



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



UGR | Universidad
de **Granada**

Dottorato di ricerca in

**“Teoria dello Stato e Istituzioni
politiche comparate”**

XX ciclo

Doctorado de investigación en

“Derecho constitucional europeo”

**OBBLIGHI INTERNAZIONALI E PARAMETRO DI
COSTITUZIONALITÀ**

**COMPROMISOS INTERNACIONALES Y PARÁMETRO DE
CONSTITUCIONALIDAD**

Dottorando:

Angelo Schillaci

**Direttore di tesi per l'Università
“La Sapienza”:**

Prof. Paolo RIDOLA

**Director de tesis para la Universidad
de Granada:**

Prof. Francisco BALAGUER CALLEJÓN

*“Nessuno ha una così tremenda
ricerca come quella dell’adeguarsi
a una presenza precisa, perché
questa è una ricerca che ti tira
fuori dal fondo, ti rovescia”*

(GIUSSANI, *Certi di alcune grandi cose*,
Milano, BUR, 2007, p. 77)

INDICE

I. PARAMETRICITÀ, VALIDITÀ IN SENSO FORMALE, MONISMO p.1

1. Il normativismo di Hans Kelsen (p. 1) **2. La ricostruzione in senso monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale.** (p. 9) **2.1** Unità ed esclusività dell'ordinamento giuridico. (p. 9) **2.2.** L'impostazione gerarchica della relazione tra diritto internazionale e diritto interno e il problema del primato. (p. 12) **3. Adattamento al diritto internazionale e parametricità degli obblighi internazionali nel modello monista.** (p. 21) **3.1** L'adattamento al diritto internazionale (p. 21) **3.2** Gerarchia normativa, giustizia costituzionale e parametricità degli obblighi internazionali (p. 26) **4. Considerazioni critiche** (p. 34) **4.1** La critica di Heller alla costruzione kelseniana dell'unità. (p. 35) **4.2** Riflessi sulla declinazione formale della relazione di validità. (p. 42) **4.3** Incidenza delle critiche sul modello monista (p. 48)

II. PARAMETRICITÀ, SEPARAZIONE TRA ORDINAMENTI E CONCEZIONI PRODUTTIVISTICHE DELL'ADATTAMENTO NELLE RICOSTRUZIONI DUALISTICHE. p.52

1. L'autonomia dell'ordinamento internazionale nelle originarie elaborazioni del dualismo. (p. 52) **1.1.** Premessa (p. 52) **1.2.** Personalità dello stato e volontà come premessa delle costruzioni dualistiche. (p. 57) **1.3** Volontà collettiva, volontà dello stato e autonomia del diritto internazionale. (p. 62) **2.** L'adattamento al diritto internazionale secondo le costruzioni dualistiche originarie (p. 77) **2.1.** Premessa: separazione e concezioni produttivistiche dell'adattamento (p. 77) **2.2.** L'adattamento: tra autonomia formale e autonomia materiale. (p. 79) **2.3** Il problema della diretta applicabilità del diritto internazionale secondo Anzilotti. (p. 90) **2.4.** *Segue:* separazione tra ordinamenti e obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale. (p. 101)

III. PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI, PRINCIPIO DI ESCLUSIVITÀ E PARAMETRICITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE p.110

1. Pluralità degli ordinamenti giuridici e principio di esclusività nell'approccio dogmatico. (p. 110) **1.1** Le premesse metodologiche della dogmatica giuridica e la scelta del punto di vista interno. (p. 110) **1.2** Dogmatica giuridica e teoria delle fonti: la norma base e il principio di esclusività (p. 122) **1.3** *Segue:* la

teoria dogmatica delle fonti del diritto internazionale in Perassi (p. 131) **1.4** Principio di esclusività e relazioni tra ordinamenti. (p. 139) **1.4.1** *Segue*: la declinazione produttivistica dell'adattamento e del rinvio. (p. 146) **1.5** Rilievi conclusivi. (p. 152) **2. Istituzionalismo e pluralità degli ordinamenti: alla ricerca della relazione.** (p. 157) **2.1** La definizione romaniana del principio di esclusività. (p. 157) **2.2** La costruzione del concetto di istituzione, tra superamento della dimensione normativa ed apertura al dato storico-sociale. (p. 167) **2.3** Il problema del diritto internazionale e la storicità dei principi istituzionali. (p. 180) **2.4** Le relazioni tra ordinamenti giuridici. (p. 189) **2.4.1** *Segue*: le relazioni tra ordinamento internazionale e ordinamento interno. (p. 192) **2.4.2** *Segue*: relazioni tra ordinamenti, principio di esclusività e rinvio internazionalprivatistico. (p. 200) **3. Relazioni tra ordinamenti e applicazione del diritto: il problema del momento soggettivo nella teoria istituzionale e la necessaria apertura alle teorie ermeneutiche.** (p. 207) **3.1** Obiettività del diritto e momento soggettivo in Santi Romano. (p. 207) **3.2** Principio di esclusività, apertura degli ordinamenti ed applicazione del diritto in Ziccardi. (p. 213) **3.3** La costruzione bettiana del rinvio internazionalprivatistico: il ruolo dell'interprete nelle relazioni tra ordinamenti. (p. 216) **3.4.** Relazioni tra ordinamenti, apertura, ruolo dell'interprete, parametricità degli obblighi internazionali ed integrazione materiale. (p. 224) **3.5.** *Segue*: dal paradigma internazionalprivatistico allo Stato costituzionale aperto: l'interprete e la comparazione costituzionale. (p. 230)

IV. L'INTEGRAZIONE INTERNAZIONALISTICA DEL PARAMETRO NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE SPAGNOLA ED IN QUELLA ITALIANA

p.240

1. Il modello di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale nella Costituzione spagnola del 1978, tra monismo, dualismo e apertura. (p. 240) **1.1.** L'art. 96 della Costituzione: il rapporto fra i trattati e le fonti interne. (p. 240) **1.2.** Il controllo di costituzionalità dei trattati: l'art. 95 della Costituzione e l'art. 27, comma 2, lett. c) della LOTC. (p. 249) **1.3** *Segue*: l'art. 93 della Costituzione (p. 254) **2. L'art. 10, comma 2 della Costituzione spagnola e l'integrazione interpretativa del parametro di costituzionalità.** (p. 258) **2.1** Il dibattito in sede costituente e le virtualità integrative dell'art. 10, comma 2. (p. 258) **2.2** L'art. 10, comma 2, nella giurisprudenza del *Tribunal constitucional*: mandato interpretativo e conformazione del parametro. (p. 263) **2.2.1.** L'esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte di Strasburgo a carico dell'ordinamento spagnolo. (p. 263) **2.2.2.** La portata dell'art. 10, comma 2, nella giurisprudenza costituzionale. (p. 269) **2.2.3** L'ambito oggettivo

dell'art. 10, comma 2: testi utilizzati e diritti tutelati. (p. 273) **2.2.4** L'integrazione materiale in alcune decisioni del Tribunal constitucional. (p. 276) **2.2.5** Rilievi conclusivi. (p. 294) **3. Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità nell'esperienza italiana.** (p. 298) **3.1.** Il problema dell'adattamento al diritto internazionale pattizio nell'esperienza costituzionale italiana. (p. 298) **3.2** Trattati internazionali e parametro di costituzionalità fino alle sentenze n. 348 e 349 del 2007: i trattati come parametro interpretativo. (p. 302) **3.2.1** L'uso dei trattati, oltre le costruzioni dogmatiche. (p. 302) **3.2.2** Uso dei trattati ed integrazione interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti. (p. 306) **3.2.3** *Segue:* uso dei trattati per la definizione del contenuto di principi costituzionali (p. 309) **3.2.4** *Segue:* uso dei trattati e sentenze interpretative di rigetto. (p. 312) **3.3** Le sentenze nn. 348 e 349 e il problema della portata dell'art. 117, comma 1, Cost.: prospettive di irrigidimento o possibilità di apertura? (p. 314) **3.3.1** Il riferimento all'interposizione normativa. (p. 314) **3.3.2** L'art. 11 e il principio istituzionale di apertura. (p. 321) **3.3.3** *Segue:* l'interposizione normativa come strumento di apertura. (p. 324).

CONCLUSIONES

p. 328

INDICE DELLE OPERE CITATE

p. 340

CAPITOLO I

PARAMETRICITÀ, VALIDITÀ IN SENSO FORMALE, MONISMO.

1. Il normativismo di Hans Kelsen 2. La ricostruzione in senso monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale. 2.1 Unità ed esclusività dell'ordinamento giuridico. **2.2.** L'impostazione gerarchica della relazione tra diritto internazionale e diritto interno e il problema del primato. **3. Adattamento al diritto internazionale e parametricità degli obblighi internazionali nel modello monista. 3.1** L'adattamento al diritto internazionale **3.2** Gerarchia normativa, giustizia costituzionale e parametricità degli obblighi internazionali **4. Considerazioni critiche 4.1** La critica di Heller alla costruzione kelseniana dell'unità. **4.2** Riflessi sulla declinazione formale della relazione di validità. **4.3** Incidenza delle critiche sul modello monista

1. Il normativismo di Hans Kelsen

L'incidenza di contenuti normativi di fonte internazionale sulla conformazione del parametro di costituzionalità è fenomeno giuridico che richiede un'analisi condotta su almeno due piani. Da un lato, infatti, è necessario verificare se la parametricità degli obblighi internazionali possa essere ricavata sulla base dei criteri che ispirano, nelle classiche ricostruzioni di teoria delle fonti, la relazione tra livelli di normazione. D'altro canto, la consapevolezza dello stretto legame che unisce il fenomeno considerato allo sviluppo delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale impone di condurre l'analisi anche sul piano dell'approccio teorico alle relazioni tra ordinamenti.

La stretta embricazione tra i due piani della ricerca è particolarmente evidente nell'approccio alla prima delle soluzioni che possono essere fornite al problema, vale a dire quella, all'apparenza piana e logicamente coerente, individuata da Hans Kelsen¹.

¹ Si analizzerà la formulazione del pensiero del Kelsen nel periodo anteriore agli sviluppi maturati a partire dagli anni '60: pur nella coscienza dell'importanza di tali sviluppi (su cui vedi diffusamente PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano Giuffrè 1969, pp. 61 ss., specie pp. 90 ss., ma anche FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970, vol. III. *Ottocento e Novecento*, pp. 333 ss., specie pp. 342 ss.), si è scelto di circoscrivere l'analisi, in considerazione dell'influenza esercitata dalle ricostruzioni kelseniane del primo periodo sulla codificazione costituzionale del sistema di relazioni tra diritto interno e diritto internazionale del secondo dopoguerra. Nel seguito della trattazione, ogni qualvolta si farà riferimento alla concezione kelseniana dell'ordinamento giuridico, si userà di preferenza l'espressione "sistema normativo". Come risulterà evidente, specie dal successivo III capitolo, ai nostri fini il termine "ordinamento giuridico" denota una realtà più comprensiva rispetto alla qualificazione in termini normativi che tale concetto riceve nella costruzione kelseniana.

Secondo la ricostruzione gradualista dell'ordinamento giuridico, il problema della relazione fra diritto internazionale e diritto interno viene risolto attraverso la riconduzione dei due sistemi normativi ad un modello nel quale l'impostazione in termini monistici delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale e la concezione formalistica della relazione di validità tra norme giuridiche costituiscono due momenti di un'unica sistemazione teorico-generale, solidamente fondata sulla premessa metodologica della purezza della scienza giuridica. Natura normativistico-formale del concetto di validità e monismo nella ricostruzione delle relazioni tra sistemi normativi appaiono pertanto strettamente collegati, e ripetono dalla comune premessa metodologica la loro ragion d'essere e la necessità della loro relazione.

La preoccupazione kelseniana della purezza orienta decisamente l'opzione metodologica fondamentale del positivismo giuridico, nel senso di dirigere l'osservazione alla sfera della normatività. La costruzione della dottrina pura passa attraverso l'affermazione della "specifica autonomia di una sfera comprendente atti e fatti che hanno un significato" – vale a dire qualsiasi fatto, o atto, "in quanto è il contenuto di norme giuridiche, in quanto è cioè *determinato* da norme giuridiche"² – rispetto a condizionamenti di carattere non solo giusnaturalistico, ma anche sociologico-fattuale, o *lato sensu* politico: vale a dire, essa si risolve nella torsione normativistica del positivismo giuridico³.

La relazione di mutua implicazione tra purezza del metodo e autonomia dell'oggetto della conoscenza giuridica, si traduce pertanto, a livello operativo, in una generale pretesa di avalutatività, laddove della scienza giuridica è predicato il carattere essenzialmente descrittivo⁴.

² KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), tr. it. di R. Treves (1952), Torino, Einaudi 2000 (rist.), pp. 54-55, d'ora in poi *Dp*.

³ KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato* (*General Theory of Law and State*, 1945), tr. it. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, RCS, 2000, (d'ora in poi *Tg*), p. 443: "Il positivismo giuridico si rifiuta di considerare il diritto positivo come un mero complesso di fatti empirici e lo Stato come null'altro che un aggregato di rapporti di fatto tra le forze [...] il sistema del positivismo giuridico esclude il tentativo di dedurre dalla natura o dalla ragione norme sostanziali che essendo al di là del diritto positivo, possono servirgli da modello [...] esso invece esamina consapevolmente gli assunti ipotetici di ogni diritto positivo e, in sostanza, infinitamente variabile, cioè le sue condizioni meramente formali".

⁴ *Dp*, pp. 60-61 (ma cfr. anche p. 41); v. tuttavia, anche *Tg*, pp. 445-446: "l'ideale del positivismo giuridico è quello di preservare la teoria del diritto positivo dall'influenza di qualsiasi tendenza politica o, ciò che è lo stesso, da qualsiasi giudizio soggettivo di valore. La purezza della sua conoscenza, nel senso di una indifferenza politica, è il suo scopo caratteristico. Ciò significa

Metodo positivo, da un lato, e autonomia della sfera del dover essere, dall'altro, costituiscono i pilastri su cui poggia la dottrina pura del diritto, giacché solo l'identificazione tra oggetto della conoscenza giuridica e sfera di autonomia specifica del dover essere consente di "elevare la giurisprudenza...all'altezza di una scienza autentica, di una scienza dello spirito"⁵. Benché consapevole "di quanto il contenuto dell'ordinamento giuridico del quale...si occupa sia il risultato di sforzi politici" il positivismo normativistico rigetta – come non giuridica nel senso della dottrina pura del diritto - la questione della provenienza dei contenuti normativi: essa si situa al di là dell'ambito di conoscenza della scienza giuridica "che si limita al sistema dato di norme giuridiche positive *nella sua qualità di «dover essere»*"⁶.

Dall'affermazione dell'autonomia della sfera del dover essere discende la declinazione in senso normativo-formale della teoria della validità. La separazione tra norma e fatto e l'irrelevanza del fattuale ai fini della conoscenza del diritto conducono, infatti, ad una teoria della validità incentrata sul postulato della necessaria derivazione di un concetto di dover essere da un altro concetto di dover essere: la norma, a questa stregua, potrà ripetere la propria validità solo da un'altra norma e non mai dalla propria "conformità alla realtà"⁷, o da un "fatto"⁸, o ancora dalla logica deducibilità da premesse generali mediante un'operazione intellettuale⁹. Né potrà ripetere la propria validità dall'efficacia ché, semmai, questo potrà essere criterio idoneo a riconoscere la validità dell'ordinamento nel suo complesso, mentre "la norma rimane valida perché e in quanto si trova inserita nella concatenazione produttiva di un ordinamento valido"¹⁰.

unicamente che esso accetta l'ordinamento giuridico dato senza valutarlo come tale, e che cerca di essere imparziale al massimo grado nel presentare ed interpretare il materiale giuridico".

⁵ *Dp*, p. 41.

⁶ *Tg*, p. 446. Cfr. anche *Dp*, pp. 62 ss.

⁷ *Tg*, p. 111.

⁸ *Ivi*, p. 112.

⁹ *Ivi*, p. 113. *Dp*, p. 97.

¹⁰ *Dp*, p. 103. Sulla rilevanza dell'efficacia nel sistema della dottrina pura del diritto v. *Tg*, pp. 29 ss., p. 39 laddove afferma che "l'efficacia è una qualità del comportamento effettivo degli uomini e non, come l'uso linguistico sembrerebbe suggerire, del diritto stesso. La proposizione che il diritto è efficace significa soltanto che l'effettivo comportamento umano è conforme alle norme giuridiche"; ma v. anche *Dp*, p. 71. L'efficacia non potrebbe d'altro canto riferirsi al diritto, stante la separazione di essere e dover essere: e tuttavia, un legame tra validità ed efficacia è più volte dal Kelsen, riconosciuto, tanto con riferimento alla validità della singola norma, quanto con riferimento alla validità dell'ordinamento nel suo complesso, lasciano così adito a tutta una serie di

Il concetto di validità secondo Kelsen rinvia pertanto alla relazione tra due norme¹¹, nel senso che il fondamento della validità di una norma deriva dalla conformità della stessa alle condizioni per la sua valida formazione, dettate dalla relativa norma sulla produzione. Si tratta di una relazione di carattere formale e, coerentemente con le premesse metodologiche, il contenuto resta irrilevante: le

profili di tensione, difficilmente inquadrabili nell'ambito delle premesse metodologiche kelseniane. L'efficacia viene infatti declinata dal Kelsen, in altri luoghi, quale «*conditio sine qua non*» – ma non «*conditio per quam*» - della validità della singola norma; cfr. ad esempio KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Académie de droit international, Recueil des Cours*, 1926, IV, pp. 231 ss. (d'ora in poi *Rds*), p. 236. Il profilo viene ripreso e chiarito in *Tg*, p. 42, laddove afferma che “sebbene validità ed efficacia siano due concetti del tutto diversi, vi è tuttavia fra di esse un rapporto assai importante [...] una norma è considerata valida soltanto a condizione che essa appartenga a un sistema di norme, a un ordinamento efficace nel suo complesso. Pertanto l'efficacia è una condizione della validità; una condizione, non la ragione della validità. Una norma non è valida, *perché* è efficace; essa è valida *se* l'ordinamento a cui appartiene è, nel suo complesso efficace”. La validità della norma è pertanto strettamente legata all'efficacia dell'ordinamento giuridico, da cui dipende la validità del medesimo: cfr. ancora, infatti, p. 122: “la validità di un ordinamento giuridico dipende quindi dal suo accordo con la realtà, dalla sua «efficacia»”, arrivando tuttavia ad ammettere la possibilità che una norma perda la propria validità per desuetudine (cfr. infatti, *Tg*, pp. 123-124: “il principio di effettività può, tuttavia, venir adottato in una certa misura anche dal diritto statale, e quindi nell'ambito di un ordinamento giuridico statale la validità di una data norma può venir fatta dipendere dalla sua efficacia. Ciò si verifica allorché una norma giuridica può perdere la sua validità per desuetudine”). Le contraddizioni della riflessione kelseniana sull'efficacia sono ben messe in luce, nell'ambito di una più generale critica delle teorie kelseniane, su cui avremo più volte occasione di tornare, dal CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *ID. Opere*, Milano, Giuffrè, 1955, V, pp. 311 ss., specie alle pp. 317-319, laddove sottolinea la tensione tra aggancio della validità all'efficacia e premessa metodologica della separazione di *esser e dover essere*, giurisprudenza sociologica e giurisprudenza normativa, come specchio della più generale separazione tra teoria e ideologia.

Particolarmente rilevante, poi, il ruolo riconosciuto dal Kelsen al principio di effettività nel diritto internazionale, specie con riferimento al riconoscimento dello Stato nuovo (cfr. KELSEN, *Il problema della sovranità*, ed. it. a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989 – d'ora in poi *PdS* - specie alle pp. 345 ss., su cui si tornerà più avanti), come messo in luce, tra gli altri, già dallo SPERDUTI, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1946. V., ad esempio, anche KELSEN, *La transformation du droit international en droit interne*, in *Revue Générale de droit international public*, 1936, pp. 5 ss. (d'ora in poi *Transformation*). Per un approccio critico sulla scia della posizione helleriana, POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla Costituzione weimariana*, Napoli, PRISMI, 1989, 74, mette giustamente in luce che “una purezza assoluta dell'ordinamento giuridico, in virtù del vincolo alla *Wirkung*, all'operatività del sistema, risulta altamente problematica”. Cfr anche PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 65 ss., p. 69 e p. 73, laddove sottolinea la tensione tra “norma fondamentale, volta a risolvere il problema del regresso all'infinito di un sistema ritenuto esistente, *nonché alla conoscenza di un mondo del dover essere cui comunica la sua natura ipotetica*” e “principio di effettività, *conditio sine qua non* e norma positiva” (corsivi miei).

¹¹ Sulla validità come concetto di relazione v. MODUGNO, voce *Validità*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1993 vol. XLVI, pp. 1 ss., ma anche *ID. La validità delle leggi*, Milano, 1970.

norme “non sono valide in virtù del loro contenuto”, ma solo in quanto *poste* in conformità alla norma che ne disciplina la formazione¹².

Se l'appartenenza ad un sistema normativo è data dalla produzione della norma “secondo il procedimento prescritto”, ciò non implica tuttavia “che qualsiasi cosa che sia stata creata secondo quel procedimento sia diritto, nel senso di norma giuridica”, giacché “sarà una norma giuridica soltanto se intende regolare il comportamento umano, e lo regola provvedendo come sanzione un atto coercitivo”¹³. Sembra possibile affermare che tale modesto riconoscimento della rilevanza del contenuto, che comunque rompe la rigidità delle premesse formalistiche, valga esclusivamente a segnare un limite esterno alla produzione normativa: nelle relazioni tra i livelli di normazione interni al sistema normativo, infatti, la natura formale della relazione di validità, incentrata sulla rilevanza del procedimento, resta confermata dalla nota affermazione della conversione dei vizi materiali in vizi formali. In altre parole, quando non si discute della giuridicità di una norma, ma della sua validità, resta fermo il principio secondo cui l'invalidità materiale della norma può essere sanata attraverso la sua approvazione nelle forme richieste per la produzione della norma gerarchicamente sovraordinata. Così, paradigmaticamente in tema di incostituzionalità, Kelsen afferma che la distinzione tra incostituzionalità formale e incostituzionalità materiale delle leggi è “ammissibile, solo con la riserva che la cosiddetta incostituzionalità materiale è in definitiva anch'essa incostituzionalità formale, nel senso che una legge il cui contenuto è contrario alla costituzione non sarebbe più incostituzionale qualora fosse votata come legge costituzionale”¹⁴: l'irrilevanza del contenuto è così riaffermata, coerentemente con le premesse.

La natura formale della relazione di validità conduce naturalmente alla costruzione del sistema normativo secondo livelli di normazione ordinati

¹² *Dp*, p. 96, ma anche p. 104: “dato che per il carattere dinamico del diritto una norma vale perché e in quanto è stata prodotta in una forma determinata, determinata cioè da altra norma, quest'ultima rappresenta il fondamento di validità della prima”.

¹³ *Tg* 125. Sulla centralità della sanzione nel sistema kelseniano, e sulle influenze imperativistiche, cfr. anche *Dp*, pp. 66 ss. e *Rds*, pp. 252 ss., nonché CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., pp. 314-316, FASSÒ, *Storia...*, cit. pp. 333 ss., BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in ID. *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Laterza 2007, pp. 160 ss., specie pp. 173 ss.

¹⁴ KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* (d'ora in poi *Gc*), in ID. *La Giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 154.

gerarchicamente (*Stufenbau*)¹⁵: la stessa fondazione della validità di una norma su di un'altra norma, che ne disciplina il procedimento di formazione ed eventualmente il contenuto (senza che ciò implichi, come segnalato, la rilevanza del contenuto ai fini dell'individuazione del fondamento di validità) implica la superiorità gerarchica della norma che “determina la creazione di un'altra norma” rispetto alla norma “creata secondo tale regolamentazione”¹⁶. Il sistema normativo si presenta così, dinamicamente, come un unico processo di produzione giuridica strutturato per livelli di normazione ordinati gerarchicamente, in cui “ogni grado...costituisce...al tempo stesso, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore”¹⁷.

Alla base della differenziazione dei procedimenti di produzione ai diversi livelli gerarchici sta la consapevolezza – tuttavia irrilevante secondo le ricordate premesse metodologiche – di un “decisivo spostamento di potere”¹⁸. In altre parole, l'aggravamento delle procedure corrisponde alla garanzia dell'intangibilità di un livello istituzionale in cui più avvertita è la necessità di preservare equilibri tra le forze politiche in campo: anche in questo caso, esempio paradigmatico è il passaggio dalla forma legislativa alla forma costituzionale¹⁹. Si rivela così la complessità del pensiero kelseniano: l'opzione metodologica per l'irrilevanza della sfera fattuale ai fini della conoscenza del diritto, accompagnandosi alla profonda consapevolezza delle dinamiche politiche sottostanti alle forme della produzione giuridica, assume il carattere di un altrettanto profondo e consapevole tentativo di neutralizzazione della decisione politica, saldamente radicato nel contesto storico della crisi degli assetti dello Stato liberale²⁰. D'altro canto, la

¹⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960, pp. 775 ss., p. 778: “nelle formulazioni più rigorose (ed astratte) della *Stufentheorie* il principio della gerarchia, inerendo a quella che sarebbe, per questa medesima teoria, l'intima essenza del processo di produzione giuridica, acquista una sua validità logica generale”.

¹⁶ *Tg*, p. 126.

¹⁷ *Gc*, p. 148.

¹⁸ *Gc*, p. 150. Molto chiaro, rispetto alla natura esclusivamente logico-formale dell'analisi delle relazioni tra livelli di normazione, *Rds*, p. 263: “Nous considérons le problème d'un point de vue purement logique. Nous ne cherchons pas, en effet, à saisir des relations de puissance ou des relations psychologiques entre êtres doués de volonté, mais simplement à montrer comment peuvent se combiner logiquement deux ordres normatifs différents”.

