

Obiettivo 2. I DIRITTI FONDAMENTALI TRA OBBLIGHI INTERNAZIONALI E COSTITUZIONE

I controlimiti e l'eterogenesi dei fini *

di Massimo Luciani

L'Autore analizza i problemi teorici e le conseguenze dell'operatività del controlimite (artt 2 e 24 Cost.) opposto dalla Corte costituzionale al diritto internazionale consuetudinario con la sentenza n. 238/2014, dubita dell'assoggettabilità a controllo di costituzionalità di una fonte fatto, nella specie consuetudine internazionale, evidenzia i problemi teorici implicati dalla estensione del controllo di costituzionalità alle consuetudini internazionali anteriori alla Costituzione e critica la formula decisoria con cui la Corte costituzionale ha accertato il mancato recepimento interno della immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per crimini di guerra e contro l'umanità. Infine nell'apprezzare il merito della sentenza l'Autore mette in luce l'unità strutturale e la duplicità funzionale dei controlimiti e la difficoltà di dare effettiva tutela sul piano internazionale alla tutela giurisdizionale dei diritti portati all'attenzione dei giudici nazionali.

1. Premessa

La dottrina dei cd. "controlimiti" è stata sempre controversa e ha diviso soprattutto costituzionalisti e comunitaristi: propensi i primi a condividerla, i secondi a contestarla. Anche al di là di queste divisioni di disciplina e di prospettiva, però, molti si sono trovati d'accordo nel ritenerla bella da enunciare, ma difficile, se non impossibile, da applicare, in ciò trovando conforto proprio in una giurisprudenza costituzionale dimostratasi restia a farla valere in concreto. Tutto è cambiato, adesso, con la sent. n. 238 del 2014.

Raramente in una decisione della Corte costituzionale s'incontra il tentativo di sciogliere così tanti nodi

problematici come accade – invece – in questa pronuncia, nella quale per la prima volta si fanno valere, appunto, i "controlimiti" che si oppongono all'ingresso nel nostro ordinamento di norme di ordinamenti diversi confliggenti con taluni intangibili principi costituzionali. Finora, solo i giudici comuni avevano inteso assicurarne concretamente il rispetto: il Consiglio di stato soprattutto¹, negando d'essere tenuto alla pregiudiziale eurounitaria quando l'eventuale contrasto con il diritto europeo sia comunque destinato a rimanere senza effetto se alla sua applicazione nel diritto interno ostano i controlimiti²; la Corte di cassazione più indirettamente, affermando, proprio nella materia affrontata dalla sent. n. 238, che l'im-

*Questo saggio è anche destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

¹ "Soprattutto", è bene precisare, perché la Cassazione ha ragionato essenzialmente in punto di diritto *internazionale* (di interpretazione delle sue norme), mentre l'argomentazione del Consiglio di stato è tutta incentrata nella questione di diritto *costituzionale* dei controlimiti.

² Alludo alla nota dec. Cons. stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207. In quella occasione è stata affrontata l'importante questione degli effetti di una sentenza additiva della Corte costituzionale, che abbia "manipolato" un testo di legge allo scopo di proteggere un diritto fondamentale (nella specie: la salute), concludendo – esattamente – nel senso che il diritto nazionale frutto della "manipolazione" ha una copertura

munità degli Stati dalla giurisdizione non può valere quando sono incisi diritti fundamentalissimi³. Ora la Corte costituzionale si allinea.

Certo, che qualcosa potesse presto cambiare si sarebbe dovuto intuire già dalla Conferenza stampa tenuta da Gaetano Silvestri, presidente della Corte proprio subito prima del redattore di questa pronuncia, quando, facendo il consuntivo della giurisprudenza costituzionale del 2013, osservò che «Il perfezionamento dell'integrazione sovranazionale non deve [...] far dimenticare quanto questa Corte ha affermato in una serie di pronunce (fondamentale la n. 170 del 1984), con le quali ha ricordato l'esistenza di quelli che la dottrina ha definito «controlimiti», vale a dire, i principi ed i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione italiana, che mai potranno essere intaccati da norme esterne di qualsiasi rango e provenienza. Se la sovranità nazionale tende inevitabilmente a restringersi per la maggiore coerenza dei vincoli comunitari, i valori fondamentali che stanno alla base del patto costituzionale devono rimanere integri *sempre e comunque*. Il giudice delle leggi ha, dunque, il dovere di vegliare sull'intangibilità del nucleo essenziale della Costituzione non disponi-

bile da parte di alcuna autorità né nazionale, né sovranazionale, né internazionale»⁴. Una fermezza evidente e forse inusuale, che non solo sembrava voler controbilanciare le aperture eurounitarie della stessa Corte costituzionale (solo da poco risoltasi a rimettere alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia), ma si estendeva anche – come si legge in chiusura del passo – al dominio del diritto internazionale.

Qualche tempo addietro mi era capitato di scrivere che non tutti i cammelli europei possono passare per la cruna dell'art. 11 della Costituzione. Nemmeno tutti i cammelli internazionali, ovviamente, possono passare per la cruna dell'art. 10 ed è molto importante che la Corte si sia ora messa a regolare in concreto il traffico. È altrettanto importante che l'abbia fatto affrontando la questione delicatissima delle responsabilità per i crimini nazisti, affacciandosi, con una tensione etica evidente, sul baratro della coscienza europea del Novecento. Gli interrogativi che sono stati aperti da questa sentenza, però, mi sembrano più numerosi delle risposte che ha dato.

Non a caso, già i commenti “a caldo” sono stati numerosissimi⁵ e non è avventato prevedere un cre-

costituzionale specifica. Proprio tale copertura costituzionale esenta il giudice nazionale di ultima istanza dall'adire la Corte di giustizia pur ove si prospetti l'ipotesi di un contrasto fra diritto interno così “coperto” e diritto eurounitario.

