



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



**2015 FASC. I**

**(ESTRATTO)**

**ANTONIO RUGGERI**

**CONFLITTI TRA NORME INTERNAZIONALI  
CONSUETUDINARIE E COSTITUZIONE, ATTO SECONDO:  
QUALI I POSSIBILI "SEGUITI" DELLA 238 DEL 2014?**

**5 MARZO 2015**

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Antonio Ruggeri**

**Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?\***

**ABSTRACT: *Conflicts between international customary rules and the Constitution, act second: what could be the possible “outcomes” of decision no. 238/2014?***

***The article analyses the possible outcomes of decision of the Constitutional Court no. 238/2014 on the solution of conflicts between international customary rules and the Constitution. At first, the author reflects on whether the principle set forth by the Court – whereby, in case of contrast between the fundamental principles and international rules, the latter shall be considered as “not-existing” – should be applied to all types of conflicts and on the main pros and cons any possible approach to answer the previous question. On the other hand, the author focuses on the procedural techniques followed by the Court and offers some significant comparison with previous constitutional case-law. The final part is dedicated to the author’s view on the necessity of a revirement by the Constitutional Court and of some auspicated legislative reforms in this regard.***

SOMMARIO: 1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili. – 2. Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale). – 3. L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata. – 4. La sorte del giudicato civile poggiante sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238.

*1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili*

Torno qui a riflettere sulla decisione dell’anno scorso relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione sotto un limitato ma particolarmente rilevante profilo, quello degli scenari che potrebbero delinearci, specificamente in sede giudiziale, al momento in cui si faccia questione dei “seguiti” per essa astrattamente configurabili<sup>1</sup>. A tal fine, è tuttavia necessario preliminarmente stabilire quale sia il retto significato da dare ad alcuni passaggi argomentativi della decisione stessa, per vero non

---

\* Testo rielaborato di un intervento ad un incontro di studio su *Controlimiti e diritto internazionale generalmente riconosciuto*, svoltosi presso il Dottorato di Scienze Giuridiche (Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, *Curriculum italo-franco-spagnolo in Giustizia costituzionale*), Pisa 29 gennaio 2015; lo scritto è stato altresì predisposto quale contributo al Seminario su *I dilemmi dei rapporti tra diritto internazionale consuetudinario e diritto interno*, Scuola Superiore di Studi Giuridici dell’Università di Bologna, 6 marzo 2014, al quale tuttavia non mi è stato possibile prendere parte per un impedimento dell’ultima ora. Sono particolarmente grato degli interessanti spunti di riflessione offerti dal dibattito seguito alla mia esposizione pisana; resta nondimeno fermo che la responsabilità per le tesi qui enunciate è a me solo addebitabile.

<sup>1</sup> Avverto di circoscrivere qui l’esame ai soli “seguiti” configurabili in ambito interno, mentre lascio ad altri studi (segnatamente, di diritto internazionale) l’analisi di quelli che potrebbero aversi fuori dell’ambito stesso.

d'immediata e sicura comprensione. O meglio: il significato di singole affermazioni può anche sembrare chiaro ma è l'insieme dalle stesse composto che si rivela appannato ed incerto, per non dire del tutto oscuro.

Fermo subito l'attenzione su un paio di punti, di cruciale rilievo, della parte motiva, interrogandomi sulle alternative di ordine ricostruttivo che potrebbero in relazione a ciascuno di essi porsi.

Prima questione.

La Corte ci dice che, nella circostanza sottoposta al suo esame, l'antinomia tra la norma interna di adattamento (e, perciò, a conti fatti, la norma internazionale cui essa fa riferimento) e uno o più principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale si risolve nella giuridica inesistenza della prima<sup>2</sup>. Ci si deve subito chiedere: ha inteso fare un'affermazione di carattere generale, *allgemeingültig*, ovvero limitata allo specifico caso che sta a base del giudizio di oggi? Il che vale come dire: ogni volta che una norma internazionale consuetudinaria dovesse apparire offensiva di principi fondamentali della Carta la relativa norma interna di adattamento sarebbe da considerare "inesistente" oppure questo è ciò che è (*sarebbe...*) avvenuto unicamente nella circostanza odierna? E ulteriormente generalizzando: la conclusione è da considerare valevole anche per i casi di antinomia coi principi stessi da parte di norme internazionali pattizie, con la conseguenza che le relative norme interne di esecuzione sarebbero parimenti "inesistenti"?

Comincio col rispondere subito all'ultimo quesito, rilevando che non vedo ragione alcuna per cui la qualifica possa ovvero debba essere diversa a seconda della natura (scritta o non scritta) della norma internazionale. Se è la norma-parametro violata a determinare il tipo di vizio e la corrispondente qualifica (apicale nella scala delle fonti l'una, radicale nel senso appena detto l'altro), la conclusione non può risultare diversa

---

<sup>2</sup> Per vero, l'affermazione è dalla Corte studiamente (e, a dirla tutta, ambigamente) sfumata, ammettendosi che possa aversi un qualche sacrificio dei principi stessi, purché tuttavia ridotto "al minimo" (p. 3.1, *cons. in dir.*; v., inoltre, p. 3.4). Espressione con la quale la Corte sembra volersi aprire una via di fuga, cui far eventualmente ricorso in altra occasione, ammettendo il vigore di norma solo "minimamente" offensiva dei principi, tanto da indurre una sensibile dottrina a ragionare nel senso che, nella circostanza odierna, si sarebbe in presenza di "controlimiti temperati" fatti valere a carico delle norme internazionali (T. GROPPi, [La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana](#), in [Consulta OnLine](#), 2015/1, 9 gennaio 2015, § 2). Sta di fatto però che la qualifica come "inesistente" della norma su cui la Corte è stata chiamata ad esercitare il proprio sindacato costituisce un precedente di tal rilievo da non lasciare molte speranze di salvezza per norme che in futuro dovessero essere riconosciute parimenti incompatibili coi principi. Segnalo poi di sfuggita il carattere lapidario, estremamente sintetico, delle affermazioni contenute nella recentissima [ord. n. 30 del 2015](#), in cui si ribadisce la giuridica inesistenza della norma interna di adattamento.

unicamente in ragione del carattere scritto ovvero non scritto della norma responsabile della violazione stessa. Dunque, se d'“inesistenza” s'ha da parlare, s'ha da parlare in entrambi i casi. Si vedrà tuttavia a momenti che il ragionamento fila solo fino ad un certo punto e che le basi stesse sulle quali poggia appaiono, in realtà, essere teoricamente assai gracili.

Fermo infatti il punto per cui nessuna differenza di regime può, al piano dei vizi, giustificarsi unicamente in forza della natura della norma che ne sia affetta, ne viene agevolata la risposta da dare al quesito precedentemente posto. Non in ogni caso di antinomia sembra infatti corretto ragionare d'inesistenza della norma interna di adattamento ma – al più concedere<sup>3</sup> – unicamente nel caso definito con la 238 ed in altri ancora che potrebbero in futuro aversi ma, appunto, non sempre, *per sistema*. Ad avvalorare questa conclusione è sufficiente rammentare un paio di dati, uno di ordine generale ed un altro specificamente riguardante il campo materiale di esperienza su cui si dispongono e svolgono le relazioni tra diritto internazionale e diritto interno.

Il primo.

Come tutti sanno, molti sono i casi di norme di legge giudicate lesive di principi fondamentali e, ciò nonostante, considerate “esistenti”, sì da richiedere di essere caducate dalla Corte con le forme e gli effetti usuali, di cui agli artt. 134 e 136 cost.

Il secondo dato è che – com'è parimenti noto – la stessa Corte ha ormai da tempo preso in considerazione l'eventualità che norme internazionali pattizie (e, segnatamente, concordatarie e comunitarie o – come a me piace dire – “eurounitarie”) si dimostrino incompatibili coi principi fondamentali dell'ordinamento (i c.d. “controlimiti”), prestandosi quindi ad essere sollecitamente rimosse con le medesime forme ed effetti. Non è vero, dunque, che l'essere la norma violata espressiva di un principio fondamentale dell'ordinamento porti di necessità a considerare “inesistente” la norma responsabile della violazione stessa; di contro, secondo l'indirizzo giurisprudenziale fin qui invalso, la regola è che anche in siffatta evenienza la norma “esiste”, seppur invalida.

Per vero, mentre per le norme consuetudinarie la pronuncia in esame prevede il caso della loro “inesistenza” (nella proiezione in ambito interno, per il tramite della norma di adattamento), quanto alle norme internazionali pattizie invece questa eventualità non è stata a tutt'oggi presa espressamente in considerazione, essendosi ragionato piuttosto –

---

<sup>3</sup> Mi muovo, al momento, nell'ordine di idee in cui la Corte si riconosce; dirò più avanti le ragioni per cui esso non mi persuade.

come si diceva – della loro possibile privazione di effetti con le forme ordinarie del giudizio sulla norma interna di recepimento.

Delle due allora l'una. O possiamo sentirci autorizzati a ritenere che, alla luce dell'ultima giurisprudenza, anche le norme pattizie contrarie ai principi saranno d'ora innanzi da considerare “inesistenti”, con conseguente superamento del precedente indirizzo giurisprudenziale, oppure è da rivedere criticamente l'ipotesi ricostruttiva inizialmente prospettata per la 238, nel senso sopra chiarito per cui non in tutti i casi di antinomia di norme internazionali non scritte coi principi le norme stesse sarebbero da considerare sempre “inesistenti”.

Sia chiaro. Personalmente non escludo che la categoria della “incostituzionalità” (nella sua larga ed omnicomprensiva accezione) possa comprendere tanto il caso della “nullità-inesistenza” o – per riprendere una efficace espressione di un'avveduta dottrina<sup>4</sup> – della *invalidità in senso forte* quanto l'altro della mera “annullabilità” o della *invalidità in senso debole*: l'una condizione, ovviamente, essendo rilevabile da qualunque operatore, l'altra – nel caso di fonti di primo grado – restando invece esclusivamente riservata alla cognizione della Corte<sup>5</sup>. Altra questione ancora, su cui a momenti, è se anche la prima specie d'invalidità possa (ma non debba) essere portata al giudizio della Corte stessa ovvero rilevata *ex officio* da quest'ultima.

L'articolazione della invalidità nelle due specie suddette può, a mia opinione, essere predicata, in punto di astratto diritto, per qualunque norma, legislativa e non, di origine interna ovvero internazionale o sovranazionale<sup>6</sup>. Sono solito fare ai miei studenti l'esempio, che ai miei occhi (e voglio sperare a quelli di tutti) appare di lampante evidenza, di una norma di legge, approvata da un Parlamento improvvisamente impazzito, che stabilisca che tutti i neonati coi capelli rossi siano immediatamente soppressi in sala parto. Vogliamo forse immaginarci che si debbano attivare le procedure usuali dei giudizi

---

<sup>4</sup> R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

<sup>5</sup> Diversa impostazione della questione, di recente, in G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 256 ss., sul cui pensiero tornerò a breve.

