accennato, da comportamenti, e nemmeno da esplicite affermazioni di volontà dei soggetti, ma, per lo più, semplicemente dalla mancata negazione della loro esistenza e, conseguente, obbligatorietà⁴⁷.

⁴⁰ È, per fare un esempio, di questi giorni (fine Maggio, inizio Giugno 2015) il caso clamoroso di una associazione privata (la FIFA), che, sommersa di scandali che ne colpiscono gli organi dirigenti, conferma la propria esistenza e quegli stessi dirigenti, con un meccanismo, magari sgradito e sgradevole, ma perfettamente legittimo: il voto dei suoi membri. I membri della FIFA, ne sono i padroni. Ma i soggetti di diritto internazionale *non* sono i padroni del diritto internazionale, se non altro perché hanno scientemente rinunciato a fondare una ... FIFA!

⁴¹ Sul punto basterebbe un richiamo a quanto ebbi a scrivere con riferimento alla *sentenza* CC 1/14 e alla legge elettorale italiana, v. *supra*, nt. 1.

⁴² È ciò che mi ha indotto a criticare *ab imis* nonché la sentenza della Corte costituzionale 1/14, la legge elettorale adottata in Italia nel 2015, L. 52/2015, che appare una sorta di grande passo avanti nella individuazione di un Norman Muller risolutore definitivo à la ASIMOV I., *Diritto di voto*, 1955, in ID., *Tutti i Racconti*, I, Milano (Mondadori) 1991, 69, che non a caso alla fine afferma: «Mi domando ... ni domando chi è stato eletto». Sulla legge di cui sopra, v. di recente e criticamente CANALE G., *Italicum: sognando la California, si va verso Itaca. Una prima lettura critica della Legge n. 52 del 2015*, in *Consulta Online, Studi*, 2015/II (27.05.15), 437 ss. e SCHMIT H., *Eppur è incostituzionale, ibidem* (27.05.15), 449 ss.

⁴³ In altre parole: un comando, una norma, può esistere, essere effettiva, ma non essere mai stata eseguita o utilizzata, dato che il solo fatto che non sia usata non vuol dire che non esista e che esista come norma.

⁴⁴ Con tutte le precauzioni del caso, sottolineate come noto da Hart e su cui v. anche più di recente VAN DE KERCHOVE M., OST F., *Legal System between order and disorder*, Oxford (Clarendon) 1994, 2.

⁴⁵ V. Vocabolario della lingua italiana TRECCANI, <http://www.treccani.it/vocabolario/riconoscere> (*Sinonimi-e-Contrari*).

⁴⁶ TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig (von C.L. Hirschfeld) 1899, Aalen (Scientia) 1958.

⁴⁷ V. infatti, in senso critico, VERDROSS A., *Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle: Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts*, in *Festschrift Hans Kelsen zum 50° Geburtstage gewidmet*, Wien (Springer) 1931, 356 ss.

2.1. L'Italia e il sistema giuridico internazionale.

Tornando ora all'inizio di questo paragrafo, posto che l'Italia è un soggetto di questo sommariamente descritto sistema giuridico, essa non può in nessun caso sottrarsi alle norme effettivamente vigenti, se non altro perché, magari involontariamente, ha *per definizione* contribuito e contribuisce continuamente a costruirle⁴⁸: contribuisce continuamente e incessantemente⁴⁹, dato che un ordinamento fondato su norme non scritte è in continua permanente evoluzione ed essendo privo di autorità centralizzate capaci di creare le norme, la stessa ricerca del loro punto di origine (la norma base, insomma o un suo equivalente) potrebbe essere vana⁵⁰, in quello che appare un sistema "circolare", per dirla con Luhmann⁵¹, costruito autopoieticamente, per dirla con D'Amato⁵².

Ma questo è un discorso su cui non intendo ora addentrarmi.

Preme solo sottolineare che l'Italia, soggetto di diritto internazionale, contribuisce, con il suo comportamento, cioè con la sua prassi fatta di atti e di affermazioni, alla formazione e alla modifica di norme, che, a loro volta, determinano i comportamenti dell'Italia stessa, secondo lo schema di funzionamento classico di un sistema⁵³, di nuovo dicendolo per ora in modo superficiale e schematico. Ogni parte del sistema, insomma, è determinata dal e determina il sistema stesso, per cui è semplicemente impensabile che una parte, per minima che sia, di esso si estranei o "esca" dal sistema, che per definizione è (e non potrebbe non essere) unico e necessario⁵⁴.

Almeno per quanto attiene agli ordinamenti giuridici e a quello internazionale in particolare, ciò è incontrovertibile.

Forse si potrebbe aggiungere, con qualche possibile eccesso, che nel diritto internazionale il concetto stesso di *obbligo* sfuma nel concetto di *necessità*⁵⁵, non diversamente (sempre per portare il

⁴⁸ L'unico modo per escludere l'obbligo di rispettare la norma potrebbe essere, come accennato più sopra, quello di opporvisi, *fin tanto che essa non sia entrata* in vigore. Diversamente, il diritto internazionale sarebbe una sorta di scatola di gioco, da usare fin tanto che se ne abbia voglia per rimetterla nell'armadio quando non si voglia più servirsene. Il "punto di partenza" dell'ordinamento internazionale, non essendo riposto in una autorità capace di imporsi, *di fatto* anche solo di fatto, ai soggetti tutti, né potendosi concepire in una *norma base* non a caso definita come ipotetica dallo stesso Kelsen (che lucidamente, ne vede la inevitabilità logica), può solo essere trovato nella comunità stessa che produce quel sistema, che è una collettività variabile nei soggetti, e unita da un solo punto di accordo: il rifiuto della centralizzazione del *potere* di comando.

⁴⁹ È evidente, ne sono certo, il riferimento agli studi sugli *open systems* di VON BERTALANFFY L., ad esempio in *Perspectives on general system theory: scientific and philosophical studies*, New York (Braziller) 1975, 43 ss. e *passim* e v. la lucida sintesi nella prefazione di LASZLO E., *ibidem*, 11: «... the phenomena of immediate interest to us – living species, societies ... – are not fruitfully viewed as mechanistic macro-objects obeying the eternal and deterministic laws of motion like billiard balls pushed hither and thither ... We need an alternative and improved way of looking at these curious phenomena, which, instead of disaggregating into random disorder, build up into higher, more intricate patterns of order. We need concepts of nonequilibrium...rather than an external teleology of final cause...and must seek the detailed structures and functions through which these "islands of negentropy in the sea of entropy" (Wiener) arise and maintain themselves» (il riferimento è a WIENER N., *Cybernetics*, Eastford (Martino Fine Books) 1961).

⁵⁰ Di nuovo senza entrare nel vivo di una discussione che qui non trova posto, basti fare riferimento a VAN DE KERCHOVE, OST F., *Legal cit.*, 20.

⁵¹ LUHMANN N., *Rechtssoziologie*, Wiesbaden (VS Verlag) 2008.

⁵² D'AMATO A., *Groundwork for International Law*, in *AJIL*, 2014, 650 ss., dove sviluppa magistralmente quanto già affermato in una famosa lezione al *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* del 15.11.2003, in <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/auto/PLANCK-1.pdf> poi anche nel 2007 in <http://anthonydamato.law.northwestern.edu/Adobefiles/International%20Law%20Autopoietic-2007scan.pdf> Per azzardare in uno slogan quello che intendo, si potrebbe dire che *manca la gerarchia, ma non l'obbligo*, come in qualche modo ricavabile anche nella prefazione di LASZLO, cit. *supra* alla nt. 49.

⁵³ È per questo, che azzardavo sopra che forse di gerarchia non si possa più parlare.

⁵⁴ Ovviamente non entro nel merito della distinzione tra sistemi aperti o chiusi, salvo per ricordare che secondo lo schema descritto nel testo, mentre i sistemi giuridici dei soggetti di diritto internazionale sono *necessariamente* sistemi aperti, quello internazionale potrebbe essere descritto come un sistema, anch'esso necessariamente, chiuso ... ma non *definitivo*, à la Bertalanffy, entropico. Per tutti VON BERTALANFFY L., *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano (Mondadori) 1983, sulla base dell'edizione inglese del 1969.