Questa pronuncia ha suscitato varie critiche soprattutto da parte di alcuni comunitaristi, mentre dai costituzionalisti non si è mancato di mettere in luce le sue solide ragioni di diritto – appunto – costituzionale (v., ad es., A. Ruggeri, *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (A margine di Cons. stato, sez. V, n. 4207 del 2005)*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. IX, Torino, Giappichelli, 2006, 398).

³ Cass., sez. un. civ., 11 marzo 2004, n. 5044. La Corte si chiese «se l'immunità dalla giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che [...] assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali». La risposta fu negativa, perché si fecero valere varie norme internazionali sanzionatorie dei crimini contro l'umanità, da ritenersi in qualche modo sovraordinate. Con la conclusione che «Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire, ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie. E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato [...]». Questo orientamento fu confermato da sez. un. civ., 29 maggio 2008, n. 14199; 24 maggio 2008, n. 14201 (ord.) e 20 maggio 2011, n. 11163, ma venne abbandonato dopo la sentenza della Corte internazionale di giustizia della quale si dice più avanti (ord. sez. un. civ., 21 febbraio 2013, n. 4284).

È interessante notare che questo abbandono non è stato indolore. L'ordinanza da ultimo ricordata, infatti, sembra condividere le perplessità già manifestate da Cass. pen., sez. I, 9 agosto 2012, n. 32139, che si ritenne tenuta a “prendere atto” della sentenza della CIG, ma osservò questo: «balza all'attenzione con particolare evidenza che, nell'ambito dell'analisi compiuta dalla Corte internazionale sullo jus cogens, si predica che non vi sarebbe nessun conflitto tra le norme imperative di diritto internazionale e la norma consuetudinaria che concede l'immunità allo Stato, posto che le stesse opererebbero su due livelli diversi, le prime, di natura sostanziale, idonee ad attribuire un valore alle azioni dello Stato e la seconda connotata dal suo carattere procedurale, sicché tra esse non vi sarebbe alcuna interferenza (con la corretta conseguenza per la quale dalla improcedibilità della domanda non si potrebbe dedurre la liceità della condotta dello Stato in violazione dei diritti umani). Tale affermazione ingenera nel Collegio alcune perplessità in relazione alla sua coerenza con i principi generali in materia di interpretazione delle norme, apparendo indebitamente riduttivo confinare la categoria dello jus cogens alla sua sola portata sostanziale, ignorando che la sua effettività concreta si misura proprio alla stregua delle conseguenze giuridiche che derivano dalla violazione delle norme imperative. E – d'altro canto – non appare marginale considerare che proprio la predicata distinzione tra norme «sostanziali» e «procedurali» cagiona null'altro che l'impunità dei soggetti e finisce per riaffermare la poca persuasiva attrazione, nella sfera della esenzione dalla giurisdizione, propria degli atti adottati jure imperii, di atti quali i crimini contro l'umanità che in quella categoria stentano ad essere ricompresi».

⁴ I corsivi sono miei.

⁵ V., al sito www.giurcost.org, in epigrafe al testo della sent. n. 238 del 2014, l'elenco (probabilmente non completo) dei commenti apparsi nel frattempo.

scendo di attenzione della dottrina. In effetti, si tratta di una pronuncia che non può certo passare inosservata. Dai rapidissimi tempi di decisione (le ordinanze di rimessione sono state pubblicate a fine maggio e ai primi di luglio, e già il 23 settembre si è tenuta l'udienza di trattazione) al complesso di questioni processuali affrontate; dalla risistemazione dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale alla ricostruzione del regime giuridico dei cd. "controlimiti": tutto indica che si tratta di un passaggio tutt'altro che trascurabile della giurisprudenza costituzionale. Proprio l'ampiezza delle questioni affrontate sconsiglia un esame analitico e suggerisce di proporre soltanto qualche riflessione – diciamo così – di sistema, sia sul piano processuale che su quello sostanziale. Quelle che seguono, dunque, non sono le pagine di una "nota a sentenza" e vorrebbero anche contribuire alla discussione sul "dopo", sulle prospettive che, oggi, sono state aperte.

2. Alcune questioni processuali

La Corte passa con una certa *souplesse* su una questione classica del diritto processuale costituzionale, qual è quella dell'oggetto del controllo di costituzionalità, sollecitando una serie di dubbi non marginali.

2.1. È noto che il tema dell'oggetto è stato a lungo discusso e che ci si è chiesti s'esso sia dato dagli atti, dalle disposizioni o dalle norme. Non è meno noto che in particolare la giurisprudenza sul cd. "trasferimento" della questione di costituzionalità dal decreto legge alla legge di conversione ha finito per risolvere il problema nel modo (a mio parere) più corretto, chiarendo che oggetto del controllo di costituzionalità sono le norme, sicché è proprio in ragione di questo dato che la censura attinente ad una norma di decreto legge si trasferisce sulla medesima norma una volta novata la sua fonte (una volta, cioè, convertito il decreto legge in legge).

Si deve tuttavia considerare che quella giurisprudenza ha sempre dato per scontato che la *norma* in tanto possa essere oggetto del controllo di costituzionalità in quanto la si possa ricavare da una *disposizione*. Disposizione, però, significa diritto scritto e diritto scritto significa atto normativo. Il testo dell'art. 134 Cost. del resto, non sembra ammettere equivoci, perché il riferimento è esplicitamente alle *leggi* (che sono ovviamente atti) e agli «*atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*». Né sembrano ammetterli gli artt. 1 e 2 della legge cost. n. 1 del 1948 e più ancora l'art. 23, comma 1, lett. a), della legge n. 87 del 1953, perché ivi si precisa che nelle questioni incidentali di legittimità costituzionale devono essere indicate le «*disposizioni*» della «*legge*» o dell'«*atto avente*

forza di legge». Certo, l'art. 136 Cost. fa riferimento alla declaratoria di incostituzionalità di una "norma", ma deve pur sempre trattarsi «*di una norma di legge o di atto avente forza di legge*».