<sup>6</sup> La questione, con specifico riguardo alle leggi (e, segnatamente, per ciò che attiene ai profili formali-procedimentali, più ancora che a quelli di contenuto), è nondimeno – come si sa – fortemente discussa (riferimenti in G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, del quale v. pure Forma dat esse rei, *ovvero quand'è che può parlarsi di “legge” e di legge “nulla-inesistente”*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1699 ss.; cfr. al suo punto di vista quello ancora non molto tempo addietro, manifestato da A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 5100, e, dello stesso, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1708 ss., a da D. NOCILLA, “*Inesistenza*” della legge di conversione?, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., spec. 726 ss., nonché, se si vuole, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 98 ss.).

di costituzionalità, coi tempi loro propri, al fine di vedere spazzata via una norma aberrante siffatta? E, ammesso pure che essa sia portata con estrema sollecitudine alla cognizione della Corte, vogliamo forse prefigurarci l'ipotesi che il suo annullamento vada incontro ai limiti ordinari, quanto agli effetti nel tempo, di cui all'art. 136 cost., con la conseguenza che chi si sia nel frattempo reso responsabile delle uccisioni vada esente da colpa<sup>7</sup>?

Dunque, vi sono dei casi in cui non solo si possa ma, di più, si debba qualificare l'antinomia tra una norma di legge e la Costituzione attingendo alle risorse offerte dalla categoria della invalidità in senso forte o – come pure ha proposto una sensibile dottrina – della “anticostituzionalità”, più ancora che della mera “incostituzionalità”<sup>8</sup>.

Aggiungo poi ai miei pazienti studenti che il terreno su cui possono rintracciarsi norme “inesistenti”, nel senso appena detto, è altamente insidioso, esattamente come lo è un campo minato. Perché è chiaro che, una volta ammessa in via di principio l'esistenza della... *inesistenza* (e mi scuso per il bisticcio delle parole), possono darsi non pochi casi in cui, a differenza di quello da me a mo' d'esempio fatto, si possa opinare circa la qualifica da assegnare a questa o quella forma d'antinomia, se appunto ragionare in termini di norma meramente “incostituzionale” ovvero – e di più – “anticostituzionale”. Ed è ovvio che la certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale *certezza del diritto costituzionale*) parrebbe soffrirne a tal punto da aver indotto la Corte – e il dato, attinto da un'esperienza ormai profondamente radicata e costante, è altamente istruttivo – ad attrarre a sé la cognizione di tutte le specie d'invalidità, sottraendo dunque agli operatori restanti (e, segnatamente, ai giudici comuni) il potere di darne la qualificazione e, se del caso, di far subito luogo alla disapplicazione di norme inesistenti<sup>9</sup>.

Il riferimento alla certezza del diritto è – come si sa – ricorrente nei discorsi dei giuristi, per quanto non di rado essa sia, a mia opinione, richiamata a sproposito. Non va, ad ogni

---

<sup>7</sup> È specificamente in congiunture quale quella ora immaginata che torna utile la soluzione in via generale patrocinata da una sensibile dottrina volta a dar vita ad un sistema “duale” di giustizia costituzionale, offrendo l'opportunità ai giudici comuni di accertare l'incostituzionalità delle leggi (e, di conseguenza, di disapplicarle), ferma restando la facoltà di adire la Corte per il loro eventuale annullamento coi consueti effetti *erga omnes* [R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), e, dello stesso, ora, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 34 ss.]. Dubito tuttavia che la proposta – la si condivida o no – possa trovare il modo per farsi spazio nel presente contesto politico-istituzionale, tanto più che – come qui si viene dicendo – la stessa Corte nulla fa per nascondere la tendenza a confermarsi quale organo esclusivamente abilitato all'accertamento della invalidità delle leggi.

<sup>8</sup> I termini sono ripresi da A. SPADARO, che ne ha fatto molte volte utilizzo, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

<sup>9</sup> Su questo dato indugia ora, part., D. NOCILLA, nello scritto sopra cit.

buon conto, perso di vista il fatto che la certezza, specie nella sua più elevata espressione (quale *certezza di diritto costituzionale*), ha senso – come mi sono sforzato di mostrare altrove<sup>10</sup> – se ed in quanto si traduca in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. La categoria della inesistenza, con l’opportunità da essa offerta per l’immediato suo riconoscimento da parte del *quisque de populo* (e, specialmente, del giudice comune), costituisce dunque una risorsa preziosa al fine di fugare sul nascere il rischio che effetti abnormi, discendenti da norme parimenti abnormi, possa prodursi in modo irreversibile.

D’altro canto, avverso il rischio, da molti paventato, secondo cui assegnare al singolo l’accertamento della “inesistenza” delle norme finirebbe con l’ esporre la relativa qualificazione ad un soggettivismo esasperato, può farsi appello – a me pare – a *consuetudini culturali di riconoscimento* della inesistenza stessa diffuse nel corpo sociale e tra gli operatori, tali cioè da tradursi in un vero e proprio “diritto vivente” profondamente radicato nel tessuto sociale ed ordinamentale. Davanti a norme comunemente intese e trattate come “inesistenti” viene, dunque, assai arduo seguitare stancamente ad opporre l’usuale argomento della sofferenza che ne patirebbe la certezza<sup>11</sup>.

Sta di fatto, però, che la Consulta ha dato costantemente mostra di essere fortemente preoccupata per le sorti della certezza del diritto, per una sua accezione d’ispirazione formale- astratta, tanto da aver rifuggito, con studiata attenzione, dal recepire l’indicazione della più raffinata dottrina, che consigliava di tenere distinte, quanto alla natura e di conseguenza al trattamento, le specie suddette di antinomia, preferendo piuttosto ragionare in modo omnicomprensivo d’“incostituzionalità”. Sempre, tranne però nel caso definito con la 238.

Ora, i più benevoli lettori della sentenza, nel tentativo di darne una qualche giustificazione, possono pur sempre far notare che ciò che è proprio dei giudizi sulla costituzionalità delle leggi non è detto che debba parimenti valere per i giudizi sulle norme di adattamento di norme internazionali consuetudinarie. Nessuno però – che io sappia – ha ad oggi chiarito perché mai il mero fatto della origine della norma (dalla

---

<sup>10</sup> ... e, segnatamente, in [Il giudicato all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti](#), in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss., ed in altri scritti.

<sup>11</sup> Non si trascuri, peraltro, che molte sono le esperienze in cui il singolo è chiamato ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità dando la qualificazione della “esistenza” delle norme (ad es., se si dia, o no, abrogazione tacita, sì da non potersi considerare ormai più “esistenti” norme che invece tali erano in precedenza).



Comunità internazionale ovvero dallo stesso ordine interno) possa giustificare il loro differenziato regime, tanto più che – come si diceva – le stesse norme internazionali pattizie non valgono a sottrarre la norma interna che vi dà esecuzione al destino a tutte le norme comune dell’annullamento, conseguente al previo accertamento della loro contrarietà a Costituzione.

D’altro canto, la categoria della “inesistenza” avrebbe dovuto portare – come si è fatto notare in sede di primo commento alla 238<sup>12</sup> – ad una dichiarazione d’inammissibilità, non già d’infondatezza, della questione<sup>13</sup>: una dichiarazione poggiante proprio sul previo accertamento del vizio d’invalidità in senso forte di cui la norma, a giudizio della Corte, sarebbe affetta, norma comunque non annullabile per la elementare ragione che... *non c’è*.

Così stando le cose, potrebbero in buona sostanza, dunque aversi due specie di dichiarazioni d’illegittimità costituzionale: l’una di accertamento della invalidità in senso forte (o “inesistenza”) e l’altra di accertamento della invalidità in senso debole della norma posta ad oggetto della questione; la prima veicolata da una pronuncia processuale d’inammissibilità, la seconda da una di accoglimento. Improprio sarebbe infatti l’uso di quest’ultima specie di pronuncia in relazione ai casi rientranti nella prima specie d’invalidità, dal momento che l’art. 136 cost. contempla il solo effetto di annullamento, in tesi non valevole per la specie stessa<sup>14</sup>. Di modo che, laddove la Corte dovesse essere

---

<sup>12</sup> Mi richiamo qui alla mia nota dal titolo *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine, 2014](#), 17 novembre 2014, ed *ivi* menzione altresì degli autori che si sono espressi nel medesimo ordine di idee, ai quali è ora da aggiungere M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*. Cfr., inoltre, sul punto, ora, C. PINELLI, [Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles](#), in [www.gil-qdi.org](#), 19 gennaio 2014, spec. al § 6.

<sup>13</sup> Lo ha fatto notare la stessa Corte in precedenti pronunzie: ad es., nella [sent. n. 152 del 1982](#), laddove è la perentoria affermazione secondo cui “è contraddittorio che i giudici *a quibus* assumano la radicale inesistenza della legge in questione ed al tempo stesso si rivolgano alla Corte, perché essa ne dichiari l’illegittimità costituzionale e ne faccia pertanto cessare l’efficacia – in base al primo comma dell’art. 136 Cost. – ‘dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’: se veramente la nuova disciplina [del lavoro a domicilio] fosse contenuta in una parvenza di legge, insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere, la premessa di una decisione della Corte verrebbe infatti a mancare” (fanno richiamo alla decisione *de qua*, oltre ad A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. et loc. ult. cit.*, anche G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, nello scritto sopra cit., 258, a cui opinione sarebbe nondimeno opportuno considerare “esistente” ogni legge portata al giudizio della Corte, e per il mero fatto che lo sia appunto stata, con la conseguenza che, in tal caso, la Corte stessa dovrebbe passare al merito e, acclarata la contrarietà dell’atto impugnato a Costituzione, caducarlo con gli effetti tipici, di cui all’art. 136 cost. Ciò che, nondimeno, come si è venuti dicendo, comporta il sacrificio di beni della vita indisponibili, quale la dignità, offesi da norme i cui effetti non possono ormai più essere sradicati).

<sup>14</sup> È vero che una raffinata dottrina aveva – come si sa – a suo tempo affacciato l’idea di leggere diversamente il disposto dell’art. 136, assegnando alle pronunzie di accoglimento il significato di atti di mero accertamento di una preesistente nullità-inesistenza; un esito teorico ricostruttivo, questo, ritenuto



sollecitata dall'autorità remittente a dichiarare l'"inesistenza" della norma contraria a Costituzione ovvero in tal senso dovesse *motu proprio* determinarsi, non potrebbe – come si diceva – che far luogo ad una pronunzia d'inammissibilità della questione.