¹⁹ Cfr. ad es. *Gc*, pp. 152 ss.

²⁰ Come risulta, in particolare, dagli scritti kelseniani sulla democrazia e sul parlamentarismo, specie con riferimento alla composizione delle istanze del pluralismo attraverso la

stessa opzione metodologica di fondo determina una chiusura del campo di osservazione e il progressivo oblio del sostrato, considerato solo entro i limiti segnalati: il sistema delle fonti diviene così oggetto di conoscenza isolato, regno di forme pure, le cui relazioni sono regolate da un complesso di criteri che prescindono dal contesto di riferimento e, anche se “la realtà può certamente discostarsi [dal] tipo ideale”, ai fini della conoscenza giuridica è necessario attenersi, “in linea di principio”, al modello gradualista, proprio per la stretta derivazione di esso dalle premessa metodologica dell’autonomia dell’oggetto della conoscenza, e della purezza²¹. Sul punto si tornerà più diffusamente, in sede di disamina critica del modello kelseniano ai fini specifici della ricerca qui condotta.

La pluralità delle forme di produzione del diritto è ricondotta ad unità, come noto, attraverso la stessa loro declinazione in termini di concatenazione produttiva²², che implica direttamente il postulato della derivazione dell’unico processo di produzione da una norma fondamentale (*Grundnorm*) la quale “essendo il fondamento supremo della validità dell’intero ordinamento giuridico, ne costituisce l’unità”²³.

La norma fondamentale ha natura di presupposto normativo formale della validità di tutte le altre norme del sistema²⁴. Alla sua definizione rimangono cioè assolutamente estranei elementi assiologici o finalistici, limitandosi la sua funzione alla “posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto”, in quanto “punto di partenza di un procedimento” avente carattere “dinamico-formale”: ne consegue che “da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico”²⁵ che invece necessitano di un atto di produzione, conforme alle condizioni poste dal sistema

procedimentalizzazione della decisione politica (KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, nonché ID. *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995).

²¹ *Gc*, p. 147.

²² *Dp*, pp. 96 ss.

²³ *Tg*, p. 126. Ma cfr. anche *Dp*, p. 95: “una pluralità di norme forma un’unità, un sistema, un ordinamento, quando la sua validità può essere ricondotta a un’unica norma come fondamento ultimo di questa validità”. Cfr. anche *Rds*, pp. 254 ss., p. 256.

²⁴ Cfr. *Rds*, p. 265: “Comme une obligation (ein Sollen) ne peut avoir pur principe qu’une autre obligation, comme la validité d’une norme ne peut se fonder que sur une autre norme, la «source» ne peut être elle aussi qu’une norme, et une norme supposée la première de toutes les norme, la norme suprême”.

²⁵ *Dp*, p. 97.

stesso, sulla base della norma fondamentale. La norma fondamentale risolve la questione della validità normativa arrestando il *regressus ad infinitum* implicato dalla costruzione piramidale del sistema e garantendo in tal modo l'unità del sistema stesso, la quale, come vedremo, si estende al profilo dei rapporti tra diritto interno e internazionale e appare peraltro strettamente legata alla stessa premessa metodologica dell'autonomia dell'oggetto della conoscenza giuridica: ancora una volta, ciò che interessa non è tanto il reale fondamento della *Grundnorm*, quanto la sua funzione fondativa. Pertanto, benché lo stesso Kelsen si mostri consapevole, da un lato, del sostrato fattuale della norma fondamentale²⁶ e, d'altro canto, della conseguente impossibilità di fondarne la validità secondo il consueto criterio gerarchico formale, l'assoluta necessità della norma fondamentale conduce alla conclusione che "essa non è posta, ma presupposta" giacché "con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso l'analisi dei procedimenti effettivi, le condizioni logico-trascendentali del metodo, sinora usato, della conoscenza giuridica positiva"²⁷. Non la reale portata della norma fondamentale, e neanche, a ben vedere, le forme della sua incidenza sul sistema normativo interessano la dottrina pura del diritto, ma solo la sua funzione fondativa, in termini di condizione trascendentale della conoscenza del diritto²⁸: la purezza del metodo, implicando la separazione tra essere e dover essere, impone l'unità dell'oggetto della conoscenza, e questa unità è assicurata, sempre sul piano della conoscenza, dalla norma fondamentale. Come si vedrà più avanti, in sede di critica del modello kelseniano simile approccio denota una ben precisa concezione del rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza.

²⁶ Non importa, ora, se con riguardo all'obbedienza ai padri della Costituzione, come in *Tg*, p. 117, o, più genericamente con riguardo agli "elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento" (*Dp*, p. 100).

²⁷ *Dp*, p. 99.

²⁸ Per i rapporti tra la declinazione kelseniana della *Grundnorm* e la norma base nella ricostruzione dogmatica delle fonti, e, più in generale, per alcune riflessioni sul carattere assiomatico – e non di mero postulato della conoscenza – della *Grundnorm*, vedi diffusamente, *infra*, cap. III. Affermare che la *Grundnorm* costituisca condizione trascendentale della conoscenza del diritto, nell'ambito della costruzione metodologica della dottrina pura del diritto, implica, come evidente, una ben precisa presa di posizione sui legami tra Kelsen e il neo-kantismo: questo, riconosciuto e ampiamente dimostrato dalla fondamentale analisi del TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, vol. 69, 1934, pp. 52 ss., sarà notevolmente ridimensionato dal BOBBIO, *Struttura e funzione...*, cit. specie pp. 167 ss., più attento allo studio dei rapporti – certo rilevanti – dell'elaborazione kelseniana con le scienze sociali.

2. La ricostruzione in senso monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale.

2.1 Unità ed esclusività dell'ordinamento giuridico.

Come accennato, il principio di unità della norma fondamentale si riflette anche sull'impostazione del problema delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale in senso rigorosamente monista. L'affermazione dell'unità tra diritto dello Stato e diritto internazionale discende infatti dalla necessità di individuare un unico fondamento di validità dell'ordinamento, dal momento che “il diritto internazionale e quello statale non possono essere sistemi di norme diversi e reciprocamente indipendenti, se le norme di entrambi questi sistemi sono considerate valide per lo stesso spazio e nello stesso tempo. Non è logicamente possibile assumere che norme valide simultaneamente appartengano a sistemi diversi e reciprocamente indipendenti”²⁹.

Simile conclusione è d'altro canto pienamente coerente con le ricordate premesse metodologiche dell'autonomia e dell'unità della sfera di dover essere quale oggetto della conoscenza giuridica, giacché, nelle parole di Kelsen, “l'unità del diritto statale e di quello internazionale è un postulato epistemologico”³⁰. Si

²⁹ *Tg*, p. 369.

³⁰ *Tg*, p. 378. Cfr. anche *PdS*, p. 180: “l'unità del punto di vista della conoscenza esige imperiosamente una concezione monistica”. Come è stato affermato, “la riduzione ad unità delle relazioni di coordinazione tra ordinamenti e degli altri dualismi del *Trennungsdenken* del XIX secolo...mirava a garantire il rispetto del principio dell'unità dell'oggetto della conoscenza” (PINELLI, *op. cit.*, 63), con ciò rivelandosi, a mio parere, la conferma della possibilità di ricondurre il pensiero del Kelsen a suggestioni neokantiane, piuttosto che alla dialettica hegeliana (ne è conferma l'attenzione kelseniana al principio di non contraddizione, laddove lo Hegel, fin dalle sue prime opere, sempre aveva teso ad affermare l'essenzialità della contraddizione ai fini della conoscenza, cfr. sul punto, anche per le ripercussioni in sede di elaborazioni della scienza giuridica, FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit. pp. 99 ss. È tuttavia necessario interrogarsi, come si vedrà meglio in seguito, sull'effettiva natura di questa risoluzione dei dualismi: come sottolineato, infatti, dal CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., la riconduzione ad unità dei dualismi concettuali – che avviene per lo più attraverso l'esclusione della rilevanza di uno dei termini del dualismo stesso (cfr. tutta la riflessione kelseniana sui “raddoppiamenti concettuali”, su cui v. KELSEN, *Dio e Stato* (1922), in ID. *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di Carrino, Napoli, ESI, 1988, pp. 139 ss. – sarebbe affatto illusoria, almeno nella misura in cui “questa opera, mentre pone tanti limiti alla ragione, mentre esclude dalla conoscenza cosiddetta oggettiva, contenuti vastissimi della vita, invece di tenersi modestamente a quel lato della vita del diritto che ha scelto, di tenersi dentro al più rigoroso ed effettivo positivismo, con perfetta inconseguenza è presa invece dalla smania di concludere su tutte le cose, di risolvere tutte le

rivela, in tal modo, il profondo legame che unisce la premessa metodologica della purezza all'unicità della norma fondamentale e si esprime nell'affermazione della funzionalità della conoscenza giuridica al rispetto del principio di non contraddizione³¹.

Sul piano delle fonti del diritto, l'affermata unità di diritto interno e diritto internazionale si traduce nell'inclusione dei trattati internazionali nell'unico processo di produzione normativa che "iniziando nella sfera dell'ordinamento giuridico internazionale, superiore a tutti gli ordinamenti statali, continua nella costituzione, per concludersi, infine, attraverso i momenti successivi della legge e del regolamento e poi della sentenza e dell'atto amministrativo, con gli atti di esecuzione materiale di questi ultimi"³².

Prima di affrontare il problema dell'impostazione gerarchica del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno, che costituisce il tratto tipico della costruzione monista, è necessario interrogarsi sulla relazione tra modello monista e principio di esclusività dell'ordinamento giuridico, particolarmente rilevante ai nostri fini.

Ferma restando ogni considerazione in merito alla relazione tra principio di esclusività e positivismo statualista, che sarà oggetto di trattazione specifica quando si affronteranno le costruzioni dualiste, sembra di poter convenire con quelle autorevoli ricostruzioni che rilevano, nel modello monista tratteggiato da Kelsen, la declinazione del principio di esclusività in termini di unicità del sistema normativo³³. L'unicità del processo di produzione normativa, che, come si è visto, discende direttamente dal postulato dell'unicità della norma fondamentale, garantisce infatti l'unità del punto di vista della conoscenza giuridica, la quale impone a sua volta di escludere dall'orizzonte concettuale del giurista la

questioni di sostanza e perfino di sciogliere tutti gli enigmi" (p. 337). Sul punto – che, in definitiva, investe la stessa costruzione kelseniana dell'unità come indistinto irrelato – torneremo diffusamente nel successivo par. 4.

³¹ *PdS*, p. 159. ma cfr. anche *Rds*, pp. 267-268.

³² *Gc*, p. 147.

³³ PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 61 ss.; POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., pp. 102 ss., specie p. 109, per la significativa affermazione che "il postulato dell'unità del punto di vista, adottato nella conoscenza giuridica, impedisce di considerare possibile una simultanea validità di più sistemi fra loro coordinati. Il sistema è unico e [...] al suo interno vigono rapporti di sovra- e subordinazione, sottosistemi ordinati tra loro rispetto a quel sistema – unico e originario – che li ha prodotti e dei quali costituisce il senso".

possibilità di contraddizioni logiche nello stesso sistema di norme³⁴. Ora, secondo la ricostruzione gradualista del sistema normativo, la possibilità di contraddizioni tra norme può essere esclusa solo attraverso la riconduzione delle relazioni tra di esse ad un sistema dominato da criteri di risoluzione delle antinomie rigidamente ordinati al rispetto del principio gerarchico che, in quanto implicato dalla riconducibilità del processo di produzione normativa all'unica norma fondamentale, presuppone il postulato di unità.

Unità del punto di vista della conoscenza, unicità della norma fondamentale e ricostruzione monistica dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno costituiscono pertanto tre momenti di un tentativo ricostruttivo profondamente condizionato dalla premessa metodologica della purezza, e dunque dell'irrelevanza, a fini conoscitivi, della relazione tra norma e fatto, tra diritto e storia. Su questa stessa base, pertanto, il principio di esclusività finisce per confondersi con il principio di unità³⁵. Simili esiti rispecchiano la scelta dell'irrelazione sul piano delle premesse metodologiche: irrelazione tra norma e fatto, certamente, ma ancora di più negazione della possibilità di una relazione tra ordinamenti e, in definitiva, la stessa irrelazione tra sistema giuridico e altri sistemi normativi, tutta incentrata, come subito si vedrà, sulla mediazione essenziale della declinazione normativistica della sovranità³⁶.

La negazione della pluralità degli ordinamenti giuridici³⁷ si ricollega infatti alla più generale critica kelseniana alle ricostruzioni della sovranità statale a lui

³⁴ *PdS*, pp. 181-182: "la necessaria unità del punto di vista della considerazione normativa in generale, di quella giuridica in particolare, non è che l'unità dell'ordinamento e precisamente dell'ordinamento giuridico: essa afferma l'impossibilità, dal punto di vista giuridico, normativo, di una contraddizione logica nello stesso sistema di norme".