Un sindacato su norme consuetudinarie, pertanto, o in genere su norme di fonti-fatto, non sembra ammesso nel nostro ordinamento: oggetto della *quaestio de legitimitate* (e della decisione che chiude il giudizio) è una norma, ma la qualità della fonte che l'introduce nel nostro ordinamento non è indifferente, dovendosi trattare di una fonte-atto.

Non basta. Le «*leggi*» e gli «*atti, aventi forza di legge*», cui fa riferimento l'art. 134 Cost. devono essere «*dello Stato e delle Regioni*», con conseguente esclusione d'ogni sindacato su norme di fonti non statali o non regionali (l'eccezione delle leggi provinciali, ovviamente, è solo apparente e – comunque – è prevista da una legge costituzionale).

2.2. Ora, a fronte di questi dati di diritto positivo, la sentenza n. 238 sembra seguire una via originale. Esaltando il primato della Costituzione e la natura accentrata del controllo di costituzionalità, sostiene che «*il principio affermato nella [...] sentenza n. 1 del 1956, secondo il quale il controllo di legittimità costituzionale riguarda sia norme posteriori che norme anteriori alla Costituzione repubblicana, vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*», senza porsi più di tanto il problema della loro *fonte*. Quel problema, però, a me sembra cruciale.

Certo, la sentenza richiama, a sostegno della propria conclusione, la storica sent. n. 48 del 1979. Allora si scrisse questo (è il passaggio richiamato dalla sentenza di cui si discute): «*La prospettazione della questione così come formulata dal giudice a quo, riferita all'ordine di esecuzione di cui alla legge n. 804 del 1967, in relazione all'art. 31, paragrafi 1 e 3 della Convenzione di Vienna, appare solo formalmente esatta perché, sul punto che interessa, la disposizione pattizia è meramente ricognitiva della norma di diritto internazionale generale sopra descritta. Il fondamento della questione va considerato, pertanto, con riferimento a quest'ultima norma, ed il vero oggetto del giudizio, cui va rivolto l'esame della Corte, concerne la compatibilità con gli invocati principi costituzionali della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale*». E proprio da questo, mi sembra, si desume l'esistenza di un precedente favorevole al diretto sindacato delle norme internazionali (anche) consuetudinarie. A me sembra che, invece, la sent. n. 48 del 1979 fosse pienamente in linea con l'indirizzo cui sopra ho accennato. Essa, infatti, ebbe cura di precisare che l'impostazione del remittente era «*formalmente esatta*», né poteva essere diversamente: senza l'intermediazione di una fonte-

atto la questione di costituzionalità non avrebbe potuto essere sollevata. Certo, si aggiunse che il «*vero oggetto*» di tale questione era la norma consuetudinaria, ma – ripeto – quella norma poteva essere sindacata *solo* perché se ne era data la “ricognizione” in una norma di legge e *attraverso* quella norma di legge. Ora, se è vero che nel diritto processuale, pur dovendosi a tutti i costi evitare i formalismi⁶, la forma è essenziale, a mio avviso non è possibile procedere ad un diretto scrutinio di costituzionalità di norme consuetudinarie, fosse pure di norme che hanno il “rango” di quelle del diritto internazionale generale.

Fra l'altro, solo impropriamente si parla – appunto – di un “rango” di tali norme, per la ragione semplicissima che questo presupporrebbe il loro pieno inserimento nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, il che però non è, trattandosi di norme di *altro* e ben diverso ordinamento. Quelle norme, pertanto, appaiono doppiamente sottratte al controllo di costituzionalità: perché non sono prodotte da una fonte-atto; perché non appartengono al nostro ordinamento (ancorché questo ad esse si “adeguì”).

La diversa conclusione raggiunta dalla sent. n. 238 del 2014 a me pare fondata sia sul timore di dover finire per dichiarare l'illegittimità costituzionale *in parte qua* dello stesso art. 10 Cost. (ci tornerò fra poco), sia su una premessa sostanzialmente assiologica: che, cioè, non si diano spazi vuoti di controllo di costituzionalità e che il primato della Costituzione non tolleri lacune di tutela. Il che potrebbe anche condividersi, se non fosse che quel primato deve comunque essere assicurato con le tecniche, con gli strumenti e nei limiti che la stessa Costituzione ha fissato. Non a caso, la sentenza n. 238 sostiene che l'art. 134 Cost. assoggetterebbe al controllo accentrato di costituzionalità «*tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo*», sovrapponendo al riferimento alle *fonti* (leggi, atti...) quello alle *norme*. Laddove, a mio parere, insisto, se è vero che oggetto del controllo è la norma, non è meno vero che al controllo non può procedersi in assenza di un'ideale fonte della sua produzione.

La questione, si badi, non è di semplice diritto processuale, perché proprio nella prospettiva del forte collegamento fra i diritti e la loro tutela in giudizio, che proprio la sent. n. 238 scolpisce, la definizione delle regole processuali finisce per delimitare

il campo della protezione effettiva dei diritti. Preciso, però, che far coincidere la tutela dei diritti con la sola loro azionabilità in giudizio, come fa qui la Corte («*Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela*»), sembra riduttivo, perché legislazione e amministrazione sono esse pure parte essenziale del sistema di tutela dei diritti. Né varrebbe dire che proprio dalla legislazione e dall'amministrazione, male esercitate, possono provenire gli attentati per i diritti stessi, cui deve porre rimedio la giurisdizione, perché anche la stessa giurisdizione può essere male esercitata, tanto che l'ordinamento prevede appositi meccanismi per porre rimedio a questa eventualità (dalla revocazione all'interpretazione autentica; dall'azione di responsabilità alla revisione della Costituzione).