Qui si apre un bivio al piano della ricostruzione teorica degli effetti discendenti da una pronunzia siffatta.

Per la prima ipotesi, si può ad essa pure riconoscere generale valenza, ritenendosi pertanto obbligati tutti, operatori e cittadini, a conformarsi al giudicato costituzionale, assumendo pertanto che esso possa prodursi altresì a "copertura" di decisioni processuali<sup>15</sup>. In tal caso, rimarrebbe comunque una differenza di non poco momento rispetto alle decisioni di accoglimento, parimenti abilitate – come si sa – a dar vita ad effetti generali, dal momento che, diversamente da queste ultime, le dichiarazioni di nullità avrebbero carattere integralmente retroattivo.

Per la seconda ipotesi, di contro, la pronunzia d'inammissibilità per "inesistenza" della norma portata al giudizio della Corte non precluderebbe la ripresentazione della medesima questione, non valendo – a motivo della veste formale di cui è dotata e della natura giuridica che le è propria – a spazzare via dall'ordinamento, così come invece sono in grado di fare le decisioni di accoglimento, la norma giudicata<sup>16</sup>. Insomma, essa esprimerebbe esclusivamente una *vis persuasiva*, non autenticamente *prescrittiva*, nei riguardi degli operatori restanti<sup>17</sup>. Una conclusione francamente amara, per non dire

---

obbligato allo scopo di preservare al meglio la rigidità della Costituzione (v., nuovamente, sul punto le argomentate notazioni di A. SPADARO, nello scritto sopra cit., e, ora, in prospettiva comparatistica, la corposa trattazione che è in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid 2013, spec. 1300 ss.), per quanto l'opposta opinione, quindi da noi affermatasi, favorevole alla relativizzazione per l'aspetto temporale degli effetti caducatori, potesse addurre dalla sua argomenti di non minor peso, con specifico riguardo al bisogno di salvaguardare la certezza del diritto e le pacifiche relazioni tra i consociati, altrimenti gravemente esposte qualora si fosse ammesso che norme di legge potessero perdere efficacia *ex tunc*, anche a rilevante distanza di tempo rispetto alla loro entrata in vigore.

In disparte però la circostanza per cui la tesi favorevole a riconoscere in capo alla dichiarazione d'incostituzionalità il significato dell'accertamento di una insanabile nullità-inesistenza non è riuscita a farsi largo e ad affermarsi né in seno alla nostra dottrina quasi unanime né – per ciò che più importa – nella giurisprudenza, la ricostruzione da essa caldeggiata era dagli stessi studiosi che se ne sono fatti portatori considerata valevole per qualunque caso d'invalidità costituzionale, senza che dunque fosse lecito fare distinzione alcuna tra l'una e l'altra specie di decisione di accoglimento.

<sup>15</sup> La tesi può vedersi rappresentata in F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2002, 137 ss., dove nondimeno si distingue tra il giudicato formatosi unicamente in rapporto al giudizio *a quo* rispetto a quello provvisto di generale valenza.

<sup>16</sup> Ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare una dottrina particolarmente attenta alle questioni di giustizia costituzionale ed alle loro più salienti vicende, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, 230, che, laddove "le ragioni dell'inammissibilità non sono rimediabili ... allora la pronunzia che la dichiara può, per certi profili, equivalere ad una pronunzia di rigetto", alla quale – rammento – per dottrina e giurisprudenza ormai costanti, pur se a mia opinione non persuasivamente, si suole riconoscere efficacia unicamente *inter partes*.

<sup>17</sup> Anche in altri casi di acclarata inammissibilità della questione, d'altronde, resta esclusa l'efficacia generale della pronunzia che la dichiara: una rassegna dei "tipi" di pronunzie processuali (e, segnatamente,

sconcertante: proprio le norme che vistosamente e frontalmente contrastano con la Costituzione rischiano infatti, per l'ipotesi ora ragionata, di essere considerate vigenti o, quanto meno, di seguitare ad essere applicate in quelle sedi giudiziarie in cui il verdetto della Corte resti inascoltato, nel mentre le norme non "anti" ma semplicemente "in-costituzionali" verrebbero private di efficacia, in applicazione di quanto prescrive l'art. 136 cost.<sup>18</sup>. Forse, è *anche* nella consapevolezza di quest'esito, giudicato inaccettabile e bisognoso pertanto di essere in ogni modo fugato, che la Corte costituzionale ha fatto luogo – come si diceva – alla riunificazione di ogni specie d'invalidità costituzionale, attraendo a sé la cognizione di ogni caso di contrasto tra norme costituzionali e norme a queste subordinate<sup>19</sup>.

Diverso è, ovviamente, il caso che si ha ogni qual volta la Corte accerti l'"inesistenza" di norme portate al suo giudizio ma in quanto non più *vigenti* perché abrogate o già annullate, non pure – come nel caso definito dalla 238 – in relazione a norme che vigono nell'ordinamento di appartenenza, in quanto la loro esistenza sia stata accertata dal giudice cui essa, per esplicito riconoscimento fatto dalla Consulta, esclusivamente compete<sup>20</sup>. Non vige (in quanto non "esiste"), invece, ad opinione della Corte, la norma interna di adattamento, confermandosi, anche per quest'aspetto, l'ispirazione teorica essenzialmente dualista che sta a base della ricostruzione dei rapporti tra diritto

---

d'inammissibilità) e dei relativi effetti può, se si vuole, vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, cit., 145 ss.

<sup>18</sup> Come però si è fatto più volte notare (ancora da ultimo, da R. LETELIER WARTENBERG, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in AA.VV., *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, a cura di D. Butturini e M. Nicolini, ESI, Napoli 2014, 105 ss. e 107, per il riferimento testuale immediatamente seguente), "se ritengo che la legge contrasti con la Costituzione, allora la norma va eliminata". Il rischio, allora, a portare agli ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse teoriche fissate nel testo, è che, se si lamenta un *eccessivo* contrasto con la Costituzione, un'"anticostituzionalità" appunto, la Corte poi rigetti per inammissibilità la questione, con gli esiti incerti, sopra prefigurati, discendenti da una dichiarazione siffatta.

<sup>19</sup> Dico *anche* perché poi la ragione vera (o, comunque, quella determinante) è di ordine istituzionale, non avendo, *perlomeno per questo verso*, la Corte inteso lasciar spazio ad accertamenti d'incostituzionalità (per "inesistenza") fatti dai giudici comuni (si danno, invece, altri elementi di "diffusione" del nostro sistema di giustizia costituzionale, uno dei più significativi dei quali è – come si sa – la tecnica dell'interpretazione conforme, ma di essi non giova ora dire). La pronunzia che ha dato l'occasione per queste notazioni offre un'ulteriore, particolarmente rilevante, testimonianza della preoccupazione costantemente avvertita dalla Corte di invasioni di campo da parte dei giudici comuni, portati talora ad appropriarsi del compito, che la Corte stessa ritiene essere esclusivamente suo proprio, di accertare l'incostituzionalità delle leggi e, in genere, delle norme di primo grado. Una preoccupazione che la Corte non ha taciuto di nutrire molte volte ed in relazione a plurime esperienze (ad es., per ciò che attiene alla eventuale applicazione diretta della CEDU in vece di leggi con essa incompatibili, risolutamente scartata).

<sup>20</sup> Altro è, dunque, chi ha titolo a concorrere alla formazione della norma (lo Stato, coi suoi organi) ed altro ancora chi ha titolo a darne il riconoscimento (un organo estraneo allo Stato, la Corte internazionale di giustizia). E, tuttavia, come sempre avviene in relazione alle norme consuetudinarie (anche di diritto interno), chi le produce per ciò stesso le... *riconosce*. Diverso è, ad ogni buon conto, l'organo giurisdizionale cui compete garantirne l'osservanza.

internazionale e diritto interno fatta propria dal giudice costituzionale<sup>21</sup>, persino – come si viene dicendo – laddove si tratti di norme alle quali si applica (o *dovrebbe* applicarsi) il meccanismo dell’adattamento automatico<sup>22</sup>.

*2. Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale)*

L’aporia di costruzione che risulta dallo iato tra la premessa (la qualifica come “inesistente” della norma oggetto del giudizio) e la conseguenza nell’utilizzo della tecnica decisoria (la dichiarazione d’infondatezza della questione) non è la sola tra quelle rilevabili in seno alla [sent. n. 238](#) al piano degli strumenti processuali. Ancora prima della pronuncia sul caso, vistosa (e francamente inaccettabile) è la dilatazione dell’oggetto del giudizio, che – come si è fatto altrove notare<sup>23</sup> – misteriosamente si sposta da una norma risultante da un “atto”, ad una norma non scritta, quella interna di adattamento.

Il punto è stato toccato in precedenti riflessioni e non indugio ora ad intrattenermi nuovamente su di esso. Parto tuttavia dalla constatazione appena fatta per interrogarmi sui suoi possibili sviluppi nella pratica di là da venire, specie – come si diceva – in quella giudiziale, circoscrivendo lo studio al solo campo di esperienza qui di specifico interesse e non ragionando dunque a riguardo di eventuali proiezioni delle conclusioni raggiunte nella [238](#) in altri campi<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Di “a high peak of a new form of robust dualism” discorre, con riferimento alla decisione in commento, R. KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in [www.qil-qdi.org](http://www.qil-qdi.org), 16 dicembre 2014, § 2 (e ancora: “... not a separation but a divorce of municipal and international law”: § 6).

<sup>22</sup> La distinzione tra ciò che esiste nell’un ordinamento (internazionale) e ciò che (non) esiste nell’altro ordinamento (interno) va comunque tenuta ferma, per la elementare ragione che alle relazioni tra gli ordinamenti stessi (e le loro norme) non può che riguardarsi dalla prospettiva (e per le esigenze ricostruttive) dell’uno ovvero dell’altro, con conseguente, possibile diversità delle qualificazioni.

<sup>23</sup> Mi permetto di fare ancora un richiamo al mio *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti”*, cit.; *adde*, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, cit.