³⁵ "Il postulato dell'unità della conoscenza normativa ha lo stesso significato della esclusività di quell'ordinamento che al momento si assume valido" (*PdS*, p. 159).

³⁶ "E poiché la sovranità, come unità e unicità dell'ordinamento giuridico, non significa solo l'esclusione di altri ordinamenti giuridici – sovrani -, ma di altri ordinamenti, di altri sistemi normativi e conoscitivi diversi dal sistema del diritto e della conoscenza del diritto, essa assurge a simbolo della purezza della conoscenza giuridica" (*PdS*, p. 277; ma v. anche p. 128, in nota).

³⁷ L'affermazione del modello monista è strettamente legata alla serrata critica delle costruzioni dualiste. Cfr. la prosecuzione del passo citato alla nota precedente: "se la concezione dualistica dovesse essere intesa in modo da considerare l'ordinamento giuridico statale e quello internazionale come due ordinamenti differenti validi l'uno accanto all'altro, ci sarebbe allora la possibilità di una contraddizione tra i due ordinamenti, contraddizione che quella concezione non sarebbe capace di risolvere; col che questa costruzione "dualistica" si annullerebbe da sé in quanto contrasterebbe col postulato dell'unità, con questo che è il presupposto fondamentale di ogni conoscenza normativa".

contemporanee³⁸ ma, paradossalmente, si risolve in una loro traslitterazione sul piano normativo: anticipando considerazioni critiche che saranno sviluppate più avanti, va rilevato pertanto che “l’unica possibilità per rigettare un concetto ‘materiale’ di sovranità...è il ritorno a quel concetto di sovranità che si lega ad un grado superlativo, unico e a cui Kelsen di fatto aderisce”³⁹. Il tentativo di neutralizzare la sovranità statale attraverso la sovrapposizione – totale o parziale – tra Stato e ordinamento giuridico⁴⁰, con la conseguente attribuzione di sovranità a quest’ultimo proprio sulla base della sua rigida ordinazione al principio di unità, finisce pertanto per riproporre a livello normativo – attraverso gli esiti monistici – quelle stesse aporie tipiche della concezione gius-statalista del principio di esclusività come strumento di chiusura e affermazione di potenza⁴¹. L’unità assicurata dall’onnipotenza della persona statale è in Kelsen trasposta sul piano normativo, giacché “un volere unitario...lo si concepisce solo come una metafora dell’unità logica delle norme giuridiche di uno stesso sistema”⁴².

2.2. L'impostazione gerarchica della relazione tra diritto internazionale e diritto interno e il problema del primato.

La declinazione del principio di esclusività in termini di unicità non è senza rilievo nella trattazione della questione dell'impostazione gerarchica della relazione tra diritto interno e diritto internazionale. Se infatti, da un lato, detta relazione gerarchica appare profondamente condizionata dalla costruzione gradualista del sistema normativo, non può negarsi, d'altro canto, che la

³⁸ Cfr. tutta la prima parte di *PdS*, ma soprattutto pp. 17 ss.

³⁹ POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 115.

⁴⁰ “Lo Stato, nella misura in cui è oggetto della conoscenza giuridica, nella misura in cui esiste una dottrina del diritto pubblico, deve avere la natura del diritto, essere cioè o lo stesso ordinamento giuridico o *una parte di esso*. ‘Giuridicamente’, infatti, non si può concepire altro che il diritto, e concepire giuridicamente lo Stato (questo è il senso della dottrina del diritto pubblico) non può significare altro che concepire lo Stato come diritto”, *PdS*, pp. 20-21.

⁴¹ Rilevate peraltro dallo stesso Kelsen nel quadro della più generale critica agli *Staatslehrer* che sostenevano, su premesse metodologiche definite “metafisiche” dallo stesso Kelsen (cfr. *PdS*, p. 31, nota, a proposito di Kjéllen, ma con orientamento che richiama tutta la costruzione metodologica della *Reine Rechtslehre* in senso antiideologico, su cui v. ancora BOBBIO, *Struttura e funzione...*, cit.), la finzione della personificazione dello Stato, su cui v. ancora KELSEN, *Dio e Stato*, cit., ma anche ID., *Sulla teoria delle finzioni giuridiche* (1919), ivi, pp. 235 ss., nonché *PdS*, pp. 29 ss.

⁴² *PdS*, p. 30.

sovraordinazione dell'uno all'altro sistema discende dallo stesso postulato di unità-esclusività, proprio per il nesso che lega *Stufenbau* e unità della norma fondamentale.

Secondo Kelsen, la relazione tra due sistemi normativi – che debbono essere necessariamente compresi come parti di un unico ordinamento giuridico⁴³ – può fondarsi in primo luogo sul principio di gerarchia, in quanto “l'ordinamento inferiore ha nell'ordinamento superiore la sua norma fondamentale relativa, e cioè la determinazione fondamentale della sua creazione”⁴⁴: la superiorità gerarchica dell'ordinamento superiore può manifestarsi direttamente, quando l'ordinamento superiore disciplina positivamente “il procedimento mediante il quale devono venire create le norme dell'ordinamento inferiore”⁴⁵, o indirettamente, quando l'ordinamento superiore si limita a delegare alle autorità dell'ordinamento inferiore la creazione delle norme giuridiche di quest'ultimo.

In secondo luogo, la relazione tra due sistemi normativi può ispirarsi al coordinamento tra i due sistemi “quando entrambi...derivano la loro validità da un medesimo terzo ordinamento che, come ordinamento *superiore*, determina non solo le sfere, ma anche il fondamento delle loro validità, cioè la creazione dei due ordinamenti inferiori”⁴⁶: come evidente anche in questo secondo caso il principio di gerarchia gioca un ruolo fondamentale, posto che la relazione di coordinamento è resa possibile dalla superiorità gerarchica del terzo ordinamento rispetto ai due sistemi normativi in relazione.

Questa seconda soluzione non è ritenuta applicabile al caso delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale: “non essendovi un terzo ordinamento superiore ad entrambi, questi devono trovarsi tra di loro in un rapporto di superiorità e inferiorità”⁴⁷.

Attraverso il principio gerarchico, pertanto, le relazioni tra diritto interno e internazionale vengono ricondotte ad unità e riferite ad un unico sistema normativo. Resta da stabilire la direzione della relazione gerarchica, vale a dire la

⁴³ Cfr. *Rds*, p. 261: “Extérieur et intérieur ne sont donc que des degrés juridiques différents, différents étages d'un seul et même système juridique qui comprend a la fois le droit international et le divers ordres étatiques”.

⁴⁴ *Tg*, pp. 378-379.

⁴⁵ *Tg*, p. 379.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

strutturazione in concreto dei rapporti di sovra- e sotto- ordinazione: il primato, in altre parole, spetta al diritto statale o al diritto internazionale? Si tratta, senza dubbio, di un profilo tra i più complessi della riflessione kelseniana sui rapporti tra diritto interno e internazionale, che investe direttamente – come vedremo - la tenuta della premessa metodologica della purezza e incide sulla stessa ricostruzione del concetto di sovranità⁴⁸, con una indubbia rilevanza sul piano operativo⁴⁹.

In linea di principio, afferma Kelsen, la scelta relativa al primato del diritto internazionale o del diritto statale dipende dall'interpretazione dell'ordinamento giuridico positivo in questione: si è tuttavia notato – con ragione, come subito si vedrà – che, nonostante l'affermazione torni di frequente nei percorsi della riflessione kelseniana sul punto, “anche con argomenti suggestivi e qualche soluzione di continuità storicamente emblematica, nella sua produzione scientifica è costante la tensione ricostruttiva nella prima direzione”⁵⁰.

In effetti, nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), la descrizione dei due modelli monistici, pur condotta nel quadro della risoluta affermazione del carattere ipotetico di entrambi, e della loro eguale funzionalità alla soddisfazione del postulato dell'unità della conoscenza giuridica, lascia intravedere uno legame alquanto profondo tra ipotesi del primato del diritto statale e riaffermazione del dogma della sovranità statale⁵¹, il quale a sua volta denoterebbe, secondo Kelsen, il parziale riavvicinamento tra modello monista e modello dualista⁵². In questa chiave può leggersi, sul piano dell'articolazione delle relazioni di validità tra i due sistemi, la ricostruzione del riconoscimento del diritto internazionale da parte del

⁴⁸ “Il problema se lo Stato sia sovrano o meno coincide quindi con il problema se il diritto internazionale sia o meno un ordinamento superiore al diritto statale” (*Tg*, p. 390). Cfr. anche *Rds*, p. 261: “à la base même du problème de la souveraineté de l'État se trouve le problème des rapports entre droit interne et droit international”.

⁴⁹ Il problema del primato coincide, in definitiva con la risposta al “quesito relativo a quale norma [gli organi dello Stato] debbano applicare qualora il diritto statale e il diritto internazionale si «contraddicano» fra di loro” (*Tg*, p. 385). È appena il caso di precisare che la contraddizione è, secondo Kelsen, meramente apparente dal punto di vista della conoscenza giuridica, sussistendo unicamente sul piano dell'«essere» e non già del «dover essere», nel quale essa è già, *a priori*, risolta grazie all'operatività del principio gerarchico (*Tg*, p. 381).

⁵⁰ PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 75.

⁵¹ “La conseguenza più importante della teoria che procede dal primato del diritto statale è che lo Stato, il cui ordinamento giuridico è il punto di partenza dell'intera costruzione, può essere considerato sovrano” (*Tg*, p. 389).

⁵² V. sul punto, *infra*, cap. II.

diritto statale, cardine attorno al quale ruota l'intera descrizione del modello monista con primato del diritto statale: esso, affermato come necessario dalle correnti dualistiche, ne evidenzia l'intima contraddizione⁵³, svelando che il loro "scopo reale" non è tanto "quello di affermare l'indipendenza reciproca del diritto statale e di quello internazionale, quanto piuttosto quello di difendere l'idea della sovranità dello Stato"⁵⁴.

Proprio su questo profilo si appuntano i rilievi di Kelsen, che, senza pronunciarsi direttamente sull'opportunità dell'opzione monista con primato del diritto statale – ed anzi riaffermandone con decisione l'ipotetica plausibilità⁵⁵ – sostiene la necessità di eliminare qualsiasi riferimento alla sovranità dello Stato nella ricostruzione del modello. Dalla premessa dell'attribuzione del carattere della sovranità all'ordinamento giuridico, infatti, discende che, nel caso dell'opzione per il modello monista con primato del diritto statale, la sovrapposizione tra Stato e ordinamento giuridico sarà perfetta: in virtù del principio di unità-esclusività, infatti, "un solo ordinamento giuridico statale, e quindi unicamente un solo Stato può essere concepito come sovrano", ipotesi "possibile esclusivamente dal punto di vista di un solo ordinamento giuridico statale"⁵⁶. La conseguenza inevitabile della teoria del riconoscimento, "basata sull'ipotesi del primato del diritto statale" è pertanto l'esclusione della sovranità di qualunque altro Stato, immediatamente determinata dall'impossibilità logica del pluralismo degli ordinamenti giuridici, e la stessa negazione del diritto internazionale attraverso la sua riduzione a diritto pubblico esterno⁵⁷. Si badi, peraltro, che tale conseguenza deriva direttamente dal modello monista ed in particolare dal postulato dell'unità del punto di vista della

⁵³ Cfr. anche *Dp*, p. 159: "la costruzione dualistica è spinta a sopprimere se stessa attraverso la teoria del riconoscimento".

⁵⁴ Si tratta di una critica evidentemente suggestiva, che, se riferita alle costruzioni dualistiche di derivazione gius-statalistica, ne mette in rilievo molto correttamente la stretta derivazione dalla "sopravalutazione del concetto di sovranità degli Stati propria del XIX secolo" (KAUFMANN, E. *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge*, in Aa. Vv., *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, a cura di Bachof, Drath, Gönnenwein, Walz, VI, München, 1955, p. 445 ss., p. 447). Come già accennato, il rapporto tra costruzioni dualistiche e positivismo statalista verrà ripreso nel capitolo successivo.

⁵⁵ Ancora in *Tg*, p. 391.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Dp*, p. 160, ma cfr. anche *PdS*, pp. 286 ss. Altrove (*Rds*, pp. 289 ss.), Kelsen riconosce la stretta contiguità tra modello monista con primato del diritto statale e teoria dell'autolimitazione della sovranità statale. Sulle costruzioni negatrici del diritto internazionale attraverso la sua riduzione a diritto pubblico esterno, v. alcuni accenni *infra*, al cap. II.

conoscenza che determina il carattere necessariamente irrelato dei sistemi normativi⁵⁸: come è stato affermato, Kelsen rimane prigioniero dell'unicità della *Grundnorm*⁵⁹. L'uscita dal dilemma poteva essere rappresentata, sempre rimanendo nella prospettiva metodologica kelseniana, solo dall'adesione all'altra opzione, idonea a garantire, al tempo stesso, il postulato di unità-esclusività e la parzialità del sistema normativo statale rispetto all'ordinamento giuridico sovrano: "solo l'ordinamento giuridico internazionale può soddisfare nella sua capacità di ricomprendere tutti gli altri ordinamenti parziali, quel dogma dell'unità del punto di vista conoscitivo, assurgendo così a potere giuridico universale"⁶⁰.