2.3. Ma la sent. n. 238 del 2014 va ancora più in là. Una volta stabilito che anche le norme internazionali consuetudinarie possono essere oggetto di sindacato di costituzionalità, afferma anche che non si dovrebbe distinguere fra norme consuetudinarie anteriori e posteriori alla Costituzione, invocando a sostegno di questa affermazione ancora una volta la sent. n. 48 del 1979. Non credo, però, che quella pronuncia indicasse proprio un simile approdo e ritengo – anzi – che allora se ne fosse raggiunto uno esattamente opposto⁷.

La Corte, allora, disse questo: «*Occorre comunque affermare [...], per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)*». Il passaggio è chiaro: il limite dei principi fondamentali opera solo per le norme del diritto internazionale generale venute ad esistenza «*dopo l'entrata in vigore della Costituzione*». Né si trattò di una svista. Subito prima, infatti, la Corte ebbe cura di precisare che, nel caso di una norma consuetudinaria anteriore alla Costituzione (si trattava dell'immunità dei rappresentanti diplomatici dalla giurisdizione civile), «*il denunciato contrasto*» fra quella norma e le norme costituzionali era «*sol-*

⁶ Ho cercato di distinguere i due profili nel mio *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, spec. 34 sgg.

⁷ Semmai, fu la sent. n. 73 del 2001 a trattare indifferentemente le norme consuetudinarie anteriori e quelle successive, ma nell'economia di quella pronuncia la questione era secondaria e il fatto che se ne sia discusso *tout confondu* non è probante.

tanto apparente e risolubile applicando il principio di specialità».

In definitiva, un doppio regime, nel quale le norme consuetudinarie anteriori non soffrivano del limite dei principi fondamentali, opponibile, invece, alle successive. La ragione di questo doppio regime era scoperta: per le norme consuetudinarie anteriori, infatti, la sottrazione al limite si doveva alla presunzione che gli stessi Costituenti avessero positivamente vagliato la loro conformità a Costituzione, ché, in caso contrario, non avrebbero previsto il meccanismo di adeguamento automatico di cui all'art. 10 Cost.⁸. Per le norme successive, invece, nella fatale ignoranza del loro contenuto, il limite non poteva darsi per osservato ed era destinato a riespandersi.

La premessa allora accolta, in definitiva, era quella della piena equiparazione delle norme consuetudinarie internazionali anteriori alle norme *originarie* della Costituzione: come si sarebbe potuta giustificare altrimenti, infatti, l'ordinazione dei loro rapporti in base al principio di specialità? Destinato com'è a regolare i rapporti fra norme di (fonti di) pari grado, quel principio presupponeva l'equiparazione⁹.

Ora, questa impostazione non viene espressamente criticata dalla sent. n. 238, che si limita ad invocare la sent. n. 1 del 1956 e il principio, ivi solennemente affermato, dell'estensione del controllo di costituzionalità delle leggi anche a quelle anteriori alla Costituzione. Senonché, allora l'assunzione della Costituzione a paradigma delle leggi anteriori non era ostacolata da un qualsivoglia "recepimento" delle fonti primarie anteriori da parte della Costituzione, mentre qui (almeno stando alla ricostruzione della sent. n. 48 del 1979) è proprio il recepimento delle norme consuetudinarie anteriori che è in discussione. A fronte di tale recepimento, il solo modo per sindacare la norma anteriore sarebbe stato accogliere la (a mio avviso discutibile) dottrina secondo la quale potrebbero esistere norme

(originarie) della Costituzione incostituzionali, dottrina che ha avuto successo in Germania¹⁰, ma che da noi non è mai stata fortunata¹¹. E, aggiungo, non lo è stata nemmeno nella sent. n. 48 del 1979, che a sostegno della limitazione delle norme internazionali consuetudinarie successive alla Costituzione non a caso richiama, con il principio della rigidità costituzionale, quello della sovranità popolare: è alla sovranità popolare (generatrice della Costituzione) che poteva imputarsi il recepimento delle norme anteriori, mentre è sempre la sovranità popolare che ostacola il recepimento illimitato di quelle successive. È per evitare di raggiungere un simile (invero assai problematico) approdo che si è scelto di concludere come si è concluso, perché – a rigore – diversamente ragionando si sarebbe dovuto dichiarare illegittimo lo stesso art. 10 Cost. «nella parte in cui» consente l'immissione nel nostro ordinamento di norme internazionali consuetudinarie contrarie ai nostri principi fondamentali.

2.4. Un rapido cenno, infine, alla scelta di dichiarare non fondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati.

La tesi della Corte è che quella norma sia in contrasto con alcuni principi fondamentali della Costituzione, fungenti da "controlimiti", sicché «*Ne consegue che la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto*». Giustamente, già i primi commentatori hanno osservato che sulla base di questa premessa la formula esatta avrebbe dovuto essere quella della declaratoria di inammissibilità¹². Invero, delle due l'una: o si ritiene (come a me sembra corretto) che la norma internazionale non possa essere "in sé" sindacata, in quanto

⁸ Sul punto, v. R. Nania, *Nota a prima lettura alla sent. n. 48 del 1979*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 378. Anche la dottrina che ha criticato la sent. n. 48 del 1979 ne dà la lettura che si indica nel testo: cfr., ad esempio, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995, 207 sg.; F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1995, 23.