<sup>24</sup> Dubito molto, in ogni caso, che la Corte possa spianare la via all’ammissione del sindacato su norme non scritte diverse da quelle cui fa riferimento l’art. 10, I c., quali ad es. le norme di diritto interno avente natura consuetudinaria. Ad oggi, come si sa, il loro richiamo è valso unicamente in sede di messa a fuoco del parametro costituzionale. Non saprei invero dire quale possa essere il pensiero della Corte nel caso che una norma siffatta dovesse apparire contraria alla Carta costituzionale (specie nei suoi principi fondamentali). Un’ipotesi, quella ora formulata, che giudico alquanto remota, dal momento che, diversamente dalle consuetudini internazionali, quelle aventi origine interna debbono la loro formazione ai massimi organi dello Stato, con l’acquiescenza della comunità che, non facendo ad esse resistenza, implicitamente ne riconosce la validità. Si tratta dunque di vicende governate e pressoché per intero segnate

Le alternative che, in astratto, al piano teorico si pongono sono, a mio avviso, radicali e stringenti, riducendosi ai tre corni seguenti: 1) di considerare quello effettuato con la [238](#) un giudizio del tutto “nuovo” (di “quinto tipo”, com’è stato chiamato da una sensibile dottrina<sup>25</sup>) e, per ciò stesso, come mi è venuto di dire in altra occasione, “mostruoso” (e, di conseguenza, “inesistente”); 2) di considerarlo, invece, non “nuovo”, ma ugualmente “mostruoso”, a motivo delle contraddizioni logiche rese palesi dalla parte motiva della decisione, e perciò ancora una volta “inesistente”; 3) di prendere atto del verdetto emesso dalla Corte, senza sovrapporre alcun personale giudizio al giudizio emesso dalla Corte stessa, verificando quindi quali ne possano essere gli eventuali “seguiti”.

La prima ipotesi mi sembra, per vero, sprovvista di solide basi teoriche. Il giudizio della Corte è stato incardinato con le forme usuali della rimessione per via incidentale e si è quindi svolto nelle forme parimenti proprie di quest’ultima. Non si è dunque in presenza di una competenza nuova, che la Corte si sarebbe data da sé (ciò che, di tutta evidenza, sarebbe stato aberrante, “mostruoso” appunto); si è piuttosto trattato di un uso assai peculiare (e, a dirla tutta, inaccettabile) della competenza a giudicare delle leggi e degli atti a queste equiparati. Ma questa è appunto cosa diversa rispetto alla invenzione di una nuova competenza. La dottrina che ha affacciato questa ipotesi, da me già altrove criticata, mi fa ora notare di non aversi voluto riferire ad una nuova “competenza” bensì

---

dal principio di effettività. L’“inesistenza” della norma, dunque, sarebbe di mero fatto, non già il frutto di una qualificazione giuridicamente sanzinatoria, quale quella che si è avuta nella [238](#). Accenno poi qui di sfuggita al fatto che negare la materiale esistenza della consuetudine in una congiuntura siffatta non equivale a negare in via generale l’esistenza delle norme consuetudinarie, così come invece argomentato da una sensibile dottrina (R. BIN, in più scritti, a partire da *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 38 ss., fino a *I fatti, le norme e la responsabilità dell’interprete*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Zagrebelsky*), con tesi tuttavia a mia opinione discutibile tanto al piano teorico- astratto quanto con specifico riferimento al nostro ordinamento (v., infatti, volendo, il mio *Costituzione e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012). Il misconoscimento della consuetudine come oggetto (non, dunque, come parametro) può, nei fatti, rinvenire giustificazione nella circostanza per cui essa – come si viene dicendo – gode del formidabile sostegno assicurato dall’adesione data da cittadini ed operatori. E invero non può realisticamente ignorarsi il diverso contesto che si ha laddove si faccia questione dell’ingresso in ambito interno di una norma altrove formatasi rispetto al caso di norma invece la cui gestazione risulti profondamente radicata nel tessuto politico-istituzionale del nostro ordinamento, una norma alla cui venuta alla luce un fattivo concorso sia dunque, verosimilmente, venuto dalla stessa Corte; e, così stando le cose, viene difficile immaginare che quest’ultima voglia smentire se stessa dopo un precedente avallo dato al fatto consuetudinario. Ad ogni buon conto, nella pur improbabile ipotesi che il giudice delle leggi dovesse trovarsi davanti ad una consuetudine riconosciuta come contraria a Costituzione, suppongo che la metterebbe puramente e semplicemente da parte, giudicandola cioè “irrelevante” al fine della risoluzione della controversia, astenendosi pertanto dall’“annullarla”, esattamente così come – si vedrà a breve – si ha per altre specie di norme, pure astrattamente suscettibili di essere portate alla cognizione della Corte stessa.

Di tutto ciò, tuttavia, in altro luogo.

<sup>25</sup> L. GRADONI, [Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana](#), in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 10 novembre 2014.

ad un nuovo “giudizio” della Corte<sup>26</sup>; poi però questo stesso studioso ancora una volta elenca i quattro “giudizi” propri della Corte stessa (quelli sulle leggi, sui conflitti, sull’ammissibilità delle domande referendarie, sulle accuse), che altro non sono che le “competenze” suddette. Insomma, possiamo anche cambiare il nome – se così più piace – ma la cosa resta sempre la stessa.

La seconda ipotesi sembra invece essere maggiormente argomentabile al piano teorico. Non c’è tuttavia da farsi alcuna meraviglia dell’esito, invero sconcertante, sulla sua base raggiunto. Non pochi sono, infatti, come si sa, i casi di verdetti francamente inspiegabili o, diciamo pure, “mostruosi” e che, come tali, da se medesimi si portano, a mia opinione, fuori dello scudo protettivo eretto dall’art. 137, ult. c., cost.<sup>27</sup>, ove si convenga che esso presuppone la esistenza delle decisioni alle quali offre “copertura”, pur se le decisioni stesse appiano astrattamente censurabili, non già la loro inesistenza quale conseguenza della mostruosità del verdetto<sup>28</sup>.

Se n’è avuta più di una testimonianza proprio con riguardo alle relazioni tra diritto interno e diritto (in senso lato) esterno (e, segnatamente, internazionale, per un verso, e, per un altro verso, sovranazionale); e – si faccia caso – è la stessa giurisprudenza non poche volte a darla in modo esplicito, per il modo con cui fa utilizzo degli strumenti processuali, rendendo così manifeste le aporie delle costruzioni alle quali pone mano. Un particolare rilievo è infatti, a mia opinione, da assegnare proprio alle tecniche decisorie, più (e prima ancora) che agli indirizzi di merito a cui sostegno esse sono adottate, in sede di verifica della linearità degli svolgimenti argomentativi presenti nelle decisioni della Corte, da cui appunto può appunto dipendere la giuridica “esistenza” di queste ultime<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Ancora L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 15 dicembre 2014.

<sup>27</sup> Per quest’ordine di idee, si tratta poi di stabilire come fare in concreto valere la mancata “copertura” del disposto costituzionale ora richiamato; si vedrà a momenti che può, al riguardo, soccorrere il diritto di resistenza, nelle peculiari forme di cui si riveste nel campo della giustizia costituzionale.

<sup>28</sup> Che poi la esistenza stessa possa essere, ed effettivamente sia, in taluni casi di difficile e comunque opinabile riscontro è cosa diversa, secondo quanto si è già tentato di mostrare ragionando appunto della esistenza della parte motiva delle decisioni della Corte, resa palese da condizioni minime di interna coerenza e sufficienza [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 24 ss.].

<sup>29</sup> In altri luoghi mi sono sforzato di mostrare che il rischio paventato già molti secoli addietro da Giovenale e racchiuso nell’inquietante interrogativo a riguardo di chi possa controllare i controllori può essere contenuto, se non interamente fugato, unicamente laddove si disponga di meccanismi o di indici sufficientemente sicuri, in grado di verificare la linearità degli svolgimenti argomentativi, di cui è parola nel testo. Allo scopo può appunto soccorrere la fedeltà della Corte rispetto a se stessa, un banco di prova particolarmente attendibile della quale si ha proprio sul terreno degli strumenti processuali, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

Faccio solo tre esempi a riprova di questo assunto (ma molti altri ancora potrebbero essere adottati).

Il primo ha riguardo al mutamento d'indirizzo segnato dalla [sent. n. 170 del 1984](#) in ordine alle tecniche decisorie con cui vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. In precedenza, come si sa, si ammetteva che le norme sovranazionali potessero, se sopravvenienti rispetto a quelle interne, determinare l'abrogazione (o, come che sia, la modifica) di queste ultime; la decisione sopra richiamata, invece, lo ha categoricamente escluso. Dapprima, le leggi "anticomunitarie" e successive rispetto alle norme sovranazionali erano sanzionate con la tecnica dell'annullamento da parte del loro giudice naturale, la Corte, per violazione indiretta dell'art. 11 cost.; poi, sempre con la decisione in parola, la Corte stessa ha ammesso di avere sbagliato e si è determinata per la "non applicazione" delle norme interne (sempre che, ovviamente, quelle sovranazionali da esse violate risultino materialmente suscettibili di essere subito applicate in vece delle prime)<sup>30</sup>.

Si faccia caso. Qui, non si è avuto un semplice mutamento, anche radicale, d'indirizzo giurisprudenziale giustificato da situazioni di fatto e/o di diritto sopravvenienti e appunto diverse da quelle anteriori<sup>31</sup>. Si è invece trattato, puramente e semplicemente, di una

---

<sup>30</sup> Seguivo a considerare inspiegabile il fatto che – fermo il bisogno di fare, ancora al presente, appello all'art. 11 a giustificazione, in ambito interno, del primato del diritto dell'Unione –, differenziate rimangono poi le tecniche con le quali il primato stesso si fa valere a seconda che le norme eurounitarie siano, o no, dotate dell'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione, facendosi pertanto utilizzo ora dello schema della invalidità (per violazione di fonte interposta) ed ora invece di quello della "non applicazione" (che implica la validità della norma messa da canto), malgrado appunto la comune "copertura" in ogni caso offerta dall'art. 11 al diritto sovranazionale.

La situazione che viene allora a determinarsi, ogni qual volta una norma di legge non abbia prestato rispetto ad una norma dell'Unione autoapplicativa, parrebbe essere singolare, tale da dar vita ad un problema logicamente insolubile. Perché, per un verso, avendosi indiretta violazione dell'art. 11, dovrebbero comunque attivarsi le procedure volte alla caducazione dell'una norma da parte del suo giudice naturale, la Corte costituzionale, facendosi pertanto utilizzo dello schema usuale della fonte interposta. Solo che in tal modo verrebbe contraddetto il trattato che impone l'applicazione immediata delle norme dell'Unione che appunto presentino l'attitudine ad essere subito fatte valere. D'altro canto, facendosi luogo alla immediata applicazione di tali norme, si metterebbe da canto la "logica" della invalidità, che sarebbe imposta da quello stesso art. 11 che in ambito interno costituisce l'esclusivo e necessario fondamento del primato del diritto dell'Unione.

