



Rivista N°: 3/2020
DATA PUBBLICAZIONE: 03/08/2020

AUTORI: Nicola Canzian*, Elisabetta Lamarque*

DUE PESI E DUE MISURE. I TRATTATI INTERNAZIONALI SUI DIRITTI UMANI E GLI “ALTRI” OBBLIGHI INTERNAZIONALI SECONDO I GIUDICI ITALIANI**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Tesi. Due pesi e due misure. – 3. L’inserimento in Costituzione del vincolo degli obblighi internazionali: una soluzione nuova a un problema antico. – 4. Sulla cresta dell’onda. Il trattamento “di alto profilo” delle norme internazionali che riguardano i diritti umani. – 5. Il trattamento giurisdizionale “di base” degli “altri” obblighi internazionali. – 6. Le ragioni del differente trattamento.

1. Premessa

Già tredici anni sono trascorsi dal deposito delle sentenze gemelle¹, con le quali come si sa la Corte costituzionale ha applicato per la prima volta il testo della nostra Costituzione, riformato qualche anno prima, che pone a carico della legislazione interna il vincolo, prima inesistente, degli “obblighi internazionali” assunti dallo Stato italiano. Le due sentenze hanno fissato alcuni punti fermi, dai quali non si è più tornati indietro, ma hanno aperto anche molti interrogativi, a cui nel corso del tempo si è tentato di dare risposta.

Da allora molta acqua è passata sotto i ponti. Strada facendo non solo sono stati apportati diversi aggiustamenti all’impostazione iniziale, ma i nuovi problemi che si sono via via affacciati hanno indotto a sperimentare e poi a consolidare soluzioni interpretative nuove, al punto che oggi si può dire che l’edificio giurisprudenziale abbia ormai preso una sua forma ben riconoscibile nello *skyline* del nostro ordinamento, anche se il grande cantiere dell’art. 117, primo comma, Cost. resta ancora aperto.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università di Milano-Bicocca.

* Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico nell’Università di Milano-Bicocca.

** Il contributo è frutto della riflessione congiunta dei due autori. La stesura del testo è attribuibile a Elisabetta Lamarque per i parr. 1, 2 e 3 e a Nicola Canzian per i parr. 4, 5 e 6.

¹ Ci si riferisce naturalmente a Corte cost., sentt. n. 348 e n. 349 del 2007. Le chiama così M. Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3564 ss.

Questo contributo tenta proprio di entrare in una zona del cantiere in cui non si è ancora scavato fino in fondo, né tantomeno costruito.

Pare a chi scrive, infatti, che la straordinaria abbondanza di interventi giurisprudenziali e dottrinari abbia finora riguardato quasi esclusivamente gli obblighi internazionali relativi alla tutela dei diritti umani, a partire naturalmente dalla Cedu. Quasi nulla, invece, si è detto – e non solo da parte degli studiosi, ma anche da parte degli stessi giudici in sede applicativa – dell’impatto della riforma costituzionale sugli “altri”, meno nobili ma certamente più numerosi, vincoli internazionali assunti dal nostro Paese.

Che significato ha questo pressoché assoluto silenzio, questa quasi totale assenza di dubbi teorici e applicativi? Si è forse pacificamente ritenuto che la riforma costituzionale non riguardi il regime degli “altri” trattati internazionali? Oppure si è fatto finta, con atteggiamento gattopardesco, che la riforma costituzionale, che testualmente ha cambiato tutto, per gli “altri” trattati non abbia cambiato niente? O, al contrario, si è dato per scontato che i trattati internazionali sono “tutti uguali”², e quindi si è valutato che discutere dello *status* degli “altri” trattati, tenendolo in ipotesi distinto da quello dei trattati sui diritti umani, non avesse alcun senso? Oppure ancora, più semplicemente, non è (quasi) mai successo, nella pratica di questi tredici anni, di imbattersi in un contrasto tra leggi interne e obblighi internazionali diversi da quelli sui diritti umani non superabile con la normale attività interpretativa, mentre è accaduto centinaia, forse migliaia di volte, di dubitare della compatibilità di una norma italiana con una previsione di un *bill of rights* internazionale, e quindi volenti o nolenti ci si è trovati a ragionare soltanto di queste ultime evenienze?

2. Tesi. Due pesi e due misure

Il presente contributo tenta di dimostrare che in realtà il nostro ordinamento non è rimasto fermo, ma al contrario, senza tante discussioni e senza alcun proclama, ha già preso posizione, e lo ha fatto assimilando i trattati internazionali recepiti con legge quanto al loro regime formale, e differenziandoli invece in base al loro contenuto quanto agli effetti sostanziali.

Vedremo infatti nei paragrafi che seguono che, da un lato, la pratica giurisdizionale considera gli obblighi internazionali *tutti uguali dal punto di vista formale*, come fonti del diritto, nel senso che li ritiene tutti senza alcun dubbio soggetti all’art. 117, primo comma, Cost. In questo senso, qualsiasi obbligo internazionale pattizio eseguito con legge, indipendentemente dal suo contenuto, diventa parametro interposto di costituzionalità, qualora il contrasto con una norma legislativa interna non sia stato sciolto in via interpretativa.

² Uno dei due relatori delle sentenze gemelle, in un convegno di celebrazione del loro decennale, ha richiamato l’attenzione proprio sul fatto che quelle sentenze non abbiano volutamente dato una risposta alla domanda se i trattati internazionali sono tutti uguali (G. Silvestri, *Osservazioni conclusive*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 5, che riprende la domanda formulata da C. Pinelli, *L’approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, ivi).

Dall'altro lato, i trattati internazionali sui diritti umani – si noti: tutti i trattati sui diritti umani, e non soltanto la Cedu – sono considerati *diversi dagli "altri" trattati*, nel senso che *nei fatti* godono di un trattamento giurisdizionale privilegiato, o comunque sensibilmente più articolato, e ciò, come vedremo ampiamente nei paragrafi successivi, da parte sia dei giudici comuni che della Corte costituzionale.

In altre parole, anche in Italia sembra essersi realizzato ciò che Mattias Kumm vede accadere in molti ordinamenti nazionali, e cioè che “i trattati non sono posti tutti sullo stesso piano, anche se sotto il profilo costituzionale radicate norme di conflitto suggeriscono che così dovrebbe essere”. Nota infatti Kumm che spesso l’atteggiamento dei giudici nazionali è sensibile alla specifica materia oggetto del trattato e che, in particolare, i trattati sui diritti umani danno luogo, sul piano interno, a “un insieme peculiare di pratiche giudiziali solo debolmente riconducibile alla dottrina standard che regola l’applicazione dei trattati nel diritto interno”³.

La ricostruzione dell’assetto attuale dell’ordinamento che proponiamo in questo scritto è inedita nel panorama della dottrina italiana⁴.

Essa si distingue, in particolare, dalla posizione di chi, soprattutto tra gli internazionalisti, tiene distinti anche formalmente, sul piano delle fonti, gli accordi internazionali di alto spessore dai patti bilaterali e multilaterali di bassa o infima lega, proponendo o auspicando che il meccanismo dell’art. 117, primo comma, Cost. venga inteso come riferito ai soli trattati sui diritti umani. Soltanto questi ultimi, infatti, per il loro contenuto materialmente costituzionale, sarebbero degni di occupare quella posizione “sub-costituzionale” che la Corte ha assegnato alla Cedu nelle sentenze gemelle⁵, e conseguentemente di rendere costituzionalmente illegittime le leggi interne con essi contrastanti, mentre sarebbe sproporzionato attribuire una analoga posizione nel sistema delle fonti e un simile effetto agli “altri” trattati. È questa innanzitutto la posizione di Luigi Condorelli il quale, intervenendo a ridosso delle sentenze gemelle, aveva subito osservato che sarebbe assurdo e contrario al buon senso riservare a un obbligo internazionale che, ad esempio, “scaturisca da un accordo sull’autotrasporto internazionale dei viaggiatori e delle merci” “il medesimo altissimo rango, ai fini dell’adattamento”, riservato alla Cedu⁶.

³ M. Kumm, *Costituzionalismo democratico e diritto internazionale: termini del rapporto*, in *Ars interpretandi*, XIII, 2008, pp. 85-92, 101 e *passim*.

⁴ Uno spunto in questo senso, che nel corso di questo contributo si tenterà di sviluppare anche in altre direzioni, si trova tuttavia già in F. Salerno, *La coerenza dell’ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 22 ss. e in particolare 29.

⁵ La formula è introdotta da Corte cost., sent. n. 348 del 2007, e poi in seguito qualche volta ripetuta, ad es. in Corte cost., sentt. n. 230 del 2012 e n. 49 del 2015. Sul punto si tornerà oltre (*infra*, par. 4).

⁶ L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l’adattamento dell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, 305-306. Possibile, si era chiesto l’autore, che qualunque impegno preso dall’Italia in sede internazionale, anche recante “normuzze spicciole di corto respiro”, debba essere catapultato nell’ordinamento italiano “al sommo della piramide”, appena sotto le norme costituzionali, insieme a trattati internazionali come la Cedu o ad altri simili impegni relativi alla tutela dei diritti umani, che consacrano valori essenziali di civiltà e contribuiscono a mantenere e promuovere il sistema democratico? Ancora, diceva Condorelli, è “seriamente concepibile che l’intera congerie degli obblighi internazionali debba provocare l’entrata in gioco dell’art. 117, con le imponenti conseguenze indicate dalla Corte”, prima tra tutte la necessità di

Dopo essere rimasta sopita per anni⁷, di recente l'opinione che vorrebbe distinguere sul piano delle fonti gli accordi internazionali in dipendenza del loro contenuto si è nuovamente affacciata in occasione delle prime pronunce costituzionali che hanno fatto i conti con un altro importante obbligo internazionale sui diritti umani, la Carta sociale europea, e con le relative pronunce del Comitato europeo dei diritti sociali.

Lo spunto è stato offerto dalla stessa Corte costituzionale la quale, nella meno recente delle due sentenze che si sono occupate della Carta sociale europea, ha affermato che “ai fini dell'ammissibilità dell'evocazione di tale parametro interposto, va rilevato che esso presenta spiccati elementi di specialità rispetto ai normali accordi internazionali, elementi che la collegano alla Cedu [...] Per queste sue caratteristiche la Carta, dunque, deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.”⁸. Nella sentenza successiva, poi, la Corte ha definito la Convenzione OIL sul licenziamento (non utilizzabile come norma interposta in quanto non ratificata dall'Italia), e di conseguenza la stessa Carta sociale europea che vi si ispira in una sua disposizione, come trattati a “vocazione costituzionale”⁹, mentre in una successiva occasione la Corte ha ripetuto la medesima definizione a proposito della stessa Cedu, aggiungendo anche le sue prescrizioni e i suoi principi costituiscono “vincoli derivanti da obblighi internazionali con impronta costituzionale”¹⁰.

Parte della dottrina internazionalistica ha dedotto da queste affermazioni che la Corte costituzionale avrebbe riconosciuto alla Carta sociale europea il ruolo di parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. non già semplicemente e automaticamente per la sua qualità formale di trattato internazionale ratificato con legge, ma piuttosto “sulla base delle sue caratteristiche speciali, che la rendono uno strumento chiave del sistema di protezione dei diritti umani”¹¹. Secondo questi stessi commentatori, dunque, la Corte costituziona-

attivare il giudizio di costituzionalità? O non sarebbe piuttosto meglio che fossero i giudici comuni, e non la Corte costituzionale, a occuparsi di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali diversi dalla Cedu e dagli altri di calibro analogo inerenti alla ‘materia costituzionale’ della tutela dei diritti?

⁷ Salvi soltanto, salvo errore, il breve richiamo di A. Barbera e C. Fusaro, *Corso di diritto costituzionale*, IV ed., Bologna, 2018, p. 176 e la posizione fortemente dubitativa assunta da G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, I, Bologna, 2018, pp. 244-245.

⁸ Corte cost., sent. n. 120 del 2018.

⁹ Corte cost., sent. n. 194 del 2018. Sul punto si vedano gli argomenti di A. Tancredi, *La Carta sociale europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte*, in *Riv. dir. internaz.*, 2019, p. 496.

¹⁰ Corte cost., sent. n. 25 del 2019.

¹¹ Così D. Russo, *I trattati sui diritti umani nell'ordinamento italiano alla luce delle sentenze n. 120 e 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2019, p. 161. Analoga, ma più sfumata e dubitativa, la lettura della giurisprudenza costituzionale offerta da S. Forlati, *Corte costituzionale e controllo internazionale. Quale ruolo per la «giurisprudenza» del Comitato europeo per i diritti sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 7/2018, p. 71 e da A. Tancredi, *op. cit.*, pp. 495-497. Nella dottrina costituzionalistica queste affermazioni del giudice costituzionale sembrano essere state invece sostanzialmente ignorate, tanto che da parte di alcuni si è subito sollecitata una maggiore riflessione (A. Ruggeri, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale “in progress” e a geometria variabile*, in *Consulta Online*, n. 3/2018, p. 552), salvi il sintetico rilievo critico di G. Monaco, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l'utilizzo della Carta sociale europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, n. 9/2018, p. 2 e l'accenno, forse adesivo, di C. Salazar, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 905. G. Campanelli, *Carta sociale europea e Cedu: rapporto tra parametri e puntualizzazione delle differenze*, in *Consulta Online*, n. 2/2020, pp. 437 ss. pone infine particolare attenzione al ricono-

le non darebbe per scontata l'idoneità di ogni accordo internazionale a integrare il parametro di costituzionalità, ma si riserverebbe di valutarla volta per volta sulla base del contenuto dell'accordo¹², in modo da riconoscerla solo ai trattati che, per la materia regolata – i diritti umani fondamentali, appunto –, appaiono dotati di “vocazione costituzionale”.

Pare invece a chi scrive che le espressioni utilizzate dalla Corte costituzionale non giustifichino univocamente questa conclusione, alla quale del resto si oppone il testo dell'art. 117, primo comma, Cost., là dove si riferisce a “vincoli” derivanti dagli “obblighi internazionali” senza alcuna specificazione o limitazione di contenuto o materia¹³. Piuttosto, la sottolineatura della “vocazione costituzionale” della Carta Sociale Europea potrebbe essere ascritta alla volontà del nostro giudice delle leggi di valorizzare tale documento proprio nel momento in cui, al contrario, il ruolo del suo Comitato ne esce notevolmente contenuto¹⁴.

Del resto, è stata la stessa Corte costituzionale, in una sentenza successiva a quelle che si sono occupate della Carta Sociale Europea, a smentire con nettezza l'idea di una distinzione, quanto al regime formale, tra obblighi internazionali sui diritti umani e “altri” obblighi internazionali, precisando che è proprio “la generalità del diritto internazionale pattizio” a vincolare “il potere legislativo statale e regionale ai sensi e nei limiti di cui all'art. 117, primo comma, Cost., secondo le note scansioni enunciate dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007”¹⁵.

scimento di un'impostazione costituzionale in capo alla Carta sociale, ma non trae conclusioni rispetto al ruolo dei trattati aventi natura diversa.