⁹ Semmai, sarebbe stato opportuno chiarire i limiti e il senso della "equiparazione", visto che – come già detto – si trattava pur sempre di norme di ordinamenti diversi, non ordinabili a mezzo del criterio gerarchico (sicché quel criterio avrebbe potuto riguardare solo la norma internazionale *per come immessa* nel nostro ordinamento, e dunque "nazionalizzata").

¹⁰ V., in particolare, O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, in *Recht u. Staat*, 1951, ora in *Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein/Ts., Athenäum, 1979, 1 sgg. e, in giurisprudenza, *BVerfGE*, 30, 17 sgg.; 34, 19 sgg.; 84, 118 sgg.

¹¹ Non fa eccezione la sent. n. 2 del 2004, per le ragioni che ho cercato di indicare nel mio *Governo (forme di)* in *Enc. dir. – Annali*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2009, 588 sg., nt. 301.

¹² Così A. Ruggieri, *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 *Consultaonline*, 2014; S. Lieto, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 4.

norma d'altro ordinamento, e allora la declaratoria di inammissibilità è inevitabile, oppure si ritiene ch'essa lo sia nella misura in cui è entrata nel nostro ordinamento, ma allora la declaratoria di inammissibilità è altrettanto inevitabile, una volta affermato che in realtà quella norma non è mai entrata nel nostro ordinamento perché contrastante con i principi fondamentali. O la norma è inidonea ad essere sindacata, dunque, o semplicemente non è vigente (come norma del nostro ordinamento). In entrambi i casi, dunque, la relativa *quaestio* è inammissibile.

Va detto, comunque, che la scelta della formula decisoria rileva fino a un certo punto, almeno se si condivide la tesi – a me cara – che anche le pronunce di inammissibilità, quando hanno un certo contenuto (ad esempio quando negano la forza di legge dell'atto sindacato o – come qui accade – la stessa vigenza della norma censurata) producono effetti *erga omnes* tanto quanto le decisioni che si pronunciano nel merito¹³.

3. I controlimiti: strutturalmente uni, funzionalmente bini

Ma veniamo al merito della decisione e, anzi, subito ai suoi meriti. Che stanno, a me sembra, soprattutto nell'evidente afflato etico che la anima e nell'aver finalmente chiarito quanto una precedente pronuncia, la sent. n. 73 del 2001, aveva solo fatto intendere, e cioè che i principi "fondamentali" o "supremi", che conferiscono alla Costituzione la sua stessa identità, sono i medesimi quale che sia il campo materiale della loro applicazione: che si tratti, cioè, dei rapporti

Stato-Chiesa; del diritto sovranazionale; del diritto internazionale; della revisione della Costituzione¹⁴. Una sola etichetta può bastare a indicarli ed è "controlimiti", lemma che la Corte impiega tra virgolette, ma che d'ora in avanti sarà ben possibile utilizzare senza specifiche cautele, una volta che è stato acquisito al lessico giurisprudenziale non solo dei giudici comuni¹⁵, ma anche della Corte costituzionale.

L'unitarietà dei controlimiti, in effetti, pare essere logicamente imprescindibile. Se essi sono dati dagli elementi caratterizzanti – appunto – l'identità costituzionale, non è ragionevole immaginare che l'identità cambi o possa essere diversamente declinata o tutelata in questo o in quel campo del manifestarsi di un potere giuridicamente organizzato. I controlimiti, dunque, sono "uni" perché non possono non esserlo, così come l'identità della persona non cambia a seconda della prospettiva dalla quale la si riguarda.

Eppure, a questa esatta premessa dell'unità strutturale dei controlimiti si affianca quella che a me pare la loro duplicità funzionale, che emerge proprio nella sentenza della quale stiamo discutendo.

La funzione originaria della dottrina dei controlimiti è nota e la stessa giurisprudenza ne è perfettamente consapevole. Come si legge in una recente pronuncia della Corte di cassazione, quella dottrina è stata «*elaborata da alcune Corti costituzionali interne come difesa della sovranità statale nel caso in cui questa fosse minacciata dal primato comunitario in alcuni valori considerati irrinunciabili dall'ordinamento interno*»¹⁶. Si tratta, dunque, di un usbergo della statualità. Un usbergo, è bene precisare, benvenuto e indispensabile¹⁷.

¹³ Rinvio, sul punto, al mio *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, spec. 130 sgg. Dubito, pertanto, che una pronuncia di inammissibilità avrebbe davvero autorizzato il "fai da te" dei giudici comuni temuto da S. Leone, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 4. Dubito anche, poi, che la preferenza accordata alla formula della non fondatezza possa giustificarsi con la considerazione che "una decisione di inammissibilità, non implicando valutazioni di merito, non avrebbe offerto lo spazio necessario per considerazioni più articolate sul piano interpretativo" (così S. Lieto, *Op. loc. cit.*). Esattamente le stesse parole che la Corte ha scritto per motivare l'infondatezza, infatti, avrebbero potuto essere usate per motivare l'inammissibilità, identico essendo – sino all'inopinata conclusione in concreto raggiunta – l'itinerario argomentativo da seguire.

¹⁴ Analogo apprezzamento in P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2.

¹⁵ Nella giurisprudenza comune, v., dopo la sent. n. 238 del 2014, Cass. civ., sez. lav., 13 novembre 2014, n. 24221; prima, ad es., Cass. civ., sez. V, 11 novembre 2012, n. 22577.

¹⁶ Cass. civ., sez. V, 26 settembre 2012, n. 16352. Anche in dottrina, del resto, non si è dubitato di questa funzione e di questa origine storica della dottrina dei controlimiti. V., ad es., tra i molti, G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2009, 24, ad avviso del quale il processo di integrazione europea avrebbe incontrato "alcune resistenze da parte delle Corti supreme di alcuni Stati membri (Italia, Germania, Francia, Spagna...), elaborate a «difesa» delle sovranità statali quando si rilevassero minacciate dal «primato» comunitario in certi valori considerati irrinunciabili del proprio ordinamento interno".