Insomma, il differenziato regime, articolato nelle due forme della invalidità e della non invalidità bensì della "non applicazione", per l'uno o per l'altro aspetto, lascia comunque insoddisfatti. Mi chiedo allora se non si possa evocare in campo, a mo' di *deus ex machina* in grado di dipanare una matassa in modo inestricabile aggrovigliata, una *metanorma consuetudinaria* giustificativa dello stesso, ancorché non ne sia chiara, dal punto di vista costituzionale, la *ratio*. Come che stiano al riguardo le cose, non è ad ogni buon conto di ciò che siamo oggi nuovamente a discorrere.

<sup>31</sup> Il mutamento, infatti, richiede di conformarsi a ragionevolezza, di essere *quodammodo* prevedibile, appunto alla luce del diverso contesto positivo e fattuale in cui il giudizio di costituzionalità s'inscrive e svolge; restando, di contro, immutata la "situazione normativa" che lo connota e giustifica, il mutamento stesso si rivelerebbe il frutto di un atto di pura autorità, con grave pregiudizio, a un tempo, del carattere giurisdizionale della funzione esercitata (gli atti che ne danno esercizio bisognando sempre di essere



opzione teorica innovativa ed espressiva di un indirizzo metodico irriducibile rispetto a quello a base della precedente ricostruzione dei rapporti interordinamentali, un'opzione frutto – come si diceva – della ammissione di un “errore” anteriore cui era ormai tempo di porre rimedio. Un'ammissione dunque (e a dirla tutta) del carattere “mostruoso” del precedente indirizzo e dei verdetti ad esso conseguenti che, col senno di poi, avrebbero meritato di essere puramente e semplicemente messi da canto ma che, fintantoché non v'è stato il *placet* in tal senso dato dallo stesso giudice costituzionale, non si concepiva che potessero essere messi da chicchessia in discussione. Come dire, insomma, che – può piacere così come non piacere – la “copertura” dell'art. 137, ult. c., vale tanto per le decisioni “esistenti” quanto per quelle “inesistenti”, laddove – come si è tentato di mostrare – così non è (o, meglio, non *dovrebbe* essere)<sup>32</sup>.

Il secondo esempio è, per vero, più incerto ma credo di poter dire ugualmente fattibile; e concerne la condizione della legge di esecuzione della CEDU, specificamente nel caso, a giudizio della Corte astrattamente configurabile per quanto concretamente remoto, che una norma della Convenzione appaia essere incompatibile con norma costituzionale<sup>33</sup>.

---

congruamente motivati e, perciò, giustificati) e della certezza del diritto. Di conseguenza, potrebbe risultarne sollecitata l'attivazione di meccanismi difensivi da parte degli operatori restanti o degli stessi cittadini, volti a porre un argine alle derive autoritarie del massimo garante della legalità costituzionale, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

<sup>32</sup> V'è tuttavia un modo, astrattamente configurabile, per argomentare che l'art. 137 possa valere a “copertura” degli stessi verdetti “inesistenti” della Corte, ragionando nuovamente nel senso che si sarebbe ormai formata per via consuetudinaria una metanorma di riconoscimento della non impugnabilità di *qualsiasi* pronunzia della Corte stessa, al cui avvento e radicamento nell'esperienza avrebbero dato il loro fattivo concorso gli operatori restanti e la stessa pubblica opinione, mostratisi acquiescenti nei riguardi delle pronunzie medesime. Si dovrebbe insomma immaginare l'esistenza di norme consuetudinarie non meramente integrative bensì derogatorie della Costituzione, giusta la lettura in premessa data del disposto di cui all'art. 137 che restringe la “copertura” in parola alle sole decisioni “esistenti”. A prescindere però dalle riserve cui va incontro la categoria delle consuetudini *contra Constitutionem* (e, per taluno, la stessa esistenza delle consuetudini costituzionali *tout court...*), è francamente assai arduo accedere all'ordine di idee secondo cui sarebbe consentito dare un avallo costituzionale a ciò che non... *esiste*.

<sup>33</sup> Ci dice la Corte: ... con *qualunque* norma costituzionale e non soltanto coi principi fondamentali della Carta, per quanto a me pare che, a motivo dei suoi contenuti e della trama a maglie larghe o larghissime dei suoi enunciati, in tutto e per tutto assimilabili a quelli propri delle Carte costituzionali, le norme della Convenzione siano *naturalmente* portate a confrontarsi esclusivamente con principi fondamentali della Costituzione o, comunque, con norme di diritto interno da questi “coperte”. Per quest'aspetto, dunque, le differenze, usualmente intraviste al piano dei limiti, tra la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo (questa, diversamente da quella, essendo tenuta alla sola osservanza delle norme costituzionali espressive di principi) risultano in concreto azzerate, secondo quanto è peraltro avvalorato dall'esperienza che non conosce casi di diverso trattamento all'una ed all'altra Carta riservato. L'assimilazione, poi, può spingersi anche ad altri profili: si pensi, ad es., all'eventualità, espressamente presa in considerazione dalla giurisprudenza, che la CEDU e la Carta dell'Unione (o altra Carta ancora) contengano norme sostanzialmente riprodotte di norme non scritte della Comunità internazionale; nel qual caso, il regime verrebbe a dipendere non già dalla *fonte* (dalla sua provenienza o dalla sua forma) bensì dalle sue *norme*, dall'essere appunto materialmente consuetudinarie, ancorché razionalizzate da questa o quella Carta. Una evenienza, dunque, che porta ad una dissociazione di regime in seno allo stesso documento normativo, alcune sue norme risultando provviste di forza “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*) ed andando pertanto incontro ai medesimi limiti ai quali soggiacciono le norme contenute in leggi costituzionali, mentre



Ebbene, fino alla [sent. n. 311 del 2009](#) la Corte non ha mai taciuto che, verificandosi l'antinomia ora presa in considerazione, la norma convenzionale possa essere sanzionata nella forma usuale dell'annullamento della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”. A partire dalla decisione ora richiamata, invece la Corte si è prudentemente limitata a rilevare l'inidoneità della norma convenzionale contraria a Costituzione ad integrare il parametro costituzionale. Una soluzione teorica, questa, da me già in altri luoghi caldeggiata<sup>34</sup>, in cui si è rilevato che la norma convenzionale incostituzionale sarebbe da considerare “irrelevante” per la soluzione del caso, sì da poter appunto essere meramente “disapplicata” (o, diciamo meglio, “non applicata”), non ostando perciò alla perdurante applicazione di norme di legge con essa incompatibile<sup>35</sup>.

Se si vuole, può intravedersi un'analogia tra la soluzione in parola e quella adottata con la [238](#), in un caso e nell'altro non producendosi la norma interna di recepimento della norma di origine esterna. Come si diceva, però, al piano dei rapporti tra diritto interno e CEDU (e, a me pare, Carte dei diritti in genere), la Corte non ha ancora esplicitato con chiarezza il suo pensiero sul punto.

Un'ulteriore assonanza può poi vedersi tra la fattispecie di cui alla [238](#) e quella che si ha ogni qual volta la CEDU entri in rapporto col diritto interno. In entrambi i casi, infatti, la Corte ha ammesso che le norme costituzionali sulla normazione, quali quelle di cui

---

altre sono provviste di forza “subcostituzionale”, quale – a dire della Consulta – sarebbe propria della CEDU. Alle une norme, dunque, sempre a stare all'ordine di idee patrocinato dalla giurisprudenza, potrebbe anche per il profilo ora considerato darsi in astratto la qualificazione della giuridica “inesistenza” in ambito interno, della quale si è ragionato poc'anzi.

<sup>34</sup> ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

<sup>35</sup> Si tratterebbe, insomma, di far qui uso, a ruoli invertiti, dello schema teorico fatto valere al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno. Invece di “non applicare” la norma interna contraria al diritto stesso, nel caso ora discusso nel testo si dovrebbe “non applicare” la norma convenzionale incompatibile con la Costituzione: con la non secondaria differenza, però, che l'una antinomia può e deve esser rilevata direttamente dal giudice comune, mentre l'altra richiederebbe l'obbligatorio suo accertamento da parte del giudice costituzionale, a meno che non si ammetta (specie a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 allegato alla CEDU) che, una volta consultata la Corte di Strasburgo, possa lo stesso giudice comune (ma solo quello di ultima istanza) determinarsi in ordine alla sussistenza o meno dell'antinomia in parola.

Come che stiano al riguardo le cose e pur laddove dovesse essere tenuta ferma la competenza del giudice delle leggi in materia, a me pare che quest'ultimo potrebbe non tardare molto a dare esplicita accoglienza alla ricostruzione affacciata nel mio scritto da ultimo cit. e qui nuovamente proposta, tanto più dopo la decisione odierna sulla condizione delle norme internazionali consuetudinarie lesive di principi fondamentali: non “esistendo” la norma interna di adattamento, la norma internazionale di riferimento diventa dunque “irrelevante” per la soluzione del caso [l'accostamento tra la soluzione da me patrocinata al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario o convenzionale con quella di cui alla [sent. 238](#) può ora vedersi anche in A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del “doppio binario” alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3027 in nt. 9].

all'art. 10, I c., e 117, I c., cost., possano (e debbano) soggiacere a bilanciamento con altre norme costituzionali, e segnatamente con quelle espressive di diritti fondamentali, avuto specifico riguardo – ha fatto notare la giurisprudenza sulla CEDU<sup>36</sup> – al caso che le norme interne si dimostrino in grado di innalzare il livello della tutela dei diritti stesse rispetto a quello raggiungibile per effetto dell'applicazione di norme convenzionali incompatibili con norme legislative. Si sarebbe tuttavia in presenza di un bilanciamento... *sbilanciato*, risolvendosi esso ad esclusivo beneficio delle norme costituzionali sostantive, col conseguente accantonamento di quelle sulla normazione. Da ultimo, tuttavia, la Corte parrebbe aver preso le distanze da siffatto orizzonte teorico, non ragionando più di un possibile contrasto tra le une e le altre norme costituzionali<sup>37</sup>. A mio avviso, giusta la ricostruzione qui datane e ripresa da studi precedenti, si tratta di una opportuna correzione di rotta, sol che si pensi che – ferma la premessa del previo accertamento della miglior tutela apprestata dal diritto interno rispetto alla Convenzione – nessuna violazione in tesi si dà nei riguardi dell'art. 117, I c., tale da porre l'operatore nella sofferta alternativa di dare la precedenza alla norma sulla normazione in parola ovvero ad altra norma costituzionale, di natura sostantiva, nei cui riguardi quella legislativa contraria a Convenzione si dimostri essere servente. Nessuna violazione, per la elementare ragione che – come si è fatto altrove notare – è la stessa Convenzione (art. 53) a volersi fare da parte davanti a norme interne idonee ad innalzare il livello della garanzia dei diritti.