⁵⁵ Che avrebbe forse il pregio di superare il concetto di gerarchia. Su ciò, peraltro, rinvio a qualche riflessione ulteriore.

discorso all'estremo) da una cellula di un corpo, o una molecola della cellula, che agiscono per necessità in un modo predeterminato e prevedibile, ma non per *imposizione* o *scelta*.

Il "rispetto", dunque, di una norma è una necessità e non un obbligo imposto; salva la ovvia variante rispetto ad un sistema naturale come una cellula, per la quale le "scelte" del sistema giuridico sono effetto di scelte razionali (benché magari non ragionevoli e qui il riferimento, critico, è a Rawls⁵⁶) e non "naturali".

Tutto ciò, e dunque mi fermo qui, solo per dire che l'Italia e le sue giurisdizioni, supreme e non, in quanto parte, *necessariamente*, dell'ordinamento internazionale, da un lato non può non applicare le norme (legittime) di diritto internazionale, dall'altro, contribuisce attivamente alla loro definizione⁵⁷ e quindi ad ancora maggior ragione non può sottrarsi.

In termini generali, si può, dunque, correttamente parlare⁵⁸ di un «valuable dialogue»⁵⁹ tra Corti, che infatti sono pari in tutti i sensi: sia internazionale che interno⁶⁰. Nel quadro - e qui veniamo al tema che ha dato origine a queste pagine - e alla luce di quelle norme internazionali, che, nel richiedere ai soggetti di conformarsi *al minimo*⁶¹ dei diritti dell'uomo definiti nel diritto internazionale generale e in quello convenzionale (quindi non solo europeo)⁶², offrono (anzi, chiedono) di garantire e riconoscere la maggior possibile quota di detti diritti, per di più attraverso l'affermazione (come nell'art. 53 CEDU) per cui uno stato può bene attribuire maggiori diritti (e quindi garanzie) di quelli indicati analiticamente nelle norme di diritto internazionale, ma in nessun caso *minori*. Tenuto altresì conto che, detta norma, certamente nel caso della CEDU, va letta integrata

⁵⁶ Che introduce nel sistema il concetto di giustizia in RAWLS J., *Justice as fairness: a restatement*, Cambridge (Belknap Press, Harvard) 2001, ma v. anche *ID.*, *The Law of Peoples*, Cambridge (Harvard) 1999. Da un altro punto di vista, si parla di diritto come l'«Anspruch auf Richtigkeit» in ALEXYS R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg (Alber) 2011, la cui definizione del concetto di diritto ruota largamente su quello di *validità*, 201: «Das Recht ist ein Normensystem, das (1) einen Anspruch auf Richtigkeit erhebt, (2) aus der Gesamtheit der Normen besteht, die zu einer in großen und ganzen sozial wirksamen Verfassung gehören und nicht extrem ungerecht sind, sowie aus der Gesamtheit der Normen die gemäß dieser Verfassung gesetzt sind, ein Minimum an sozialer Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance aufweisen und nicht extrem ungerecht sind, und zu dem (3) die Prinzipien und die sonstigen normativen Argumente gehören, auf die sich die Prozedur der Rechtsanwendung stützt und oder stützen muß, um den Anspruch auf Richtigkeit zu erfüllen».

⁵⁷ Per dirla in termini scherzosi: un gamete non può non fecondare un uovo (sempre che arrivi in tempo), che lo voglia o no, a meno di uscire dall'utero!

⁵⁸ Come fa in un bel recente commento RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista della Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015, 2/2015, 29.5.2015 in Rivista AIC, in http://www.rivistaaic.it/download/-FntSGtiuP5Ce8M_bly43_RCfRN4fNKWsAuGkwEumvc/2-2015-randazzo.pdf, della quale piace citare una frase seccamente icastica (*ibidem* 14): «Il dialogo tra giudici esige pertanto che le Corti nazionali non si pongano in posizione subordinata rispetto alla Corte europea *ma paritaria*, confutando, se del caso, gli argomenti del Giudice di Strasburgo con altri argomenti» (corsivo mio). Appunto!

⁵⁹ Giustamente sottolineato anche da VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1405290740VIGANO%202014e.pdf>.

⁶⁰ Cfr. *Corte Suprema United Kingdom, R v Horncastle and others (Appellants)*, on appeal from the *Court of Appeal Criminal Division*, [2009] UKSC 14: «The requirement to "take into account" [il riferimento è alla legge inglese di adattamento alla CEDU e alla sua Corte] the Strasbourg jurisprudence will normally result in *this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court*. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances, it is open to this court to *decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course*. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may *prove to be a valuable dialogue* between this court and the Strasbourg Court» (corsivo mio). Tenuto conto, che la "opportunità" offerta alla Corte di Strasburgo, potrebbe, ad esempio in "risposta", essere data alla Corte inglese: appunto, dialogo. Esattamente, duole dirlo, l'opposto di quanto pretende la *nostra* Corte, che al dialogo preferisce il *predominio assiologico*, qualunque cosa ciò voglia significare. Anche se poi la *nostra* Corte "lamenta" la mancata entrata in vigore del Protocollo n. 16 della CEDU.

⁶¹ Come è perfettamente ovvio, trattandosi di norme, magari nemmeno convenzionali, che debbono tenere conto di *tutti* gli ordinamenti giuridici possibili e che *da tutti gli ordinamenti giuridici individuali* sono costruite.

⁶² V. sul punto GUARINO G., *I diritti dell'uomo come sistema: un'ipotesi di lavoro*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2007, 7 ss.

con quella dell'art. 17 sull'abuso di diritto, il cui combinato disposto, perciò, afferma che ogni maggior diritto e garanzia è sempre ammissibile (*e quindi, occorre dire, implicitamente, logicamente, strumentalmente prevalente*, ma non predominante!) purché non abbia per effetto di ridurre di fatto addirittura i diritti minimi garantiti dalla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo.

Ma appunto e fermamente, come già affermato in passato e come mi accingo a ripetere ora (e non è senza rilevanza che sia una Corte inglese ad affermarlo): *valuable dialogue!* Dove il lemma importante è *dialogo* (l'esatto opposto della «predominanza assiologica») che sta a significare confronto, *e dunque alla pari*, strettamente alla pari.

Vale a dire, la applicazione di quel sacrosanto principio nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, che chiarisce, come appena accennato, che così come il diritto internazionale *può* influenzare e perfino determinare il contenuto del diritto interno, viceversa, e in modo altrettanto letteralmente pregnante, una giurisdizione interna può contribuire (non c'è solo l'Italia al mondo! perciò dico “può”) anzi, *deve poter contribuire* (in realtà lo fa che lo voglia o no, come il gamete di cui sopra) a riempire di contenuti il diritto internazionale. Un ordinamento, meglio un sistema, che ripeto è il frutto permanente, continuo, ininterrotto, incontrollabile dell'*interagire* di sistemi giuridici interni degli stati, di sistemi giuridici interni dei soggetti non stati, di sistemi giuridici interni degli enti non soggetti di diritto internazionale (perfino quelli!) *con* il diritto internazionale, generale e, perfino, convenzionale⁶³.

La *nostra Corte*, invece, e mi accingo a dedicare pochissime righe a dimostrare come avrebbe ben potuto e dovuto assumere un atteggiamento collaborativo e ... dialogante, pretende seccamente di essere giudice ultimo e insindacabile di (per così dire) se stessa e del diritto che afferma di garantire e dello stesso diritto internazionale, che rifiuta di applicare, giudicandolo inadatto o inconfidente!

3. Spunti per un dialogo, mancato, tra le Corti.

Come ho accennato in precedenza, non dedicherò in queste note una attenzione analitica alla sentenza della *Corte*, commentata e analizzata da altri ben più competenti di me, ma solo ad alcuni degli spunti che, nell'ottica indicata prima, nell'ottica del “dialogo tra Corti”, potrebbero o avrebbero potuto, ma specialmente è sperabile che possano in futuro porre le questioni in termini dialogicamente costruttivi.