¹² D. Russo, *ibidem*.

¹³ In questo senso, tra i costituzionalisti v., tra gli altri, S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2008, p. 293, secondo cui quello dell'art. 117, primo comma, Cost. è “un rinvio che si applica a tutti indistintamente gli obblighi assunti dallo Stato in ambito internazionale anche successivamente nel tempo, e non comporta pertanto l'immissione nell'ordine interno soltanto di determinate ed individuate disposizioni trattatizie”; M. Dogliani e I. Massa Pinto, *Elementi di diritto costituzionale*, Torino, 2017, pp. 460-461; R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 308; P. Caretti e U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, III ed., Torino, 2017, p. 435; A. Pisaneschi, *Diritto costituzionale*, II ed., Torino, 2016, p. 186; A. Bonomi, *Il “limite” degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, pp. 196-197. tra gli internazionalisti, senza pretesa di esaustività, v. B. Conforti, *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionali dello Stato in tema di espropriazione*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 565 ss.; Id., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro It.*, 2002, p. 229; G. Tesaro, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, pp. 222-223, secondo cui “Che l'art. 117, primo comma, operi un rinvio agli accordi internazionali conferenti senza fare riferimento ad un contenuto normativo determinato, è un fatto [...] E che il rinvio sia mobile è altrettanto incontestabile”; G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze “gemelle”*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 7-8; F. Salerno, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali*, cit., p. 9, secondo cui “l'art. 117, 1° comma, assorbe ogni obbligo internazionale che non sia già coperto da una specifica garanzia costituzionale e quindi sancisce definitivamente l'esistenza in Costituzione di un principio di coerenza del diritto interno al diritto internazionale in quanto tale”; A. Cannone, *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 1335; T. Scovazzi, *Corso di diritto internazionale, Parte II*, Milano, 2015, p. 364; C. Focarelli, *Diritto internazionale*, I, Padova, 2019, V ed., p. 288; L. Garofalo, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009, pp. 150-151, secondo cui il rinvio è a “qualsiasi tipo di trattato, accordo, convenzione, ecc. di cui lo Stato italiano sia parte e che assuma valore obbligatorio per lo stesso Stato ai sensi del diritto internazionale. [...] infatti, nessuna limitazione o specificazione viene introdotta nella categoria giuridica utilizzata dalla disposizione costituzionale in esame”.

¹⁴ Su tale aspetto v., in chiave critica, C. Lazzari, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019, pp. 15 ss.

¹⁵ Così Corte cost., sent. n. 102 del 2020 su cui *infra*, par. 5.

Inoltre, e questa può essere considerata la prova decisiva, è già accaduto, sia pure rarissimamente, che il parametro interposto presentato alla Corte costituzionale, e dalla Corte non giudicato inammissibile, non fosse una convenzione sui diritti umani, ma appunto un “altro” trattato¹⁶.

Un’ultima notazione introduttiva. La nostra tesi – due pesi e due misure, nell’ordinamento italiano, per gli obblighi internazionali recepiti con legge, sia pure sotto il comune regime formale dell’art. 117, primo comma, Cost. – può apparire a prima vista l’omologo, sul piano del diritto interno, dell’opinione che sostiene la specialità dei trattati sui diritti umani dal punto di vista del diritto internazionale, ravvisando nella prassi internazionale alcuni elementi specifici che li distinguono da tutti gli “altri” trattati.

Teniamo subito a precisare, tuttavia, che quell’opinione, oltre a essere frastagliata, incerta e comunque molto controversa¹⁷, poggia su argomenti che hanno poco a che vedere con i termini del dibattito relativo agli effetti interni degli obblighi internazionali pattizi, di cui qui discutiamo.

Elemento comune a molte delle posizioni che sostengono che il diritto generale dei trattati subisca torsioni o modifiche quando deve applicarsi a questo tipo di impegni internazionali è l’idea che i trattati sui diritti umani, a differenza di qualsiasi altro impegno internazionale bilaterale o multilaterale assunto dagli Stati, non sono al servizio (soltanto) dell’interesse degli Stati che li stipulano, ma anche dell’interesse degli individui che vivono nel loro territorio¹⁸ e più in generale del bene dell’umanità intera¹⁹.

Per questa loro particolare vocazione, innanzitutto, secondo alcuni autori, le regole per la loro interpretazione sono o dovrebbero essere differenti da quelle comuni, dovendo ad esempio attribuirsi importanza minore all’intenzione originaria degli Stati contraenti e peso maggiore allo scopo del trattato considerato nel suo sviluppo temporale²⁰ o, ancora, doven-

¹⁶ Sicuramente Corte cost., sentt. n. 118 del 2011 e n. 33 del 2019 e forse Corte cost., sent. n. 22 del 2016.

¹⁷ Una panoramica generale è offerta dal volume a cura di M.T. Kamminga e M. Scheinin, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, 2009, e in particolare dal contributo dello stesso M.T. Kamminga, *Final Report on the Impact of Human Rights Law on General International Law*, *ivi*, pp. 1 ss.

¹⁸ K. Malan, *The Nature of Human Rights Treaties: Minimum Protection Agreements to the Benefit of Third Parties*, in *De Jure*, vol. 41, no. 1, 2008, pp. 81 ss.

¹⁹ Per tutti, si rinvia a D. Russo, *L’efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, 2012, pp. XI-XII e *passim*.

²⁰ Il tema del carattere funzionale ed evolutivo (invece che oggettivo: E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Quarta ed., Torino, 2018, pp. 192 ss.) che sembrerebbe contraddistinguere l’interpretazione dei trattati sui diritti umani è largamente dibattuto (per tutti, B. Çali, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights*, in *The Oxford Guide to Treaties*, a cura di D.B. Hollis, Oxford, 2012). La discussione sulle tecniche interpretative specializzate, tuttavia, è profondamente legata alla giurisprudenza delle corti dei diritti umani, e in particolare della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte interamericana, mentre sembra più difficile riferirla all’attività interpretativa della Corte Internazionale di Giustizia, nei pochi casi nei quali si è pronunciata in tema di diritti umani (J. Crawford & A. Keene, *Interpretation of the Human Rights Treaties by the International Court of Justice*, in *The International Journal of Human Rights*, 2019, pp. 1 ss. e in particolare p. 5), o a qualsiasi trattato sui diritti umani sfornito di un sistema giurisdizionale o paragiurisdizionale di controllo e monitoraggio (J. Tobin, *Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation*, in *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 23, 2010, pp. 48-49).

dosi preferire, tra i vari significati possibili, quello più favorevole agli individui piuttosto che agli Stati²¹.

La natura speciale dei trattati sui diritti umani e i valori da essi serviti richiederebbero poi per alcuni autori di non ritenere loro applicabile il principio di reciprocità²², per altri di impedire l'apposizione di riserve²³; mentre secondo altri autori ancora imporrebbero regole particolari sul recesso dai trattati e sulla loro estinzione, tese a preservare le posizioni di favore degli individui garantite dai trattati stessi; nonché implicherebbero deroghe all'applicazione di principi quali quello dell'irretroattività dei trattati o della *tabula rasa* in caso di successione tra Stati negli obblighi pattizi contratti dallo Stato predecessore²⁴.

In realtà, anche senza considerare la discordia degli studiosi nella stessa lettura delle prassi internazionali relative all'uno o all'altro istituto, non sembra comunque possibile concludere che le convenzioni sui diritti umani siano invariabilmente sottratte, per i profili ora ricordati, al diritto generale dei trattati, e diano così vita a una categoria a sé stante.

Se c'è però un elemento che accomuna i trattati sui diritti umani sullo stesso piano internazionale, paradossalmente, è la loro maggiore propensione a esercitare un'influenza sul diritto nazionale²⁵. Essi infatti hanno tipicamente come contenuto norme destinate a incidere all'interno degli Stati, più che rivolte a regolare le relazioni esterne tra gli stessi²⁶.

Ed è questo uno dei motivi che rende tali trattati non solo statisticamente, ma anche strutturalmente più predisposti a entrare in conflitto con le norme interne, come il caso del nostro ordinamento bene dimostra.

²¹ G. Malinverni, *The Status of Human Rights Treaties in Domestic Legal Systems*, in *The Status of International Treaties on Human Rights*, European Commission for Democracy through Law, *Collection Science and technique of democracy*, No. 42, Council of Europe Publishing, 2005, p. 151.

²² In questo senso, tra gli altri, European Commission for Democracy through Law, *Report on the Implementation of in Domestic Law and the Role of Courts*, CDL-AD(2014)036, 2014, pp. 17-18. La possibilità di configurare questa peculiare caratteristica dei trattati sui diritti umani, tuttavia, è comunque molto discussa (si veda, per tutti, M. Craven, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2010, pp. 498 ss.).

²³ Ma anche questo supposto elemento distintivo si stempera se si considera che la regola generale è quella della ammissibilità delle riserve che siano compatibili con l'oggetto e lo scopo del trattato, e dunque le possibili differenze di regime delle riserve apponibili ai trattati sui diritti umani possono anche essere lette come semplici applicazioni della regola generale sugli impegni pattizi che hanno oggetti e scopi differenti dai comuni accordi internazionali (così ad esempio S. Marchisio, *Corso di diritto internazionale*, Seconda edizione, Torino, 2017, p. 115, a proposito della Cedu).

²⁴ Per un approfondimento su questi temi si veda, da ultima, C. Ragni, *L'applicazione "ratione temporis" dei trattati sui diritti dell'uomo nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, pp. 578 ss.

²⁵ G. Malinverni, *The Status of Human Rights Treaties in Domestic Legal Systems*, cit., p. 151.

²⁶ D. Russo, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, cit., p. 285.

3. L'inserimento in Costituzione del vincolo degli obblighi internazionali: una soluzione nuova a un problema antico

Prima di illustrare, nei paragrafi che seguono, quello che a noi sembra lo stato attuale dell'ordinamento italiano, può essere utile ricordare brevemente quale fosse la situazione anteriore all'ingresso in Costituzione, nel 2001, del vincolo agli obblighi internazionali²⁷.

Il testo della Costituzione repubblicana del 1948 era certamente ispirato, in dipendenza del clima politico mondiale degli anni immediatamente seguenti alla seconda guerra mondiale, che aveva visto l'Italia tra i Paesi aggressori e poi sconfitti, e in frontale contrapposizione con il nazionalismo dell'epoca fascista, alla massima apertura alle relazioni esterne.

I nostri Costituenti, è stato detto, vollero dare vita a una Costituzione "ambiziosa" quanto ai rapporti con la comunità internazionale²⁸. Lo testimoniano gli artt. 10, primo comma, e 11 Cost. i quali, oltre a esprimere una visione anticipatrice delle nuove sfide del costituzionalismo della seconda metà del Novecento²⁹, già pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana iniziano ad agire effettivamente come porte aperte, o meglio spalancate, all'ingresso nell'ordinamento interno di norme internazionali e sovranazionali: la prima disposizione consentendo alle norme consuetudinarie internazionali vigenti di entrare nel nostro ordinamento ponendosi sul medesimo piano delle norme costituzionali, con la conseguenza che le leggi con esse contrastanti possono essere dichiarate incostituzionali³⁰; l'altra disposizione servendo invece a legittimare l'adesione dell'Italia all'Unione europea, e conseguentemente ad autorizzare i giudici nazionali a non applicare la legge italiana nel caso di contrasto con norme europee direttamente applicabili o dotate di effetto diretto.

Tuttavia, nonostante la sua innegabile ispirazione, o meglio ambizione, internazionalistica, la Costituzione, nel suo testo originario, nulla diceva circa la posizione nel sistema delle fonti degli obblighi internazionali pattizi recepiti nell'ordinamento interno. La prima conseguenza di questo silenzio fu quella di attribuire a ciascun trattato la forza dell'atto interno di esecuzione, e quindi la forza della legge ordinaria nel caso di trattato eseguito con legge³¹.

²⁷ Per ogni riferimento di dottrina e di giurisprudenza costituzionale qui non ripetuto si fa integrale rinvio a E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 2013, pp. 730 ss.

²⁸ A. Cassese, *Lo Stato e la comunità internazionale (gli ideali internazionalistici del costituente)*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 461.

²⁹ V. Onida, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, II ed., Bologna, 2007, pp. 112-114.

³⁰ E con l'ulteriore conseguenza che atti normativi non aventi forza di legge, come in particolare i trattati internazionali conclusi in forma semplificata, contrari a una norma internazionale consuetudinaria possono essere direttamente disapplicati dal giudice ordinario in quanto (costituzionalmente) illegittimi, e ciò anche in mancanza di una legge nazionale che riproduca il contenuto della norma consuetudinaria violata. Esempio, sul punto, la pronuncia del giudice per le indagini preliminari di Trapani del 23 maggio 2019, depositata il 3 giugno 2019, par. 5, sul caso del rimorchiatore *Vos Thalassa*, peraltro molto interessante anche per altri profili (sui quali M. Arcari, P. Palchetti e A. Tancredi, *Il giudice interno di fronte agli obblighi internazionali. Tra ondate identitarie e risacche di dédoublement fonctionnel*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 220).

³¹ Posizione ribadita da ultimo, e soltanto pochi mesi prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001, da Corte cost., sent. n. 73 del 2001, in cui si legge che "Le norme di diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale assumono invece nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione".

L'ulteriore conseguenza, che alcuni studiosi di diritto internazionale hanno *a posteriori* giudicato "a dir poco singolare, rispetto ad un livello medio di civiltà giuridica"³², fu naturalmente che una qualsiasi legge successiva nel tempo alla legge di esecuzione del trattato era sempre potenzialmente in grado di abrogare la norma interna che recepiva l'impegno internazionale in precedenza assunto dallo Stato.

Tutti i trattati internazionali, dunque, compresi quelli sui diritti umani, e quindi anche la stessa Cedu³³, fino alla riforma costituzionale del 2001 hanno storicamente sofferto di una innegabile *fragilità formale*, perché tutti sono stati recepiti con legge ordinaria (se non con atto interno di grado inferiore), e quindi (al più) della legge ordinaria hanno assunto la posizione nella gerarchia delle fonti, esponendosi all'abrogazione tramite il criterio cronologico da parte delle leggi successive. In questo quadro, le uniche norme dei trattati e della stessa Cedu che riuscivano sfuggire a una simile condizione di precarietà e a risalire la gerarchia delle fonti fino al superiore livello delle norme costituzionali sarebbero state eventualmente quelle che ripetevano o recepivano norme consuetudinarie internazionali. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, registra un'unica traccia, e neppure molto significativa, di una simile evenienza³⁴.