Non importa, ora, ovviamente approfondire il punto, interrogandosi sullo scenario che potrebbe venirsi a determinare nel caso che il giudizio espresso dalla Corte circa la norma, interna ovvero esterna, idonea ad offrire la più intensa tutela risulti quindi contraddetto da un (anteriore o posteriore) giudizio della Corte europea. Né giova qui stabilire se, nell'ordine interno, siffatti accertamenti competano alla sola Corte costituzionale ovvero se possano (o, addirittura, debbano), *perlomeno in alcuni casi*, venire anche dai giudici comuni e persino solo da questi<sup>38</sup>. Importa solo mettere in evidenza che – come si diceva – le tecniche decisorie possono col tempo cambiare, senza che peraltro si diano

---

<sup>36</sup> V., part., [sent. n. 317 del 2009](#) e successive.

<sup>37</sup> [Ord. n. 223 del 2014](#).

<sup>38</sup> Non è affatto detto, infatti, che due norme poste a confronto, allo scopo di accertare quale di esse porti più in alto il livello della tutela dei diritti, siano reciprocamente incompatibili, sì da giustificarsi che della questione sia investita la Consulta, il ricorso ai cui giudizi presuppone appunto la sospetta esistenza di un'antinomia (da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi diversi da quelli di qui, la controversa questione relativa all'applicazione diretta della CEDU è nuovamente riconsiderata da A. GUAZZAROTTI, nello scritto sopra cit., 3025 ss.).

sopravvenienti elementi, di fatto o normativi, che ne diano la giustificazione o, al rovescio, che diano giustificazione delle tecniche vecchie ed abbandonate.

L'ultimo esempio riguarda proprio l'ambito di esperienza in cui si situa la pronuncia che ha dato lo spunto per questa riflessione. La Corte non confessa nella [238](#) di voler prendere le distanze dall'impostazione data ai rapporti tra norme internazionali non scritte e norme costituzionali con la [sent. n. 48 del 1979](#), specificamente per ciò che concerne il differenziato regime secondo quest'ultima decisione valevole rispettivamente con riguardo al caso che la norma consuetudinaria incompatibile con la Costituzione preceda ovvero segua l'entrata in vigore di quest'ultima: nell'un caso prevalendo, in virtù del principio di specialità, sopra ogni norma costituzionale (e persino sugli stessi principi fondamentali<sup>39</sup>); nell'altro, invece, soggiacendo – come si è veduto – all'osservanza dei principi di base dell'ordinamento<sup>40</sup>. Un regime, invece, ci dice l'odierna decisione che non può mutare, quale che sia l'ordine temporale delle norme in reciproco contrasto, i principi stessi ponendosi comunque a limite invalicabile dalle norme di origine esterna.

Non intendo, ancora una volta, per deliberato proposito, interrogarmi su quale sia la soluzione giusta. Non posso tuttavia trattenermi dal manifestare le mie perplessità nei riguardi della spiegazione ancora di recente data da un'autorevole dottrina a sostegno dell'applicazione in ogni caso delle stesse norme consuetudinarie anteriori, assumendosi che l'art. 10, I c., darebbe per provata una volta per tutte la loro compatibilità con la Carta stessa, sì da non potersi il giudice comune neppure porre la domanda circa la loro validità o "esistenza"<sup>41</sup>. Si trascura tuttavia di considerare che – tranne casi macroscopici di reciproca e frontale contrapposizione, quale quello sopra richiamato a riprova della eventuale presenza di norme "anticostituzionali" – le antinomie non possono né ammettersi né escludersi in base alla data di nascita delle norme in campo, rendendosi pertanto palesi in astratto, *in vitro*, risultando piuttosto apprezzabili unicamente *in vivo*, alla luce cioè del caso, per il modo con cui esso porta alla ricognizione di senso dei

---

<sup>39</sup> Il possibile superamento di questi ultimi – checché se ne dica – nella [238](#) è *per tabulas* attestato dal fatto che, in sede di rimessione della questione decisa nel '79, è stata denunciata la violazione di principi fondamentali, nel merito della quale la Corte tuttavia non si è addentrata chiudendo subito la partita con l'appello al canone della specialità.

<sup>40</sup> L'*overruling* è stato prontamente segnalato dalla più attenta dottrina [P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](#), 28 ottobre 2014, e, ora, T. GROPPÌ, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit.].

<sup>41</sup> G. GUARINO, [Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?](#), in [Consulta OnLine](#), [2014](#), 4 dicembre 2014, § 4.

materiali normativi in campo, alla loro mutua combinazione e complessiva messa a punto<sup>42</sup>.

Piuttosto, la soluzione favorevole a dar spazio a norme consuetudinarie seppur precedenti ed incompatibili rispetto a norme costituzionali, ferma nondimeno l'osservanza dei principi fondamentali<sup>43</sup>, potrebbe ancora meglio essere argomentata, così come – si sa – si è fatto da un'accreditata dottrina, facendo appello al carattere “speciale” delle prime. Eppure, a questa stessa dottrina si è, con altrettanto buoni argomenti, opposto che la prevalenza delle norme costituzionali, ancorché inespressive di principi, nei riguardi di anteriori norme di diritto internazionale non scritto potrebbe giustificarsi nel rilievo che il principio dell'adattamento automatico in via generale stabilito per ogni norma internazionale consuetudinaria potrebbe essere derogato da altra norma costituzionale che appunto osti all'ingresso in ambito interno di norme con essa

---

<sup>42</sup> Fa utilizzo di quest'argomento, da tempo in via generale avanzato e ora diffusamente circolante con riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, con specifico riferimento al caso di cui alla [238](#): P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 17 novembre 2014.

<sup>43</sup> Si è però veduto, richiamando la [sent. n. 48 del 1979](#), che secondo l'avviso al tempo manifestato dalla Corte il canone della specialità potrebbe far da scudo a norme internazionali pur contrarie ai principi di base dell'ordinamento, nel mentre secondo la [sent. n. 238 del 2014](#) l'intangibilità dei principi stessi dovrebbe esser comunque fatta salva.

A mio modo di vedere, entrambi i corni estremi dell'alternativa suddetta, nella loro radicale contrapposizione, non sono da accogliere, la soluzione giusta passando attraverso il costante e necessario bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti (e, perciò, le norme che se ne fanno cura), potendo di conseguenza portare ad esiti ora in un senso ed ora nell'altro. Per ragioni che si sono altrove rappresentate, è infatti altresì da prendere in considerazione il caso di norma (non importa se di origine esterna o interna) che, seppur incompatibile rispetto a questo o quel principio fondamentale, ugualmente abbia modo di affermarsi, laddove si dimostri servente nei riguardi di altri principi fondamentali prevalenti in sede di bilanciamento e, perciò, a conti fatti, risulti in grado di far valere al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, la Costituzione come “sistema”. Può però aversi anche l'inverso; e norme internazionali confliggenti con norme interne che pure, in sé e per sé, non costituiscono principi possono trovarsi costrette a recedere davanti a queste ultime ove risulti provato che è solo così che la Costituzione può affermarsi al meglio di sé, in ragione del contesto in cui s'inscrive ed opera. Si tratta, dunque, di fare, una volta di più, applicazione del canone della tutela più “intensa” dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti appunto nel loro comporsi in “sistema”, facendo luogo ad un bilanciamento anche di tipo diacronico, vale a dire soppesando la “situazione normativa” quale si ha mantenendo in vita la norma *sub iudice* con quella che invece si avrebbe per effetto della sua caducazione ed interrogandosi circa quale di esse comporti il costo maggiormente tollerabile per la Costituzione ed i suoi valori.

Tutto ciò posto, preferisco ora non discostarmi dall'ordine di idee in cui si dispone la comune dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza, quale risulta appunto rappresentato, ancora da ultimo, nella decisione che ha offerto lo spunto per questa riflessione.

incompatibili, se anteriormente venute alla luce<sup>44</sup>. Si avrebbe, in breve, una *rottura della Costituzione*, la norma costituzionale “speciale” prevalendo su quella generale<sup>45</sup>.

Come che stiano le cose, sta di fatto che, riguardando ad esse dal punto di vista della Corte, è palese lo slittamento di piano e, di conseguenza, il mutamento d’indirizzo riscontrabile nel passaggio dalla [sent. n. 48 del 1979](#) alla [sent. n. 238 del 2014](#), quest’ultima palesemente abbandonando il precedente modo di ricostruire le relazioni tra gli ordinamenti (e le norme che vi danno espressione), grazie all’utilizzo di una tecnica decisoria innovativa rispetto a quella posta a base della precedente decisione, una tecnica dunque che – piaccia o no – a conti fatti smentisce e delegittima la vecchia.

Torna così a riproporsi il quesito dietro già formulato: che fare, dunque, laddove si reputi di essere in presenza di usi indebiti delle tecniche decisorie?

*3. L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata*

Ora, è bensì vero che – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi ed ho precisato anche nel mio precedente commento alla [238](#) –, davanti agli errori (specie se macroscopici, “mostruosi” appunto) dei massimi organi del sistema (e, più ancora, dell’organo che tutti può controllare senza essere controllato da alcuno, la Corte), non v’è altra via che quella dell’esercizio del diritto di resistenza, il quale peraltro – come subito

---

<sup>44</sup> Se invece le norme non scritte della Comunità internazionale dovessero venire a formazione posteriormente rispetto all’entrata in vigore delle norme costituzionali, potrebbero prevalere su queste ultime, a motivo della forza “paracostituzionale” di cui sono provviste. L’avvicendamento nel tempo delle norme in parola sarebbe, dunque, governato dal canone della *lex posterior*. Ci si è tuttavia chiesti se ciò che vale al piano dei rapporti tra norme consuetudinarie e norme della Costituzione possa in tutto e per tutto valere altresì a quello dei rapporti con norme di legge costituzionale, segnatamente se queste ultime possano derogare a norme internazionali ormai immesse in ambito interno. La deroga infatti – si è fatto notare – ridonderebbe in deroga al principio di “copertura”, di cui all’art. 10, I c. La qual cosa, mentre – come si vedrà – sarebbe consentita a *norma della Costituzione*, quale manifestazione genuina ed irripetibile del potere costituente, non lo sarebbe a *norma di legge costituzionale*, quale espressione di potere costituito, stante il carattere “fondamentale” del principio stesso. Ad una siffatta ambientazione della spinosa questione sembra però che si possa opporre proprio l’argomento utilizzato nella [238](#), vale a dire che le norme sulla normazione possono soggiacere a bilanciamento con norme sostantive, se del caso dunque recedendo davanti a queste ultime, laddove ciò sia richiesto al fine di assicurare l’ottimale affermazione della Costituzione come “sistema” (sul punto, v. infatti gli ulteriori svolgimenti di cui *infra*).