La *Corte*, ciò è innegabile e non ha certo bisogno di un difensore, si è trovata dinanzi ad un difficile passaggio, nascente da una contraddizione forte tra taluni presunti principi generali in materia di diritti dell'uomo da confermare (in particolare il fondamentale *nullum crimen*) ed alcune esigenze di “politica legislativa” alle quali non ci si poteva sottrarre. Certo, la *Corte* non lo dice esplicitamente (e, per vero, anche la CtEDU pudicamente evita di sottolineare) se i processi in Italia andassero a (buono o cattivo) fine, sarebbe mille volte meglio per la chiarezza delle soluzioni. Alle quali, la legge invocata dai giudici rimettenti (il DPR 380/01, cd. Testo Unico sull'Edilizia) cerca di mettere un riparo per garantire il superiore interesse pubblico (innegabile) ad un uso acconcio del territorio, in un paese non certamente aduso ad un rispetto maniacale di esso e delle leggi (di rara e forse non casuale complicazione) che si propongono di proteggerlo.

Voglio dire, fermandomi subito qui, che quella norma (l'art. 44 della predetta legge) ha tutto l'aspetto di una sorta di “tappo” messo lì per cercare di fermare il progressivo “svuotamento” di ogni regola di uso acconcio del territorio (e ciò, va detto anche questo, in entrambe le direzioni: il legittimo

⁶³ Come, del resto, afferma una disposizione spesso maltrattata e pessimamente interpretata dalla stessa CGUE, l'art. 6.3 TUE, che afferma – in una maniera sorprendentemente lucida in un trattato così concreto e ... “bottegaio” – appunto, la interazione e il necessario coordinamento e dunque integrazione, tra lo stesso diritto UE, il diritto internazionale dei diritti dell'uomo espresso in particolare dalla CEDU, e la quintessenza dei sistemi giuridici degli stati membri della UE. È l'esatto opposto della affermazione (purtroppo anche della CGUE) della prevalenza assiomatica e inoppugnabile del proprio ordinamento su tutti gli altri. La contorta “soluzione” del caso Kadi, del resto ne è ulteriore prova lampante, benché triste.

dovere e interesse dello stato a garantire un uso accettabile del territorio e delle leggi che lo governano, il legittimo interesse del cittadino ad usare ragionevolmente della propria proprietà, su cui, poi, insisterà, eccessivamente, la CtEDU) a fronte di un sistema processuale ormai sempre più governato dalla prescrizione, piuttosto che dalla soluzione dei problemi. Il tentativo, francamente rozzo, di “salvare il salvabile” ha prodotto una norma, che, come già detto non può non generare perplessità in chi non sia aduso alle “astuzie” (spesso mascherate da raffinatezze) del nostro sistema giuridico, specialmente penale.

Per farlo, si è creata la strana figura del reato che si prescrive e quindi il fatto che lo impersona non è più tale, ma lascia alcuni, per dir così, residui, che nel caso sono le conseguenze ... penalmente amministrative. La CtEDU ha, a sua volta, rinunciato del tutto a cercare di capire e di aprire, appunto, quel dialogo di cui si accennava, limitandosi a decidere schematicamente: non c'è reato e quindi non c'è pena sia pure amministrativa.

Ma preliminarmente, una osservazione di metodo si impone, questione che, questa volta, è la *nostra Corte* che rifiuta di analizzare.

3.1. *La valenza generale della giurisprudenza internazionale, che costruisce il diritto internazionale.*

Va, infatti, rilevato come la giurisprudenza internazionale, per la sua stessa natura di strumento creatore di diritto - in un ordine che non ha organi legislativi deputati a definire il diritto e in cui dunque la sua è una funzione creativa vera e propria specie nella misura in cui “interpreta” diritto non scritto - non può mai essere vista come la “semplice” portatrice della soluzione del caso specifico e solo di esso, ma come fondamentale e decisivo strumento di costruzione del diritto internazionale stesso. E dunque mal si comprende come e perché anche qui la *nostra Corte* ne affermi una valenza assolutamente particolare di semplice soluzione del caso concreto e solo di quello, rifiutando così di consentire (in questa visione sempre più centralistica e “provvidenziale” della propria funzione) anche che un giudice ordinario possa servirsi di una sentenza della CtEDU, per utilizzarne il senso giuridico (e non, ovviamente, la soluzione specifica, ma questo è l'abc!) al fine della soluzione di un caso diverso: insomma di utilizzare la giurisprudenza in funzione analogica. Cosa, non a caso, prevista invece dalla stessa CGUE e dalla *nostra Corte*, per la giurisprudenza della Unione europea, dove è appunto ormai pacificamente ammesso⁶⁴ che il giudice interno può bene avvalersi della giurisprudenza preesistente della CGUE, in questo senso sì, consolidata⁶⁵.

E invece la *Corte* afferma con tanta nettezza quanta poca chiarezza, il principio per il quale la Costituzione, così come è, è il paradigma di tutto, quando afferma, oltre al già ricordato predominio assiologico, l'obbligo per i giudici di attenersi «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme».

⁶⁴ V., per tutti, VILLANI U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari (Cacucci) 2010, 364 ss., e CGUE 28,29,30/62, 27.3.1963 e 283/81, ecc. Ma anche la *nostra Corte* costituzionale, *sentenza*, 117/85, ecc.

⁶⁵ V. CC. *Sentenze* 85/13 e 264/12, ecc. Ma, per dirla, scherzosamente o forse provocatoriamente, con LASZLO E., *Il pericolo e l'opportunità: il nostro mondo di fronte al futuro*, Milano (Sperling & Kupfer) 1990(1992), 160: «Poiché in un ambiente dinamico i due termini [l'energia libera del sistema e l'energia libera proveniente dall'esterno, mi sembra chiaro il senso del richiamo alla questione che ci occupa] raramente si controbilanciano per un periodo di tempo esteso, nel mondo reale i due sistemi sono, nella migliore delle ipotesi, “metastabili”: essi tendono a fluttuare attorno agli stati che definiscono i loro stati stazionari, anziché stabilizzarsi in essi senza ulteriori variazioni». In altre parole, in un sistema complesso quale quello risultante dalla contemporanea presenza di ordinamenti interni (dei soggetti, tutti) e di un (necessariamente unico) ordinamento internazionale, nessun ordinamento giuridico, e dunque le sue norme, è indipendente dal o indifferente all'altro. Non è certamente, questa, una novità clamorosa; ciò che stupisce è che la *nostra Corte* (ma per certi versi anche quella EDU) sembri chiudersi nel suo ambiente giuridico, rifiutando il confronto costruttivo. E anche qui sia chiaro, non nego che parte della dottrina italiana abbia trovato il modo (giustamente, puntualmente e brillantemente, v. *infra* nt. 76) di intravedere un senso evolutivo anche in queste sentenze, ciò che rende il tutto assai più difficile è l'affermazione del “predominio assiologico”, che, a dir poco, agisce da potente freno all'integrazione o dialogo o interazione dei sistemi.

Ma, accettato pure questo discutibile ragionamento, il punto diventa proprio questo: cosa “dice”, veramente, la nostra Costituzione?

Perché se è il risultato reale e realistico di ciò che deriva testualmente dagli articoli 10.1 e 117.1 (ma anche 2, 7, 9, 11, 26, 60, 78, 80, 87 ecc.) allora ne è appunto il *risultato* non il testo immutabile. Non è certo una novità quella per cui la stessa Costituzione si adatta e cambia con il cambiare del mondo in cui essa stessa si iscrive. Solo così è possibile soddisfare quelle prescrizioni, che richiedono l'adeguamento della nostra Carta a quel sistema mobilissimo che è quello internazionale. Ma del resto, cosa ci sarebbe di strano. Non è la *nostra* stessa *Corte*, quella che parla di “costituzione vivente”, che elabora la sentenza di incostituzionalità nella parte in cui la legge non prevede, che conosce le sentenze additive, ecc.? non è, infine, la *nostra* stessa *Corte* quella che ha “inventato” la sopranazionalità *ex art. 11 Cost. del diritto UE*, e che successivamente ha cercato di evitare di essere sommersa dai ricorsi “inventando” la coesistenza degli ordinamenti nazionale e comunitario, per giungere fino ad ammettere ciò che sembrava inammissibile: il ricorso pregiudiziale alla CGUE?

Insomma, una linea evolutiva dal 1948 a oggi non solo è perfettamente visibile, ma è anche perfettamente voluta: se si “evolve” rispetto al diritto interno e alle modifiche della società che regola, perché non dovrebbe farlo anche nei confronti della Comunità internazionale, cui l'Italia, insieme alla sua *Corte* concorre a dare norme?