Purtuttavia, Kelsen non manifesta l'opzione per l'una o per l'altra soluzione, che viene sfumata attraverso il riferimento al significato filosofico dei modelli, ricondotto all'opposizione tra soggettivismo e oggettivismo: il teorico del diritto non è chiamato a rendere esplicita la propria scelta, nella quale è evidentemente guidato da "preferenze etiche e politiche"⁶¹.

Ne *Il problema della sovranità*, scritto venticinque anni prima della *Teoria generale del diritto e dello Stato* (e, circostanza ancor più importante, quattordici anni prima della *Reine Rechtslehre*), al contrario, Kelsen aveva optato più risolutamente per il modello del primato del diritto internazionale, esponendo in maniera esplicita posizioni che nelle opere successive rimarranno, per così dire, sottotraccia, sacrificate all'esigenza del rigore metodologico⁶². Numerosi passaggi dell'opera – la cui lettura deve certo evitare, in una prospettiva storica, di proiettare sulla ricostruzione del modello kelseniano esiti ricostruttivi altamente significativi per gli sviluppi della metodologia della dottrina pura, ma successivamente superati - rivela infatti la netta preferenza di Kelsen per l'ipotesi del primato del diritto internazionale.

⁵⁸ *Rds*, pp. 296: "La tendance à l'unité, inhérente à toute connaissance, donc à la science juridique, triomphe finalement, dans le théorie de la primauté de l'ordre étatique, de la multiplicité apparente et première des ordres juridiques ou des États, par l'extension de l'ordre juridique national aux autres ordres, qui sont ainsi constitués, formellement sinon matériellement, en un ordre universel".

⁵⁹ PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 77.

⁶⁰ POMARICI, *Oltre il positivismo...* cit., p. 117.

⁶¹ *Tg*, p. 394. Torna qui alla ribalta il problema del rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza, risolto da Kelsen in termini di netta separazione, e sarà oggetto di più ampie considerazioni in sede di revisione critica del modello kelseniano, cfr. infra, par. 4.

⁶² Cfr. anche tutto l'andamento dei capitoli V e VI di *Rds*.

Pur sostenendo che l'ipotesi del primato del diritto statale “produce effettivamente l'unità dell'ordinamento giuridico” laddove fa “del proprio Stato il punto più alto e centrale dell'intero sistema giuridico” ed ha pertanto piena dignità epistemologica, Kelsen si chiede “se la via attraverso la quale il fine viene raggiunto non imponga la rinuncia a *valori* importanti”⁶³. La scelta tra primato del diritto statale e primato del diritto internazionale è trasposta per un momento sul piano dei valori, nella prospettiva della fondamentale esigenza di garantire l'uguaglianza tra gli Stati⁶⁴.

Per comprendere appieno il senso di questa affermazione, è necessario fare riferimento al prosieguo dell'opera. In primo luogo, tutto l'andamento del Capitolo VIII, intitolato al primato dell'ordinamento giuridico internazionale, è articolato attorno ai due elementi fondamentali dell'uguaglianza tra gli Stati come carattere “proprio dell'essenza e del concetto del diritto internazionale”⁶⁵, e della precedenza logica del diritto internazionale rispetto al diritto statale, costruita sui due pilastri dell'indipendenza della validità del diritto internazionale dal riconoscimento da parte del singolo Stato e della determinazione da parte del diritto internazionale delle condizioni per la nascita dello Stato nuovo.

Nell'approccio allo sviluppo del primo e del secondo “pilastro” della precedenza logica del diritto internazionale rispetto al diritto statale è forte la presenza di suggestioni derivanti dalle più antiche elaborazioni della scienza internazionalistica, peraltro riprese nel successivo Capitolo IX (“Il diritto internazionale come *civitas maxima*”). In particolare, la negazione della rilevanza del riconoscimento da parte dello Stato ai fini della validità del diritto internazionale generale è fondata sulla sua oggettività, declinata di volta in volta in termini di naturalità, necessità, teoreticità, spontaneità⁶⁶, attraverso il

⁶³ *PdS*, p. 277.

⁶⁴ “l'idea di una società di enti forniti di eguali diritti...è inconciliabile con la costruzione di un primato dell'ordinamento giuridico del singolo Stato”: *PdS*, p. 278.

⁶⁵ *PdS*, p. 299.

⁶⁶ Cfr. il titolo del §47 (*PdS*, pp. 301 ss.) nonché tutto l'andamento del paragrafo ed in particolare p. 304, laddove sostiene che “affermando la validità oggettiva del diritto internazionale rispetto allo Stato, ci si pone dal punto di vista del primato del diritto internazionale”. In *Rds*, significativamente, nel titolo del corrispondente paragrafo (§41, p. 300) si mantiene solo il riferimento al carattere oggettivo del diritto internazionale la cui derivazione giusnaturalistica rimane sottotraccia, essendole piuttosto affiancata la teorizzazione della necessaria individuabilità, ai fini della costruzione del carattere oggettivo del diritto internazionale, di una fonte autonoma del diritto internazionale.

riferimento ad un orizzonte dottrinale fortemente permeato dalla sensibilità giusnaturalistica. Nel successivo Capitolo IX, come si anticipava, la fondazione giusnaturalistica del diritto internazionale viene riconosciuta “come ipotesi giuridica” finalizzata a “rendere possibile un ordinamento giuridico tra soggetti coordinati”⁶⁷, secondo un’opzione di fondo decisamente orientata in direzione universalistica, con l’affermazione – significativa anche dal punto di vista dell’evoluzione del metodo della dottrina pura - che “l’ipotesi giuridica che le norme del diritto internazionale siano un ordinamento giuridico universale superiore agli ordinamenti giuridici parziali degli Stati particolari, un ordinamento giuridico che li racchiude tutti in sé, *si identifica* – una volta riconosciuto che l’ordinamento statale essenzialmente non è altro che un ordinamento giuridico – con l’ipotesi di una comunità universale superiore agli Stati particolari, di una comunità che racchiude in sé tutti gli Stati”, nel quadro della irrinunciabile ricostruzione in senso monista dell’ordinamento giuridico universale⁶⁸.

D’altro canto, con riferimento al processo di creazione dello Stato nuovo, la precedenza logica del diritto internazionale è fondata su un’analisi rigorosa, dal punto di vista normativistico del principio di effettività, con riferimento al caso paradigmatico della rivoluzione⁶⁹. È attraverso la posizione di tale principio che il diritto internazionale, disciplinando il procedimento di formazione dello Stato nuovo come procedimento giuridico, si pone come sistema gerarchicamente sovraordinato al diritto statale, realizzando l’unità dell’ordinamento giuridico universale⁷⁰. Particolarmente rilevante la costruzione del principio stesso, tutta incentrata sul riconoscimento di valore giuridico all’identità di contenuto fattuale (continuità di popolo e territorio) tra lo Stato vecchio e lo Stato nuovo⁷¹: tale elemento viene elevato a principio giuridico, non già attraverso il riconoscimento della forza normativa del fatto, bensì attraverso una “metamorfosi del fattuale nel

⁶⁷ *PdS*, p. 371.

⁶⁸ *PdS*, p. 367, ma cfr. anche la prosecuzione: “Con questi concetti non si fa che esprimere, in modo particolarmente chiaro, solo il riconoscimento dell’identità e dell’unità ultima – decisive dal punto di vista della considerazione giuridica – dell’ordinamento giuridico internazionale e degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati”.

⁶⁹ *PdS*, pp. 351 ss.

⁷⁰ Cfr. *PdS*, p. 345: “questa è una funzione che il diritto internazionale può assolvere solo se si presuppone il suo primato rispetto all’ordinamento giuridico del singolo Stato”.

⁷¹ *PdS*, pp. 349-350.

normativo”⁷². Evidentemente, tale metamorfosi è resa possibile solo postulando l’unità tra i sistemi e il primato del diritto internazionale: è sulla base di tale premessa che può essere riconosciuta l’attitudine qualificante della fattispecie dello Stato di nuova formazione, vale a dire l’elevazione dell’elemento fattuale della “continuità di fatto degli esseri umani”⁷³ a norma giuridica⁷⁴. Il primato del diritto internazionale rende così possibile risolvere in maniera giuridica il problema della nascita dello Stato – tentativo fallito nella prima parte dell’opera, muovendo dal punto di vista dello Stato – neutralizzando, attraverso la sua giuridicizzazione, anche la categoria della sovranità⁷⁵.

L’opzione per uno dei due modelli monisti non è affermata esplicitamente, ma l’anelito alla neutralizzazione delle implicazioni “metagiuridiche” del concetto di sovranità, che pervade l’opera intera e, a ben vedere, è un *topos* ricorrente dell’opera kelseniana, potendosi leggere in questa chiave l’intento della purificazione del metodo giuridico nelle sue implicazioni più profonde, rende evidenti le ragioni di una preferenza. Essa è qui confermata con maggior forza che non nella *Teoria generale del diritto e dello Stato*, con toni che erano peraltro già stati ripresi ne *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* (1926) e nella *Dottrina pura del diritto* (1934), proprio per il tramite del riferimento alle premesse filosofiche dell’opzione nell’uno o nell’altro senso. Soggettivismo e oggettivismo sul piano della filosofia della scienza rinviano a due opposte concezioni del mondo, ad esempio, sul piano etico – politico, all’opzione tra pacifismo e imperialismo⁷⁶: alla scelta soggettivistica del primato del diritto statale viene ricondotto l’effetto di una caduta in un “solipsismo” che “vuole concepire l’individuo particolare, cioè l’io, come centro

⁷² *PdS*, p. 352.

⁷³ *PdS*, p. 350.

⁷⁴ Il principio di effettività, pertanto, presuppone “accanto alla validità di un ordinamento coercitivo del comportamento umano relativamente supremo, subordinato cioè soltanto al diritto internazionale – forse anche il sedentarismo può essere derivato dal diritto internazionale – un certo grado di efficacia di questo ordinamento, di fattività. Solo presupponendo un primato del diritto internazionale, una tale ipotesi potrebbe avere carattere giuridico” (*PdS*, p. 352). Lo stretto legame tra qualificazione giuridica della rivoluzione da parte del diritto internazionale (attraverso il principio di effettività), unità postulata di diritto interno e diritto internazionale e primato di quest’ultimo fa sì che “la rivoluzione sia allora una rottura puramente relativa della continuità giuridica – relativa nel senso che concerne esclusivamente l’ordine statale” (*Rds*, p. 311, trad. mia.).

⁷⁵ Cfr. *Rds*, pp. 311-313.

⁷⁶ Cfr. *Rds*, pp. 323 ss.

del mondo e quindi il mondo soltanto come volontà e rappresentazione”⁷⁷, traducendosi, in definitiva, nella stessa negazione – per indefinita relativizzazione - del diritto e della scienza giuridica⁷⁸. Ancora una volta, nonostante la riaffermazione dell’intento di non voler prendere una posizione tra le diverse concezioni del mondo⁷⁹, gli esiti dell’adesione al modello monista con primato del diritto statale appaiono suscettibili di risolversi nell’annullamento dello stesso oggetto della conoscenza. L’adesione al primato del diritto internazionale, fondata sulla posizione oggettivistica⁸⁰ pare l’unica in grado di conservare in vita la scienza giuridica, almeno dal punto di vista delle premesse metodologiche kelseniane. Si rivela decisiva, ancora una volta, la pervasività della premessa metodologica della purezza del metodo giuridico, nella misura in cui si fonda sul postulato di autonomia, unità e sostanziale astrazione della sfera del dover essere: ma questa polarizzazione senza uscita tra soggetto e oggetto della conoscenza non è, come meglio vedremo in sede di revisione critica, senza prezzo. Il prezzo è pagato tutto dal soggetto: la riduzione della concezione oggettivistica ad assoluto non solo impone, sul piano delle relazioni tra diritto interno e internazionale di sottrarre ai singoli stati il carattere di “unità definitive e supreme” ma deve coerentemente condurre alla stessa *dissoluzione della personalità* in un “elemento dell’ordinamento giuridico”, in una “personificazione di un ordinamento giuridico parziale”⁸¹.

⁷⁷ *Dp*, p. 159. Cfr. anche *Rds*, p. 322: “ce moi se dilate ainsi en un univers”.

⁷⁸ *PdS*, p. 464.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Su di una concezione cioè, che “parte dal mondo per arrivare all’io” (*PdS*, p. 463).

⁸¹ *PdS*, p. 464. Cfr. anche *Rds*, p. 323: “L’individu est une pure apparence, enseigne l’objectivisme, et la théorie de la primauté du droit international, tirant les conséquences ultimes de l’objectivité du droit, ne doit pas seulement refuser aux sujets étatiques, parce qu’ils ne sont que des personifications provisoires d’ordre partiels, le caractère d’unités, de monades définitives et suprêmes ; logiquement, elle doit en fin de compte ramener aussi la personne «physique», le sujet de droit par excellence, à son substrat : une partie de l’ordre juridique objectif, et l’envisager comme la personification d’un ordre partiel”.