¹⁷ Che postularne la necessità equivalga ad accogliere un approccio dualista, piuttosto che monista, ai rapporti fra diritto interno e diritto internazionale è, a mio avviso, assai probabile (la questione è posta, ma lasciata aperta, da M. Arcari, *Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014*, in *QIL*, II, 2014, 3; nel senso, invece, che proprio la sent. n. 238 del 2014 esprima una forma di robusto dualismo,

Non è certo un caso che di una dottrina dei controlimiti si sia avvertita la necessità proprio quando la statualità era sfidata: quando lo Stato – cioè – doveva confrontarsi con altri “ordini” (per dirla con l’art. 7 della Costituzione), come la Chiesa, l’Unione europea¹⁸, ora l’ordinamento internazionale. Reclamare l’intangibilità di alcuni principi significa dare un senso alla perdurante qualificazione dello Stato come soggetto sovrano, che, proprio in quanto *superiorem non recognoscens*, può autodefinire la propria identità e tutelarla nei confronti di chiunque. Insomma, fra controlimiti e sovranità statale v’è una corrispondenza biunivoca.

Ebbene, adesso sembra doversi dire che se questa corrispondenza biunivoca c’era, ora non c’è più, almeno non sempre e non per ogni profilo. La Corte, infatti, segnando un’interessante eterogenesi dei fini, utilizza i controlimiti non già per tutelare, ma per limitare la statualità, escludendo che alcune categorie di atti o comportamenti, sia pure adottati o tenuti *iure imperii*, siano sottratti all’altrui giurisdizione, come – invece – è sempre stato sin dall’avvento dello *ius publicum europaeum* (salve le eccezioni che possono liberamente essere negoziate dagli stessi Stati). Si avverte, qui, una prova ulteriore della crisi dello Stato.

Alla fine del primo decennio del secolo passato Santi Romano, si sa, prendeva atto della crisi dello Stato moderno, ma a me è sempre parso che quella crisi recasse un *segno* molto diverso dalla presente. Allora, le cause della temuta disgregazione erano tutte interne allo Stato, o per meglio dire al rapporto fra lo Stato e la “sua” società civile, mentre oggi i fattori della crisi si situano prevalentemente al di fuori di esso, ricollegandosi all’impetuoso sviluppo dei fenomeni di globalizzazione e alla crescita di istituzioni internazionali o sovranazionali che erodono progressivamente lo spazio residuo della sovranità statale¹⁹.

L’erosione avviene sovente ad opera di istanze giurisdizionali e anche questo corrisponde bene allo spirito dei tempi, segnato dalla crisi di legittimazione della politica e dalla progressiva giurisdizionalizzazione del conflitto. Il fenomeno, in parte dovuto a dati oggettivi (l’incapacità delle classi politiche di recuperare la loro funzione sistemica e la rinuncia alla pretesa illuministica di progettare politicamente il futuro), è anche sorretto da un atteggiamento culturale di favore, che preferisce affidare il conflitto alla giurisdizione non solo perché il canale decisionale politico è inaridito, ma anche perché si ritiene che la giurisdizione stia in qualche modo più dentro la società civile che dentro la società politica, sicché sarebbe parte di quel complesso meccanismo di autoregolazione sociale che oggi viene sempre più spesso preferito all’eteroregolazione politica. Non posso qui argomentare le ragioni della mia contrarietà a un simile indirizzo²⁰, ma devo constatare come – almeno a mio parere – ne sia oggettivamente manifestazione la sent. n. 238 del 2014.

Stavolta, certo, c’è una differenza significativa, perché l’estensione dell’ambito della giurisdizione non avvantaggia istanze internazionali o sovranazionali, bensì schiettamente nazionali. Anzi, la pronuncia in questione è palesemente – e direi esplicitamente – in collisione con una nota decisione della Corte internazionale di giustizia, che si era attestata sulla tesi più classica²¹. La sostanza del fenomeno di ampliamento della sfera della giurisdizione, però, non cambia. E, del resto, pare esprimere una tendenza che la Corte costituzionale aveva già manifestato, in particolare quando aveva recentemente “salvato” la dottrina dell’insindacabilità degli atti politici, ma con molti significativi *distinguo*²². Eterogenesi dei fini, dunque: la dottrina dei controlimiti, elaborata per difendere lo Stato in un contesto generale che lo vede esposto alle più varie forme di erosione della

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 QIL, II, 2014, 6, imputandole di aver addirittura commesso un “murder of international law through municipal law”, *ivi*, 11).

¹⁸ È questo, anzi, il dominio nel quale la dottrina dei controlimiti ha trovato fertile terreno di sviluppo, peraltro generando – come è ben noto – più di una discussione fra costituzionalisti e comunitaristi (le ragioni dei primi sono esposte, ad es., da A. Ruggeri, *Le fonti del diritto eurounitario ed i loro rapporti con le fonti nazionali*, in AA. Vv., *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, 4^a ed., Torino, Giappichelli, 2014, 308 ss.; quelle dei secondi, ad es., da G. Strozzi, *Limiti e controlimiti*, cit., 24 ss.).

¹⁹ Usavo queste stesse parole nel mio *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 125.

²⁰ Alcune riflessioni in proposito sono nel mio *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012, 1 sgg.; *Giur. cost.*, 2012, 3823 sgg.; AA. Vv., *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, ESI, 2013, 749 sgg.

²¹ Sent. 3 febbraio 2012, *Germania c. Italia* (con intervento della Grecia).

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 81 del 2012.

sua sovranità, finisce per diventare il grimaldello per un'ulteriore assoggettamento della sovranità statale a limiti. Controlimiti strutturalmente uni, allora, funzionalmente bini²³.