Certo, alla luce di quanto detto al precedente § 2. In altre parole, sto esprimendo una cauta critica alla teoria della “norma interposta”, che presuppone appunto che un “altro” ordinamento giuridico, *diverso e separato per nostra scelta costituzionale viene sussunto come norma prevalente* sulla nostra stessa Costituzione. Un “ordinamento diverso”, appunto e prevalente (dia pure in certi casi sì e in altri no).

Ciò che cerco di suggerire, con ogni cautela, è esattamente il contrario e cioè che un *ordinamento diverso non c'è*. Il sistema giuridico è uno e uno solo, integrato e interconnesso. Ed è solo, a mio parere, usando questa logica ed immergendovisi che si può trovare il bandolo della matassa, senza cercare chi “comanda” su chi o che cosa, ma come razionalmente (e strumentalmente) le norme si ordinino tra di loro.

La *Corte* invece, nella sua smania di predominio, rinuncia ad esercitare quella che è una sua funzione fondamentale: di essere parte *attiva e determinante* proprio di quel diritto internazionale che tanto poco accetta e rispetta. È questo, francamente, ciò che maggiormente sorprende, che si iscrive (forse) in quel progressivo provincialismo che sempre più caratterizza questo paese, provincialismo il cui unico risultato non può non essere che la progressiva, del resto già in atto, emarginazione del nostro paese nel suo complesso dalla Comunità internazionale e in particolare da quella che conta. Perché, alla fine, è ciò a cui rinuncia la *Corte*: la possibilità di contare, di esserci, di essere citata come fonte di interpretazione e di norme.

3.2. *La certezza del diritto*

Un altro punto va sottolineato per identificare quelli che appaiono i limiti della sentenza in discussione, dato che un principio assolutamente fondamentale, e che non credo possa nemmeno lontanamente essere messo in dubbio dalla *nostra* stessa *Corte*: quello della *certezza del diritto*, rischia di trovarsi di fatto fortemente leso dalla sentenza. Beninteso: principio universale, valido cioè sia nell'ordine internazionale che in quello interno.

Leggere, infatti, questo principio, che è norma di basilare civiltà giuridica, ripeto civiltà, come limitato alla sola giurisprudenza interna della corte competente, è un modo per negare, nonché ogni logica ermeneutica, l'evidenza dei fatti di più giurisdizioni diverse che possono avere competenze concorrenti sul medesimo caso o categoria di casi e che *globalmente* devono farsi carico del principio medesimo. Immaginare che un operatore o un utente del diritto, possa, invece, trovarsi sballottato tra diverse interpretazioni di diverse giurisdizioni ognuna autoreferenziale al massimo, rappresenta, chiunque una cosa del genere faccia, la negazione del proprio compito primario che dovrebbe essere

“fare giustizia”, nel senso migliore del termine: applicare una norma certa ed univoca: *suum unicuique tribuere*⁶⁶. E innanzitutto, quindi, cercare di identificarla evitando i rimpalli tra giudici.

Che poi la *univocità* sia a sua volta il frutto di una, più o meno complessa, interpretazione delle norme, è ovvio, purché vi sia una ragionevole *prefigurabilità* del risultato⁶⁷. Certezza del diritto non è certezza del risultato, come ovvio, ma certezza del metodo e del modo per giungere al risultato.

Invero, la questione vera all’esame delle due corti, non è solo la questione pratica se si possa o meno sequestrare un bene in assenza di una condanna penale, ma, appunto, quello della certezza del diritto, che invece da entrambe le sentenze esce a dir poco oscurata. Appare chiaro, in altre parole, come la contrapposizione insanabile tra le due Corti, metta l’individuo di fronte a due soluzioni opposte, rispetto alle quali rischia di essere costretto ad un andirivieni tra giudici per trovare una soluzione definitiva e prevedibile del suo caso, con il rischio altissimo di non trovarla affatto, visto che ciascun giudice ritiene di essere “il” giudice.

Perché, alla fine dei vari giudizi, ciò che certamente resta del tutto oscuro è se un cittadino assolto dal reato possa o meno considerarsi al sicuro da diverse ed ulteriori turbative dei suoi diritti.

3.3. *Gli effetti perversi dell’istituto della prescrizione dal punto di vista dei diritti dell’uomo.*

Ma anche nel merito delle sentenze, qualche parola rapidamente va spesa.

Senza entrare nell’analisi della (ammettiamolo, abbastanza strana) legislazione italiana che concepisce che qualcuno venga assolto, ma che, avendone accertata la non punibilità per estinzione del reato consideri invece accertata la illegittimità del comportamento ... non accertato (a stretto rigore nemmeno come avvenuto!) con la conseguente sanzione amministrativa non appare esattamente di una limpidezza cristallina. Ma, ciò detto, la situazione di fatto che ne risulta, determina, a mio parere, dal punto di vista dei diritti dell’uomo, un problema non trascurabile di mancata garanzia del diritto alla difesa.

Se, in altre parole, è abbastanza comprensibile che un giudice non aduso a certi bizantinismi del nostro sistema giuridico, abbia difficoltà ad accettare che, posto che un tizio sia assolto o prosciolto, le conseguenze penal-amministrative del reato ... non commesso⁶⁸ permangano⁶⁹ a seguito di una

⁶⁶ *Digesta Iustiniani Augusti*, 1.1.10, *Ulpianus libro secundo regularum*, « ...1. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».

⁶⁷ Ed infatti è difficile negare che sul punto la CtEDU cerca di esprimersi molto nettamente, quando afferma al punto 33 della sentenza: « When speaking of “law” (“droit”) Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability ... In any system of law, including criminal law, however clearly drafted a legal provision may be, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for clarification of dubious points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in the Convention States, the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen... ».

⁶⁸ La dottrina, mi sembra, ammette che il reato sia non commesso, anche se talune conseguenze di esso permangono, come la possibilità di usare la precedente imputazione come elemento per la dichiarazione di delinquente abituale. V. sul punto, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, a cura di CONTI L., Milano (Giuffrè) 2003, 771 ss., GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano (Giuffrè) 2013, 641 ss., MESSINA S.D., SPINNATO G., *Manuale breve di diritto penale*, Milano (Giuffrè) 2015, 350 ss. ma anche, solo per fare qualche esempio, il dubbio sul mancato effetto della prescrizione sulla deducibilità di somme dalle dichiarazioni fiscali in CONTE D., *Processo penale e processo tributario, ovvero il caso delle parallele che si incontrano: riflessioni a margine dell’ineducibilità dei costi da reato*, in *Riv. dir. trib.*, fasc.12, 2012, pag. 1171, e altre fattispecie CORSO P., *La prescrizione del reato impedisce la confisca per equivalente, commento a Cass.*, 29 aprile 2013, n. 18799, in *Corr. trib.*, 2013, cit in PARLATO M.C., *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte ex art. 11, comma 1, d.lgs. n. 74/2000: considerazioni critiche*, in *Riv. dir. trib.*, fasc. 7-8, 2013, 154, reperibile anche tramite <http://www.iusexplorer.it/Dottrina/Dottrina?idDocMaster=4049668&idDataBanks=13&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&pagina=0&NavId=1204762245&pid=19&IsCorr=False> e, con riferimenti alla sentenza Gasparini della CtEDU v. di recente PIATTOLI B., *Ne bis in idem europeo*, in *Cass. pen.*, fasc.6, 2007, pag. 2642B e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁹ L’art. 157 del codice penale, giova rammentarlo, afferma testualmente: «La prescrizione estingue il reato ... ». Se

normativa a dir poco complessa quale quella italiana in discussione⁷⁰ è lecito domandarsi entro quali limiti altri diritti dell'uomo possano essere violati. Certo, la CtEDU si attarda, a mio parere poco opportunamente⁷¹, a valutare se e in che misura la situazione risultante dalla condanna amministrativa senza condanna penale, incida sul sacrosanto diritto di proprietà del Protocollo 1, ma così trascura il tema più rilevante di cui appresso.

Che è quello, fondamentale direi, della accennata mancata salvaguardia del diritto alla difesa piena da parte di chi si trovi assoggettato ad un processo penale, diritto: mi pare, non estraneo al diritto internazionale dei diritti dell'uomo oltre che alla nostra Costituzione. E spiego brevemente il perché di questa affermazione.