3. Adattamento al diritto internazionale e parametricità degli obblighi internazionali nel modello monista.

3.1 *L'adattamento al diritto internazionale*

Una volta ricostruita, in via generale, la posizione kelseniana in merito alle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, è possibile affrontare il problema della parametricità dei trattati dal punto di vista del modello monista.

Sembra necessario anzitutto soffermarsi, più analiticamente di quanto non si sia fatto finora, sull'impostazione della questione dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale nel modello monista⁸².

Già si è sottolineato che il postulato di unità del diritto interno e del diritto internazionale, come riflesso del più generale postulato di unità-esclusività dell'ordinamento giuridico del suo complesso, implica che essi si atteggiino come due momenti dell'unico processo di produzione del diritto: ciò sembrerebbe escludere il problema dell'adattamento dall'orizzonte monista, o quantomeno ridurne la portata alle dinamiche di produzione-applicazione del diritto, tipiche della costruzione gradualista.

La lettura del saggio kelseniano del 1936, specificamente dedicato al problema della trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, mostra tuttavia un quadro alquanto complesso della ricostruzione della questione. La serrata critica delle costruzioni dualiste, tutta incentrata sul loro stretto legame con il dogma della sovranità statale⁸³, si traduce in una riconduzione delle esigenze sottostanti all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale non tanto alla necessità di una trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, quanto piuttosto all'esigenza di una specificazione del contenuto normativo prodotto secondo le forme prescritte dal diritto internazionale, in funzione della sua *applicabilità* all'interno dello Stato. La trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, in particolare, viene ricondotta direttamente alle premesse della

⁸² L'inerenza delle problematiche legate all'adattamento anche ai modelli di derivazione monista è stata autorevolmente messa in luce, tra gli altri, da LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 22.

⁸³ *Transformation*, p. 11.

ricostruzione dualista in merito all'attitudine del diritto internazionale a creare diritti e obblighi solo per gli Stati⁸⁴, con la conseguenza che il diritto internazionale non potrebbe dispiegare la sua efficacia nei confronti dei soggetti infrastatali se non in forza di una apposita recezione del contenuto normativo di fonte internazionale da parte di una norma interna: per tale via, secondo Kelsen, alla riaffermazione del dogma della sovranità statale si accompagna una vera e propria vanificazione del diritto internazionale, deprivato di ogni forma di autonoma vigenza⁸⁵. Lasciamo per un momento da parte, in questa sede, il merito della critica alle concezioni dualiste, che verrà ripresa nel capitolo successivo – specie con riferimento al profilo della mutua implicazione tra costruzioni dualistiche e concezioni produttivistiche dell'adattamento - per incentrare piuttosto l'attenzione sulle soluzioni alternative indicate da Kelsen.

Pur ammettendo la necessità di una integrazione del contenuto normativo internazionale sul piano soggettivo⁸⁶ – vale a dire sul piano dell'individuazione dei soggetti riconosciuti titolari del diritto o tenuti all'adempimento dell'obbligo posto dalla norma internazionale - Kelsen riconduce detta operazione alle dinamiche di produzione giuridica tipiche della costruzione a gradi dell'ordinamento, articolando in termini di delegazione il rapporto tra norma internazionale e diritto interno che deve provvedere ad integrarne il contenuto. Proprio attraverso il rapporto di delegazione tra diritto internazionale e diritto interno è assicurata l'unità tra i sistemi, nella misura in cui la delegazione stessa descrive il nesso di derivazione della norma interna dalla norma internazionale, secondo l'impostazione gerarchica della struttura gradualista del sistema

⁸⁴ Cfr. *Transformation*, p. 5. L'affermazione dei dualisti secondo cui solo lo Stato sarebbe soggetto di diritti e obbligazioni secondo il diritto internazionale è da Kelsen direttamente ricondotta al dogma della sovranità statale, di cui le ricostruzioni dualiste sarebbero espressione. Cfr. *Transformation*, p. 10: "C'est le dogme de la souveraineté qui est, en dernière analyse, à la base de la conception selon laquelle l'Etat seul peut être sujet de droit en droit international".

⁸⁵ *Rds*, p. 288: "La conséquence logique de cette théorie – conséquence qu'on s'abstient évidemment d'en tirer – est l'anéantissement complet du droit international. Elle n'est au fond qu'un corollaire du dogme de la souveraineté de l'État. Sous l'apparence d'une théorie du droit international, elle en est la négation. Et c'est également ce dogme de la souveraineté qui, au fond, se cache derrière la construction dualiste du droit international".

⁸⁶ Esigenza che non si manifesterebbe, peraltro, in ogni caso ma solo quando, per la sua formulazione, la norma internazionale risulti incompleta sul piano soggettivo (*Transformation*, p. 15).

normativo⁸⁷: la determinazione dell'elemento personale da parte del diritto interno, pertanto, lungi dal realizzare una trasformazione del diritto internazionale in diritto interno, costituisce, più semplicemente, una delle fasi dell'unico procedimento di creazione del diritto⁸⁸.

La teoria della trasformazione viene così espunta dal novero delle possibili forme di adattamento, in quanto declinazione produttivistica delle stesse, direttamente derivante dalle premesse delle criticate ricostruzioni dualiste⁸⁹.

Tuttavia, benché – come detto - l'esigenza di una trasformazione del diritto internazionale in diritto interno non derivi, nell'ambito del modello monista, né dalla natura del diritto interno, né dalla natura del diritto internazionale⁹⁰, l'impostazione del problema appare più complessa qualora sia lo stesso diritto positivo ad imporre la riproduzione del contenuto della norma internazionale in forma di legge interna⁹¹. La previsione positiva della trasformazione del diritto internazionale in diritto interno costituisce infatti, evidentemente, un potenziale momento di rottura dell'armonia della costruzione kelseniana, laddove interpone tra la conclusione del procedimento di produzione della norma in sede internazionale e la sua entrata in vigore (*rectius*: assunzione di validità) un adempimento ulteriore, coincidente appunto con la recezione della norma da parte del diritto statale. Il metodo positivo, cui Kelsen riconosce, come si è visto, un ruolo fondamentale nella fondazione della dottrina pura, impone di considerare

⁸⁷ Il problema della soggettività degli Stati è superato, pertanto, secondo un espediente metodologico già descritto, attraverso l'identificazione dello Stato stesso con l'ordinamento giuridico, o meglio con una sua parte: anticipando rilievi critici che si svilupperanno successivamente, va rilevato che ai rapporti reali tra gli Stati, e tra di essi e l'ordinamento internazionale, si sostituiscono relazioni giuridico – formali, in funzione della realizzazione del postulato di unità della conoscenza giuridica. Cfr. *Transformation*, p. 11: “Si l'on admet l'existence, entre le droit international et les divers ordres juridiques internes, d'un rapport de délégation, sans lequel il ne saurait y avoir d'unité dans les conceptions du droit, on doit alors rejeter la construction dualiste et avec elle sa conséquence logique : l'idée de l'Etat qui serait seul, en tant que tel, sujet de droit international”. Sul punto, v. anche *Tg*, pp. 348 ss., nonché pp. 378 ss., mentre, sulle più generali implicazioni del principio di delegazione sulla nomodinamica kelseniana, ivi, pp. 111 ss., ed in particolare, pp. 113-114.

⁸⁸ *Transformation*, p. 12: “L'existence des ordres juridiques internes qui déterminent l'élément personnel, que les normes internationales laissent généralement indéterminé, ne saurait a coup sûr être considérée comme une «transformation» du droit international en droit interne ; c'est ne là qu'une des phases de la procédure de création du droit, laquelle forme un tout uni”.

⁸⁹ *Transformation*, p. 16: “Du point de vue d'un positivisme juridique rigoureux, cette théorie de la transformation apparaît aussi peu soutenable que la conception qui est à sa base, et selon laquelle les normes du droit international n'obligeraient que l'Etat comme tel et ne point les individus”.

⁹⁰ *Transformation*, pp. 16-17.

⁹¹ *Transformation*, p. 18, ma v. anche pp. 37 ss.

simili previsioni, ma l'unità del punto di vista della conoscenza – premessa metodologica altrettanto centrale nel sistema kelseniano - impone di risolvere la contraddizione che deriva dal riconoscimento giuridico-positivo dell'insufficienza del procedimento di formazione della norma in sede internazionale a produrre effetti valevoli nella sfera statale.

Dopo aver riconosciuto che il fondamento positivo della trasformazione è, il più delle volte, alquanto debole⁹², Kelsen riconduce l'operazione richiesta in sede positiva ad un ulteriore adempimento nel quadro dell'unico processo di produzione normativa che, originato nella sfera del diritto internazionale, prosegue in sede interna⁹³. Mentre, tuttavia, nella “fisiologia” del processo di produzione normativa, al passaggio di grado si accompagna un mutamento di contenuto, funzionale a rendere più agevole – o, se si vuole, ad avvicinare – il momento della materiale applicazione della norma, di ciò non è traccia in questo caso. Il contenuto resta invariato, mentre la concreta applicabilità della norma viene perseguita esclusivamente attraverso *l'integrazione della fonte*: come afferma lo stesso Kelsen “la norma del trattato, benché tecnicamente completa ed immediatamente applicabile, ha tuttavia bisogno, sul piano giuridico – *in virtù di una prescrizione dell'ordinamento giuridico interno* – di essere completata”⁹⁴. L'immediata applicabilità di cui Kelsen discorre nel passaggio citato è evidentemente di tipo astratto, avuto cioè riguardo alla formulazione della norma stessa, “tecnicamente completa”: ciò che più colpisce – stanti le invariate premesse ricostruttive del modello monista - è che, nonostante la completezza e la (astratta) immediata applicabilità della norma, la validità di questa richieda un mutamento di fonte.

Dalla prescrizione positiva dell'onere della trasformazione discende pertanto una rottura dell'unità del modello monista: infatti, quando la trasformazione non è

⁹² *Transformation*, p. 38: “La nécessité d'une transformation me peut reposer, la plupart du temps, en droit positif, que sur le fait qu'en vertu de la Constitution de l'Etat les organes et le sujets ne doivent obéir qu'aux lois et aux ordonnances de l'Etat, autrement dit qu'ils ne doivent appliquer que ces lois et ces ordonnances et ne peuvent tenir de droits et des obligations que d'elles. Mais cette règle elle-même n'est en général pas nettement formulée dans les Constitutions modernes, de sorte que l'on serait fort embarrassée pour fonder en droit positif la théorie de la transformation”.

⁹³ *Transformation*, p. 39: “L'acte par le quel on reproduit ainsi le contenu du traité n'est qu'une continuation de la procédure qui avait débuté avec l'acte dit de ratification du traité par le Chef de l'Etat”.

⁹⁴ *Transformation*, p. 39.

richiesta, la norma vige una volta concluso il procedimento previsto per la sua formazione a livello internazionale (il diritto internazionale vige per forza propria, e al diritto interno è affidato l'onere dell'adattamento come attuazione), laddove invece la prescrizione positiva richiede un adempimento ulteriore, con l'integrazione della fonte⁹⁵.

La norma rimane infatti, in ipotesi, unica, risultando al termine di un procedimento impostato in termini unitari: ma il postulato della continuità tra i due sistemi normativi è messo seriamente in crisi dalla necessaria mediazione di un atto normativo statale che, anche ove non realizzasse una vera e propria trasformazione della norma internazionale (che, in effetti, secondo Kelsen, non sarebbe ancora venuta ad esistenza) in norma interna, varrebbe comunque ad integrare non il contenuto, *ma la fonte della norma*, al fine di renderla applicabile, con un'importante rottura del postulato di unità. La norma internazionale, in altre parole, non vige per forza propria nell'ordinamento interno, ma in virtù del mutamento della fonte, che ne integra il procedimento di formazione. Poco importa, a questo punto, ripetere che non di vera e propria trasformazione si tratta, ma di una "fase ulteriore dell'unica procedura di creazione di una sola e medesima norma", delegata dal diritto internazionale⁹⁶: ciò che più rileva, sul piano degli esiti, è il riconoscimento dell'essenzialità dell'integrazione della fonte.

L'osservazione del dato positivo incrina così la tenuta dei postulati della dottrina pura, anticipando, sembra di poter concludere, esiti assai significativi in ordine ad un riavvicinamento tra i modelli, giustificato dall'osservazione dello sviluppo storico delle forme di relazione tra diritto interno e diritto internazionale: peraltro, proprio il problema della fonte rende evidenti i limiti dell'argomentazione kelseniana che, sul punto, finisce per sacrificare il dato positivo alla coerenza logica del sistema⁹⁷. Vale pertanto mantenere ferme queste osservazioni, per

⁹⁵ *Transformation*, p. 42: "or, notre analyse nous amène à la conclusion suivante : si une norme de contenu déterminé a été créée une fois et est devenue valable, toute création nouvelle de cette norme devient superflue. Et si elle n'est pas superflue, si une disposition du droit positif exige un acte qui semblerait être une nouvelle création de cette norme, il ne s'agit que d'une apparence trompeuse, la norme n'étant pas encore, en ce cas définitivement créée".