È chiaro dunque che la riforma costituzionale del 2001 non solo ha confermato, sia pure in modo non del tutto consapevole³⁵, la massima disponibilità del nostro ordinamento nei confronti della comunità internazionale e delle sue regole già dichiarata nel testo originario della Costituzione, ma anzi l'ha portata al suo pieno compimento, perché *ha posto rimedio* alla antica situazione di debolezza formale delle norme internazionali pattizie. Ora, infatti, la nostra Costituzione dispone che la potestà legislativa sia statale che regionale è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali; mentre, dal canto suo, la Corte costituzionale ha chiarito che il nuovo dettato della Costituzione, pur non elevando i trattati eseguiti con legge al rango delle norme costituzionali, produce tuttavia effetti prima sconosciuti al nostro ordinamento, perché assegna alle leggi di esecuzione dei vincoli internazionali pattizi la capacità di resistere all'abrogazione da parte delle leggi successive e rende inconstituzionali le leggi che le contraddicono attraverso il meccanismo della norma interposta.

Ciò detto, ai fini del nostro ragionamento può essere interessante notare che già prima della riforma costituzionale, nel silenzio della Costituzione, la giurisprudenza comune e

³² G. Tesauro, *Costituzione e norme esterne*, cit., pp. 203-204.

³³ A far data da Corte cost., sent. n. 104 del 1969, che ha espressamente escluso che la Cedu godesse del meccanismo dell'adeguamento automatico dell'art. 10, primo comma, Cost.

³⁴ Corte cost., sent. n. 48 del 1979.

³⁵ A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, in *Rass. parl.*, 2002, pp. 915 e 923, ricorda come l'introduzione di questa "statuizione di dirimente novità" sia avvenuta "in modo inopinato", nella disattenzione generale, successivamente all'elaborazione del testo unificato da parte della prima commissione della Camera dei Deputati. Il primo a segnalare la presenza nel testo della legge di revisione costituzionale del Titolo V della Parte II della Costituzione e le possibili implicazioni è stato M. Luciani, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa* del 3 marzo 2001. Da quel momento il dibattito dottrinario si è sviluppato con tesi fortemente contrapposte, come testimonia ancor prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale l'audizione di Leopoldo Elia presso la I commissione permanente del Senato della Repubblica del 23 ottobre del 2001 (riversata poi in L. Elia, *Introduzione*, in *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino, 2001, pp. 9-11).

costituzionale aveva costantemente tentato di ovviare in qualche modo alla indubbia fragilità formale dei trattati immessi nel nostro ordinamento. Ancora più interessante per il discorso che qui si sta facendo, tuttavia, è che i tentativi della giurisprudenza si sono di fatto differenziati – e differenziati in modo netto – a seconda del contenuto del trattato.

Riteniamo, in altri termini, che già in passato esistesse in via di fatto quel *doppio binario* nel trattamento giurisdizionale delle norme internazionali pattizie che oggi riscontriamo, sia pure in termini differenti, a seconda che si considerino i trattati sui diritti umani o gli “altri” trattati.

Sia chiaro. Neppure per gli stessi trattati sui diritti umani la giurisprudenza anteriore al 2001 ha mai veramente imboccato la strada del riconoscimento di una loro maggiore forza sul piano formale delle fonti del diritto³⁶. È rimasto infatti isolato il tentativo in questo senso compiuto dalla sentenza costituzionale n. 10 del 1993, che aveva affermato, in un notissimo quanto poi sostanzialmente ignorato *obiter dictum*, che le norme internazionali in tema di diritto di difesa che nel caso venivano in rilievo (si trattava della Cedu e del Patto sui diritti civili e politici), eseguite con legge in epoca anteriore all’entrata in vigore del codice di procedura penale del 1989, sarebbero state ancora vigenti, “non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell’art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81 (“il codice di procedura penale deve (...) adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale”), quanto, piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria”.

La via maestra percorsa dalla giurisprudenza è stata al contrario quella di valorizzare un’altra porta aperta, o comunque non serrata, prevista fin dall’origine dalla nostra Costituzione: quella dell’art. 2 Cost.

È vero che nel passato la dottrina ha molto discusso, a partire dalla metà degli anni Settanta in poi, sul carattere effettivamente aperto o al contrario chiuso della formula dell’art. 2 Cost., perché non tutti accettavano, e molti tuttora non accettano³⁷, che quella formula valga a immettere a livello costituzionale ulteriori diritti, non previsti dal già ricco elenco contenuto nella parte successiva della stessa Costituzione³⁸. Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, prima, e quella comune, poi, hanno via via reso evidente come l’art. 2 Cost., se anche non abilita l’interprete a creare dal nulla nuovi diritti costituzionali, perlomeno lo obbliga a

³⁶ In senso diverso solo, salvo errore, C. Focarelli, *Diritto internazionale*, cit., p. 285.

³⁷ Si vedano per tutti A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, pp. 20 ss., e P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, pp. 173-176.

³⁸ Ma la tesi dottrinarica dell’art. 2 Cost. come formula semplicemente riassuntiva degli altri diritti scritti in Costituzione ha oggi il sapore di una battaglia di retroguardia, essendo stata letteralmente travolta dall’evoluzione giurisprudenziale e più in generale dal mutamento irreversibile del clima culturale, e appare una forma di ‘protezionismo’ della prima parte della Costituzione italiana eccessivamente timorosa nei confronti dell’ormai inarrestabile processo di immissione di nuovi diritti da parte di fonti e giurisprudenze esterne (M. Cartabia, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura della stessa Autrice, Bologna, 2007, pp. 62-63).

intendere in modo estensivo i diritti espressamente elencati e, ciò che qui interessa, gli richiede di estendere il riconoscimento e la garanzia costituzionale almeno a quei diritti già riconosciuti e garantiti in ambito sovranazionale e internazionale, sia consuetudinario che convenzionale³⁹. Aveva dunque ragione Cappelletti quando diceva, già nel 1955, che sono soprattutto le Corti che in ogni ordinamento tengono aperte e spalancate le finestre sul mondo⁴⁰.

Passando così attraverso la porta di ingresso nell'ordinamento interno dell'art. 2 Cost., già prima della riforma costituzionale le carte internazionali dei diritti sono state innalzate, in molte occasioni, al livello delle norme costituzionali.

Ciò è accaduto anche quando il loro valore formale era quello di una semplice dichiarazione politica non vincolante, come nel caso della Dichiarazione universale. Ma è accaduto a maggior ragione per i trattati sui diritti umani recepiti con legge, Cedu naturalmente compresa. Limitandoci alla giurisprudenza costituzionale⁴¹, sono numerosi i casi nei quali, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il richiamo a trattati internazionali sui diritti, unitamente all'art. 2 Cost., ha giustificato una declaratoria di incostituzionalità della legge⁴².

Inoltre, a partire dalla fine degli stessi anni Novanta, i cataloghi internazionali dei diritti hanno esplicitato effetti sempre più significativi sul piano dell'interpretazione giudiziale, perché sono stati utilizzati come strumenti interpretativi delle stesse norme costituzionali sui diritti, allo scopo di ampliare le garanzie già previste nella Costituzione⁴³.

³⁹ Anche perché, come giustamente nota G. Sorrenti, *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 371, per assegnare alla clausola dell'art. 2 Cost. il valore di copertura costituzionale delle carte internazionali sui diritti umani non è necessario sposare la concezione dell'interpretazione aperta di quella clausola, ma è sufficiente appoggiarsi a "una acquisizione di fatto comune relativa al 'contenuto aperto' degli stessi diritti fondamentali positivizzati".

⁴⁰ Richiama questa bella immagine di Cappelletti G. Morbidelli, *Introduzione*, in *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, a cura di V. Barsotti e V. Varano, Napoli, 2012, p. 9.

⁴¹ Ma anche nella giurisprudenza comune si incontrano numerosi e importanti orientamenti giurisprudenziali che 'combinano' proprio l'art. 2 Cost. con le carte internazionali dei diritti al fine di dare tutela a diritti fondamentali non espressamente garantiti dalla Costituzione italiana. Si può ricordare la vicenda importantissima del risarcimento del danno alla persona per lesione di diritti fondamentali (per i riferimenti di giurisprudenza e più ampie valutazioni si consenta il rinvio a E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 269 ss. e Ead., *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 363 ss.).

⁴² In realtà questo nuovo orientamento è inaugurato da una nota sentenza costituzionale in materia di successione nel contratto di locazione del convivente *more uxorio* che ricomprende sotto l'ombrello della tutela costituzionale anche il diritto sociale all'abitazione, ricavandolo dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 1948 e dal Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali del 1966 (Corte cost., sent. n. 404 del 1988).

⁴³ Il punto fermo su questo aspetto si ritrova in Corte cost. n. 388 del 1999 (lo sottolinea bene D. Tega, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, p. 81; Ead., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit. p. 77; Ead., *Le carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, p. 968), secondo cui "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione [...]: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona [...], ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione". Parte della dottrina, tuttavia, ha

Ben differenti sono le strategie interpretative che la giurisprudenza ha utilizzato, sempre prima della riforma costituzionale del 2001, per ovviare alla fragilità degli “altri” trattati i quali, diversamente dalle carte internazionali sui diritti, apparivano davvero esposti senza alcuna difesa all’abrogazione da parte di leggi successive secondo il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie.

In primo luogo, i giudici sono spesso riusciti a far prevalere i vincoli internazionali pattizi (precedenti) sulle leggi interne (successive) invocando *la presunzione di conformità* di queste ultime rispetto ai primi, e cioè la presunzione che lo Stato italiano, tramite il suo legislatore, non avesse inteso sottrarsi all’obbligo internazionale che si era in precedenza assunto, non volendo incorrere nella conseguente responsabilità per inadempimento nei rapporti con gli altri Stati⁴⁴.

È interessante notare, a questo punto, che il criterio dell’interpretazione conforme che le sentenze gemelle della Corte costituzionale hanno tratto dal nuovo art. 117, primo comma, Cost. è di più ampio respiro, operando anche quando l’obbligo internazionale è successivo alla disciplina legislativa interna e, al contrario della preesistente presunzione di conformità, ha fondamento positivo nel testo costituzionale⁴⁵, ma implica un’attività ermeneutica del tutto analoga a quella che si svolge per rendere omaggio alla stessa presunzione di conformità. Tuttavia, come si dirà più avanti (*infra*, par. 5), proprio in relazione ai trattati diversi da quelli sui diritti umani dopo il 2001 non si trova traccia, nella pratica giurisprudenziale, né della vecchia presunzione di conformità, né della nuova interpretazione conforme.

sottolineato alcuni limiti di questo approccio della Corte, poiché esso sembrava muovere “dall’implicito presupposto di una *coincidenza* tra la tutela offerta ai diritti fondamentali dalla nostra carta costituzionale e quella fornita dalle carte internazionali, tra cui la stessa CEDU; senza però preoccuparsi granché di verificare caso per caso quella coincidenza, che pare così assunta *a priori*”: così F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L’impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Milano, 2007, p. 50.

⁴⁴ In questo senso già la risalente Cass., sez. un. civ., 20 ottobre 1976, n. 3610, in *Dir. com. e degli scambi internaz.*, 1977, pp. 137 ss., in cui le sezioni unite affermano addirittura che si deve presumere che lo Stato abbia inteso rispettare, piuttosto che violare, gli impegni internazionali, in mancanza di ostacoli testuali, anche quando i lavori preparatori della legge deporrebbero in senso contrario. Si veda anche A. Ciampi, *L’interpretazione convenzionalmente conforme come tecnica di risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto pattizio*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 2 ss.

⁴⁵ L’art. 117, primo comma, Cost. infatti, come incisivamente nota L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, a cura di P. Falzea – A. Spadaro – L. Ventura, Torino, 2003, p. 127, può anche essere letto come “una formalizzazione dell’obbligo di interpretazione conforme”. In questo senso F. Salerno, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2008, p. 357, sostiene che la presunzione di conformità del diritto interno agli obblighi internazionali, che ha origine dottrina risalente ed è canone consolidato in giurisprudenza, ha assunto carattere vincolante per l’operatore giuridico solo nel momento in cui ha trovato fondamento nel testo della Costituzione e conseguente avallo da parte della Corte costituzionale. Analogamente, secondo F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in *Quad. reg.*, 2006, p. 636, l’esigenza di fedeltà agli obblighi internazionalmente assunti posta da questa nuova disposizione costituzionale “crea e rafforza un dovere di interpretazione conforme in capo a tutti gli operatori giuridici interni” e, secondo G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, p. 2008, pp. 330-331, il criterio dell’interpretazione conforme, già presente nell’ordinamento italiano, “alla luce della formulazione dell’art. 117 si impone certo con maggior vigore di quanto non avvenga in assenza di una disposizione costituzionale espressa”.

L'altro criterio interpretativo a cui i giudici attingevano in epoca anteriore alla riforma costituzionale per assicurare prevalenza agli obblighi internazionali nelle concrete controversie è il *criterio di specialità*, secondo cui la legge speciale deroga alla legge generale, e la legge posteriore generale non deroga alla legge anteriore speciale, a meno che con la legge posteriore generale il legislatore non abbia manifestato la volontà di abrogare le leggi speciali previgenti⁴⁶.

La dottrina internazionalistica, come è noto, tradizionalmente propone almeno due diverse possibili versioni del criterio di specialità.

Secondo una prima versione, tutte le norme pattizie eseguite con legge si sottrarrebbero *in quanto tali* al normale meccanismo dell'abrogazione per incompatibilità da parte di leggi successive grazie a una specialità *sui generis*, determinata dallo speciale procedimento seguito per la loro adozione e giustificata dal fatto che la norma internazionale deve considerarsi sorretta dalla volontà del legislatore che gli obblighi internazionali siano rispettati. Accogliendo questa accezione del criterio, già prima della riforma costituzionale del 2001 ogni accordo internazionale eseguito con legge si trovava a prevalere automaticamente sulla normativa interna a esso successiva, almeno fino a che non si fosse data la difficile dimostrazione della volontà del legislatore di venire meno all'obbligo internazionale precedentemente assunto⁴⁷.

Secondo una diversa opinione, invece, anche per le norme interne di origine internazionale varrebbe il consueto criterio della specialità *ratione personae* o *ratione materiae*, di cui il giudice dovrebbe valutare l'applicabilità caso per caso. Si tratta della stessa regola di portata generale che risolve anche i casi di antinomie tra norme che non hanno alcun collegamento con fonti internazionali; ma questo criterio, nella sua configurazione per così dire comune e senza ulteriori precisazioni, ben si presta a proteggere le norme che recepiscono gli "altri" trattati proprio perché questi, di solito, sono finalizzati a introdurre regole di tipo de-

⁴⁶ Sul criterio di specialità come criterio di origine giurisprudenziale a disposizione dell'interprete per la risoluzione delle antinomie normative, accanto ai criteri gerarchico, cronologico e della competenza, si vedano tra gli altri M. Luciani, *Fonti del diritto*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. Patti, vol. 6, Milano, 2007, p. 477 e R. Bin – G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, pp. 15-16. In generale sulle norme speciali F. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 506 ss. e C. Colaluca, *Norme speciali e criterio di specialità*, in *Dir. soc.*, 1998, pp. 1 ss. Sul criterio di specialità come criterio interpretativo fondamentale per i casi di rilevata incompatibilità tra norme interne e norme internazionali, G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, pp. 122-123, il quale osserva (peraltro in relazione alla diversa ipotesi delle norme internazionali consuetudinarie ex art. 10, primo comma, Cost.) che "di regola le norme internazionali regolano fattispecie particolari, per quel che riguarda i soggetti, le situazioni e gli interessi in gioco", e che quindi "in questi casi, la norma speciale che sia solo diversa, ma non contraria, rispetto a quella interna, può dar luogo a una deroga secondo le regole ordinarie, senza che si possa parlare propriamente di violazione".