È infatti evidente che, nel nostro sistema penale, l'imputato (come del resto l'accusatore) a fronte della possibilità, anzi della certezza, della dichiarazione di avvenuta prescrizione⁷², avendo fatto magari il possibile per guadagnare tempo allo scopo di farla scattare (e di impedire di guadagnarne per non farla scattare!)⁷³, di questo solo e principalmente si occupi e si interessi, non della prova della sua innocenza o della insussistenza del reato.

Se, però, alla fine del processo, essendo l'imputato riuscito nell'intento di non farsi condannare⁷⁴, di essere prosciolto, le conseguenze della ... non condanna si verifichino egualmente, l'aver guadagnato tempo si ritorce addirittura contro l'imputato stesso⁷⁵, che, a conti fatti, avrebbe avuto interesse a cercare di dimostrare l'insussistenza penale del fatto, per evitare la conseguenza economica del reato. L'ansia della prescrizione, è ovvio che potrebbe indurre a trascurare la difesa nel merito, che potrebbe portare sì ad una assoluzione, ma comporta sempre il rischio di una condanna, altrimenti evitabile. È lecito dunque domandarsi, se, con tale soluzione, non si finisca per

pure si possa ammettere, ma francamente con grande difficoltà, che l'estinzione del reato non impedisce la recidiva, faccio molta fatica a comprendere (con la CtEDU) come si possa dire che, posto che il fatto criminoso non esiste come crimine, ne derivino egualmente conseguenze sanzionatorie. Sul punto v. anche *infra* nel testo.

⁷⁰ Anche la dottrina italiana, del resto, sul punto circa la possibilità che all'assoluzione faccia seguito la confisca del bene è molto divisa. V., per tutti, MANGERI A.M., *Confisca (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali VIII*, Milano (Giuffrè) 2015, 203 ss.

⁷¹ Mentre dunque concordo pienamente con CIVELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Archivio Penale*, 2015, 1, in http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2015/04/web.04.Osservatorio.Corte_.cost_.Confisca.DelloRusso.pdf, 11 s., circa la poca accettabilità della tesi della Corte come dico nel testo, mi permetto di dissentire sul fatto che la CtEDU attribuisca troppo valore alla norma sulla difesa della proprietà del Protocollo 1. In effetti, a me sembra, la CtEDU ha solo voluto sottolineare come la sanzione senza reato, sarebbe particolarmente grave dato che inciderebbe anche su quella norma.

⁷² Che può avvenire, se ben comprendo, anche quando il giudice accerti l'improbabilità di giungere ad una sentenza a tempo debito, come ad es. Cass. Pen, sez. III n. 41373, 17.7.2014« E tale ricostruzione non è smentita neppure dal testo dell'[art. 425 c.p.p.](#), nuovo comma 3 secondo cui il giudice "pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio" posto che una tale disposizione conferma, anzi, che il parametro di giudizio non è l'innocenza ma l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio: l'insufficienza e la contraddittorietà degli elementi devono quindi avere caratteristiche tali da non poter essere ragionevolmente considerate superabili nel ... In conclusione, a meno che ci si trovi in presenza di elementi palesemente insufficienti per sostenere l'accusa in giudizio, per l'esistenza di prove positive di innocenza o per la manifesta inconsistenza di quelle di colpevolezza, la sentenza di non luogo a procedere non è consentita quando l'insufficienza o la contraddittorietà degli elementi acquisiti siano superabili in dibattimento, potendosi affermare, in aderenza anche a quanto affermato in dottrina, che "sfuggono all'epilogo risolutivo i casi nei quali, pur rilevando incertezze, la parziale consistenza del panorama d'accusa è suscettibile di essere migliorata al dibattimento"» V. anche la ben nota Cass. Pen. Sez. IV n. 14150, 3.3.2015 (caso Eternit).

⁷³ A meno di una certezza di assoluzione, posto che si ammette che in casi di evidente innocenza dell'imputato il giudice possa egualmente assolvere, anche se richiesto di constatare l'avvenuta prescrizione. V. in generale e sul punto PISA P., *Prescrizione (dir. Pen)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano (Giuffrè) 1986, vol. XXXV.

⁷⁴ Con una ulteriore, me lo si consenta, conseguenza devastante in termini di certezza del diritto e certezza della responsabilità. Il fatto per il quale, infatti, l'accertamento della avvenuta prescrizione, richieda la dichiarazione da parte del giudice di avere accertato il fatto criminoso, determina una conseguenza per certi versi ancora più devastante in termini di diritti dell'uomo: la figura dell'assolto colpevole, per così dire.

⁷⁵ E, per dirla scherzosamente, in un ingiusto "guadagno" di chi lo ha accusato e non è riuscito ad arrivare alla sentenza di condanna! In altre parole: che interesse reale ha l'accusatore a fare condannare l'imputato se comunque ottiene la confisca del bene e la cessazione dell'illecito ... presunto?

pregiudicare il pieno diritto dell'imputato alla difesa, violando così il corrispondente diritto di Strasburgo⁷⁶. Che poi la norma preveda che l'imputato può ben rinunciare alla prescrizione, non mi pare che cambi la sostanza del problema: un imputato cui si offra l'alternativa tra l'assoluzione certa ed immediata e la assoluzione possibile, chi sa quando e con quali costi, ben difficilmente rinuncia alla prima. E lo dico, si badi, proprio in termini di diritti dell'uomo: la libertà dell'individuo, infatti, è di fatto coartata e assai fortemente.

Altro sarebbe se l'imputato potesse scegliere, a processo finito se "accettare" la sentenza (di assoluzione o di condanna!) o fare scattare la prescrizione. Ma questo sarebbe un assurdo.

Infine, mettiamoci una volta tanto "nei panni" dello stato. Certo il suo interesse a fare cessare l'illecito confiscando il bene sarebbe soddisfatto. Ma l'interesse pubblico è (se non altro, anche) alla condanna per evitare che il reato si ripeta (una funzione "emulativa" la pena la può ben avere) e questo interesse viene del tutto stracciato.

Insomma, con tutto il rispetto per la *nostra Corte*, non riesco a considerare tanto peregrina la decisione della CtEDU.

4. I possibili e auspicabili argomenti di dialogo tra le corti.

4.1. La natura formalistica della giurisprudenza CEDU

Da quanto fin qui detto, è difficile sottrarsi all'impressione che la CtEDU, a sua volta, non si sia sforzata più di tanto ad interpretare e valutare correttamente il diritto penale italiano, che, per "strano" che sia, risponde ad una sua logica interna non trascurabile, sulla quale, voglio dire, almeno soffermarsi a discutere, magari in termini problematici, potrebbe e avrebbe potuto essere utile. Mentre, voglio dire, è purtroppo indubbio il rifiuto della *nostra Corte* di "ascoltare" il giudice internazionale, è, duole dirlo, altrettanto indubbio (spero non solo per "irritazione" verso toni talvolta un po' bruschi nei suoi confronti⁷⁷) che la CtEDU si limiti ad una affermazione netta e senza sfumature: non possono esistere effetti di condanna, se c'è assoluzione dal reato, a parte il rilievo, sostanzialmente trascurabile, della violazione del diritto di proprietà, francamente poco perspicuo.

Ad onore del vero, non si può nemmeno trascurare il fatto che la stessa difesa del governo italiano, è in qualche modo caduta in una "ingenuità", quando, dopo avere confermato la correttezza di una precedente sentenza⁷⁸, sottolineava la differenza tra quella e questa fattispecie, dato che nel primo caso c'era stata assoluzione e nel secondo "solo" prescrizione⁷⁹, della quale l'imputato avrebbe potuto

⁷⁶ V. ROMEO G., *Alle Sezioni unite la questione della confisca di somme di danaro, sequestrate su conto corrente, costituenti prezzo di reato dichiarato prescritto*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 4.5.2015 in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1430382555Ord_Rim_SU_15233_15.pdf, che molto giustamente, sia pure ad altro titolo osserva: «È noto, infatti, che, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone al giudice di merito cui, nel diritto interno, sia riconosciuto il potere di riqualificazione dei fatti sottoposti alla sua cognizione, il dovere di assicurarsi che l'imputato abbia avuto l'opportunità di esercitare i diritti di difesa sul punto della diversa qualificazione in maniera concreta ed effettiva: dal che discende, come corollario, che egli sia informato in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che gli vengono ascritti, ma anche, e in maniera dettagliata, della definizione giuridica data ad essi, a prescindere dalla circostanza che la diversa imputazione ritenuta in sentenza sia meno grave di quella contestata: tant'è vero che nella decisione 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. contro Bulgaria, la Corte europea ha ritenuto la violazione della Convenzione a fronte di una riqualificazione in termini di minore gravità della condotta illecita rispetto a quella oggetto di contestazione, sul rilievo della menomazione della facoltà dell'imputato di difendersi in relazione al reato meno grave per cui era poi intervenuta condanna irrevocabile» (corsivo mio).

