

G. Puma (a cura di)

a cura di
Giuseppe Puma

Diritto internazionale e sistema delle fonti

Diritto internazionale e sistema delle fonti

*Tra modello accentrato e modello diffuso del
controllo di costituzionalità*



€ 16,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

*Questo volume è stato pubblicato grazie al contributo della Libera Università
Maria Santissima Assunta.*

Diritto internazionale e sistema delle fonti

Tra modello accentrato e modello diffuso del controllo di costituzionalità

a cura di

Giuseppe Puma

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

INTRODUZIONE

- Giuseppe Puma, *Il diritto internazionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano: l'attualità di un dibattito* 3

PARTE I

COSTITUZIONE E DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE

- Francesco Salerno, *Le norme di diritto internazionale "generalmente riconosciute" nella prospettiva della Corte costituzionale* 11
- Pietro Faraguna, *Identità costituzionale e diritto internazionale generale* 39
- Andrea Caligiuri, *Limiti alla efficacia di norme internazionali generali in materia penale nell'ordinamento italiano* 53

PARTE II

TRATTATI E CARTE SU DIRITTI UMANI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

- Stefania Ninatti, *Domesticating the Convention? Diritto interno e Convenzione europea di fronte al giudice costituzionale* 71
- Monica Lugato, *La libertà di culto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti umani: pluralismo religioso, pacifica convivenza e vivre ensemble* 93
- Antonello Tancredi, *La Carta sociale europea come "nuovo" parametro di legittimità costituzionale* 113

Paola Mori, <i>La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel giudizio di costituzionalità</i>	131
---	-----

CONCLUSIONI

Ugo Villani, <i>Brevi note sul valore dei "principi supremi" nei confronti di norme esterne</i>	143
---	-----

Introduzione

Giuseppe Puma*

Il diritto internazionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento italiano: l'attualità di un dibattito

Questo volume raccoglie gli atti del Convegno – tenutosi a Palermo il 23 ottobre 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della LUMSA – intitolato “*Diritto internazionale e sistema delle fonti. Tra modello accentrato e modello diffuso del controllo di costituzionalità*”. L’impegno degli illustri relatori non si è limitato alla trascrizione dei rispettivi interventi, ma, al contrario, è confluito in una raccolta di scritti che riflette un ulteriore approfondimento delle tematiche affrontate nel corso dell’incontro palermitano.

Che il tema dei rapporti tra l’ordinamento internazionale e l’ordinamento giuridico interno sia di grande attualità sembra provato da una molteplicità di fattori: in primo luogo, dalla giurisprudenza costituzionale, chiamata a confrontarsi, sempre più spesso, con fonti sovranazionali. È sufficiente, a questo riguardo, dare uno sguardo alle relazioni annuali della Corte costituzionale, nelle quali, da oramai diversi anni, figura un intero capitolo intitolato “*La Repubblica, l’ordinamento dell’Unione europea, il sistema CEDU e il diritto internazionale*”¹.

Rileva, in secondo luogo, la giurisprudenza ordinaria: sono numerose le fattispecie che impongono *anche* al giudice comune di cimentarsi nell’insolito esercizio di esegesi ed applicazione di norme internazionali. Il riferimento non attiene soltanto agli obblighi dell’Italia in materia di diritti umani, ma anche a quelle norme che, seppur connesse alla protezione della persona umana, afferiscono ad ambiti materiali diversi, quali il diritto internazionale del mare. Si può menzionare, a questo riguardo, l’ordinanza con cui il GIP di Agrigento ha respinto, nel luglio del 2019, la richiesta di convalida di arresto del Comandante della *Sea Watch 3*². In questo caso, al di là del riferimento, del tutto improprio, all’art. 10.

* Ricercatore di diritto internazionale, LUMSA (Palermo).

¹ Cfr., da ultimo, Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018. Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019 presieduta da Giorgio Lattanzi (a cura del Servizio Studi), (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Giurisprudenza_costituzionale_dell_anno_2018.pdf), p. 463 ss.