⁴⁷ Si tratta della notissima tesi da ultimo enunciata in B. Conforti, *Diritto internazionale*, VII ed., Napoli, 2006, pp. 294-295 (fino a B. Conforti, *Diritto internazionale*, XI ed., a cura di M. Iovane, Napoli, 2018, p. 365). In una precedente versione della tesi, peraltro, tale specialità si sarebbe fondata sul procedimento, e avrebbe quindi operato solo per i trattati introdotti in Italia con ordine di esecuzione, e non per quelli per i quali si fosse utilizzato il procedimento ordinario di adattamento (B. Conforti, *Diritto comunitario e diritto degli Stati membri*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1966, pp. 17 ss., ora in *Scritti di diritto internazionale*, I, Napoli, 2003, pp. 361 ss.; Id., *La "specialità" dei trattati internazionali eseguiti nell'ordinamento interno*, in *Studi in memoria di Giorgio Ballardore Pallieri*, II, Milano, 1978, pp. 187 ss., ora in *Scritti di diritto internazionale*, II, Napoli, 2003, pp. 343 ss.).

rogatorio, e dunque speciali nel senso proprio e ordinario del termine, rispetto alla disciplina legislativa generale in ragione appunto dei loro destinatari e/o della materia regolata. Pensiamo, ad esempio, alle disposizioni di origine internazionale pattizia sulle doppie imposizioni, che si applicano soltanto a quei soggetti che si trovano nella situazione dai connotati di transnazionalità precisamente indicata dal trattato.

La giurisprudenza anteriore al 2001 non sembra in linea di massima avere abbracciato la prima tesi⁴⁸. In ogni caso, quando venivano in rilievo trattati diversi da quelli sui diritti umani, ad esempio in materia civile, commerciale, fiscale o quant'altro, essa ha comunque colto ogni occasione per fare ricorso al principio di specialità.

Ed è interessante notare che l'utilizzo del criterio di specialità, al contrario del ricorso alla presunzione di conformità, non cessa affatto dopo il 2001, ma rimane anzi centrale nella pratica giudiziale, sia pure in relazione – sia ben chiaro – soltanto ai trattati diversi da quelli sui diritti umani (sul punto si veda ancora *infra* il par. 5).

4. Sulla cresta dell'onda. Il trattamento “di alto profilo” delle norme internazionali che riguardano i diritti umani

Le sentenze gemelle sono dunque intervenute in uno scenario giurisprudenziale che, ricorrendo a tecniche diversificate, si era posto già da tempo il problema di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali. Come si è appena visto, la questione era particolarmente sentita soprattutto in relazione a quegli obblighi che, affermando in via generale la tutela di diritti umani, erano per ciò idonei a rientrare nell'ampia previsione dell'art. 2 Cost. e quindi a integrare e completare lo stesso dettato costituzionale⁴⁹; tuttavia, in mancanza di una disposizione costituzionale che imponesse il rispetto di tali obblighi da parte del legislatore ordinario, restava sostanzialmente irrisolto il problema di come comporre in maniera soddisfacente un contrasto con successive norme interne di rango legislativo.

Non può forse sorprendere che, quando la riforma costituzionale del 2001 ha finalmente stabilito che la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, la prima giurisprudenza comune abbia accolto il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. con fin troppo entusiasmo, ritenendo talvolta di poter procedere direttamente alla disapplicazione delle norme legislative ritenute in contrasto con la Cedu⁵⁰. Questo orientamento ha suscitato forti perplessità in dottrina, che ha subito colto i rischi

⁴⁸ Qualche eco della prima tesi, quella della specialità “alla Conforti”, si ritrova solo sporadicamente, ma compare comunque anche nella stessa giurisprudenza di legittimità (si vedano, ad esempio, alcuni passaggi della motivazione della notissima sentenza Cass., sez. I civ., 21 luglio 1995, n. 7950, Di Lazzaro).

⁴⁹ V. Corte cost. n. 388 del 1999 (su cui v. *supra*, nota 43).

⁵⁰ V. Cass., sez. I civ., 19 luglio 2002, n. 10542, secondo cui il giudice “ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna”. In senso conforme v., ad esempio, Cass., sez. I civ., 23 dicembre 2005, n. 28507; Corte App. Roma, sez. lav., ord. 11 aprile 2002 (con nota di S. Santoli, *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU in Italia e in Francia*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2227 ss.); Trib. Genova, sent. 4 giugno 2001; Comm. trib. reg. Lombardia, sez. V, 19 settembre 2000.

di uno scardinamento del giudizio incidentale: poiché la Cedu e i suoi protocolli prevedono un catalogo di diritti fondamentali che si sovrappone in larga parte a quello già predisposto a livello interno dalla Costituzione, se si ammettesse la possibilità di ricorrere alla disapplicazione questa si sostituirebbe di fatto all'incidente di costituzionalità, erodendo il ruolo della Corte costituzionale e spostandone in concreto le funzioni in capo ai giudici comuni⁵¹.

A queste iniziali spinte centrifughe la Corte costituzionale ha reagito con fermezza – e perfino con “una certa stizza”, come è stato autorevolmente notato⁵² – proprio con le sentenze gemelle⁵³. Con tali pronunce, la Corte ha categoricamente negato che i giudici comuni possano disapplicare le disposizioni legislative in contrasto con la Cedu, ribadendo la propria consolidata giurisprudenza secondo cui le norme convenzionali non rientrano nell'ambito di operatività né dell'art. 10, primo comma (non essendo norme consuetudinarie), né dell'art. 11 Cost. (non implicando il sistema convenzionale limitazioni alla sovranità, a differenza del caso delle norme comunitarie).

Nonostante la loro importanza materiale, quelle della Cedu “sono pur sempre norme internazionali pattizie”⁵⁴ e come tali devono essere considerate: poiché esse concretizzano “la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato”⁵⁵, la Corte indica che la norma costituzionale a cui riferirsi è dunque il nuovo art. 117, primo comma, Cost., che di tali obblighi impone il rispetto. L'art. 117 pone infatti un vincolo costituzionale che, per essere operativo, rinvia ad altre fonti; queste ultime, secondo una definizione consueta, assumono il ruolo di norme interposte⁵⁶, perché pur non avendo rango costituzionale sono idonee ad integrare, caso per caso, lo stesso parametro di legittimità.

⁵¹ In questo senso v. B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, p. 1349; A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003, 1, p. 26; P. Ridola, *Intervento*, in E. Scisco (a cura di), *Il rango interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo la più recente giurisprudenza costituzionale*, Roma, 2008, p. 38.

⁵² Così G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, I, cit., pp. 245-246.

⁵³ Da questo punto di vista, si è trattato di un “riallineamento del sindacato sulle leggi che riportava la Corte al centro del sistema costituzionale di tutela” dei diritti fondamentali: così A. Guazzarotti, *L'interpretazione conforme alla Cedu: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 2. V. anche F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 484; R. Romboli, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, p. 12. Sul punto, M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corriere giur.*, n. 2/2008, pp. 185 ss., notava che “il saldo per i giudici comuni è negativo”; *contra* G. Silvestri, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 6, secondo cui “Non si è trattato però di una questione di potere ma di responsabilità: i diritti fondamentali sono una questione troppo seria per essere tutelati a scacchi, a macchia di leopardo, dai diversi organi giurisdizionali o addirittura da sezioni diverse della Cassazione”.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Anche se sarebbe più corretto ritenere che sia la norma di adattamento, e non direttamente la norma del trattato, ad assumere il ruolo di norma interposta: in questo senso G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, 2014, p. 192. Cfr. S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale*, cit., p. 293, secondo cui ci si dovrebbe riferire alla fonte ordinaria che ha dato esecuzione alla convenzione. Sulla nozione, in termini generali, di norme interposte v. M. Siclari, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992; P. Giocoli Nacci, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1875 ss.

Sono dunque delineate le caratteristiche fondamentali del trattamento che qui definiamo “di alto profilo”: “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale ‘interposta’, egli deve investire [la] Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, primo comma”⁵⁷.

Per come ricostruita nelle sentenze gemelle (e al di là dell’intenzione del legislatore storico⁵⁸), la riforma costituzionale del 2001 ha così colmato una lacuna dell’ordinamento costituzionale, che prima non prevedeva strumenti davvero efficaci per assicurare il rispetto del diritto convenzionale da parte della legge ordinaria⁵⁹.

A prima vista, dunque, la svolta del 2007 potrebbe essere intesa come una delle più significative manifestazioni in Italia di quella che Lustig e Weiler chiamano la “seconda ondata” della giustizia costituzionale⁶⁰. Secondo i due autori, infatti, dopo la prima grande ondata, che dalla metà del secolo scorso ha diffuso il *judicial review* nelle democrazie di tutto il mondo, se ne potrebbe individuare una seconda, caratterizzata dalla generale tendenza delle giurisdizioni costituzionali a integrare il parametro delle costituzioni nazionali con norme di matrice internazionale⁶¹, mentre nella terza ondata, molto più recente e ancora in corso, si assisterebbe a un movimento nella direzione opposta, verso rivendicazioni nazionalistiche e identitarie da parte delle giurisdizioni costituzionali⁶².

Guardando con maggiore attenzione, tuttavia, le sentenze gemelle – e a maggior ragione, come si dirà subito, l’evoluzione successiva dell’orientamento da queste inaugurato – sembrano essere per così dire sulla cresta di entrambe le ultime due onde, perché lo sche-

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 349 del 2007.

⁵⁸ V. la precedente nota 35.

⁵⁹ È la stessa Corte cost., sent. n. 349 del 2007 ad affermare che “il nuovo testo dell’art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega [...] al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l’osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato”. Cfr. G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 5.

⁶⁰ D. Lustig e J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the contemporary World - Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, 16, pp. 315 ss. Su tale ricostruzione v. G. Palombella, *Corti, Costituzioni e rapporti tra ordinamenti. Una riflessione italiana sulla cartografia di Lustig e Weiler*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, pp. 187 ss.; S. Ninatti e O. Pollicino, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, ivi, pp. 191 ss.; R. Bifulco e D. Tega, *Il divenire costituzionale europeo tra isole della ragione e waves giurisprudenziali*, ivi, pp. 199 ss.; A. di Martino e G. Palombella, *Oltre l’architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della “terza ondata”*, ivi, pp. 225 ss.; J.H.H. Weiler, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, ivi, pp. 235 ss.; M. Arcari, P. Palchetti e A. Tancredi, *Il giudice interno di fronte agli obblighi internazionali*, cit., pp. 217 ss.; D. Bifulco, *Il vincolo del diritto internazionale, la decisione sulla politica estera e la Corte costituzionale italiana*, in *Diritto e Società*, n. 4/2019, pp. 671 ss.

⁶¹ “The essence of the second wave was the acceptance of international legal norms as hierarchically superior and thus the basis for judicial review by national courts”: così D. Lustig e J.H.H. Weiler, *Judicial Review*, cit., p. 327.

⁶² “Resistance of domestic jurisdictions to international norms is, of course, a common phenomenon across time and across jurisdictions [...] What we are noticing as part of the third wave is the introduction of a new strand of reasoning and justification which uses the vocabulary of ‘identity’”: *ivi*, p. 357.

ma da esse posto è in grado di *surfare* dalla seconda alla terza ondata, e viceversa, a seconda del vento che tira⁶³.

Il paradigma inaugurato dalle pronunce del 2007 è fondato sulla qualificazione formale della Cedu quale obbligo internazionale, senza invece valorizzare la natura materialmente costituzionale di un trattato che enuclea e protegge diritti umani fondamentali⁶⁴. La Corte così ribadisce di non considerare la Cedu pienamente costituzionalizzata⁶⁵, riconoscendole sì l' idoneità a integrare il parametro nel giudizio di legittimità, ma pur sempre collocandola a "un livello sub-costituzionale"⁶⁶. È possibile che la volontà di arginare l'attivismo dei giudici comuni abbia avuto un qualche peso nel determinare questa e non altre soluzioni e spieghi, pertanto, l'assenza di ogni riferimento a una norma cardine sui diritti fondamentali qual è l'art. 2 Cost.⁶⁷ In ogni caso, tale scelta ha una precisa conseguenza: la Corte ha da subito chiarito in modo netto che le norme della Cedu devono essere conformi alla Costituzione (non solo ai principi supremi e ai diritti fondamentali, ma a *tutta* la Costituzione), riservandosi così la facoltà di effettuare essa stessa tale verifica ed eventualmente di espungere dall'ordinamento le norme convenzionali ritenute non compatibili. Questa presa di posizione, che è stata anche indicata quale una manifestazione di "nazionalismo costituzionale"⁶⁸, circoscrive da subito la pur notevole apertura alla fonte sovranazionale, il cui ingresso e la cui permanenza nell'ordinamento restano subordinati all'integrale rispetto della Costituzione.

Le particolarità della Cedu assumono importanza sotto un diverso profilo, che ne distingue il trattamento da quello di tutti gli "altri" trattati (riguardino o meno i diritti umani): la Corte costituzionale riconosce che la norma della Cedu deve essere assunta "così come in-

⁶³ Come giustamente sottolineano R. Bifulco e D. Tega, *Il divenire costituzionale europeo*, cit., p. 205, va però precisato che nella giurisprudenza costituzionale italiana non c'è e non c'è stato (e per fortuna!) alcun "inquanamento populista", come invece si riscontra in alcune esperienze straniere esemplificative della terza ondata.

⁶⁴ Cfr. S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 3, secondo cui "il carattere parametrico delle norme CEDU non deriva, secondo la Corte, da un particolare valore del trattato che le contiene rispetto alla generalità degli altri trattati, bensì deriva dalla qualificazione delle norme suddette come norme interposte"; S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale*, cit., pp. 293.

⁶⁵ Cfr. M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle"*, cit., p. 3571.

⁶⁶ Corte cost., sent. n. 348 del 2007. Sulla collocazione sub-costituzionale delle norme convenzionali in relazione alla legge ordinaria si tornerà oltre (*infra*, par. 5).

⁶⁷ V. C. Pinelli, *L'approccio generalista del modello di rapporti tra fonti: i trattati sono tutti uguali?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 7; Id., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3520, secondo cui "Se la posta in gioco consisteva nel lasciare aperta una breccia significativa nel sindacato accentratore, non stupisce l'opzione per la portata innovativa della locuzione 'obblighi internazionali', né appare 'singolare', d'altro canto, il silenzio sul possibile ancoraggio all'art. 2 Cost. dei diritti riconosciuti dalla CEDU". Cfr. S. Bartole, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale*, cit., p. 298, secondo cui il mancato riferimento all'art. 2 Cost. si spiega alla luce della volontà della Corte "di tenere basso, in definitiva, il profilo del suo ragionamento".