⁹⁶ *Rds*, p. 41.

⁹⁷ Sicché si potrebbe addirittura rivolgere a Kelsen la critica di concettualismo che egli muove alle costruzioni dualistiche quando imputa loro una inversione metodologica tra premesse logico concettuali e osservazione dell'ordinamento positivo. La teoria dualista sarebbe infatti, secondo Kelsen un esempio tipico di giurisprudenza concettuale, laddove essa finirebbe per "déduire d'une

riprenderle in un momento successivo, quando verrà affrontato il problema della relazione tra modelli pluralisti e concezioni produttivistiche dell'adattamento⁹⁸.

3.2 Gerarchia normativa, giustizia costituzionale e parametricità degli obblighi internazionali

L'analisi della soluzione kelseniana del problema dell'adattamento, pur con i limiti segnalati, permette di fissare alcuni elementi utili per la ricostruzione del concetto di parametricità degli obblighi internazionali nell'ottica monista.

In primo luogo, le dinamiche legate all'adattamento mostrano la natura della relazione tra norma internazionale e norma interna, riconducendola alla relazione gerarchico-formale tipica della costruzione gradualista dell'ordinamento giuridico: attraverso la delegazione al diritto interno delle forme di specificazione della norma internazionale al fine di renderla applicabile, il diritto internazionale disciplina il procedimento di adozione del diritto interno, in tal modo superponendosi gerarchicamente ad esso. Ne consegue che il conflitto tra diritto internazionale e diritto interno deve essere risolto secondo i consueti criteri di scioglimento delle antinomie tra norme di gradi diversi, vale a dire nullità, annullabilità o sanzione contro l'organo responsabile della violazione⁹⁹.

L'analisi degli strumenti di risoluzione delle antinomie tra norme di grado diverso deve essere inquadrata nell'ambito dell'articolazione dei procedimenti ordinati

hypothèse sur la nature du droit ou sur la nature de l'Etat, c'est-à-dire d'une définition a priori de la notion du droit international ou de celle de l'Etat, le contenu positif de l'ordre juridique, c'est-à-dire pour déduire les règles de droit positif des notions préconçues, ou, pour être plus précis, une tentative pour opérer non pas sur des normes de droit positif, mais sur des notions abstraites" (*Transformation*, p. 49). Benché, come si è più volte affermato, la critica kelseniana alle costruzioni dualiste presenti elementi di notevole interesse, specie per ciò che riguarda la presa di coscienza dello stretto nesso di derivazione delle stesse dal dogma della sovranità statale, in questo caso la *vis polemica* sposta i termini del confronto sul piano metodologico, e cioè, più precisamente, sulla relazione tra realtà giuridica e concetti. Per un approfondimento sul punto, cfr., *infra*, par. 4.

⁹⁸ Cfr. *infra*, cap. III.

⁹⁹ Cfr. *Rds*, p. 317: "les conflits entre droit interne et droit international se résolvent donc en principe selon les mêmes méthodes que ceux qui mettent aux prises les différents degrés de l'ordre étatique. La contrariété d'une règle de degré inférieur à une règle de degré supérieur donne lieu soit à sa nullité ou à son annullabilité, soit à une sanction contre un organe responsable". Per questa tripartizione dell'apparato di sanzioni per la "norma contraria alla norma", vedi anche *Tg*, pp. 156 ss., *Dp*, pp. 112 ss.

alla garanzia dell'unità dell'ordinamento, profilo di analisi che in Kelsen s'intreccia alla riflessione sulla giustizia costituzionale¹⁰⁰.

Si pone, in primo luogo, il problema del rapporto tra gradualismo e garanzie costituzionali, che presenta tratti di notevole complessità, ed appare legato, peraltro, alla necessità di conciliare la fondazione del gradualismo in senso logico con la garanzia della rigidità della Costituzione positiva. Simile tensione riproduce i limiti e la problematicità dell'impostazione kelseniana del rapporto tra essere e dover essere. Il carattere formale della *Grundnorm* e la sua proiezione sul piano dell'articolazione della relazione di validità tra norme in senso gerarchico – che derivano, come si è più volte ricordato, dal postulato dell'unità e dell'autonomia della sfera di dover essere – contrastano con la “naturale” vocazione della Costituzione positiva a porsi come sede di disciplina dei procedimenti di normazione¹⁰¹: ne consegue, inevitabilmente, un arricchimento dei possibili scenari su cui articolare la relazione di validità¹⁰². La riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale rappresenta, in questo senso, uno snodo di

¹⁰⁰ Sul modello kelseniano di giustizia costituzionale v., tra gli altri, MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana 1984, nonché, con riferimento specifico all'esperienza austriaca, CARAVITA DI TORITTO, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, CEDAM. 1985.

¹⁰¹ In altre parole, si esprime in questo caso la tensione tra la Costituzione positiva, in quanto “principio in cui si esprime giuridicamente l'equilibrio delle forze politiche nel momento considerato, la norma che regola l'elaborazione delle leggi, delle norme generali in esecuzione delle quali viene svolta l'attività degli organi statali – tribunali ed autorità amministrative” (*Gc*, p. 152), e la *Grundnorm*, in quanto trascendentale della conoscenza. È ben vero che il substrato politico resta irrilevante ai fini della conoscenza della Costituzione positiva in quanto concetto di dover essere – nonché al fine del riconoscimento della sua validità: e tuttavia la tensione rilevabile, sul piano strettamente operativo, tra garanzie della rigidità costituzionale come strumento di unità dell'ordinamento e l'unità in senso logico dell'ordinamento stesso – derivata dal postulato dell'unicità della *Grundnorm* – rivela i limiti delle premesse metodologiche kelseniane. Separando essere e dover essere, conoscenza e realtà, soggetto e oggetto della conoscenza si raggiungerà, forse, l'obiettivo dell'unità logica (ma le rilevate contraddizioni valgono a testimoniare proprio il contrario), ma non si avanzerà affatto nella comprensione dell'unità reale degli elementi artificiosamente separati. Dimenticando che “le disposizioni costituzionali, a differenza di ogni altra disposizione giuridica, non sono legate solo a condizioni giuridiche di validità, ma anche a condizioni di fatto di efficacia” (così, proprio in sede di critica dei Viennesi, ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934, 238) non si contribuisce a creare l'unità, ma un sistema astratto che, lasciando la storia alla porta, è destinato a non reggerne l'inevitabile impatto (come vedremo proprio a proposito della tenuta del modello monista). Sul punto, vedi *amplius, infra*, par. 4.

¹⁰² Particolarmente, in conseguenza dell'emersione, accanto al criterio di gerarchia, del criterio di competenza come strumento di ordinazione delle fonti in sistema, come riflesso dell'emersione del pluralismo politico, e della sua articolazione istituzionale sul piano della normazione. Sul punto, v oltre, evidentemente, a CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza...*, cit., BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, nonché, nella letteratura italiana RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema delle fonti normative*, Milano, Giuffrè, 1977: ulteriori riflessioni sul punto, *infra*, al cap. III.

fondamentale importanza nella verifica della tenuta della premessa metodologica della purezza al momento dell'impatto con quegli "spostamenti di potere" che si nascondono al di sotto della struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico¹⁰³, dei quali è pure predicata l'irrelevanza ai fini della conoscenza giuridica, ma la cui pervasività mette a dura prova il rigore della stessa costruzione gerarchica¹⁰⁴.

Proprio per questo, il tentativo di risoluzione della tensione viene ricondotto al problema della "unità dell'ordinamento giuridico come sistema di norme logicamente chiuso"¹⁰⁵, che rischia di venire pregiudicata qualora non vengano predisposti dei procedimenti volti all'eliminazione della norma contraria alla norma ad essa gerarchicamente superiore. Proprio l'istituzione di un procedimento *ad hoc*, affidato ad un'istanza unitaria (della quale peraltro è predicata la contiguità al potere legislativo¹⁰⁶), evita, secondo Kelsen, la possibilità di una

¹⁰³ *Gc*, p. 150

¹⁰⁴ Questa lettura della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale – tralasciata dal punto di vista della teoria delle fonti - presenta evidentemente un carattere di parzialità, dovuto alla sua funzionalizzazione all'analisi dei temi della presente ricerca. Non si può dimenticare, ad esempio, il profilo del legame tra giustizia costituzionale e ordinamenti federali, presente sullo sfondo delle analisi kelseniane (cfr. *Gc*, pp. 203 ss.), ma anche la connessione profonda tra studi sulla giustizia costituzionale e studi sulla democrazia parlamentare, specie sotto il profilo della tutela delle minoranze, come istanza di composizione, in sede parlamentare, del pluralismo politico. Si rende ancora una volta evidente la complessità del pensiero kelseniano, specie nel periodo precedente al 1960, che appare profondamente legato alle atmosfere culturali proprie del tramonto dello Stato liberale (specie per ciò che riguarda la proiezione del dogma della centralità della legge sul piano della costruzione normativistico-formale dell'ordinamento giuridico) e allo stesso tempo sensibile alle istanze legate al passaggio allo Stato pluralista.

¹⁰⁵ *Dp*, p. 112.

¹⁰⁶ Giacché "un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo" anche se "mediante l'indipendenza dei suoi membri, viene organizzato come un tribunale" (*Gc*, pp. 172-173): in linea di principio, infatti, legislazione e giurisdizione si distinguerebbero solo per il carattere rispettivamente generale e particolare delle norme *create* (*Gc*, p. 173). K. stesso avverte, in nota, che la distinzione vale solo in linea di principio, visto che "in particolare, il legislatore – specie il parlamento – può porre anche norme individuali" (*Gc*, p. 173, alla nota 2): la natura solo formale della produzione normativa, l'esclusione della rilevanza del contenuto ai fini della qualificazione dell'atto normativo tradisce qui appieno il proprio legame profondo con il dogma della centralità della legge, tipico delle costruzioni dello *Staatsrecht* del periodo liberale. Si deve qui aprire, peraltro, un breve *inkursus* sulla tensione, tipica della ricostruzione kelseniana, tra unicità del processo di produzione normativa e separazione dei poteri (su cui vedi *Tg*, pp. 274 ss.). Il primo postulato conduce infatti direttamente alla sovrapposizione tra applicazione ed esecuzione della legge e la conseguente impossibilità di distinguere tra amministrazione e giurisdizione: l'identità di natura tra giurisdizione ed amministrazione si fonda sull'identità del loro "rapporto con le norme del grado superiore" e "la distinzione tra giurisdizione ed amministrazione sta esclusivamente nelle modalità di organizzazione dei Tribunali" (*Gc*, p. 162). Ne consegue che "la tradizionale contrapposizione tra giurisdizione e amministrazione, il dualismo fondato su questa contrapposizione in seno all'apparato delle autorità esecutive, possono spiegarsi solo storicamente e sono destinati a scomparire, se non sono ingannevoli i sintomi che già indicano una tendenza all'unificazione di questi apparati": si delinea così in Kelsen, una configurazione essenzialmente bidimensionale della separazione dei poteri, tutta incentrata sulla

contraddizione logica tra norme, e dunque la conseguente esiziale rottura dell'unità logica dell'ordinamento.

Il legame tra unità logica dell'ordinamento e giudizio di validità della norma è ricostruito da Kelsen secondo un *iter* argomentativo che mette in una luce del tutto nuova la stessa strutturazione della relazione di validità tra norme. La coesistenza tra norma superiore e norma inferiore ad essa contraria, la loro simultanea validità – che è fenomeno positivamente osservabile – non può mettere in crisi l'unità logica dell'ordinamento: pertanto, è necessario postulare la piena validità della norma contraria alla norma superiore, affidando la risoluzione del conflitto ad un procedimento appositamente costituito. La norma non sarà pertanto nulla, bensì annullabile, restando valida sino a che non venga fatta oggetto del giudizio di validità previsto dall'ordinamento¹⁰⁷.

separazione tra creazione e applicazione del diritto (entrambe intese come attività di produzione del diritto), che rivela una notevole contiguità con il dogma della centralità della legge. Si comprende pertanto come l'ascrizione del giudice costituzionale al potere legislativo sia funzionale in Kelsen alla conservazione della separazione dei poteri, pur nella sua sostanziale bidimensionalità: ma, anche qui, viene da chiedersi se questo appiattimento, che rispecchia tra l'altro quello tra giurisdizione e amministrazione, non risenta in maniera rilevante della premessa metodologica della separazione di essere e dover essere, perdendo di vista, in questo caso, da un lato, la diversa dimensione di concretezza che vive nella dimensione giurisdizionale e nella dimensione meramente esecutiva e, d'altro canto, la prospettiva politica che soggiace alla separazione dei poteri – con le fondamentali implicazioni sviluppatesi a partire dal passaggio dallo Stato liberale allo Stato pluralista. Se si ripete, con Esposito (*La validità delle leggi*, cit., pp. 30-31, corsivi miei) che “il controllo dei giudici sulla validità degli atti del legislatore non si *oppon*e, ma *applica* il principio secondo cui il potere deve arrestare il potere”, ci si avvede della circostanza che l'appiattimento del giudice costituzionale sul legislativo rischia di pregiudicare il significato garantista della separazione dei poteri, rispondendo ad esigenze logiche che, se è lecito affermarlo, mascherano qui le ben diverse preoccupazioni politiche legate alla garanzia della centralità del legislativo. È bene sottolineare, tuttavia, che non si può perdere di vista, per semplificazione eccessiva, la complessità del pensiero kelseniano sul punto, profondamente condizionata, peraltro, dall'influenza del modello nordamericano, particolarmente evidente nella descrizione del modello diffuso di controllo di costituzionalità – questo, sì, definito, “sindacato giudiziario” (*Gc*, pp. 296-297 e *Tg*, pp. 272 ss.) – e del conseguente potere di disapplicazione nel caso concreto.