<sup>45</sup> In realtà, non tanto qui si ha riscontro del canone della specialità, usualmente fatto valere nei rapporti tra norme che si succedano nel tempo, quanto di quello sistematico, puntandosi alla riconciliazione di enunciati apparentemente incompatibili appartenenti al medesimo documento normativo e ricomposti ad unità significativa, appunto grazie alla sottrazione dalla cerchia dei comportamenti astrattamente riconducibili alla norma generale di quelli specificamente riportabili alla norma speciale.

si dirà – ha anche manifestazioni indolori o *soft*. È pur vero tuttavia che l’azionabilità del diritto stesso appare essere alquanto problematica e disagiata.

Non di rado (ed alcuni degli esempi dianzi fatti ne danno conferma), invero, i mutamenti di giurisprudenza della Consulta si devono a ripetute sollecitazioni delle autorità remittenti ovvero ad indicazioni risultanti dalle memorie di coloro che si costituiscono in giudizio. Alle volte, come si sa, si assiste ad un vero e proprio *pressing* dei giudici comuni che, non riconoscendosi nell’indirizzo della Corte, premono con vigore, infaticabilmente, per la sua correzione: vale per il merito e vale anche per le tecniche decisorie.

Non è perciò da scartare l’idea che la stessa questione già decisa con la [238](#) possa tornare davanti alla Corte: la dichiarazione d’“infondatezza”, in vece della inammissibilità, spiana la via a quest’esito. Anche così – se ci si pensa – si fa in modo morbido “resistenza” ad un verdetto della Corte sgradito, giudicato erroneo. L’operazione poi – come si sa – alle volte riesce. Non pochi sono infatti i casi in cui la Corte muta registro, persino convertendo un’anteriore pronunzia d’inammissibilità in una di merito, addirittura di accoglimento. Lo stesso giudice costituzionale, in qualche modo, in relazione a talune questioni o circostanze, mostra di voler incoraggiare quest’esito<sup>46</sup>.

Possiamo, dunque, dividerci circa la qualificazione di siffatte pressioni da parte dei giudici comuni nei riguardi della Consulta, se cioè darne – come un momento fa si diceva – l’opportuna rappresentazione ricorrendo allo schema teorico del diritto di resistenza ovvero se facendo appello ad altre categorie teoriche. Il risultato pratico, nondimeno, non muta, trattandosi pur sempre di esperienze che prefigurano innovazioni anche radicali d’indirizzo della giurisprudenza costituzionale.

Nella circostanza che ha portato all’emanazione della [238](#), l’innovazione al piano delle tecniche decisorie sarebbe, a mia opinione, sommamente opportuna, se non altro al fine di rimuovere quelle aporie logiche di costruzione cui si è sopra fatto richiamo. Mi metto nei panni della Corte e, puntando a tener fermo il sindacato accentrato (in buona sostanza sulle norme internazionali, seppur formalmente) sulla norma interna di adattamento – intento, questo, a chiare lettere enunciato nella decisione in esame –, consiglieri di dichiarare che la norma stessa *ordinariamente* si produce, tranne casi macroscopici di

---

<sup>46</sup> Penso, ad es., all’annosa questione del sovraffollamento delle carceri, giudicata inammissibile dalla [sent. n. 279 del 2013](#), che nondimeno si chiude con un vigoroso monito che prelude al possibile, futuro accoglimento della questione, laddove la condizione non dignitosa in cui versano i detenuti non dovesse risultare – come ci si attende – una buona volta protetta.



invalidità o d'“inesistenza”, per “anticostituzionalità”, della norma internazionale di riferimento. Tra l'altro, con un'affermazione siffatta, la Corte, per un verso, si allineerebbe alla propria giurisprudenza relativamente ai casi in genere di violazione dei principi fondamentali e, per un altro verso, non romperebbe bruscamente rispetto all'indirizzo delineato nella [238](#), facendo peraltro luogo ad un'indicazione connotata da interna duttilità di struttura concettuale (o, diciamo pure, da ambiguità), lasciandosi così le mani libere per soluzioni differenziate (anche al piano tecnico) dei casi che dovessero essere portati alla sua cognizione.

Tornando dunque a pronunziarsi sull'annosa questione dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile, la Corte potrebbe far dipendere l'“esistenza” ovvero la non “esistenza” e la validità ovvero l'invalidità della norma interna di adattamento dalla situazione di fatto su cui s'innesta il diritto di cui reclama tutela chi fa appello al giudice nazionale<sup>47</sup>.

Nel merito della soluzione fatta propria con la [238](#), non esito a dichiararmi convinto che il verdetto della Corte sia giusto, profondamente giusto, muovendo dall'assunto che la dignità della persona sia un bene non bilanciabile<sup>48</sup>, ponendosi piuttosto – come già rilevavo nel mio precedente commento, riprendendo una felice immagine di un'autorevole dottrina – quale la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di reciproca ponderazione<sup>49</sup>. Gracile ed incompiuta resta tuttavia

---

<sup>47</sup> D'altro canto, è di frequente riscontro nelle esperienze di giustizia costituzionale l'assunzione a parametro del “fatto”, che va perciò a riempire il “contenitore” costituzionale che fa ad esso rinvio, significativamente influenzando e talora, a conti fatti, determinando l'esito del giudizio (indicazioni al riguardo, se si vuole, nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in [Consulta OnLine](#), 2014, 6 novembre 2014).

<sup>48</sup> Così, ora, anche G.M. FLICK, [Elogio della dignità \(se non ora, quando?\)](#), in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014. Ha, di contro, ancora una volta riproposto la sua tesi favorevole a che la stessa dignità possa soggiacere a bilanciamento M. LUCIANI, [I controlimiti e l'eterogenesi dei fini](#), cit., spec. al § 4, il quale adduce a sostegno della sua posizione la circostanza per cui si danno condizioni di vita in cui la dignità sarebbe *per tabulas* sacrificata, quale quella dei detenuti. A me pare, tuttavia, che, seppur debba invero convenirsi che allo stato (e perlomeno in molti casi) la detenzione comporta una vistosa e reiterata violazione della dignità, in via di principio (e secondo modello costituzionale) essa può (e deve) aver luogo in modi tali da conciliarsi con l'integrale rispetto della dignità stessa. D'altronde, la stessa Corte costituzionale (nella [sent. n. 279 del 2013](#), sopra richiamata), al pari peraltro della Corte EDU, ha ripetutamente avvertito circa il bisogno di assicurare ai detenuti condizioni di vita comunque rispettose della loro dignità. Una cosa è dunque l'esperienza, un'altra cosa ciò che prescrivono la Costituzione e le altre Carte. Sarebbe, infatti, ben strano e – a dirla tutta – intrinsecamente contraddittorio che si sia prevista la privazione della libertà personale, alla quale – come si sa – si è costretti a far luogo a salvaguardia di beni costituzionalmente protetti dalle norme penali – nella consapevolezza che essa comunque comporti il sacrificio della dignità.

<sup>49</sup> L'immagine della “bilancia” è – come si sa – di G. SILVESTRI, [Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona](#), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 14 marzo 2008; dello stesso, v., ora, le precisazioni che sono in [La dignità umana dentro le mura del carcere](#), in [Dir. pubbl.](#), 1/2014, 3 ss.



l'argomentazione addotta dal giudice costituzionale con la [238](#), specificamente laddove sembra ignorare che le stesse norme sulla normazione (e, segnatamente, quelle che danno l'apertura dell'ordine interno all'ordine internazionale e sovranazionale) possono, per la loro parte, concorrere al pari di altre norme costituzionali alla salvaguardia di valori sostantivi (e, tra questi, dunque, la dignità)<sup>50</sup>.

In realtà, il valore pacifista e quello personalista sono complementari, si danno mutuo ed indefettibile sostegno. Non può esservi piena tutela dei diritti fondamentali della persona se non nella (ed a mezzo della) pace e giustizia tra le Nazioni, che danno senso e sostegno al diritto internazionale e giustificazione alle sue espressioni in ambito interno, così come i valori evocati nell'art. 11 restano privi di significato senza l'effettivo appagamento dato ai diritti. Piuttosto, si tratta – come sempre – di far luogo ad un bilanciamento interno tra norme costituzionali, tutte ed in pari misura portatrici di valori fondamentali, un bilanciamento che non può che farsi in ragione del caso, delle esigenze complessive da esso espresse, del contesto in cui si situa ed ha luogo il bilanciamento medesimo.

Sarebbe, dunque, palesemente incongruo sovraccaricare di valenze ed effetti una decisione che – la si condivida o no – resta del tutto peculiare, fa storia a sé e non si presta – come si è venuti dicendo – ad indebite generalizzazioni, in relazione a “situazioni normative” diverse da quella specificamente giudicata. La Corte non s'è sognata neppure di dichiarare incostituzionale l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile *per ogni caso*; l'ha fatto unicamente per quello portato alla sua cognizione, considerando impossibile la produzione della norma di adattamento nella “situazione normativa” cui la questione di costituzionalità specificamente si riferiva, negli elementi fattuali e normativi che ne davano (e ne danno) la cifra identificante complessiva<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Dalla prospettiva ora adottata, è legittimo il disappunto della dottrina internazionalistica che, in larga schiera, ha deplorato il mancato bilanciamento tra le norme costituzionali sui diritti e quelle che danno l'apertura al diritto internazionale (per tutti, A. TANZI, [Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 26 novembre 2014, spec. al § 1; diversamente, L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso*, cit.); con l'ulteriore precisazione, che mi permetto di affacciare nel testo, secondo cui le norme sulla normazione in genere possono *quodammodo* convertirsi esse pure in norme sostantive o, se si preferisce, esprimere valenze altresì al piano in cui si svolgono le vicende dei diritti, rendendosi dunque a pieno titolo confrontabili con le norme specificamente riguardanti questi ultimi.

<sup>51</sup> È tuttavia chiaro – così perlomeno a me sembra – che, ove si accolga in partenza l'idea della refrattarietà della dignità a soggiacere a bilanciamento alcuno, ogni qual volta essa dovesse venire in gioco in casi diversi la Corte dovrebbe tener fermo il punto di diritto enunciato nella [238](#), salvo a contraddirsi in modo insanabile, vale a dire fa dar vita ancora una volta a verdetti “mostruosi”. Non essendo invece in ballo la dignità, la partita resterebbe aperta ad ogni possibile esito.

4. *La sorte del giudicato civile poggiate sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238*

Opposto all’esito della “resistenza” fatta valere dai giudici comuni e dagli operatori in genere nei riguardi del verdetto emesso con la [238](#) è quello in cui si faccia questione del modo o dei modi con cui dare seguito al verdetto stesso.