² Cfr. Tribunale di Agrigento, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza n. 3169/19 R.G.N.R., 2 luglio 2019 (disponibile su Diritto penale contemporaneo, con nota di S. ZIRULIA: <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/6767-1-ordinanza-del-gip-di-agrigento-sul-caso-sea-watch-carola-rackete>). Il caso, ben noto, riguardava le indagini a carico della Comandante della nave *Sea Watch*

1 Cost.³, viene impiegato il complesso quadro normativo in materia di soccorso in mare, sottolineandone la posizione “sovraordinata” rispetto alle fonti interne, anche di rango ordinario⁴. Occorre peraltro rilevare che la Corte di Cassazione ha sostanzialmente confermato questo orientamento, ritenendo «congruamente argomentata» la sussistenza della causa di giustificazione, ricostruita dal GIP facendo leva sull’adempimento del dovere di soccorso in mare⁵. Si pensi, poi, alla sentenza di un altro GIP, questa volta di Trapani, che ha assolto i migranti che si erano opposti, con la minaccia dell’uso della forza, al loro rimpatrio in Libia da parte della nave italiana, la *Vos Thalassa*, che li aveva soccorsi⁶. Il giudice ha riconosciuto in capo agli imputati la causa di giustificazione della legittima difesa. Al fine di individuarne gli elementi costitutivi, il GIP ha richiamato le norme internazionali in materia di ricerca e soccorso in mare, leggendole in combinato disposto con il principio del *non-refoulement*. Nella ricostruzione del giudice di Trapani, la natura consuetudinaria e cogente di questo principio comporta conseguenze sia sul piano internazionale che su quello interno: da un lato, la nullità – *ex art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati* – del Memorandum d’intesa concluso tra Italia e Libia nel 2017, che contrasterebbe in modo decisivo con il principio in questione. Dall’altro lato, e di conseguenza, il GIP rileva anche l’incompatibilità del Memorandum con l’art. 10. 1 Cost., proprio per la sua contrarietà al diritto cogente.

Si aggiungano, in terzo luogo, le indagini della dottrina internazionalistica e costituzionalistica, che da più di un secolo – con dei picchi di “*audience*” registrati in corrispondenza di annate memorabili (1979, 1984, 2007, 2014, il triennio 2017-2019) nelle quali si sono avute fondamentali pronunce della Consulta – mantiene vivo l’interesse per il tema oggetto di questo volume. È innegabile, peraltro, che, per sua natura, l’argomento solleciti altresì le riflessioni di studiosi di altre discipline, come per esempio il diritto civile o il diritto penale, sostanziale e processuale.

Questo volume si sviluppa lungo due direttrici, l’una dedicata al diritto internazionale generale nella giurisprudenza costituzionale, l’altra incentrata sul ruolo e sulla funzione dei trattati e delle carte in materia di diritti umani nell’ordinamento italiano. Entrambi i profili, peraltro, sono stati analizzati dagli illustri relatori, sia da una prospettiva ampia che con riguardo al contenuto di specifici

3, in relazione al delitto di cui al 1100 cod. nav. e 337 c.p., per avere commesso atti di violenza e resistenza nei confronti delle autorità marittime italiane, che intendevano inibire l’attracco in porto della nave in questione, in ottemperanza alla normativa interna in materia di contrasto alla immigrazione irregolare. Per un primo commento alla ordinanza, v. L. GRADONI, L. PASQUET, *Lisistrata a Lampedusa: una riflessione sul caso Sea Watch 3*, in SIDI Blog, 6 luglio 2019, <http://www.sidiblog.org/2019/07/06/lisistrata-a-lampedusa-una-riflessione-sul-caso-sea-watch-3/>.

³ Ordinanza, *supra*, nota 2, pp. 2-3, ove si legge che «tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», cui si riferisce l’art. 10, primo comma Cost., vi sarebbero anche le norme poste da accordi internazionali in vigore per l’Italia, le quali assumerebbero, «in base al principio fondamentale *pacta sunt servanda*, un carattere di sovraordinazione rispetto alla disciplina interna ai sensi dell’art. 117 Cost.».

⁴ Ordinanza, *supra*, nota 2, p. 11.

⁵ Corte di Cassazione, Terza sezione penale, sent. n. 112, R.G.N 30036/2019, p. 10.

⁶ Cfr. Tribunale di Trapani, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, sent. del 3 giugno 2019.

obblighi internazionali, che talvolta costituiscono il reale “banco di prova” del rapporto tra sistemi normativi⁷.