4. I diritti protagonisti

Se la Corte è giunta alla conclusione che sappiamo è soprattutto perché ha fatto leva sulla dignità umana. È la dignità, infatti, che è presidiata dai parametri invocati dal remittente: gli artt. 2 e 24 Cost. «*Il primo*», dice la Corte, «è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile».

Ora, quando si invoca il paradigma della dignità umana, si corrono, a mio parere, rischi considerevoli, a meno che non lo si colleghi ad altri paradigmi capaci di specificarne adeguatamente il contenuto. Vediamo.

a) In assenza di specificazione, le concezioni della dignità umana possono essere le più varie, perché i più vari sono i *Menschenbilde*. Il caso del fine vita lo dimostra a sufficienza: cosa è più “degnò”? Aiutare a (o almeno non impedire di) morire quando il titolare del bene-vita non ne vuole più godere, o impegnarsi sempre e comunque per la sua tutela? Se nella nota sent. sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, relativa al “caso E.”, la Corte di cassazione avesse deciso in ragione del

solo paradigma della dignità e non si fosse appoggiata sul ben più saldo fondamento del diritto a non farsi curare non sarebbe riuscita – credo – a decidere senza arbitrio.

b) La dignità è assolutistica e costituisce il miglior esempio della schmittiana *Tyrannei der Werte*. Non a caso buona parte della dottrina che la pone al centro dell'edificio costituzionale tende ad escludere la sua bilanciabilità, perché sembra davvero difficile identificare valori alternativi capaci di contrapporsi più o meno vittoriosamente all'esigenza di proteggerla²⁴. A me sembra, invece, che proprio la Costituzione faccia chiaramente intendere che la dignità si possa bilanciare con altri valori costituzionali: come giustificare, ad esempio, se così non fosse, una realtà ben poco in armonia con l'umana dignità qual è il carcere²⁵? Non a caso, l'art. 27, comma 3, Cost., si limita alla prudente prescrizione che la pena detentiva sia rispettosa del ben diverso «*senso di umanità*», dando così per scontato che la dignità risulti – inevitabilmente – compromessa pel solo fatto della limitazione della libertà personale (che è, appunto e ovviamente, libertà della *persona umana* – presupposta proprio da chi esclude il bilanciamento come degna – nella concretezza della sua esperienza di vita)²⁶.

c) Ancor più rischioso è collegare la dignità e il diritto di difesa, come invece fa la sent. n. 238 del 2014. Se, infatti, l'*an* della difesa in giudizio viene connesso alla dignità, è assai difficile non legarvi anche il *quomodo*, sicché diverrebbe molto difficile conservare la nota e consolidata giurisprudenza sulla modulabilità del diritto di difesa a seconda della logica dei singoli procedimenti.

²³ Non si potrebbe obiettare che la negazione dell'immunità di uno Stato sarebbe compensata dall'espansione della giurisdizione dell'altro, sicché, dal punto di vista della statualità, il giuoco finirebbe per essere a somma zero. Proprio l'immunità dall'altrui giurisdizione è un tratto storicamente caratterizzante della sovranità statale entro la comunità internazionale, mentre la limitazione della giurisdizione (si pensi all'insindacabilità degli atti politici, pur nella sua già segnalata parabola discendente) non mette in discussione la sovranità, specie quando ne è – anzi – il tradizionale corollario.

²⁴ Penso, in particolare, a G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Rivista AIC*, 14 marzo 2008, e alla sua nota affermazione che «La *supremitas* della dignità la innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima» (cors. nell'orig.).

²⁵ Quanto si dice nel testo abbisogna di una precisazione. Parrebbe, infatti, che anche qui si dia per scontato che una qualche nozione di “dignità” (non astrattamente identificata per le sue determinazioni formali, ma contenutisticamente riempita di senso) sia data per scontata: come si potrebbe ritenere, infatti, che il carcere non sia in armonia con l'umana dignità, se di questa non s'avesse un concetto? In realtà, quel che si tenta nel testo è un giuoco di identificazione con la posizione dei sostenitori della tesi – diciamo così – ottimistica: intendo dire che nemmeno ponendosi dal loro punto di vista (quello della concreta definibilità ed operatività, in assenza di altre determinazioni costituzionali, del principio del «pregio ineffabile della persona umana») si riesce a dimostrare che nelle stesse costituzioni contemporanee la dignità sarebbe posta al riparo da qualunque limitazione, condizionamento o bilanciamento.

²⁶ Non solo i dati dell'esperienza pratica, dunque (come invece ritiene A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti”*, cit. 9, nt. 32), confortano l'opinione della bilanciabilità della stessa dignità umana (e quindi l'impossibilità di qualificarla metavalore), ma anche quelli dello stesso diritto positivo.

Per la verità, la sentenza n. 238, pur così netta nell'affermare l'esigenza di protezione della dignità umana, non ne esclude l'immissione nel bilanciamento, assoggettandola a limiti. Ogni limite «*deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile*», la cui sussistenza, tuttavia, la Corte qui nega, perché «*[non] si ravvisa, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, un interesse pubblico tale da risultare preminente al punto da giustificare il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali (artt. 2 e 24 Cost.), lesi da condotte riconosciute quali crimini gravi*». Anzi, caratterizzandosi il controlimito per l'affermazione del necessario «*rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale*», ne viene che deve essere escluso che «*atti quali la deportazione, i lavori forzati, gli eccidi, riconosciuti come crimini contro l'umanità, possano giustificare il sacrificio totale della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini, nell'ambito dell'ordinamento interno*». Con il che, però, il problema è più posto che risolto, perché il punto che occorre dimostrare non era tanto il pregio dei diritti lesi dagli atti *iure imperii* dello Stato straniero, quanto l'assenza di pregio dell'interesse all'intangibilità di quegli atti davanti al giudice dell'altro Stato, interesse la cui caratura internazionale è indiscussa²⁷, ma che proprio per questo avrebbe dovuto essere vagliato nella sua eventuale dimensione costituzionale²⁸.