Forse, la Corte non ha valutato appieno le conseguenze che potrebbero aversi a spingere fino ai loro ultimi e lineari svolgimenti le indicazioni date con la decisione odierna o, forse ed all’inverso, proprio tali conseguenze sono state volute... Chi potrà mai dirlo?

Ora, giusta la premessa secondo cui la norma interna di adattamento è, nella circostanza odierna, da considerare “inesistente”, a me pare che le pronunzie dei giudici comuni che ne hanno fatto applicazione, ancorché passate in giudicato, siano suscettibili di essere rimesse in discussione; il che vale come dire che il giudicato stesso possa, a sua volta, considerarsi affetto dal vizio radicale di giuridica “inesistenza”<sup>52</sup>. Il giudicato formatosi in applicazione di una norma la cui invalidità (in senso debole) sia stata acclarata e che sia stata pertanto annullata può restare non toccato dalla decisione che abbia accertato l’invalidità stessa, secondo i canoni usualmente vevoli in fatto di rapporti tra giudicato costituzionale e giudicato ordinario. Dubito tuttavia che il giudicato<sup>53</sup> che si faccia scudo di una norma “inesistente” possa reclamare la propria intangibilità, proprio perché lo scudo stesso in realtà non c’era, non *poteva* esserci<sup>54</sup>. C’è dunque da attendersi – a me pare – la riapertura di processi già definiti.

Anche per l’aspetto ora considerato, la tesi favorevole a qualificare come “esistente” seppur invalida la norma di adattamento può disporre di un buon argomento a suo sostegno, sempre che – beninteso – si abbia a cuore di evitare la produzione di un effetto devastante, qual è quello che consegue alla dichiarazione d’invalidità per inesistenza della

---

<sup>52</sup> Diversamente, F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*, § 2.

<sup>53</sup> Così, quello di cui a [Cass., Sez. Un., n. 1136 del 21 gennaio 2014](#), specificamente riguardante il diritto, negato, al risarcimento del danno delle vittime dei crimini nazisti.

<sup>54</sup> Potrebbe, dunque, qui trattarsi di uno di quei casi di pronunzia dal contenuto “impossibile” cui fa riferimento un’autorevole dottrina (A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>6</sup>, Jovene, Napoli 2014, 214) a riguardo delle sentenze civili inesistenti (in argomento, v., part., C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Giappichelli, Torino 1997, e F. AULETTA, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Cedam, Padova 1999, spec. 123 ss.).

norma irrispettosa della Costituzione. Se, di contro, si vuol salvaguardare appieno la dignità delle vittime dei crimini nazisti, puntando all'obiettivo del rifacimento dei processi che hanno dato loro torto, allora è giocoforza tener ferma la qualifica della "inesistenza" della norma di adattamento.

So bene che la conclusione appena raggiunta sarà subito rigettata da quanti rimangono ancorati ad una lettura d'ispirazione formale-astratta dei canoni che governano il processo civile (e, segnatamente, dell'art. 395 c.p.c.), assumendo l'irrilevanza di qualsivoglia errore di diritto, la sua incapacità di travolgere il giudicato. La mia sarà pure una voce fuori del coro o, diciamo pure stonata, ma sento di dover qui incoraggiare una lettura costituzionalmente orientata dei canoni stessi, che saldamente ne ancori i significati ai valori fondamentali dell'ordinamento, primo su tutti appunto quello della dignità.

Se poi dovesse ritenersi che una lettura assiologicamente ispirata non sia comunque possibile, debordandone l'esito dai limiti invalicabili del testo, e che perciò il rifacimento dei processi non sia, allo stato attuale del diritto vigente, consentito, ebbene sarebbe allora da mettere in conto l'eventualità che la Corte, perdurando l'inerzia del legislatore, sia nuovamente adita allo scopo di colmare la lacuna legislativa in parola, analogamente a ciò che s'è fatto con la [sent. n. 113 del 2011](#) nel campo penale<sup>55</sup>. Qui come lì, infatti, la soluzione più adeguata a me sembra essere quella di un'additiva di principio che faccia quindi rimando per i suoi congrui svolgimenti alla futura regolazione legislativa e, nel frattempo, dia modo ai giudici di estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso. È vero che la soluzione ora prospettata è dubbio che possa dare ristoro ai soggetti penalizzati da pronunzie passate in giudicato, per quanto una volta sopravvenuta la dichiarazione d'incostituzionalità, nel senso qui ipotizzato, dell'art. 395 c.p.c. sia da prendere in considerazione l'eventualità che la pronunzia del giudice costituzionale rimetta in termini coloro che ne sono beneficiati, abilitati pertanto a chiedere la revocazione del precedente verdetto poggiante su norma inesistente. In ogni caso, la soluzione qui patrocinata gioverebbe a risolvere per l'avvenire, una volta per tutte, la questione in relazione a fatti rimasti ad oggi privi di esplicito riferimento legislativo<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Nel caso nostro, poi, a maggior titolo sembra giustificarsi l'intervento riparatore del legislatore, sol che si pensi che, mentre con riguardo al caso che ha indotto la Corte a far luogo alla pronunzia del 2011, sopra richiamata, il processo si è celebrato pur contravvenendo alle regole per esso stabilito, nel caso nostro invece è inesistente proprio la regola posta a base del verdetto.

<sup>56</sup> Non occorre qui evidenziare il vantaggio che si avrebbe per effetto dell'addizione al codice di rito, dal momento che essa varrebbe per ogni caso d'inesistenza di norma applicata in giudizio, offrendo dunque quelle garanzie di certezza che non possono comunque aversi in sua mancanza.

La [238](#) non dà alcuna indicazione al riguardo, nel mentre avrebbe potuto far luogo ad un'operazione di giustizia costituzionale maggiormente raffinata e costruttiva, nel senso appunto di caducare la norma di adattamento (perciò “esistente”), aggiungendovi un principio idoneo a porre le basi per un congruo rifacimento del quadro normativo in atto vigente. Con il che si sarebbe, tra l'altro, fugato il rischio di discordanti “seguiti”, astrattamente possibili”, dati al verdetto del giudice costituzionale in difetto dell'annullamento “ricostruttivo” della norma del codice di rito, qui prefigurato<sup>57</sup>.

Anche per ciò che attiene alle sorti delle pronunzie già passate in giudicato, la [238](#) offre indicazioni – a me pare – insanabilmente contraddittorie; ed è proprio su ciò che – come si avvertiva – può far leva la tesi del carattere “mostruoso” della pronunzia della Corte: in un senso, infatti, spinge la dichiarazione d’“inesistenza”, che – come si è veduto – mina ed espone a revisione le pronunzie passate in giudicato; nel verso opposto, invece, spinge la dichiarazione d’infondatezza della questione.

Al di là di ciò che potrebbe aversi in relazione alle pronunzie dei giudici comuni ormai (*apparentemente...*) definite, quanto ai processi *in itinere* (e, ovviamente, a quelli non ancora avviati) è da mettere in conto l'immediato utilizzo a beneficio delle vittime dei crimini nazisti del punto di diritto fatto valere con la pronunzia qui nuovamente annotata (a meno che, come si diceva, non si diano casi di riproposizione, per iniziativa del giudice, della questione già decisa con la [238](#)). Come si faceva però notare in sede di primo commento alla decisione, non v'è da fare molto affidamento circa la possibilità di ottenere ristoro economico per i diritti fatti valere in giudizio<sup>58</sup>. La qual cosa conferma che, malgrado le strutturali differenze esistenti tra tipi di decisione da cui si attendono effetti parimenti diversi e persino opposti, alle volte la situazione “conseguenziale” ai verdetti della Corte praticamente non muta, sia stata accolta ovvero rigettata la questione portata alla cognizione della Corte stessa. È una conclusione – dicevo nel mio precedente commento e debbo ora nuovamente confermare – davvero sconcertante e sconcertante: una vera e propria beffa quella per cui un diritto si trovi ad essere *ricosciuto* ma non pure *garantito, effettivamente garantito*. Uno scenario, questo, che non dovrebbe mai vedersi, concretarsi; se invece se ne ha riscontro è, evidentemente, perché sono difettosi

---

<sup>57</sup> Si sofferma sul punto, con opportuni rilievi, E. LAMARQUE, *Alcune domande sulla sentenza costituzionale relativa ai diritti delle vittime dei crimini di guerra e sui suoi effetti nell'ordinamento interno*, in corso di stampa in *Quest. giust.*, nonché in versione inglese in *Italian Journal of Public Law*, § 4.

<sup>58</sup> Il punto è diffusamente rilevato in dottrina: così, per tutti, A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014*, cit., § 4 ss.; cfr., sul punto, ora, P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in [www.gil-qdi.org](http://www.gil-qdi.org), 16 febbraio 2015, 44 ss.

i meccanismi di garanzia. Quali possano essere gli strumenti più adeguati per aggiustarli non è cosa di cui ci si debba qui fare carico: rientra nelle responsabilità del legislatore, nelle sue libere (o, come si preferisce dire, “discrezionali”) scelte, trovare il modo per dare una persuasiva risposta a chi, dolente, avanza la speranzosa domanda di protezione nei propri diritti (tanto più se a subire offesa è stata la dignità). Si può immaginare un intervento “sussidiario” del nostro Stato, che attinga ad un fondo allo scopo espressamente creato, per risarcire i ricorrenti i cui diritti lesi siano stati riconosciuti; un intervento che, da un certo punto di vista, può anche apparire ingiustificato ma che, da un altro angolo visuale, può invece trovare fondamento nella mancata protezione dallo Stato stesso a suo tempo assicurata ai suoi cittadini, divenuti preda dei criminali nazisti. Si può pensare ad altro ancora. Non è di qui, ad ogni buon conto, proseguire ulteriormente lo studio al piano *de iure condendo*, una volta fatta in partenza la scelta di fermare l’analisi alle sole vicende processuali ed ai loro possibili svolgimenti.

D’altro canto, il compito del giudice si arresta al momento in cui questi consegna i propri verdetti; e qui, oltre la soglia del riconoscimento dei diritti offesi il giudice non può, per suo insuperabile limite, portarsi.

La [238](#) incoraggia a proseguire la battaglia a difesa dei diritti costituzionali calpestati durante la seconda grande guerra; e questo è, in fondo, un merito che va riconosciuto alla Corte che, pur difettando nella tecnica decisoria adottata e negli argomenti che la sostengono, ha coraggiosamente voluto schierarsi dalla parte di persone che molto hanno sofferto in un passato non ancora remoto, che non va comunque dimenticato da coloro che hanno avuto la fortuna di non viverlo.