⁶⁸ Così G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, I, cit., p. 255. Meno critico C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU*, cit., p. 3522, secondo cui il sindacato sulle norme Cedu comporta "un riequilibrio fra le ragioni del diritto costituzionale e quelle dell'apertura, pur essa costituzionalmente riconosciuta, ad altri ordinamenti e organizzazioni internazionali". Per una ricostruzione problematizzata del rapporto tra Costituzione e Carte sovranazionali nella giurisprudenza costituzionale v. A. Ruggeri, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2019, pp. 513 ss.

terpretata dal 'suo' giudice⁶⁹, cioè la Corte europea dei diritti dell'uomo, appositamente istituita per garantire l'uniformità di applicazione della Convenzione⁷⁰.

Si tratta di un aspetto che, data la diversità di approccio delle due Corti, non ha mancato di sollevare problemi. Come noto, successivamente alle sentenze gemelle la giurisprudenza costituzionale è tornata più volte sulla questione del parametro convenzionale, in una prospettiva che è spesso sembrata volerne ridurre l'impatto e ribadire, con ancor maggior fermezza, la subordinazione alla Costituzione⁷¹. In via generale, la Corte italiana ha mostrato la tendenza a privilegiare i parametri interni a discapito di quelli offerti della Cedu⁷², e anche quando ha voluto dare rilievo a questi ultimi ha spesso sottolineato, in chiave per così dire difensiva, la sostanziale equivalenza tra il sistema di tutele approntato dalla fonte costituzionale e quello convenzionale⁷³. Questa ridefinizione del paradigma ha investito, in particolare, il ruolo da riconoscere alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale ha più volte ribadito la necessità di valutare gli stessi approdi interpretativi del giudice convenzionale, le cui pronunce sono legate al singolo caso concreto, per assicurare che l'ingresso dell'obbligo internazionale come interpretato da Strasburgo avvenga senza pregiudicare a livello interno la tutela "sistemica e non frazionata"⁷⁴ dei diritti fondamentali⁷⁵.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 349 del 2007.

⁷⁰ Su questa differenza di trattamento tra la Cedu e tutti gli altri trattati v. E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della consulta, 6 novembre 2009*, Milano, 2010, p. 106. Cfr. però S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, 69, secondo cui tutte le norme di trattati che "prevedono un apposito organismo giudicante" dovrebbero essere "valutate sulla base dell'interpretazione data da tale organismo"; anche se si segnala che, ad oggi, la sussistenza di un vincolo interpretativo è stata riconosciuta solo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La questione si è posta in concreto per il Comitato europeo dei diritti sociali, alle cui pronunce la Corte costituzionale non ha riconosciuto efficacia vincolante nei confronti dei giudici nazionali (Corte cost., sent. n. 120 e n. 194 del 2018, su cui v. *supra*, par. 2, e su cui si tornerà più avanti in questo paragrafo); tale profilo è ben evidenziato da G. Campanelli, *Carta sociale europea e Cedu*, cit., pp. 439 ss.

⁷¹ È sembrato che la Corte abbia intrapreso un "percorso di affrancamento da quanto affermato nel 2007", come osserva E. Malfatti, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, p. 128.

⁷² V., ad es., Corte cost., sent. n. 242 del 2019; n. 96 del 2015; n. 162 del 2014 (su cui v. l'opinione critica di A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 giugno 2014); n. 278 del 2013. Cfr. S. Sonelli, *La CEDU nel quadro di una tutela multilivello dei diritti e il suo impatto sul diritto italiano: direttrici di un dibattito*, in S. Sonelli (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano. Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Torino, 2015, p. 24; E. Lamarque, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015, p. 12. V. anche M. Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, pp. 7-8, il quale propone di assegnare al vincolo di cui all'art. 117, comma 1, Cost. un ruolo residuale, tale per cui sarebbe "concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità, solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale".

⁷³ Cfr. A. Guazzarotti, *L'interpretazione conforme alla Cedu*, cit., p. 24; E. Lamarque e F. Viganò, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 406-408.

⁷⁴ L'espressione compare per la prima volta in Corte cost., sent. n. 317 del 2009.

⁷⁵ V., ad esempio, Corte cost., sent. n. 264 del 2012, secondo cui la Corte di Strasburgo "è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco", mentre la Corte costituzionale "opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata". Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale sul punto v., senza pretesa di esaustività, E. Malfatti, *La Cedu come*

Una simile evoluzione sembra così segnare il pieno passaggio a quella che Lustig e Weiler chiamano la terza ondata della giustizia costituzionale, cioè a una fase in cui sulle istanze internazionali prevalgono quelle a protezione dell'identità costituzionale nazionale. Senza ripercorre nel dettaglio le diverse pronunce che si inseriscono in questo filone, si segnala almeno che tale passaggio è particolarmente evidente⁷⁶ nella notissima sentenza n. 49 del 2015, in cui la Corte ricostruisce il rapporto tra le Carte affermando "il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU"⁷⁷ e specificando inoltre che il vincolo a recepire l'interpretazione della Corte EDU sorge soltanto in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota⁷⁸. Peraltro, la giurisprudenza costituzionale più recente sembra mostrare un aggiustamento di rotta, nel senso di una maggiore valorizzazione del parametro convenzionale⁷⁹.

L'evoluzione che si è ora richiamata in modo sintetico e necessariamente incompleto non sembra pregiudicare, tuttavia, il senso profondo della svolta del 2007, ovvero il riconoscimento del carattere vincolante della Cedu e dei suoi protocolli rispetto alla legge interna e

parametro, cit., pp. 126 ss.; G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, I, cit., pp. 247 ss.; V. Sciarabba, *Il ruolo della Cedu tra Corte costituzionale giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, pp. 175 ss.; F. Donati, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018; F.M. Palombino, *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, ivi; C. Caruso, *Il "posto" dell'interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 2018, pp. 1985 ss.; Ilaria Anrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, pp. 129 ss.; L. Casseti, *L'"ordinamento" sovranazionale dell'Unione europea e il "sistema" CEDU: diritti, garanzie (multilevel) e politiche pubbliche*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, numero speciale di *Consulta Online*, 19 giugno 2020, pp. 17 ss.

⁷⁶ Come segnalano R. Bifulco e D. Tega, *Il divenire costituzionale europeo*, cit., pp. 203-204.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, su cui v., *ex pluribus*, F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2/2015, pp. 333 ss.; M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, ivi, pp. 288 ss.; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, pp. 400 ss. Per un recente inquadramento della questione v. N. Colacino, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del Giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, pp. 8 ss.

⁷⁸ Su tale punto cfr. V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, art. 117 *Cost.*, *obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015.

⁷⁹ Come segnalato da F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona*, cit., p. 483, che nonostante riscontri come occasionalmente la Corte costituzionale abbia "opposto resistenze alla penetrazione di questo o quell'orientamento della Corte europea, attraverso *tecniche di distanziamento*", constata al contempo che oggi "Sempre più numerose [...] sono le sentenze della Corte costituzionale con le quali una disposizione interna viene dichiarata illegittima per contrasto con il diritto convenzionale, o quanto meno *anche* in ragione di tale contrasto". V. anche L. Casseti, *L'"ordinamento" sovranazionale dell'Unione europea e il "sistema" CEDU*, cit., p. 20, che sottolinea come "la rivendicata centralità del giudizio di costituzionalità non implica - necessariamente - la prevalenza della carta costituzionale se il livello maturato a Strasburgo è giudicato più elevato". Sulle tendenze più recenti v. anche la ricca ricostruzione di E. Malfatti, *La Cedu come parametro*, cit., pp. 141 ss. Per alcuni esempi, v. Corte cost., sent. n. 25 del 2019, in cui la declaratoria di illegittimità è stata pronunciata in relazione al solo parametro convenzionale, restando assorbito quello interno; parimenti, nella sentenza n. 12 del 2018 la Corte ha valorizzato in modo significativo il parametro convenzionale (come sottolinea A. Pugiotto, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 2/2018, p. 6), tantoché un'ulteriore questione prospettata soltanto in relazione ai parametri interni (e pure indicata per prima dal giudice *a quo*) è rimasta assorbita; ancora, v. Corte cost., sent. n. 88 del 2018, in cui la Corte ha dato particolare peso all'apporto della giurisprudenza di Strasburgo, e questo nonostante il parametro convenzionale fosse stato evocato unitamente ad altri parametri interni.

l'individuazione di una duplice via – interpretazione conforme e, se questa fallisce, questione di legittimità costituzionale – per assicurarne l'operatività da parte dell'autorità giudiziaria.

Le sentenze gemelle, tuttavia, sono non ambigue, ma certamente reticenti sulla applicabilità dello schema formale dell'art. 117, primo comma, Cost. a tutta la categoria vasta ed eterogenea degli obblighi internazionali⁸⁰: chiamate a pronunciarsi sulla Cedu, infatti, esse si sono limitate a prendere posizione sulla stessa, astenendosi dal dire alcunché sul regime generale dei trattati internazionali recepiti con legge. Il silenzio sul punto è durato per molti anni, perché solo in tempi recentissimi, come si è detto, essa ha finalmente affermato che è “la generalità del diritto internazionale pattizio” a vincolare il potere legislativo ex art. 117, primo comma, Cost.⁸¹

Resta tuttavia molto significativo che i pochi casi in cui il trattamento delineato dalle sentenze gemelle è stato applicato a trattati diversi dalla Cedu in sede di giudizio in via incidentale hanno sempre riguardato obblighi internazionali relativi a diritti umani. Nel 2013 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione del codice penale per contrasto sia con l'art. 3, sia pure al contempo con l'art. 117, primo comma Cost., quest'ultimo in relazione a norme previste dalla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli⁸². Si tratta pacificamente di obblighi internazionali che riguardano diritti umani, ma la Corte non indugia su tale aspetto. La pronuncia si limita, con molta sobrietà, a identificare le due convenzioni quali “impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori” e “strumenti di carattere pattizio”; tanto basta, in coerenza con quanto previsto dalle sentenze gemelle, ad attribuire loro la qualifica di norme interposte.

Si è già detto (*supra*, par. 2) che due successive pronunce hanno incluso nel novero delle norme interposte anche la Carta sociale europea⁸³, così come sembra potersi dire anche per il Patto internazionale di New York sui diritti civili e politici⁸⁴.

⁸⁰ Ma si tratta di una reticenza voluta (v. la precedente nota 2).

⁸¹ Così la già richiamata Corte cost., sent. n. 102 del 2020 (su cui v. *supra*, par. 2).

⁸² Corte cost., sent. n. 7 del 2013, su cui v. V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013. I parametri interposti erano, per la precisione, la Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176 e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77.

⁸³ Sulle pronunce n. 120 e n. 194 del 2018 v., oltre ai riferimenti già indicati nelle precedenti note 11 e 14, I. Tricomi, *Complementarietà tra Cedu e Carta sociale europea: principi costituzionali, parametri europei, proporzionalità e ruolo dei giudici. Il caso della libertà sindacale dei militari*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, n. 1/2018; G.E. Polizzi, *Le norme della Carta sociale europea come parametro interposto di legittimità costituzionale alla luce delle sentenze Corte costituzionale nn. 120 e 194 del 2018*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019; S. Sturniolo, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 luglio 2018. Sul punto v. inoltre E. Malfatti, *La Cedu come parametro*, cit., pp. 138-141, secondo cui nella sent. n. 120/2018 “la Corte finisce per appoggiarsi su alcune decisioni della Corte di Strasburgo [...]; dunque, a un tempo, forte caratterizzazione della CSE e altrettanto evidente ‘scoloritura’ nel più tradizionale parametro convenzionale letto alla luce della ‘sua’ Corte”; nella sent. n. 194/2018, per converso, l'obbligo di cui alla Carta sociale risulta in realtà “del tutto in linea con quanto affermato dalla stessa Corte [costituzionale] (sulla base del parametro interno dell'art. 3 Cost.)”, realizzandosi pertanto “un'integrazione tra fonti”. L'a. si chiede infine se le due pronunce non riflettano “un diverso clima”, più favorevole agli obblighi di matrice internazionale.

Dopo il 2001, allora, la differenza nel trattamento giurisdizionale tra gli obblighi internazionali riguardanti i diritti umani, ai quali è appunto riservato un trattamento “di alto profilo”, e gli “altri” vincoli imposti da trattati si gioca soprattutto sul fatto l’entrata in vigore dell’art. 117, primo comma, Cost. non ha determinato la chiusura della porta dell’art. 2 Cost.: la nuova via di ingresso delle norme pattizie nel nostro ordinamento si è affiancata alla vecchia, senza sostituirla⁸⁵. Da un lato, tutti gli obblighi internazionali, per il solo fatto di essere stati ratificati ed eseguiti, possono astrattamente essere assunti quali parametri interposti nel giudizio di costituzionalità ex art. 117, primo comma, Cost.; dall’altro, soltanto quelli che concernono i diritti fondamentali possono agire a livello costituzionale (anche) per il tramite dell’art. 2 Cost.⁸⁶

Vero è che il paradigma introdotto dalle sentenze gemelle appare come la porta di ingresso dell’obbligo internazionale nell’ordinamento interno di più comune utilizzo⁸⁷. Nondimeno, continuano a sussistere casi in cui non è inutile che l’obbligo internazionale sui diritti passi dall’altra porta, più antica e robusta, che consente un’entrata trionfale del diritto, al livello stesso delle norme costituzionali⁸⁸.

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 221 del 2019. La questione riguardava l’accesso delle sole coppie eterosessuali alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; il giudice *a quo* aveva ipotizzato la violazione sia della Cedu che del Patto internazionale. La questione è stata dichiarata infondata e non inammissibile (quale sarebbe probabilmente stata se il richiamo al Patto internazionale fosse stato giudicato errato); inoltre la Corte, seppur in modo succinto e per rinvio, ha motivato circa la mancata violazione del Patto da parte della norma impugnata, così confermando l’idoneità dello stesso ad essere assunto quale parametro.

⁸⁵ Si tratta della tesi già esposta in E. Lamarque, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, cit., pp. 741 ss.

⁸⁶ F. Salerno, *La coerenza dell’ordinamento interno ai trattati internazionali*, cit., parla di “processo di osmosi per mezzo del quale la Corte costituzionale integra ‘al più alto livello possibile’ le norme internazionali a tutela dei diritti umani con le norme costituzionali a garanzia dei diritti fondamentali” (p. 23); per giungere quindi alla conclusione secondo cui, a dispetto della “apparente omologazione” di tutti gli obblighi internazionali alla luce del nuovo art. 117 Cost., il “superiore ‘peso’ normativo di alcuni trattati quali quelli a tutela dei diritti umani [...] viene almeno in parte recuperato attraverso scelte interpretative della Corte costituzionale” (p. 29). Cfr. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 58, il quale – mentre ancora pendevano le questioni di legittimità all’origine delle sentenze gemelle – indicava che, rispetto a un “itinerario che ‘passa’ per l’art. 117 Cost.” e che riconosce rilievo costituzionale “a tutte le norme internazionali che vincolano lo Stato italiano”, è possibile percorrere “una strada per così dire più morbida” che consente di “valorizzare le norme CEDU e quelle contenute in documenti di analogo contenuto [...] in funzione *interpretativa* delle stesse norme costituzionali”.