Sullo sfondo si colloca una riflessione sulla nozione stessa di “sistema delle fonti”, fondata sulla consapevolezza che le logiche sottese a ciascuno dei due sistemi, internazionale e interno, talvolta confliggono o *possono* confliggere, in assenza di opportuni accorgimenti ermeneutici, che, comunque configurati, assegnano al giudice un compito di grande rilevanza.

Per quanto concerne il diritto internazionale generale, la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014 ha aperto diverse questioni. Innanzitutto, il modo in cui la Corte costituzionale sembra configurare il meccanismo di adattamento dell’art. 10. 1 Cost.⁸: nell’insegnamento tradizionale e, del resto, nella stessa giurisprudenza della Consulta, questa disposizione veniva ricostruita come una norma *sulla* produzione giuridica, nell’assunto che, per quanto il rinvio al diritto generale fosse automatico, completo e continuo, rimaneva fermo il postulato, rigidamente dualista, che vedeva nell’art. 10 un trasformatore permanente delle norme generali in altrettante norme interne, lasciando per questa via intatto il dogma del monopolio statale del diritto. Ed in effetti, ancora nelle ordinanze di rinvio che hanno condotto alla sent. 238 si impiegava questa impostazione, che la Corte costituzionale, com’è noto, ha stravolto ritenendo che, attraverso il varco dell’art. 10, fosse la stessa norma internazionale generale, *in sé considerata*, ad entrare nell’ordinamento italiano. Questa lettura sembrerebbe avvicinare l’art. 10.1 Cost. all’art. 25 della *Grundgesetz* tedesca, in virtù del quale le norme del diritto internazionale generale “sono parte integrante dell’ordinamento federale”, sulla base di un *dynamische Verweisung*, che darebbe luogo ad una immissione pura e semplice della norma e non alla sua *trasformazione* in norma interna⁹.

Sulla sentenza 238 si è detto di tutto, vale a dire che sarebbe affetta da “inconscievole leggerezza dommatica”¹⁰, da un “eccesso di virtualità”¹¹, da un “evidente afflato etico”¹². Al di là di questo profilo, tuttavia, emerge da questa sentenza una spinta, che si potrebbe definire in qualche misura sovranista/identitaria (se non fosse che il termine si presta, nel linguaggio corrente, ad altro uso) che ha *optato*

⁷ Si vedano, in particolare, i contributi di A. CALIGURI e di M. LUGATO, dedicati, rispettivamente, ai “Limiti alla efficacia di norme internazionali generali in materia penale nell’ordinamento italiano” e a “La libertà di culto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti umani: pluralismo religioso, pacifica convivenza e vivre ensemble”.

⁸ V., sul punto, il contributo di F. SALERNO, *Le norme del diritto internazionale “generalmente riconosciute” nella prospettiva della Corte costituzionale*.

⁹ Sul punto, v. ampiamente H.P. AUST, *Art. 25*, in JÖRN AXEL KÄMMERER/MARKUS KOTZUR (eds.), *von Münch/Kunig - Grundgesetz-Kommentar*, 7th edn., München, 2020, par. 49.

¹⁰ Così R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, Relazione al XX Convegno SIDI, Macerata 5-6 giugno 2015, p. 6 dello scritto (reperibile su <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/RelazioneSIDI.pdf>).

¹¹ Così G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 2015, fasc. 1, p. 57 ss., p. 62.

¹² Così M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogeneità dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, fasc. 1, p. 84 ss., p. 89.

per una lettura conflittuale del rapporto tra i *principi supremi* dell'ordinamento italiano e, appunto, la norma generale rilevante nel caso di specie.

Parimenti problematico appare il ruolo attribuito dalla Corte costituzionale alla Corte internazionale di giustizia, configurata quasi alla stregua dell'organo cui è demandata l'interpretazione *autentica* del diritto internazionale generale, con un malcelato parallelismo con la funzione svolta dalla Corte europea nel sistema della CEDU. In tal modo la Consulta si spoglia del ruolo, che avrebbe potuto e forse dovuto esercitare, nell'accertamento e nella interpretazione della consuetudine in questione, e che probabilmente l'avrebbe condotta ad operare un bilanciamento più attento tra il principio sancito dall'art. 24 Cost. e il valore della apertura dell'ordinamento italiano alle norme internazionali generalmente riconosciute che, per la sua collocazione nella carta costituzionale, sembra assumere il ruolo di principio fondamentale¹³.