⁷⁷ Non privi di qualche « risposta », v. *infra* § 0.

⁷⁸ CtEDU, *Affaire Sud fondi srl et autres c. Italie*, Requête no 75909/01, 20.01.2009.

⁷⁹ CtEDU, *sentenza Varvara* ... § 27, secondo periodo: «Unlike *Sud Fondi*, in the instant case the applicant had not been acquitted on the merits but had had the benefit of a decision not to prosecute because the offence had become time-barred. The Government submitted that the applicant could have waived the implementation of the time limitation and requested the court to decide the case under the terms of Article 129 § 2 of the Code of Criminal Procedure ». sorprende in particolare, sia detto senza intento critico, che si sottolinei da parte italiana, a giustificazione del nostro operato, proprio

non avvalersi: come dire un tentativo, un po' goffo, di far capire alla CtEDU che l'imputato in fondo era colpevole e ben lo sapeva lui stesso e a questo punto niente galera ma l'oggetto del contendere se lo prende lo stato!

Parliamoci chiaro, tornando a quanto accennato sopra⁸⁰: quale imputato mai, con il nostro ordinamento penale sostanziale e processuale, con la legislazione edilizia caotica e contraddittoria di questo paese, con le lungaggini infinite dei processi, quale imputato, dico, accetterebbe di continuare il processo *rischiando una condanna* (quasi certa, visto che la corte lo proscioglie *avendo accertato il fatto*) piuttosto che cavarsela in fretta e tutto sommato bene? So bene, sia chiaro, che queste non sono considerazioni giuridico-formali accettabili, ma qui si tratta della garanzia di diritti fondamentali come quello alla libertà e alla difesa, sui quali la sostanza non può non fare premio sulla forma, specialmente (e su ciò le due corti, a mio parere hanno largamente mancato) nella ricerca di un diritto sostanziale, questo sì *predominante*.

Torniamo infatti qui, al punto sottolineato prima. Un imputato (sia o meno questo il, caso specifico beninteso) che vede profilarsi la prescrizione, *ragionevolmente* punta ad avvalersi di essa, e certo non a proseguire per chi sa quanto tempo un processo dal quale potrebbe risultare danneggiato, e quindi agisce processualmente per garantirsi la prescrizione, rinunciando del tutto alla difesa nel merito. La stessa difesa italiana, lo sottolinea⁸¹!

Tanto che la CtEDU si attarda in una (questa sì sgarbata) lezioncina di diritto, quando afferma al § 34: «Foreseeability depends to a considerable degree on the content of the law concerned, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. A law may still satisfy the requirement of “foreseeability” where the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. This is particularly true in relation to persons carrying on a professional activity, who are used to having to proceed with a high degree of caution when pursuing their occupation. They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails». Lezioncina a parte, la critica durissima alla nostra legislazione e forse anche pratica giudiziale traspare da ogni parola e, francamente, non sembra proprio peregrina.

E si aggrava, se si procede nella lettura quando la CtEDU elabora la motivazione del suo giudizio sulla base di una applicazione rigorosa del principio *nullum crimen*, affermando che la legge italiana prevede la confisca a seguito di sentenza definitiva, ma anche in caso di prescrizione, quando, come afferma la Cassazione nell'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale⁸²: «può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata – come avvenuto nel caso in esame – la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere». Ora, afferma la CtEDU se ben comprendo, ciò che conta è che sia accertata la responsabilità della persona interessata, facendo l'esempio di una sanzione amministrativa comminata per avere solo commesso il fatto anche senza intenzione di commettere un illecito (ciò che, se ben comprendo di nuovo, noi chiameremmo “colpa”) e che la CtEDU ha considerato non in violazione dell'art. 7 *Convenzione europea sui diritti dell'uomo*.

Ma qui, e mi pare questo il punto centrale, non c'è una dichiarazione di responsabilità dell'imputato, anche se, come dice la Corte di Cassazione, esiste un fatto oggettivo

l'aspetto più “strano” e cioè quello per cui l'imputato *non è stato assolto*. Orbene, ogni colpa è ascrivibile alla Corte (tanto più che di essa fa parte un giudice italiano, peraltro già silenzioso quando si giudicava il voto italiano notoriamente controllato dalla mafia) ma negare che è difficile non restare interdetti di fronte alla ammissione formale che l'imputato condannato non è stato!

⁸⁰ Cfr. *supra* § 0.

⁸¹ Affermando, inoltre, che, appunto: «The construction work carried out had objectively breached the relevant legal provisions, and therefore the offence of unlawful land development had been made out, because the development plan had been unlawful». Difficilmente sarebbe ipotizzabile un ragionamento più ...circolare di questo.

⁸² Ordinanza Corte di Cassazione Penale, sez III, n. 209/2014.

amministrativamente illecito⁸³, anche qui, quello della “illiceità oggettiva” mi sembra un concetto un po’ astruso, che, appunto, richiederebbe ampie e circostanziate motivazioni e articolazioni.

Senza entrare nel merito di questa complicata (e per certi versi cavillosa) discussione tecnica, questo sarebbe stato appunto il momento per “aprire il dialogo”, piuttosto che limitarsi ad affermare la predominanza del diritto italiano. Il tema da discutere e far capire o capire era quello della natura e degli effetti della prescrizione e della relazione tra la sanzione penale e quella amministrativa: appunto, cosa voglia significare il concetto di “illecito oggettivo”.

4.2. *L’interesse dimenticato: la protezione dell’ambiente*

Anche su ciò conviene brevissimamente articolare qualche considerazione, dato che, ovviamente, l’interesse della legge italiana è, o dovrebbe essere, quello alla salvaguardia dell’ambiente e della sicurezza e al rispetto del territorio anche in termini di economia del territorio, che, specialmente in Italia, è un problema molto sentito.

La auto-chiusura della nostra *Corte* al proprio ordine interno, le impedisce di allargare lo sguardo a quelle, non certo poche ed episodiche, norme internazionali (e non solo CEDU) in materia di rispetto dell’ambiente, che, alla fine, è certamente l’“ultimo” interesse da proteggere, non nel senso che sia il meno importante.

Per dire che se la *nostra Corte* avesse impostato il discorso in questa maniera (oltre che, come ovvio, tale fosse stata l’impostazione data alla difesa italiana) probabilmente i risultati sarebbero stati diversi, dato che nella gradazione, sia pure non gerarchizzata, degli interessi da proteggere, quello alla difesa dell’ambiente avrebbe ben potuto fare premio sul dato, lo ripeto solo formale, della mancata condanna ma sostanziale applicazione di una pena⁸⁴.

Anche qui, in altre parole, una visione meno ristretta e restrittiva, da parte di entrambe le corti, avrebbe permesso probabilmente di aprire un discorso assai più ampio e interessante, che avrebbe avuto per oggetto il, questo sì prevalente, interesse pubblico alla protezione dell’ambiente, in senso lato, piuttosto che un dibattito di principio su una presunta predominanza delle nostre convinzioni su tutto ciò che non sia strettamente interno, diritto dell’UE a parte.

4.3. *La ondivaga valenza del diritto EDU*

Dove, tra l’altro, è difficile sottrarsi all’impressione di una sostanziale contraddizione nel modo di pensare della nostra stessa *Corte*, che, con tutti i distinguo ben noti (e in gran parte a mio parere difficilmente motivabili) tra il “valore” del diritto UE e quello del diritto EDU, non solo non esclude che la Convenzione vada applicata, ma esplicitamente ha affermato e afferma (anche in questa sentenza!) che il giudice “comune” deve sempre e comunque fare ogni sforzo per rendere le proprie sentenze compatibili con il diritto EDU e con la giurisprudenza della CtEDU, purché, oggi si precisa, non in contrasto con la Costituzione.