⁸⁷ V. ad es. M. Ruotolo, *I diritti fondamentali, a settant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione*, in *Dir. soc.*, n. 1/2018, p. 39, che riconduce l’emersione e la tutela di “nuovi diritti” di derivazione internazionale alle tradizionali porte di ingresso degli art. 10 e 11 Cost. e al sopravvenuto art. 117, primo comma, Cost. Secondo tale prospettiva, l’art. 2 Cost. rileva non tanto quale varco di accesso, ma come argine rispetto a una proliferazione indiscriminata di diritti: il processo di ampliamento dei diritti, infatti, deve essere condotto senza contraddire “il principio di dignità e la connessa centralità della persona” (cioè il paradigma fondamentale che si ricava da una lettura coordinata degli artt. 2 e 3 Cost.).

⁸⁸ È opportuno specificare che ci si riferisce a una questione diversa dall’utilizzo dei trattati internazionali sui diritti nell’interpretazione delle corrispondenti garanzie costituzionali. Un conto sono i diritti affermati soltanto dalla fonte pattizia, per i quali ha senso parlare di un effettivo ingresso nell’ordinamento nazionale tramite le porte predisposte dalla Costituzione; diverso è invece il caso in cui le norme convenzionali riguardano diritti già garantiti dalla Costituzione e possano dunque influire (anche in modo pregnante) quale strumento ermeneutico degli stessi. Su tale forma di utilizzo delle norme internazionali v. M. Ruotolo, *L’incidenza della Cedu sull’interpretazione costituzionale*, cit.; Id., *La “funzione ermeneutica” delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, n. 2/2000, pp. 291 ss.

Un caso, tra tutti, è veramente esemplare. Quando la Corte costituzionale ha affermato che quello di contrarre matrimonio è un diritto fondamentale della persona umana, e in quanto tale riferibile anche agli stranieri irregolari, e ne ha tratto come conseguenza la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge che lo vietava, lo ha fatto appoggiandosi, oltre che all'art. 29 Cost., sia alle enunciazioni espresse di quel diritto contenute nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nella Cedu e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dando loro ingresso grazie alla clausola dell'art. 2 Cost., sia all'art. 117, primo comma, Cost., tramite il parametro interposto dell'art. 12 Cedu, parimenti invocato dal giudice remittente⁸⁹.

Pertanto, non sembra esagerato affermare che gli obblighi sovranazionali relativi a diritti umani vincolanti per l'Italia possono incidere sulla legittimità delle fonti primarie interne a *doppio titolo*: sia tramite l'art. 2 Cost., sia tramite l'art. 117, primo comma, Cost.

D'altro canto, i trattati e le convenzioni sui diritti umani che *non* sono vincolanti per l'Italia, perché magari non ratificati ed eseguiti, possono comunque attraversare quantomeno la porta dell'art. 2 Cost. in quanto materialmente costituzionali, e in tal modo incidere sull'interpretazione giudiziale⁹⁰.

Un'ultima considerazione sul trattamento "di alto profilo". Finora si è fatto riferimento alla giurisprudenza costituzionale, ma la diversità di approccio tra gli obblighi internazionali sui diritti umani e gli "altri" obblighi internazionali dipende anche, naturalmente, dall'atteggiamento dei giudici comuni. Come è evidente, infatti, nel giudizio in via incidentale sono questi ultimi che possono o meno prospettare la violazione di un obbligo internazionale quale parametro interposto, oppure evitare l'incidente di costituzionalità dando fondo ai loro strumenti interpretativi.

Si riscontra così che, nei tredici anni trascorsi dalla svolta delle sentenze gemelle, i giudici hanno tenuto in massima (e quasi esclusiva) considerazione la Cedu, la cui violazione è stata prospettata centinaia di volte e soltanto episodicamente hanno sollevato questioni di legittimità in relazione alla supposta violazione di altri trattati sui diritti umani, mentre quasi mai hanno assunto come parametro interposto uno dei numerosissimi "altri" trattati⁹¹.

⁸⁹ Corte cost., sent. n. 245 del 2011.

⁹⁰ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 (si tratta della notissima pronuncia sul caso Englaro) in relazione alla Convenzione di Oviedo del 1997 sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina. Tale convenzione non è stata ratificata dall'Italia, nonostante il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica; secondo la Cassazione "da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una *funzione ausiliaria sul piano interpretativo*: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'*interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme*" (corsivi aggiunti). Negli stessi termini Trib. Verona, ufficio del Giudice tutelare, decreto 11 marzo 2011, in relazione alla Convenzione dell'Aja del 2000 sulla protezione internazionale degli adulti.

⁹¹ Si veda *supra* nota 16 e appena *infra*, par. 5.

5. Il trattamento giurisdizionale “di base” degli “altri” obblighi internazionali

Una vicenda dal tutto diversa rispetto a quella che si è appena descritta è quella degli “altri” obblighi internazionali, cioè delle numerosissime convenzioni bilaterali o multilaterali sulle più disparate materie diverse dai diritti umani (quali, ad esempio, la doppia imposizione sui redditi o la vendita internazionale di beni) e per i quali l’introduzione del nuovo art. 117, comma primo, Cost. non sembra aver determinato un cambiamento significativo rispetto alle prassi giurisprudenziali precedenti.

Per la loro tutela, infatti, i giudici comuni ritengono praticabile – e sufficiente allo scopo – un trattamento di *low profile*, che esclude *di fatto* entrambi i pilastri posti dalle sentenze gemelle, ovvero l’obbligo di interpretazione conforme alla disposizione internazionale e, se ciò non fosse possibile, la prospettazione di una questione di costituzionalità per violazione del parametro interposto.

Come si è detto, finora i giudici non hanno praticamente quasi mai sollevato questioni di legittimità costituzionale supponendo che una norma legislativa violasse uno degli “altri” obblighi internazionali. Questa strada è stata tentata tre volte, ma le relative questioni non sono state accolte in quanto inammissibili o infondate⁹², e al momento pendono alcune questioni seriali sollevate dal Consiglio di Stato in cui, *inter alia*, è indicato come parametro interposto il Protocollo di Kyoto⁹³.

L’attivazione del giudizio di costituzionalità non rientra dunque di norma tra le opzioni effettivamente prese in considerazione per garantire il rispetto degli obblighi internazionali di questo tipo.

Si potrebbe ipotizzare che ciò sia dovuto al fatto che, in tali casi, le antinomie sono risolte dal giudice comune tramite il criterio dell’interpretazione conforme; ma così non è.

È forse poco noto, ma molto importante ai fini del discorso che stiamo conducendo, che i giudici non ricorrono sostanzialmente mai a tale canone interpretativo quando l’obbligo internazionale non riguarda i diritti umani: negli ultimi tredici anni non si trovano pronunce in cui un’antinomia tra norme interne e “altri” obblighi internazionali sia stata risolta interpretando le prime in modo conforme al disposto dei secondi. Al più, vi sono casi in cui i giudici hanno ribadito che le norme pattizie devono essere interpretate alla luce dell’ordinamento internazionale e non di quello italiano⁹⁴; ma si tratta di una questione diversa, che riguarda per l’appunto l’interpretazione degli obblighi internazionali e non delle disposizioni nazionali⁹⁵.

⁹² Si tratta di Corte cost., sent. n. 118 del 2011, che ha dichiarato non fondata una questione sulla supposta violazione dell’Accordo europeo relativo al trasporto internazionale su strada di merci pericolose del 1957; sent. n. 22 del 2016, che ha dichiarato inammissibile una questione relativa alla Convenzione sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale del 1972; infine sent. n. 33 del 2019, con cui la Corte ha ritenuto rispettivamente l’inammissibilità e l’infondatezza di due questioni sollevate in relazione alla Carta europea dell’autonomia locale del 1985.

⁹³ Le ordinanze sono rubricate nel registro dei ricorsi della Corte costituzionale ai nn. 56, 57, 58 e 59 del 2020. Si segnala che in sede di giudizio in via principale il Protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici è già stato utilizzato con successo quale norma interposta: v. Corte cost., sent. n. 124 del 2010; Corte cost., sent. n. 85 del 2012.

⁹⁴ Cass., sez. V civ., 15 febbraio 2008, n. 3889, secondo cui la nozione di “stabile organizzazione” contenuta nella Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Svizzera del 1976 “deve essere tratta dall’art. 5

Per assicurare il rispetto degli obblighi internazionali diversi da quelli che riguardano i diritti umani, piuttosto, i giudici comuni continuano a servirsi degli strumenti che avevano a disposizione già da ben prima del 2007 e, soprattutto, del criterio di specialità. Tuttavia, la specialità è invocata talvolta nella sua accezione comune, altre in quella *sui generis*, o ancora unitamente al criterio gerarchico. Siamo dunque di fronte a criteri diversi, anche se nominalmente accomunati, e non tutti per verità convincenti.

Un primo orientamento richiama il criterio della specialità nella sua versione generale, valida anche per i casi in cui le norme in conflitto non abbiano alcun collegamento con obblighi internazionali. Si tratta cioè della specialità *ratione personae* o *ratione materiae*, secondo cui “la norma generale non trova applicazione (è derogata) là dove è applicabile quella particolare”⁹⁶; con la conseguenza che la norma speciale prevale sulla norma generale anche se quest’ultima è successiva.

Questo criterio è spesso invocato, ad esempio, in ambito tributario. Il principio del divieto di doppia imposizione è attuato da norme interne in via generale e, al contempo, da numerose convenzioni bilaterali a cui l’Italia ha dato esecuzione che regolano in modo specifico – e diverso – la medesima materia. Sul punto la Cassazione ha più volte affermato che le prime sono “disposizioni di diritto internazionale interno di carattere generale, rispetto alle quali, però, prevalgono le speciali disposizioni stabilite con le convenzioni bilaterali, che recano appunto le *norme di disciplina particolare* calibrate sulle reciproche esigenze degli Stati contraenti. Proprio per fornire una *disciplina differenziata*, in relazione alle peculiarità degli ordinamenti tributari degli Stati, la prassi internazionale registra il fenomeno degli accordi bilaterali, piuttosto che trattati internazionali multilaterali da valere per tutti gli Stati”⁹⁷. È evidente che le norme convenzionali (o, meglio, le norme interne che ne hanno dato esecuzione) sono considerate prevalenti in quanto speciali per il loro contenuto e per i loro destinatari, perché appunto stabiliscono regole particolari per una determinata categoria di soggetti; il profilo della loro origine internazionale è richiamato a fini in realtà descrittivi, non per giustificare in quanto tale la loro applicazione in luogo delle norme generali interne.

In senso analogo si sono pronunciate diverse Commissioni tributarie. Sono chiarissime, ad esempio, le parole della Commissione tributaria regionale de L’Aquila sulla Conven-

del modello di convenzione OCSE contro la doppia imposizione e dal suo commentario, integrata, con i requisiti di ‘centro di attività stabile’, di cui all’art. 2 della Sesta Direttiva IVA (77/388/Cee)”. Negli identici termini v. anche Cass., sez. V civ., 15 febbraio 2008, n. 3890 e n. 3891.

⁹⁵ La giurisprudenza costituzionale, già prima della svolta del 2007, richiedeva al giudice di interpretare le norme pattizie secondo il significato che esse hanno nel loro ordinamento di origine (cfr. Corte cost., sent. n. 288 del 1997); obbligo confermato dalle sentenze gemelle, che riferiscono il parametro interposto non alle disposizioni italiane di esecuzione e adattamento, ma alla stessa norma pattizia. Sul punto v. G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi*, cit., pp. 11-12.

⁹⁶ Così R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir. da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. I, t. 1, Milano, 1998, pp. 226-227. Sulla specialità v. i riferimenti indicati nella precedente nota 46.

⁹⁷ Così Cass., sez. V civ., 17 dicembre 2008, nn. 29455, 29456, 29457, 29458, 29459, 29460 e 29461 (corsivi aggiunti); orientamento ribadito negli esatti termini da Cass., sez. V civ., 16 gennaio 2009, n. 941; 13 febbraio 2009, nn. 3556 e 3557; 22 luglio 2009, n. 17076; 4 settembre 2013, n. 20238. In termini analoghi, v. anche Cass., sez. V civ., 6 agosto 2009, n. 18026 e 13 febbraio 2015, n. 2912.

zione tra Italia e Francia del 1989 e le norme interne successive. Dopo aver ricordato che è la stessa normativa nazionale a stabilire che “nell’applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia”⁹⁸, e che la Convenzione con la Francia era ancora in vigore, la Commissione rileva che “la normativa Convenzionale, diretta ad eliminare la doppia imposizione, si pone rispetto alla norma generale interna [...] con natura e caratteri di ‘specialità’ proprio per il suo contenuto derogatorio. [...] Non v’è dubbio, quindi, che la disciplina convenzionale, ratificata con legge dello Stato, oltre che come fonte primaria del diritto, si configuri quale *lex specialis*, potendo per tale sua natura legittimamente derogare alla norma generale interna, senza peraltro contraddirla o sostituirla nella fissazione dei presupposti impositivi e nella esplicazione della potestà impositiva”⁹⁹. Il principio di specialità per così dire consueto è richiamato da ulteriori pronunce in modo più sintetico, ma non per questo meno chiaro¹⁰⁰.

Nel giustificare la prevalenza su norme interne posteriori, talvolta sono richiamate disposizioni pattizie che stabiliscono espressamente l’applicabilità della convenzione stessa anche a fronte di successivi mutamenti delle norme nazionali¹⁰¹. Normalmente, nei rapporti tra fonti di pari grado le clausole che limitano l’attività normativa futura (c.d. “autovincoli”) sono considerate prive di efficacia normativa¹⁰²; in casi come quello in questione, tuttavia, si

⁹⁸ Art. 75 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi).

⁹⁹ Così Comm. trib. reg. Abruzzo, sez. X, 15 aprile 2008, n. 30.

¹⁰⁰ Ad esempio, Comm. trib. reg. Lazio, sez. XX, 17 maggio 2012, n. 65, che a fronte dell’astratta applicabilità sia dell’art. 25 del d.P.R. n. 600/1973, sia della Convenzione contro la doppia imposizione stipulata tra Italia e Francia nel 1989 ha così deciso: “poiché entrambe le normative appena descritte sono idonee a inglobare nelle loro categorie di genere la specie ultima qui portata all’esame del giudice, la preferenza dev’essere data, in applicazione del principio di specialità nel rapporto tra norme, a quella speciale”.

Secondo Comm. trib. prov. Pescara, sez. IV, 28 aprile 2010, n. 190, “la ‘fonte’ giuridica della ritenuta, costituente il cardine dell’impugnazione in esame, non è l’art. 27 - ter del D.P.R. n. 600/1973, bensì l’art. 1 della Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica francese per evitare le doppie imposizioni di imposte sul reddito e sul patrimonio e per prevenire l’evasione e le frodi fiscali, ratificata con legge 7 gennaio 2002, n. 20, mercé il principio di specialità”.