5. In prospettiva

Le prospettive aperte da questa pronuncia sono incerte. È evidente ch'essa si pone quale momento di un possibile “dialogo fra le Corti”²⁹, laddove, pur rivendicando esclusivamente a se medesima «*il compito di assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibilità*

della norma internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati con i predetti principi», precisa che ciò ha «*l'effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale*». Trattandosi di un auspicio è difficile dire, scrutando il futuro, quali potranno esserne gli esiti: se – cioè – l'appello della nostra Corte sarà ascoltato o se, invece, sarà letto come un atto di sfida alla giurisdizione internazionale, ferma nelle sue pregresse acquisizioni. Quel che più conta è altro.

Se è vero che i controlimiti – come la sent. n. 238 ha opportunamente chiarito – sono sempre i medesimi, non sono i medesimi gli effetti che la loro applicazione può produrre. Il caso più comune è quello dei rapporti concordatari e di quelli sovranazionali. Quando essi si scontrano con i controlimiti sono chiari i passi processuali e i loro effetti: esclusa dall'art. 134 Cost. la declaratoria d'incostituzionalità di una norma d'altro ordinamento, occorre dichiarare illegittima la norma interna che la immette nel nostro. Di conseguenza, si determina con ogni probabilità una violazione dell'assetto negoziale dei rapporti fra il nostro Stato e la Santa Sede ovvero gli altri Stati e spetterà alla giurisdizione competente (internazionale o sovranazionale) stabilire se essa sia o meno fonte di responsabilità. In ogni caso, lo Stato italiano potrà sempre denunciare il trattato nelle forme previste dal diritto internazionale, recedendo dagli impegni precedentemente assunti.

Le cose vanno diversamente quando i controlimiti si oppongono al diritto internazionale consuetudinario (per quello convenzionale, il problema in genere non si pone, perché i comuni trattati, come si sa, trovano il proprio limite in *tutte* le norme costituzionali). In questo caso, infatti, il recesso dagli impegni non è possibile, per la semplice ragione che lo Stato non può scegliere se far parte o meno della società internazionale, del-

²⁷ V., da ultimo, proprio in commento alla sent. n. 238 del 2014, P. De Sena, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law*, in *QIL*, II (2014), 22 sg.

²⁸ Mi sembra non dissimile il rilievo di A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2.

²⁹ Lo auspica, ad es., R. Dickmann, *Il “Diritto al giudice” di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost., sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)*, in *Federalismi.it*, n. 22/2014, 23, e non ne escludono il successo L. Gradoni, *Corte costituzionale italiana “controvento” sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 3, e P. De Sena, *The judgment of the Italian Constitutional Court*, cit., 25 sg. Esattamente osserva A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014*, cit., 3, però, che l'efficacia dell'iniziativa italiana al fine della modificazione della norma internazionale generale è inficiata dall'evidente divergenza di posizione di giurisdizione, Governo e Parlamento. Il che mi sembra opporre un realistico dubbio all'affermazione che «*il coraggio e/o la lungimiranza di singole Corti nazionali sono elementi fondamentali nel costruire le norme consuetudinarie internazionali, specie quelle sui diritti umani*» (così A. Guazzarotti, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, 2).

la comunità degli Stati. Potrebbe autoescludersi dall'Organizzazione delle Nazioni unite, ma sarebbe cosa diversa, perché i vincoli derivanti dal diritto internazionale generale resterebbero. La tutela della propria identità, dunque, non ha un vero strumento operativo per farsi valere. È per questo che la soluzione trovata dalla sent. n. 49 del 1979 sembrava accorta, nella misura in cui escludeva in radice il contrasto fra norme internazionali consuetudinarie anteriori e principi fondamentali della Costituzione. Semmai, non spiegava espressamente cosa si sarebbe dovuto fare nell'ipotesi di un contrasto con quelle successive. Implicitamente, però, faceva capire che lo si sarebbe dovuto risolvere sul piano dei rapporti di forza e dell'iniziativa politica: poiché anche la nostra Repubblica partecipa alla formazione del diritto consuetudinario, il problema era posto nei termini dell'egemonia e della capacità di indirizzo dei processi internazionali.

La via percorsa dalla sent. n. 238 del 2014 è opposta e disloca, una volta di più, sul terreno del rapporto fra giurisdizioni la questione che trentacinque anni fa si lasciò al libero dispiegarsi del confronto politico. E la nettezza del *dictum* della Corte renderà assai difficile la manovra dei giudici comuni, che non vedo come potranno sottrarsi – se richiesti – alla nuova commissione di quello che la CIG ha qualificato come illecito internazionale, disponendo il sequestro o l'iscrizione di ipoteca sui beni dello Stato responsabile di crimini contro l'umanità che siano aggredibili nel territorio nazionale. Il che, alla fine, potrebbe comportare di bel nuovo la nostra responsabilità internazionale, con la conseguenza che il vero pregiudizio patrimoniale si potrebbe determinare proprio in capo allo Stato che ha rivendicato la giurisdizione. Insomma: e se al di là delle apparenze valesse il principio *cuius regio eius et indemnitas*³⁰?

³⁰ Alla fine, dunque, osserva esattamente R. Kolb, *The relationship between the international and the municipal legal order*, cit., 14, sarà il contribuente italiano, non quello tedesco, a pagare (magari, anche perché, aggiunge, qualche etiope, greco o albanese potrebbe convenire in giudizio la Repubblica italiana per i crimini commessi durante il fascismo).