Ciò posto, infatti, e pur non essendovi qui spazio per approfondire anche questo tema, non si capisce, o meglio determina una sostanziale lesione della logica consequenziale di quanto affermato prima e, in particolare, una fonte grave di confusione e di dubbi, l’affermazione per la quale il giudice ordinario debba attenersi alla giurisprudenza consolidata della CtEDU e alla giurisprudenza pilota, beninteso in senso stretto (sic!).

Sotto due profili.

⁸³ Cfr. [sentenza Varvara](#), § 72: «In the present case, the criminal penalty which was imposed on the applicant despite the fact that the criminal offence had been time-barred and his criminal liability had not been established in a verdict as to his guilt, is incompatible with the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, which the Court has recently clarified and which is an integral part of the legality principle laid down in Article 7 of the Convention. Consequently, the penalty in issue is not prescribed by law for the purposes of Article 7 of the Convention and is arbitrary».

⁸⁴ In altre parole, sarebbe stato utile mettere in luce che, reato a parte, in quel posto e in quel tempo una costruzione non doveva esservi, legando così la “sanzione” alla *restitutio in integrum* degli interessi del ... territorio!

Innanzitutto con questa affermazione, la *Corte* limita (o almeno questo può essere l'unico significato di questa limitazione) la applicazione per dir così diretta della normativa e della giurisprudenza EDU alle due ipotesi citate. Fa quindi, è lecito domandarselo, addirittura un passo (che passo!) indietro rispetto alla precedente giurisprudenza a far data da quella ben nota del 2007.

E infatti, pur senza arrivare alla ipotesi da me avanzata altrove circa la corretta interpretazione del primo comma dell'art. 117 Cost., sta in fatto che ora il giudice del merito si deve porre, prima di emettere la sentenza, la domanda se quella soluzione (che discende dalla Convenzione e dalla giurisprudenza EDU) innanzitutto non sia in contrasto con la lettera della Costituzione, ma anche, posto che non lo sia, se sia fondata su una giurisprudenza "consolidata" o meno.

A parte il fatto ovvio che ciò costituirà una fonte molto ampia di ricorsi contro le sentenze che giudicheranno consolidata o non una certa giurisprudenza (di nuovo la certezza del dritto non ne esce benissimo) non è ben chiaro da cosa derivi e perché la nostra *Corte* ritenga di assumere questo orientamento.

Il verificato consolidamento di una certa giurisprudenza è una valutazione estremamente opinabile e soggettiva, che certamente non contribuirà a quella certezza del diritto di cui sopra⁸⁵, ma, a parte ciò, non si comprende da dove questa idea provenga, posto che non esistono, mi pare, norme EDU o altrove che "dicano" se e quando una giurisprudenza si è consolidata o meno.

Certo, è vero, come osserva la *Corte*, nel tentativo mal riuscito di chiarire, per analogia, il significato del concetto di "giurisprudenza consolidata", riferendosi alla possibilità che il giudice EDU ha in taluni casi di non inviare alla CtEDU casi già giudicati e identici: testualmente art. 27.1 «... where such a decision can be taken without further examination». La disposizione è poi ripresa nella identica formulazione al n. 1.a dell'art. 28.

Che ciò possa condurre ad una sclerotizzazione della giurisprudenza della CtEDU, fino ad una sorta di inedita denegata giustizia, è cosa troppo ovvia per meritare ulteriori commenti, e, credo, sarà sicuramente nel tempo, oggetto di discussione ulteriore, per quella che appare sicuramente come una disposizione tesa a ridurre il sopraccarico di lavoro per la CtEDU⁸⁶, ma non ad assicurare il rispetto scrupoloso dei diritti dell'uomo. Che ci riesca è un fatto certo, che si tratti della soluzione migliore in termini di offerta di giustizia, credo sia legittimo dubitare.

Ma da ciò ad evincere da quella norma che il criterio della giurisprudenza consolidata sia un criterio giuridicamente accettabile, ci corre dato che i margini di alea interpretativa rischiano di essere poderosi.

Ma, ribadisco, anche senza entrare nel merito di questo tema è certo che il rischio enorme è, innanzitutto (e, per certo versi a me sembra la cosa più pericolosa) quello della sclerotizzazione anche della nostra giurisprudenza, che è l'esatto contrario di ciò che si può definire un buon ordinamento giuridico, specie internazionale, visto che la Comunità internazionale è il luogo del cambiamento continuo e incessante.

Certo, il principio *stare decisis* sembra indicare questa strada: sembra, perché poi la capacità innovativa della giurisprudenza di common law è tutt'altro che marginale, dato che basta relativamente poco a creare, all'occorrenza un *leading case*⁸⁷, che però non impedisce di rovesciarne

⁸⁵ Si potrebbe anche obiettare, in termini logici, che una giurisprudenza consolidata è quella, direi, che deriva dalla ripetizione un certo numero di volte (quale nessuno precisa) di un certo orientamento giurisprudenziale. Dunque, innanzitutto, un orientamento e non sentenze uguali, ma sentenze analoghe su casi analoghi (e qui il giudice ordinario si trova la porta chiusa dalla Corte, che gli impedisce di usare l'analogia). Ma, inoltre, una giurisprudenza si consolida quando "dopo la prima" ne seguano delle altre "analoghe". E allora, attenzione, anche qui la certezza del diritto salta: perché, infatti, dopo la prima sentenza, che poi si consoliderà, l'atteggiamento potrebbe legittimamente essere diverso da quello successivo, a giurisprudenza consolidata? E, dato che un termine *a quo* del "consolidamento" non c'è, quante impugnazioni di vario tipo saranno possibili in questo tempo? Così, sia detto con ogni cautela e rispetto, il diritto diventa una sorta di gioco, ma un gioco di azzardo e ciò mi sembra poco consono ad un ordinamento giuridici.

⁸⁶ In effetti, il numero di domande rigettate con la formula del testo è decisamente molto alto (circa 83.000 nel 2014), v. http://echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf ECHR *Analysis of Statistics* 2015.

⁸⁷ Non a caso si cita sempre come esempio classico di rovesciamento della giurisprudenza consolidata, la sentenza della Corte Suprema USA in tema di segregazione razziale, 347 U.S. 483, 74 S.Ct. 686, 98 L. Ed. 873 (1954).

il “consolidamento” con il sistema del *overruling*. Nel nostro caso, però, è tutt’altro che chiaro come e chi a detta procedura possa addivenire, tanto più che già *in limine* se ne prospetta la illegittimità⁸⁸.

Ma la *Corte*, non contenta di ciò, aggiunge il caso delle sentenze pilota (ai sensi dell’art. 61 del Regolamento della Corte), alle quali il giudice dovrebbe adattarsi, senza esitazioni come nel caso della giurisprudenza consolidata. Solo che nella giurisprudenza consolidata, il consolidamento è (cheché ne pensi la *Corte*) un fatto di interpretazione, mentre le sentenze pilota sono esplicitamente tali.

A parte l’inciso che introduce la *Corte* quando dice che ci si deve attenere alle sentenze pilota “in senso tecnico” (come se ne esistessero di non in senso tecnico) ciò colpisce perché si tratta esattamente di quella giurisprudenza altamente innovativa, grazie alla quale la CtEDU, allarga e di molto i suoi compiti, dato che in qualche maniera esercita quel potere, che formalmente non ha né le competenze, di indirizzare *autoritativamente* gli stati membri nella loro legislazione e non solo nella loro giurisprudenza⁸⁹. Ciò, va ripetuto, è tipico della giurisdizione internazionale, dato che essa *partecipa* con gli altri strumenti (ivi compresi quelli contrattuali) alla formazione delle norme (spesso generali) di diritto internazionale. Non può, pertanto, non sorprendere che una *Corte* così attenta alle proprie prerogative, permetta poi di trattare come normativa una sentenza della CtEDU.

In altre parole, non mi è chiaro come una *Corte* tutta presa dal predominio assiologico del nostro sistema giuridico, si consideri poi così acriticamente disponibile verso azioni che incidono sul gelosissimamente (a mio parere, anche qui, erroneamente) difeso principio di sovranità: un organismo contrattuale (certo, contrattuale⁹⁰) indica obbligatoriamente agli stati membri una certa soluzione legislativa, attraverso, non un trattato dove la volontà dei soggetti è esplicitata, ma una sentenza “pilota” e il giudice nazionale immediatamente si adatta, ... mentre il legislatore ... legifera. Nessuno più di me è intenzionato a “difendere” la giurisprudenza internazionale e a prenderla in debita considerazione, purché, lo ripeto ancora una volta, in termini di rigorosa integrazione, non mai di pedissequo adeguamento.