V. anche Comm. trib. prov. Milano, sez. II, 19 dicembre 2014, n. 11619, secondo cui “le disposizioni contenute in una Convenzione internazionale, in quanto destinate a disciplinare in via esclusiva i rapporti tra i soggetti appartenenti ad uno Stato estero ed i soggetti appartenenti allo Stato italiano, ovvero i rapporti tra uno Stato estero e l’Italia, assumono il carattere di specialità e, quindi, assumono rilievo e prevalenza rispetto alle normative nazionali, quali, nel caso in esame il TUIR” (negli esatti termini, inoltre, si era già espressa Comm. trib. prov. Milano, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 294).

¹⁰¹ Comm. trib. reg. Lombardia, sez. III, 22 marzo 2019, n. 1339. Il caso riguardava la Convenzione tra il Italia e Corea per evitare le doppie imposizioni del 1989, che faceva riferimento all’abrogata imposta locale sui redditi (ILOR), e le posteriori norme italiane che hanno istituito l’imposta regionale sulle attività produttive (IRAP). La Commissione osserva che l’art. 2, punto 4) della Convenzione “precisa che ‘la convenzione si applica anche alle imposte future di natura identica o sostanzialmente analoga che verranno anche dopo la firma della presente convenzione in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti’. Non vi è dubbio che l’IRAP abbia sostituito l’ILOR ed altre imposte minori, per cui questo Collegio ritiene che la convenzione si debba estendere anche all’odierna imposta IRAP”.

¹⁰² V., ad esempio, R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 41; A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2010, p. 9; A. Alberti, *Riflessioni sugli autovincoli legislativi*, in M. Cavino, L. Conte (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, Napoli, 2014, pp. 195 ss. Per una prospettiva diversa v. P. Carnevale, *La qualità del sistema normativo fra pluralità delle politiche, elusione di snodi teorici e ricerca di un factotum*, ivi, pp. 36 ss.

riconosce la perdurante efficacia della clausola convenzionale proprio in quanto essa è speciale.

Il criterio della specialità nella sua accezione generale è richiamato anche al di fuori dell'ambito tributario. Ad esempio, in materia di vendita internazionale di beni mobili la Cassazione ha stabilito che non devono applicarsi le norme italiane di diritto internazionale privato, bensì quelle della Convenzione delle Nazioni unite adottata a Vienna nel 1980: mentre la disciplina interna detta le regole sull'individuazione del diritto applicabile alla fattispecie, quella della Convenzione stabilisce direttamente un diritto materiale uniforme e ha dunque, rispetto alla prima, un oggettivo carattere di specialità¹⁰³. Ed è interessante notare che la Cassazione ha precisato che le norme di diritto materiale uniforme prevalgono "indipendentemente dalla loro fonte": in altri termini, si applica il consueto criterio della specialità senza che sia rilevante l'origine internazionale o meramente interna delle norme speciali. Analogamente, poco prima delle sentenze gemelle la Cassazione ha stabilito che, in tema di effetti penali delle sentenze straniere, le norme della Convenzione di Strasburgo del 1989 sul trasferimento delle persone condannate hanno "connotati di specialità" e dunque non sono state abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale¹⁰⁴.

L'orientamento che si è finora richiamato fa dunque perno sulla specialità in senso proprio della disciplina contenuta nelle convenzioni a cui l'Italia ha dato esecuzione: si tratta di un argomento che non risente della svolta delle sentenze gemelle e che infatti era pacificamente spendibile anche prima della riforma costituzionale del 2001.

Un secondo indirizzo richiama una diversa accezione della specialità. Sempre in materia di divieto di doppie imposizioni, la Cassazione ha stabilito che la convenzione tra l'Italia e un paese straniero "per il *carattere di specialità del suo ambito di formazione*, così come le altre norme internazionali pattizie [...] prevale sulle corrispondenti norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3)"¹⁰⁵. In questo caso, si fa perno non tanto sul contenuto materialmente speciale delle norme con-

¹⁰³ V. Cass., sez. II civ., 25 gennaio 2018, n. 1867: "La preferenza per la Convenzione delle Nazioni Unite rispetto alle norme di diritto internazionale privato si fonda essenzialmente su un giudizio di prevalenza del diritto materiale uniforme rispetto a tali ultime norme (e ciò indipendentemente dalla loro fonte, cioè anche per il caso che esse stesse abbiano origine da una convenzione internazionale). Il diritto materiale uniforme, infatti, presenta per definizione carattere di specialità, poiché risolve direttamente il problema della disciplina della fattispecie, ovvero evitando il doppio passaggio consistente dapprima nell'individuazione del diritto applicabile prima e, quindi, nell'applicazione dello stesso, come deve necessariamente accadere quando si fa ricorso alle regole del diritto internazionale privato".

¹⁰⁴ V. Cass., sez. VI pen., 4 maggio 2006, n. 21955.

¹⁰⁵ Così Cass., sez. V civ., 19 gennaio 2009, n. 1138, in relazione alla Convenzione tra Italia e Irlanda (corsivo aggiunto). Negli identici termini v. Cass., sez. trib., 14 novembre 2019, n. 29635, 20 novembre 2019, n. 30140 e 21 novembre 2019, n. 30347 (tutte e tre sulla Convenzione tra Italia e Germania); Cass., sez. V civ., 31 gennaio 2017, n. 2441 (con riferimento alla Convenzione tra Italia e Regno Unito) e 24 novembre 2016, n. 23984 (sulla Convenzione tra Italia e Francia), nonché Comm. trib. prov. Pescara, sez. I, 17 maggio 2017, n. 475 (sempre in relazione alla Convenzione tra Italia e Francia). Richiama espressamente tale indirizzo, pur omettendo di specificare il tipo di specialità invocato, Cass., sez. V civ., 13 ottobre 2017, n. 24112, secondo cui la Convenzione tra Italia e Regno Unito "così come le altre norme internazionali pattizie, riveste carattere di specialità rispetto alle corrispondenti norme nazionali e quindi prevale su queste ultime, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali".

venzionali, quanto invece sul loro peculiare procedimento di formazione in seno all'ordinamento internazionale; la specialità, secondo tale ragionamento, è così riconosciuta a tutte le norme pattizie in quanto tali. Questo indirizzo interpretativo sembra così riecheggiare la nozione della specialità *sui generis*, che si riferisce alla presunzione della volontà del legislatore di rispettare gli obblighi assunti dall'Italia in sede internazionale¹⁰⁶.

Questa ricostruzione, tuttavia, oggi ci pare inaccettabile.

La tesi della specialità *sui generis* si giustificava in un contesto in cui le norme legislative che davano esecuzione o applicazione ai trattati non avevano una forza di resistenza passiva diversa da quella delle altre leggi ordinarie. Con la riforma costituzionale del 2001 sono però cambiate le coordinate di base che inquadrano la questione: gli aspetti relativi al procedimento di formazione del diritto convenzionale, e dunque alla sua natura di obbligo internazionale, si sono trasferiti di livello assumendo finalmente il ruolo di vincolo costituzionale. La specialità *sui generis* si è così trovata priva di un vero ambito applicativo.

Infatti, se la norma pattizia esprime una disciplina materialmente speciale rispetto a norme interne, la sua applicazione è pacificamente assicurata dalla specialità nella sua accezione comune: in questi casi richiamare la specialità *sui generis* è superfluo. Se invece il conflitto non è risolvibile ricorrendo alla specialità *ratione personae* o *ratione materiae* o al criterio cronologico, lo schema che le sentenze gemelle hanno tratto dall'art. 117, primo comma, Cost. impone al giudice di tentare l'interpretazione conforme della disposizione nazionale e, se questa fallisce, di sollevare una questione di costituzionalità. Tale paradigma non è conciliabile con il ricorso alla specialità *sui generis*, che condurrebbe quasi sempre il singolo giudice a riconoscere in modo autonomo la prevalenza della norma pattizia. Si tratterebbe infatti di un esito sostanzialmente assimilabile alla disapplicazione della disposizione interna per contrasto con un obbligo internazionale, con la conseguenza di escludere che questa possa essere oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale¹⁰⁷. Proprio ciò che la Corte costituzionale ha sempre inteso vietare.

Il quadro giurisprudenziale si complica ulteriormente se si tiene conto che in alcune pronunce il criterio della specialità *sui generis* è stato saldato all'argomento di una presunta superiorità gerarchica delle norme convenzionali rispetto a leggi ordinarie puramente interne¹⁰⁸. Questa conclusione si espone ad almeno due critiche.

¹⁰⁶ Sulla nozione di specialità *sui generis* v. *supra*, par. 3, spec. la nota 47.

¹⁰⁷ In questo senso G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione*, cit., p. 201, secondo cui applicare il criterio della specialità *sui generis* finirebbe "per eliminare del tutto l'esigenza del controllo di costituzionalità sulla norma interna confliggente con quella convenzionale"; E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali*, cit., pp. 120-121; G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 20 sub nota 44. V. anche A. Cassese, *Diritto internazionale*, a cura di P. Gaeta, Bologna, 2006, p. 306, il quale già prima delle sentenze gemelle notava come specialità *sui generis* e sussunzione dell'obbligo internazionale quale parametro di costituzionalità fossero due strade alternative: "Delle due l'una: o l'art. 117, 1° comma, Cost. sancisce la prevalenza di tutti i trattati internazionali sulla legge ordinaria incompatibile, e dunque consente il controllo di legittimità della Corte cost., che annulla con efficacia *ex tunc* la legge in questione; oppure si fa leva sul principio di specialità e si lascia all'interprete il compito di disapplicare la legge non conforme al trattato".

¹⁰⁸ Cass., sez. V civ., 15 luglio 2016, n. 14474 (senza fare riferimento alla specialità) ha qualificato la Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Svizzera come norma "gerarchicamente sovraordinata alla

In primo luogo, ragionare in questi termini comporta una sovrapposizione tra piani distinti: gerarchia e specialità sono infatti due criteri diversi e l'applicazione di uno dei due dovrebbe escludere, a rigore, che possa essere contestualmente applicato anche l'altro. A ben vedere, ciò conferma che la specialità nella sua accezione *sui generis*, fondandosi sulla tipologia di norma e non sul suo contenuto, sconfinava nell'ambito che oggi è presidiato dall'art. 117, primo comma, Cost.

In secondo luogo, è poi quantomeno sbrigativo dedurre che questa disposizione costituzionale conferisca alle norme di derivazione pattizia un grado gerarchico sovraordinato rispetto alle fonti primarie. Vero è che nella sentenza n. 348 del 2007 si afferma che le norme interposte, tra cui rientrano quelle convenzionali, sono poste a un livello sub-costituzionale, precisando che con ciò si intende che esse hanno "rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria". Come è stato osservato, però, il vincolo che deriva dalla categoria eterogenea delle norme interposte ha in realtà una "valenza esclusivamente funzionale" ai fini della loro idoneità a integrare il parametro costituzionale, senza che sia affatto necessario postulare una variazione del loro grado gerarchico¹⁰⁹; conclusione che sembra trovare una conferma anche nella giurisprudenza costituzionale successiva alle sentenze gemelle¹¹⁰, in cui la collocazione sub-costituzionale delle norme convenzionali è stata sì richiamata con una certa frequenza, ma al solo scopo di ribadire come queste restino sottoposte alla Costituzione e senza riferimento al loro rapporto con la legge ordinaria¹¹¹.

legge ordinaria interna", in tal modo escludendo che essa possa essere interpretata come se facesse rinvio a disposizioni interne (negli identici termini v. Cass., sez. trib., 19 aprile 2019, n. 11020). La "saldatura" di questo argomento con la specialità avviene in Cass., sez. V civ., 22 novembre 2017, n. 27773, che richiama a un tempo sia la giurisprudenza secondo cui la medesima Convenzione prevale sul d.P.R. n. 917/1986 "essendo la norma pattizia gerarchicamente sovra-ordinata alla legge ordinaria interna", sia quella secondo cui le norme pattizie prevalgono su quelle interne "attese la specialità e la *ratio* di evitare fenomeni di doppia imposizione". Allo stesso modo v. Comm. trib. Reg. Lazio, sez. XVI, 14 maggio 2019, n. 2922, che all'argomento della specialità per il particolare ambito di formazione giustappone il richiamo alla giurisprudenza costituzionale per cui "le norme dei trattati interazionali, una volta recepite, hanno natura subcostituzionale e quindi sono superiori alla legge ordinaria, assumendo nei confronti di quest'ultima il rango di legge speciale".

¹⁰⁹ Così S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, cit., pp. 3 ss. L'a. precisa a p. 5 che l'art. 117, comma 1, Cost. rinvia a "fonti che già contengono norme destinate ad operare come interposte" e ciò spiega come mai tali norme esercitano un vincolo nei confronti di tutte le leggi posteriori: si tratta di una peculiare forza di resistenza passiva che non chiama in causa il riconoscimento di un grado gerarchico superiore a quello della legge ordinaria. Sul punto v. anche Id., *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, pp. 565 ss. In senso adesivo v. G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione*, cit., p.193 sub nota 8; M. Ruotolo, *L'incidenza della Cedu sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 1. Sul punto v. anche G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, I, cit., p. 252, secondo cui l'art. 117 Cost. "si limita a un recepimento di contenuto, senza specificarne forza o valore"; G. Silvestri, *Costituzione e fonti primarie*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, p. 4, secondo cui "né per le norme UE né per le norme CEDU è adoperabile il criterio della gerarchia [...] Ci si avvicina sempre più ad un criterio di integrazione delle fonti".

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, secondo cui "l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione" (corsivo aggiunto).

¹¹¹ V. Corte cost., sentt. nn. 93 e 196 del 2010, nn. 80, 113 e 236 del 2011, n. 230 del 2012, n. 135 del 2014 e n. 49 del 2015.

In altri termini, la norma gerarchicamente superiore alla legge nazionale è soltanto l'art. 117 Cost.: essa impone il rispetto delle norme pattizie, che pertanto assumono una funzione parametrica nel giudizio di legittimità costituzionale, ma ciò non incide sul loro formale grado gerarchico, né tantomeno le rende intrinsecamente speciali. Ed è per questo che non sono condivisibili *entrambi* gli argomenti su cui si fonda l'orientamento della giurisprudenza comune che si è da ultimo richiamato, che tra l'altro si riferisce a casi per cui l'ordinario criterio della specialità *ratione personae* o *ratione materiae* sarebbe stato sufficiente ad assicurare la prevalenza delle norme di derivazione internazionale.

Si può notare, infine, che, stante il generalizzato ricorso alla specialità nelle sue diverse declinazioni, nel risolvere le antinomie che riguardano gli "altri" trattati lo spazio lasciato dalla giurisprudenza al criterio cronologico appare residuale e comunque recessivo. Ad esempio, nel valutare il rapporto tra la Convenzione concernente il contratto di trasporto internazionale di merci su strada stipulata a Ginevra nel 1956 e le norme del codice civile, il Tribunale di Lucca ha ritenuto che le norme pattizie fossero prevalenti sia in quanto speciali, sia in quanto introdotte da una legge posteriore¹¹². È però evidente che non si trattava affatto di un'abrogazione implicita della norma codicistica (motivo per cui il richiamo al criterio cronologico è inconferente), quanto piuttosto di una sua deroga: sarebbe stato sufficiente e più corretto, allora, invocare soltanto la specialità delle norme pattizie.