La seconda parte del volume attiene a un preciso ambito materiale del diritto internazionale pattizio e del diritto UE, cioè i diritti umani. Questa scelta si basa, in primo luogo, su un dato per così dire "statistico": nelle relazioni annuali della Consulta, figura una sezione a sé, intitolata "*Diritto interno e sistema CEDU*" che è di gran lunga più corposa rispetto a quella, significativamente tenuta distinta, denominata in modo generico "*diritto interno e diritto internazionale*".

Per ciò che riguarda la CEDU, appare utile comprendere, a tredici anni dalle sentenze 348 e 349, quale sia l'attitudine della Corte costituzionale nei confronti della Convenzione (e della Corte di Strasburgo), posto che, in alcuni passaggi (311/2009 e 49/2015) sembra che la Consulta abbia voluto ridimensionarne il reale impatto nell'ordinamento italiano¹⁴. Analogamente, appare essenziale interrogarsi sull'orientamento della Corte nei riguardi della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, da un lato per la centralità del tema nella recente giurisprudenza costituzionale (sentt. 269/2017, 20 e 63 del 2019) e, dall'altro, perché la Carta vive in un rapporto di integrazione crescente, almeno dal punto di vista interpretativo, con strumenti normativi in materia di diritti umani¹⁵. Vi sono poi delle questioni "nuove", ascrivibili all'ambito del diritto internazionale pattizio, e che la Consulta ha ricondotto entro la nozione di "parametro interposto" coperto dall'art. 117.1 Cost.: il riferimento è alla Carta sociale europea¹⁶. Questo complesso sistema, definito "a rete"¹⁷, di tutela dei diritti fondamentali presenta interessanti profili anche dal punto di vista privatistico, con la nozione di ordine pubblico, che funge, talora, da punto di intersezione tra le carte costituzionali e

¹³ Sull'"apertura" dell'ordinamento italiano come "tratto dell'identità costituzionale", v. il contributo di P. FARAGUNA, *Identità costituzionale e diritto internazionale generale*.

¹⁴ Sul punto, si veda il contributo di S. NINATTI, *Domesticating the Convention? Diritto interno e Convenzione europea di fronte al giudice costituzionale*.

¹⁵ V. il contributo di P. MORI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel giudizio di costituzionalità*.

¹⁶ Sul punto, v. il contributo di A. TANCREDI, *La Carta sociale europea come "nuovo" parametro interposto di legittimità costituzionale*.

¹⁷ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema 'a rete' di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 10 luglio 2019.

gli obblighi internazionali in materia di diritti umani, come da tempo puntualizzato dall'Institut de Droit International¹⁸.

Come anticipato, i temi trattati in questo volume si collocano entro due coordinate ben precise: da un lato, la nozione stessa di “sistema delle fonti”, dall'altro (e soprattutto) il ruolo assegnato al giudice, anzi *ai* giudici, all'interno di questo sistema. È del tutto superfluo osservare come oggi il sistema delle fonti dell'ordinamento italiano sia caratterizzato da un evidente pluricentrismo, sebbene sempre ancorato allo schema dualista del principio della esclusività. Questo complesso paesaggio normativo fa sì che la nozione stessa di “sistema delle fonti”, inteso come un insieme normativo coerente e completo, appaia in realtà come un paradigma della scienza giuridica¹⁹, se non addirittura come un dogma metodologico indispensabile al lavoro dell'interprete.

È su questo terreno che si dispiega la complessa tela intessuta dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni. In termini generali, il sistema di giustizia costituzionale accolto in Italia, pur essendo accentrato, è stato definito anche “eclettico”²⁰, poiché reca qualche traccia del sindacato diffuso, con riguardo al ruolo che il giudice comune svolge rispetto alla manifesta infondatezza della questione di costituzionalità. Si comprende quindi la figura del giudice ordinario come “anticamera” della Corte costituzionale²¹. A questo si potrebbe aggiungere un altro aspetto strutturale derivante dall'art. 134 Cost., che esclude dal novero degli atti impugnabili dinanzi alla Corte costituzionale, *quantomeno* le fonti-fatto e gli atti diversi da quelli di rango ordinario, rispetto ai quali, almeno secondo l'insegnamento classico, un margine di manovra era consentito al giudice comune con riguardo alla loro compatibilità con la Costituzione.