Ne viene fuori, ma lo dico solo in termini di primissima approssimazione, un gran pasticcio, nel quale appare sommamente difficile orientarsi e ancora di più lo sarà per i cittadini, che potranno trovarsi a ricorrere ai giudici italiani nella più completa ... incertezza del diritto, ma anche “ondivaghezza” dello stesso.

Ciò, credo, assai malamente si confà ad una *Corte* che dovrebbe avere come suo primo compito quello di dare chiarezza e certezza, riducendo al massimo possibile i margini di inaffidabilità, e non, probabilmente, aumentando la già non proprio modesta litigiosità italiana.

5. Conclusioni

Lo scopo di queste pagine è stato duplice: a.- mostrare alcune incongruenze della sentenza analizzata, b.- porre le basi per un discorso di metodo con riferimento non tanto e non soltanto ai rapporti tra il diritto interno italiano e il diritto internazionale, ma anche e principalmente sulla logica

⁸⁸ Del resto la nostra Cassazione si è già in parte pronunciata sul tema, in Cass. Sez. Unite, 11.7.2011, n. 15144, la cui ben nota massima recita: «Il fenomeno del cd. *overruling* ricorre quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte. Elementi costitutivi sono quindi: l’aver a oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. In applicazione del valore del Giusto processo, deve essere esclusa l’operatività della preclusione derivante dall’*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa. Per essa, insomma, la tempestività dell’atto deve essere valutata con riferimento alla giurisprudenza vigente al momento dell’atto stesso».

⁸⁹ A dimostrazione del fatto che il diritto internazionale è un ordine giuridico in evoluzione continua, che può anche per via giudiziaria creare norme “imperative”.

⁹⁰ Ma anche le altre sentenze sono frutto di un regime contrattuale e dunque occorrerebbe almeno dedicarsi a definirne le differenze. Del che, nella sentenza della *nostra* Corte, non vi è traccia.

di quello che ho delineato, in primissima approssimazione, come un sistema giuridico unitario e integrato e sulle conseguenze logiche di questo disegno.

Sul primo punto, solo pochissime ulteriori parole, unicamente per sottolineare come il disegno dei rapporti tra diritto italiano e diritto CEDU (e pertanto diritto internazionale) appaia confuso e ambiguo, ma specialmente e con tutto il rispetto, contraddittorio. Da un lato, infatti, in un quadro, ormai conclamato, di diffidenza della nostra *Corte* verso il diritto internazionale in genere (fatta eccezione, sembra, per quello dell'UE) viene messa in luce dalla *Corte* la necessità, *ex art.* 117.1, di applicare il diritto EDU e la sua giurisprudenza mentre, dall'altro, si pongono una serie di paletti estremamente numerosi e rigidi all'applicazione di essi.

Specialmente poco chiara, a mio parere, è l'elaborazione della categoria della «giurisprudenza consolidata» e della «giurisprudenza pilota», che, diversamente da tutto il resto della giurisprudenza internazionale (o almeno della CtEDU, ma basta pensare al modo in cui la *Corte* ha trattato la giurisprudenza della CIG per valutare quanta sia la distanza tra i due ambiti giuridici secondo la nostra *Corte*) troverebbe una applicazione preferenziale, rispetto al resto delle predette giurisprudenze, assoggettate alla *predominanza assiologica*.

Il quale, un po' astruso, concetto del *predominio assiologico*, si finisce per stravolgere del tutto la logica dei rapporti tra ordinamenti, affermando una prevalenza strutturale, tanto indimostrata quanto superficiale, del nostro ordinamento su tutto, mentre, però, le predette giurisprudenza consolidata e pilota farebbero, sembra, premio anche sulla nostra Costituzione. Ho cercato sommariamente di mostrare come questa ottica può condurre soltanto ad una incertezza assoluta del diritto se non altro per la indeterminatezza dei parametri proposti.

Ciò, va detto, si iscrive in una sempre più irrefrenabile tendenza all'isolamento orgoglioso (ma spesso solo patetico) di molti sistemi rispetto agli altri, in una sorta di coro dissonante di "il mio è bello, anzi è più bello". Senza motivazione alcuna, senza base giuridica veruna e ciò duole quando si tratta di diritto.

Atteggiamento che, se, purtroppo si iscrive come detto in una tendenza diffusa anche a livello internazionale (si pensi alla miope "chiusura" della CGUE alla CEDU⁹¹, ma anche al conflitto di questi giorni tanto stolido quanto assurdo tra una idea – chi sa se assiologicamente predominante – rigorista e imperativa delle pretese UE e un popolo con l'acqua alla gola, come per la questione della Grecia⁹²) appare in stridente contrasto con la grande apertura internazionalistica della nostra bella Costituzione, tutta tesa a integrare il nostro sistema in e a quello straniero e internazionale. Tanto che, nella frenesia di predominanza assiologica (della quale, logicamente parlando – ripeto, logicamente – non si coglie bene la differenza con altre perniciose prevalenze del recente passato) mentre si maltratta la, pur discutibilissima giurisprudenza EDU (certo non esente da colpe e anche gravi) si torce fino all'inverosimile quell'articolo 10.1 della nostra Costituzione, che vuole proprio ciò che si

⁹¹ V., di recente, COSTANZO P., [Le principe « non bis in idem » : concurrence ou complémentarité entra la Cour Européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne ?](#), in *Consulta Online, Studi*, 2015/II (19.6.2015), 565, dove, dopo una discussione approfondita appunto delle ipotesi e delle possibilità di coordinamento (io aggiungerei, integrazione), si conclude: «C'est donc sur cette base que, comme l'ont toujours reconnu les avocats généraux, «l'adoption de l'article 52, paragraphe 3, de la charte revêt nécessairement des caractéristiques propres lorsqu'elle est appliquée au principe ne bis in idem»; par conséquent «Dans ces circonstances, [...] l'article 50 de la charte requiert une interprétation partiellement autonome» ... «Il convient bien sûr de tenir compte de la jurisprudence actuelle de la Cour de Strasbourg, mais le seuil de protection auquel la Cour doit se tenir doit être le fruit d'une interprétation indépendante et exclusivement fondée sur les dispositions et la portée de l'article 50 précité» (v. Conclusions dans l'affaire «Fransson»).

⁹² Sottolineo proprio questo. Con tutti i difetti i limiti e le colpe della Grecia e dei suoi governi (e dunque, se vogliamo, anche del suo popolo che li ha scelti) il contrasto effettivo è tra un principio di rigore economico-contabile (di valore, pare, trascurabile, vista l'entità del debito greco) e un popolo al quale si chiedono sacrifici pesantissimi, che ledono proprio i principi informatori del sistema europeo e dei diritti dell'uomo: quello del diritto ad una vita decente, ecc. Mettendola nei termini della *Corte*: assiologicamente parlando, cosa conta di più un debito saldabile magari con un certo ritardo (al limite, nemmeno, vista la scarsa entità di esso), o la aspirazione ad una vita decente di una parte almeno di un intero popolo? Sono questi, spero non vi siano dubbi in proposito, valori assolutamente non commensurabili e dunque da collocare in una logica di sistema, non di conflitto (v. *supra*, nt. 2).

cerca di impedire con ragionamenti tanto astrusi e capziosi quanto avventurosi, solo per preservare la “purezza” del nostro sistema: l’introduzione del diritto internazionale nel diritto interno, anzi, la valenza interna del diritto internazionale vigente, generale e contrattuale grazie all’art. 117.1.

Sul piano del metodo, ma in poche, troppo poche, parole, ho cercato di mostrare come e perché, specialmente perché, *in senso giuridico*, il sistema giuridico possa e debba essere letto unitariamente, come un fenomeno unico e globale, come un sistema unitario, composto da più sistemi, in un rapporto, per dir così orizzontale tra i sistemi statali e verticale (ma non in senso gerarchico) tra i sistemi statali o comunque dei soggetti di diritto internazionale e quello internazionale, dove il rischio dell’entropia è combattuto *proprio* dalla interconnessione dei sistemi, di tutti i sistemi. Certo, se, invece si cerca l’entropia per principio, probabilmente la si ottiene, ma il sistema muore o, peggio, si cristallizza