Il criterio cronologico si presta invece molto bene a regolare i rapporti nella successione di norme convenzionali. È il caso, ad esempio, della Convenzione bilaterale tra Italia e Romania in materia di estradizione del 1972, la cui legge di ratifica ed esecuzione non è mai stata formalmente abrogata: tale Convenzione deve ritenersi risolta a seguito dell'adesione della Romania alla Convenzione europea di estradizione, la quale prevede espressamente l'abrogazione dei precedenti trattati o accordi tra le parti contraenti¹¹³.

6. Le ragioni del differente trattamento

Come si è cercato di illustrare nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza relativa agli obblighi internazionali successiva al 2007 ha accentuato quel doppio binario nel trattamento giurisdizionale degli obblighi internazionali, differenziato a seconda della loro natura, che già si poteva riscontrare in precedenza (*supra*, par. 3)

Da un lato, le norme che discendono dai trattati sui diritti umani godono di un trattamento "di alto profilo", per cui esse condizionano l'interpretazione delle disposizioni puramente interne e ne possono determinare l'incostituzionalità in caso di contrasto non sanabile

¹¹² V. Trib. Lucca, sez. civile, 24 aprile 2013, n. 482, secondo cui la convenzione "in virtù della legge di recepimento prevale, per i principi di specialità e cronologico sulla disciplina codicistica (art. 1693 c.c. recanti norme in tema di trasporto)".

¹¹³ V. Cass., sez. VI pen., 24 febbraio 2010, n. 7397: "La convenzione bilaterale tra l'Italia e la Romania in materia di estradizione deve infatti ritenersi risolta con l'adesione da parte della Romania alla Convenzione europea di estradizione, avvenuta il 10 settembre 1997. Tanto, ai sensi dell'art. 28 della anzidetta Convenzione europea, ha comportato l'abrogazione della L. Nazionale n. 127 del 1975 di ratifica ed esecuzione della convenzione bilaterale".

per via interpretativa, e ciò sia ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., che ai sensi dell'art. 2 Cost. (*supra*, par. 4). All'opposto, i giudici comuni hanno continuato *di fatto* a trattare le norme che derivano dagli "altri" obblighi internazionali secondo i medesimi criteri di *low profile* che sostanzialmente già erano a loro disposizione prima delle sentenze gemelle.

A questo punto è interessante chiedersi perché lo stesso vincolo posto in via generale dall'art. 117, primo comma, Cost., nei termini in cui è stato declinato dalla Corte costituzionale, sia *di fatto* utilizzato dai giudici comuni (quasi) soltanto rispetto ai trattati sui diritti umani e non in relazione a tutti gli altri. In altre parole, ci si può chiedere se questo doppio binario, creato in via di prassi giurisprudenziale, abbia ragioni oggettive che lo giustificano.

Sul piano della prassi, a nostro parere, il motivo principale è semplice ed è di tipo essenzialmente psicologico. I tribunali sembrano nel complesso ritenere che solo i trattati sui diritti umani, caratterizzati da un rilievo materialmente costituzionale, abbiano per questo motivo la dignità di porsi come parametro rispetto alla legislazione ordinaria ai fini sia dell'interpretazione conforme che della proposizione della questione di legittimità costituzionale. Al contrario, in sede giurisdizionale le frizioni tra gli "altri" obblighi internazionali e le norme interne riguardano usualmente discipline di dettaglio: i giudici sono perciò portati a trattarle come problemi interpretativi comuni che, in quanto tali, possono e devono essere risolti direttamente da loro stessi secondo i criteri ordinari e consueti, senza che ci sia bisogno né di ricorrere all'interpretazione conforme, né, tantomeno, di sollevare una questione di legittimità costituzionale.

A ciò si deve forse aggiungere anche la circostanza che i giudici e, in genere, i soggetti che operano nella giustizia hanno spesso poca dimestichezza con gli strumenti di diritto internazionale pattizio, e questo potrebbe spiegare come mai nei giudizi in via incidentale la prassi si sia concentrata su quei pochi trattati che – proprio perché riguardano i diritti umani – sono i più noti¹¹⁴.

Ci sono tuttavia anche ragioni tecnico giuridiche che spiegano – e giustificano – il doppio binario.

La diversità dei trattati si riflette, infatti, sul tipo di conflitto che può instaurarsi tra le norme di adattamento e quelle puramente interne di pari grado formale; ed è proprio dal tipo di conflitto che a sua volta dipende la scelta su quali siano i criteri idonei per la sua risoluzione, e dunque su quale sia il trattamento giurisdizionale.

I trattati sui diritti umani di solito prevedono contenuti di principio, dalla portata ampia e generale; obblighi di questo tipo sono caratterizzati da una vocazione universale e, al contempo, da una limitata applicabilità diretta a casi concreti. Si tratta di norme pattizie che non sono concepite per sostituirsi a una disciplina legislativa nazionale, ma piuttosto per porre su di essa dei limiti. Per sanare un eventuale contrasto potrebbe non essere sufficiente riconoscere l'applicazione della norma pattizia in luogo di quella legislativa, proprio perché non è

¹¹⁴ In questo senso G. Palmisano, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 10; l'a. riporta *sub* nota 23 anche l'esempio di Corte cost., sent. n. 308 del 2013, in cui la questione prospettata alla Corte indicava come parametro interposto l'art. 6 della Cedu in luogo della ben più attinente, ma misconosciuta, Convenzione di Ramsar sulle zone umide di importanza internazionale del 1971.

detto che dalla prima il giudice possa ricavare una regola puntuale, adatta al caso concreto, senza usurpare competenze che spettano al legislatore. Il rapporto tra fonte internazionale e fonte nazionale si pone così in modalità simili a quello che sussiste tra norme costituzionali e legge ordinaria¹¹⁵; ed è per questo motivo che gli stessi rimedi (ovvero l'interpretazione conforme e la prospettazione di una questione di legittimità) risultano non solo efficaci ma anche indispensabili per assicurare l'effettivo rispetto degli obblighi in questione, che sono in effetti strutturati sin dall'origine come dei potenziali parametri¹¹⁶.

Un trattamento di questo tipo non è invece idoneo ad assicurare il rispetto di obblighi internazionali che hanno uno scopo e una struttura diversi, come nei casi richiamati *supra*, par. 5.

Gli "altri" vincoli internazionali – di solito, ma non necessariamente, quelli bilaterali – prevedono norme concepite sin dall'origine dagli Stati contraenti non per porre dei vincoli di carattere generale, ma al più limitato fine di introdurre delle deroghe alla disciplina interna che regola una certa materia. È l'ipotesi, ad esempio, delle numerose convenzioni contro la doppia imposizione, ciascuna delle quali comporta delle eccezioni rispetto alle disposizioni tributarie italiane. È quindi del tutto normale che, quando è chiamato a dare applicazione a tali norme pattizie, il giudice riscontri che la fattispecie al suo esame potrebbe rientrare anche nell'ambito regolato in via generale da altre norme puramente interne.

In ragione del loro scopo, norme pattizie di questo tipo stabiliscono direttamente la regola da applicare al caso concreto al posto di quella prevista dalla fonte nazionale; si tratta infatti di obblighi internazionali che consistono in discipline *self-executing*, cioè idonee "a trovare immediata applicazione nell'ordinamento giuridico interno"¹¹⁷. Pertanto, dal punto di vista strutturale la norma nazionale e quella di derivazione internazionale esprimono entrambe una disciplina completa e dettagliata, ponendosi così in un rapporto di alternatività: la questione della loro relazione si riduce alla delimitazione dei rispettivi ambiti, cioè alla scelta di quale tra le due applicare.

Poiché la disciplina pattizia ha carattere derogatorio – e dunque *speciale* – rispetto al diritto interno, il criterio idoneo è ovviamente quello della *lex specialis* nella sua accezione consueta; non è dunque nemmeno necessario chiamare in causa l'origine internazionale della norma che prevale, perché il conflitto è risolto in base ai contenuti delle norme e ai loro

¹¹⁵ G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione*, cit., p. 201, osserva che il contenuto della Cedu "è prevalentemente caratterizzato da norme di principio non dissimili dalla struttura tipica delle norme costituzionali".

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 203, nota che "dinanzi a trattati [...] contenenti prevalentemente norme di principio, la via obbligata rimane quella della proposizione della questione di costituzionalità". Cfr. anche M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, p. 45, che sottolinea come sia "in qualche modo naturale" la tendenza a riportare nel giudizio di legittimità costituzionale "il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto 'di impronta tipicamente costituzionale' e incidano su diritti fondamentali della persona".

¹¹⁷ Questa efficace definizione del carattere *self-executing* di una disposizione internazionale è di A. Ciampi, *L'interpretazione convenzionalmente conforme come tecnica*, cit., p. 5, secondo cui esso "dipende dalla formulazione della disposizione medesima, dalla intenzione dei suoi redattori, dal contesto delle altre disposizioni del trattato in cui è inserita (alcune delle quali possono rivestire, a differenza di altre, immediata operatività), ma anche dal c.d. ordine di accoglimento".

destinatari e non al loro procedimento di formazione. Ciononostante, in questo modo è pienamente assicurato il rispetto del vincolo internazionale, che in simili ipotesi consiste e si esaurisce nell'obbligo di applicare la disciplina prevista dal trattato in luogo di quella stabilita in via generale dalla legge nazionale. Proprio perché si tratta di un'attività idonea a garantire già sul piano ermeneutico la prevalenza del trattato – e dunque il rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost. –, l'utilizzo del criterio della specialità costituisce “una attività preliminare e doverosa da parte del giudice”¹¹⁸, che ha dunque la precedenza rispetto agli strumenti offerti dal trattamento di alto livello; anzi, si deve porre in evidenza che questi ultimi nemmeno si prestano ad assicurare in modo soddisfacente un simile risultato.

Il paradigma fissato dalle sentenze gemelle attribuisce alla norma pattizia, in quanto interposta, un “carattere parametrico”¹¹⁹; non è però per nulla agevole riconoscere un tale carattere in capo a una norma che ha un fine esclusivamente derogatorio e che pertanto non ha né l'aspirazione, né la struttura per porsi quale effettivo parametro nei confronti della legge¹²⁰. Non avrebbe senso, infatti, tentare l'interpretazione conforme della fonte interna: il vincolo internazionale richiede direttamente di non considerarla e di applicare al suo posto una diversa disciplina, senza lasciare altri margini di manovra all'interprete.

Non sarebbe nemmeno plausibile immaginare l'incostituzionalità di disposizioni legislative di carattere generale in quanto contrastanti con le previsioni particolari di un trattato bilaterale¹²¹. Se l'obbligo internazionale pone delle eccezioni soltanto per determinate ipotesi che riguardano le relazioni tra l'Italia e un altro paese, sarebbe del tutto irragionevole colpire *in toto* norme dal contenuto generale: così facendo, infatti, tutti i diversi casi non ricompresi nell'ambito applicativo del trattato (che possono riguardare i rapporti con altri Stati con cui non sono state stipulate convenzioni, oppure anche situazioni esclusivamente interne) resterebbero privi di disciplina¹²². Per evitare un effetto così drastico si potrebbe forse immaginare un dispositivo manipolativo che dichiari l'illegittimità delle norme interne “nella parte in cui” non fanno salvi gli obblighi derivanti dall'accordo internazionale, ma sarebbe comunque un rimedio spropositato e inopportuno, che graverebbe la Corte di un numero potenzialmente elevato di questioni prive di un effettivo merito costituzionale, oltre che inutile ai fini della risoluzione del caso concreto¹²³.

¹¹⁸ Così G. Serges, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione*, cit., p. 201.

¹¹⁹ Così S.M. Cicconetti, *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, cit., p. 3.

¹²⁰ Cfr. L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, cit., p. 307, che distingue la Cedu e i trattati ad essa simili da quei trattati che non hanno “alcuna vocazione ad incidere a lungo termine sull'assetto fisionomico degli Stati ed a contribuire a caratterizzarlo”.

¹²¹ Si ribadiscono qui le osservazioni già formulate in E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali*, cit., p. 122.

¹²² Per analoghe ragioni deve anche escludersi il ricorso al criterio cronologico per regolare i rapporti tra norme interne di carattere generale e norme pattizie posteriori di contenuto derogatorio: se le norme pattizie sopravvenute impongono soltanto deroghe alla disciplina interna, esse allora non intendono abrogarla. Anche in questo caso il criterio corretto da invocare è quello della specialità.

¹²³ Secondo alcuni autori, quando il conflitto può essere risolto grazie ai comuni canoni interpretativi (quali appunto la specialità), una questione di legittimità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. dovrebbe essere dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza (E. Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti*

Si potrebbe immaginare il giudizio di costituzionalità soltanto per casi davvero peculiari, quale ad esempio l'entrata in vigore di una legge successiva che espressamente neghi di poter essere derogata anche da norme di origine pattizia, o che disciplini esattamente la stessa materia regolata dall'obbligo internazionale (si tratterebbe, in quest'ultima ipotesi, di successione di leggi speciali); ma sembrano ipotesi improbabili, anche a fronte del fatto che in alcuni casi è la stessa disciplina interna a prevedere la propria derogabilità in ragione di accordi internazionali¹²⁴.

Si può quindi concludere che, nella maggior parte dei casi, la prevalenza degli "altri" trattati rispetto alla legge è stata finora assicurata dall'attività ermeneutica dei giudici, in particolar modo grazie a un ricorso sistematico e generalizzato al criterio della specialità, pur se talvolta invocato in un'accezione eccessivamente ampia o congiuntamente al criterio gerarchico (v. *supra*, par. 5).

Le considerazioni appena svolte non valgono, però, per tutti i trattati che non riguardano i diritti umani; questa categoria così popolata non si esaurisce certo nelle norme pattizie *self-executing* o comunque di carattere meramente derogatorio. È persino inutile precisare che anche trattati che non concernono diritti fondamentali possono avere una vocazione ampia e, dunque, contenere previsioni di principio o richiedere un'attività di implementazione normativa da parte degli Stati aderenti. Non si può dunque escludere che sorga un contrasto con una norma interna non risolvibile con gli strumenti che rientrano in quello che abbiamo qui definito come trattamento giurisdizionale "di base" o di *low profile*. Per ipotesi di questo tipo l'unica soluzione possibile in grado di assicurare il rispetto dell'obbligo internazionale sarebbe, allora, quella di ricorrere agli strumenti del trattamento di "alto profilo"; ed è questo il motivo per cui è importante sottolineare che anche gli "altri" trattati rientrano nella previsione dell'art. 117, comma 1, Cost.

dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 140).

¹²⁴ V. *supra*, par. 5 (in particolare la nota 98).