La distribuzione di competenze tra giudice costituzionale e giudice comune sembra decisamente sbilanciata a favore della Consulta e ciò appare evidente sia che si guardi alla norma internazionale o eurounitaria come *oggetto* sia che la si assuma come *parametro*: alla notevole sensibilità costituzionale del giudice comune, attento ai valori costituzionali e agli obblighi internazionali incombenti sull'Italia, corrisponde il rinnovato “protagonismo” della Corte costituzionale.

Guardando al ruolo del giudice comune in relazione al diritto internazionale generale, il quadro, all'indomani della 238, appare notevolmente “semplificato”, dato che la Corte costituzionale ha chiarito che ad essa soltanto spetta il sindacato di costituzionalità con riguardo alle norme immesse nell'ordinamento tramite l'art. 10.1 Cost.

Quanto ai trattati e le carte sui diritti umani: osservandoli come parametro, il giudice non può procedere alla disapplicazione della norma interna confliggente, al pari di quanto avviene con il diritto secondario dell'UE. Tuttavia, resta fermo

¹⁸ V. la risoluzione adottata nella sessione di Cracovia del 2005, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, reperibile sul sito https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_fr.pdf.

¹⁹ V., sul punto, R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, reperibile sul sito <https://www.unikore.it/phocadownload/userupload/7d5716ccd2/11%20sistema%20delle%20fonti.pdf>.

²⁰ Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*⁵, vol. II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1984, p. 263.

²¹ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, XIII.

il potere/dovere di interpretare le norme interne secondo il principio di interpretazione conforme, e con l'incognita del possibile ricorso a istituti quali quello dell'accertamento di abrogazione della norma interna successiva incompatibile con un obbligo pattizio. Guardando ai trattati come oggetto, fermo restando "il predominio assiologico della Costituzione", dinanzi a un prospettato conflitto con la Carta fondamentale sembra obbligata la via del giudizio di legittimità costituzionale. Questo stesso atteggiamento "accentratore" pare formarsi, sorprendentemente, anche con riguardo alla Carta UE, che la Consulta genericamente ascrive alla categoria "diritto internazionale dei diritti umani" (quasi trascurando la differenza che essa stessa aveva marcato tra diritto UE e gli altri obblighi pattizi).

Un margine più ampio sembra ipotizzabile con riguardo al confronto tra ordine pubblico, trattati sui diritti umani e Costituzione, rispetto al quale l'art. 16 della l. 218/1995 assegna al giudice un ruolo di grande rilevanza: già prima della cosiddetta "costituzionalizzazione dell'ordine pubblico", si segnalava che in questa sede si realizza eccezionalmente un sindacato diffuso di costituzionalità.

Sembra allora possibile concludere con una riflessione. Nella prospettiva dell'internazionalista, non può trascurarsi un dato: quando si parla di adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale, si intende spesso, *sebbene non sempre*, beninteso, "l'introduzione, nell'ordinamento interno, delle variazioni imposte dalla norma internazionale"²². Con efficace sintesi, autorevole dottrina rilevava che, in tal caso, "l'adattamento (...) non è altro che adempimento dell'obbligo internazionale"²³.

Ci si potrebbe dunque interrogare sulla effettiva "inevitabilità" di talune soluzioni recentemente adottate dalla Corte costituzionale²⁴ e sulla loro rispondenza a quello che, ci pare, possa considerarsi un valore costituzionale: l'apertura, il *favor* nei confronti delle norme del diritto internazionale generale (inteso nella duplice accezione di diritto della coesistenza tra gli Stati e, sebbene in misura minore, della solidarietà internazionale).

Non è superfluo, da questo punto di vista, menzionare due norme reciprocamente correlate, sebbene afferenti a due ambiti diversi del diritto internazionale: l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e il combinato disposto degli artt. 3 e 32 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato: la condotta dello Stato contraria ad un obbligo internazionale, quand'anche motivata dall'obiettivo di tutelare principi costituzionali fondamentali, dà luogo a responsabilità internazionale²⁵.

²² G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1967, p. 85.

²³ Ivi, p. 85.

²⁴ Al riguardo, si vedano le considerazioni di G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1035 ss.

²⁵ V., sul punto, il contributo di F. SALERNO, *Le norme del diritto internazionale "generalmente riconosciute" nella prospettiva della Corte costituzionale*.