¹⁰⁷ Sulla distinzione tra nullità e annullabilità, cfr. soprattutto *Tg*, pp. 162 ss. La proiezione della relazione di validità sul piano dei concreti strumenti volti a farla valere, sul piano cioè del giudizio di validità conduce ad una vera e propria torsione, sul piano operativo, del concetto di validità implicato dalla costruzione per gradi dell'ordinamento. Ammettendosi la validità simultanea della norma superiore, e della norma inferiore ad essa contraria, si mette in crisi la fondazione della validità della norma sulla norma gerarchicamente superiore (*Dp*, pp. 104-105): se la violazione di questa non è fonte di invalidità, ma di annullabilità, mediamente alla previsione del giudizio, ecco che la fonte della validità non risiede più nella norma sulla normazione, ma nella norma istitutiva del giudizio. Non si nega comunque la natura gerarchico-formale della relazione di validità normativa: il referente gerarchico si sposta dalla norma sulla normazione alla norma sul giudizio, e il referente formale dalla disciplina del procedimento di formazione alla disciplina del procedimento che può portare alla caducazione della norma. L'articolazione dei procedimenti di garanzia della validità delle norme, infatti, risolve la possibilità della simultanea validità della norma annullabile e della norma gerarchicamente superiore nella previsione del giudizio, quasi che

La giustizia costituzionale si atteggia, così, quale strumento di garanzia della regolarità della produzione del diritto, intesa come “corrispondenza tra un grado inferiore e un grado superiore dell’ordinamento giuridico”¹⁰⁸: il problema fondamentale, vale a dire la coincidenza tra garanzia della rigidità della Costituzione e garanzia dell’unità dell’ordinamento, tuttavia, è risolto solo apparentemente. La tensione si ripropone infatti proprio con riferimento alla riflessione sulla rilevanza del diritto internazionale nell’ambito dei procedimenti di garanzia costituzionale. È con riferimento ad essi che torna alla ribalta la questione centrale della coincidenza tra garanzia della Costituzione e garanzia dell’unità dell’ordinamento.

Si ripropone, in altre parole, il problema della collocazione dei trattati internazionali nel sistema delle fonti che appare ora legato non solo alla questione del primato del diritto interno o del diritto internazionale, ma anche al problema della relazione tra *Stufenbau* e rigidità costituzionale: come conciliare, infatti, l’ipotesi monista con primato del diritto internazionale con la presenza di una Costituzione positiva che tende a monopolizzare la disciplina dei procedimenti di produzione del diritto? La riflessione sulla giustizia costituzionale apre evidentemente scenari nuovi e suggestivi, che investono il cuore stesso della metodologia kelseniana: per quanto tale prospettiva venga costantemente rifiutata, attraverso tentativi ripetuti di sanare le contraddizioni in via prettamente logica, il sistema delle fonti si rivela ormai nella sua qualità di oggetto di ricerca vivo, in quanto situato in un contesto storico politico, del quale ripete inevitabilmente gli equilibri.

La tensione si rivela proprio attraverso l’analisi della problematica della parametricità dei trattati internazionali. Mentre, infatti, l’idoneità del trattato a formare l’oggetto del controllo di costituzionalità è agevolmente ricondotto al

la fonte di validità della norma inferiore non fosse più la norma superiore ma lo stesso giudizio, o meglio, la norma che lo istituisce. Per quest’impostazione, fondamentale la lettura di MODUGNO, *L’invalidità della legge*, cit. vol. I.

¹⁰⁸ *Gc*, p. 148.

modello monista con primato del diritto statale¹⁰⁹, il discorso sull'attitudine dei trattati a costituire criterio di controllo appare ben più articolato.

Dopo aver ribadito – secondo la nota posizione della conversione dei vizi materiali in vizi formali¹¹⁰ - che “il controllo deve interessare sia il procedimento con il quale l'atto è stato elaborato sia il suo contenuto, se le norme del grado superiore dispongono anche a questo riguardo”¹¹¹, Kelsen si occupa del problema della parametricità dei trattati, significativamente giustapponendola alla questione dell'utilizzabilità come criterio di controllo delle norme “superpositive” deducibili dai principi del diritto naturale¹¹².

Nessun problema si pone, anche in questo caso, dal punto di vista del primato del diritto statale: il trattato internazionale è in ogni caso superiore alla legge in quanto il procedimento per la sua formazione è dettato dalla Costituzione e, pertanto, la legge contrastante con il trattato realizza una violazione mediata della Costituzione¹¹³.

Di conseguenza, la violazione del trattato sarebbe sempre possibile adottando il contenuto normativo con esso contrastante non già nelle forme della legge ordinaria, ma della legge costituzionale. Per evitare simile eventualità, è giocoforza porsi dal punto di vista del primato del diritto internazionale¹¹⁴: “solo questo punto di vista infatti mostra il trattato internazionale come un ordinamento parziale superiore agli Stati contraenti”¹¹⁵ e quindi implica la problematica sovrapposizione tra controllo di costituzionalità e giudizio sulla validità della legge interna contrastante con il diritto internazionale. Finché infatti il diritto internazionale è gerarchicamente subordinato alla Costituzione che ne disciplina il procedimento di formazione, la sottoposizione della sua violazione da parte della

¹⁰⁹ Nel quale, evidentemente, la subordinazione del trattato alla Costituzione è indiscussa, provvedendo quest'ultima a disciplinarne il procedimento di formazione: cfr. *Gc*, pp. 158-159, nonché pp. 180 ss.

¹¹⁰ *Gc*, p. 154.

¹¹¹ *Gc*, p. 185.

¹¹² *Gc*, pp. 188 ss.

¹¹³ *Gc*, p. 185: “Una legge ordinaria che contrasti con un trattato anteriore è irregolare anche rispetto alla Costituzione. Questa, infatti, autorizzando taluni organi a stipulare trattati internazionali, fa di questi un modo di formazione della volontà dello Stato, sicché - in conformità della nozione di trattato che ha fatto propria - ne esclude l'abrogazione o la modifica mediante legge ordinaria”.

¹¹⁴ *Gc*, p. 186.

¹¹⁵ *Ibidem*.

legge alla cognizione del giudice costituzionale non crea problemi, risolvendosi in una violazione indiretta della Costituzione.

Ma come fondare, dal punto di vista della costruzione per gradi dell'ordinamento giuridico, una soluzione analoga per il caso del primato dell'ordinamento internazionale? In questo caso, infatti, non si dibatte della relazione tra legge interna e diritto internazionale, pacificamente articolata nel senso di una sovraordinazione gerarchica, ma del fondamento della mediazione del controllo di costituzionalità per far valere la violazione della norma gerarchicamente sovraordinata: sta bene che la violazione del diritto internazionale debba essere sanzionata, ma la competenza su tale sanzione spetta al giudice costituzionale? La soluzione fornita da Kelsen non si rivela soddisfacente, come subito vedremo, e ciò dimostra una volta di più la trascendenza dell'impatto della rigidità costituzionale sul modello monista.

La risposta è infatti affermativa, ma la forma della mediazione della Costituzione non è chiarita, o almeno non viene garantita la coerenza della soluzione con la premessa monista: l'affermazione secondo cui la competenza a sindacare la violazione del diritto internazionale “si muoverebbe assolutamente sul terreno della costituzione che è anche – non bisogna dimenticarlo – il terreno della giustizia costituzionale”¹¹⁶ è messa al riparo dell'affermazione che “la Costituzione vuole che anche queste norme siano rispettate anche dal legislatore”¹¹⁷. Ma, se è la Costituzione a volerlo, ne rimane pregiudicato lo stesso primato del diritto internazionale, autonomamente fondato secondo il modello gradualista: si ripropone, in sostanza, lo stesso problema rilevato a proposito della trasformazione del diritto internazionale in diritto interno. In questo caso, al fine di fondare la parametricità del trattato non è sufficiente la constatazione della sua sovraordinazione gerarchica rispetto alla legge, ma è necessaria l'integrazione della fonte della sua validità attraverso il “recepimento” da parte della Costituzione: tanto più che la superiorità del diritto internazionale vale anche qualora questo sia recepito con rango diverso da quello della legge

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ “...sicché bisogna equiparare del tutto le leggi contrarie al diritto internazionale alle leggi incostituzionali” (*ibidem*).

costituzionale¹¹⁸. Gli esiti operativi corrispondono, insomma a quelli visti con riferimento all'ipotesi del primato del diritto statale: come evidente, l'impostazione gerarchica del rapporto tra diritto internazionale e diritto interno, *nel senso della continuità tra i due sistemi normativi*, è seriamente pregiudicata, proprio come si è osservato nel caso della trasformazione del diritto internazionale in diritto interno.

La centralità del recepimento costituzionale risulta poi con evidenza dall'affermazione secondo cui, per il caso di carenza di simile riconoscimento, il giudice costituzionale resta impossibilitato a sindacare la violazione del diritto internazionale da parte della legge interna¹¹⁹. Il suo effetto dirompente sulla strutturazione gerarchica dell'ordinamento – e sulla stessa unità del processo di produzione normativa – è reso invece evidente laddove Kelsen sostiene – ancora muovendosi nell'ambito dell'ipotesi del primato del diritto internazionale – che la stessa competenza del giudice costituzionale è esclusa, esistendo il riconoscimento costituzionale, qualora il contrasto sussista tra legge costituzionale e diritto internazionale¹²⁰. Quando poi si sostiene che non è escluso che, in via di fatto, un giudice costituzionale applichi le regole del diritto internazionale anche nelle ultime due ipotesi (assenza di riconoscimento e contrasto tra legge costituzionale e diritto internazionale in presenza del riconoscimento), ma che in questo caso “esercita una funzione che non trova più fondamento giuridico nell'ordinamento statale”¹²¹, si ripropone con tutta la sua forza la problematica ed irrisolta tensione tra *Stufenbau* – e costruzione monista, che ne deriva – e rigidità costituzionale, come figura dell'irrisolta tensione, che percorre tutta l'opera di Kelsen, tra essere e dover essere.

Le contraddizioni rilevate esprimono, infatti, l'impossibilità di conciliare il monismo tra diritto interno e diritto internazionale – *in quanto* postulato dall'unità della norma fondamentale/unità del punto di vista della conoscenza – con la garanzia della Costituzione intesa come garanzia della gerarchia normativa.

¹¹⁸ Gc, p. 186.

¹¹⁹ Gc, p. 187.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ Gc, p. 187.

L'analisi della ricostruzione kelseniana ha infatti evidenziato l'insufficienza di una concezione della parametricità dei trattati in senso meramente formale nella risoluzione dei contrasti tra diritto interno e diritto internazionale. La costruzione della parametricità in termini di proiezione sul piano del giudizio della relazione di validità in senso formale ha mostrato elementi di contraddizione profonda, profondamente legati agli elementi di tensione implicati dalle premesse metodologiche kelseniane.

Sembra dunque possibile affermare che la relazione tra diritto interno e diritto internazionale non possa essere assorbita dal riferimento a schemi gerarchico – formali perché l'unità tra diritto interno e diritto internazionale non può essere postulata come unità nel senso di indistinzione ed irrelazione postulata *a priori*, ma solo come unità internamente articolata, unità di distinti, unità integrata. Su questo profilo è ora necessario soffermarsi, nel quadro di una disamina critica di quanto si è fin qui venuti descrivendo.

4. Considerazioni critiche

Si vede bene come i rilievi critici appena accennati in tema di parametricità finiscano per investire il sistema kelseniano nel suo complesso, in particolare per ciò che concerne le sue premesse metodologiche. D'altra parte, il legame più volte sottolineato tra postulato dell'unità del punto di vista della conoscenza, declinazione del concetto di validità in termini di relazione normativa gerarchico-formale, unità dell'ordinamento e scelta monista nella ricostruzione delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno fa sì che gli effetti della critica della ricostruzione della parametricità dei trattati nel modello monista – che abbiamo visto essere a sua volta concetto assolutamente speculare a quello di validità in senso gerarchico – formale (in quanto sua proiezione sul piano del giudizio) - finiscano per risalire lungo tutto il sistema, arrivando ad investire le stesse premesse metodologiche.

4.1 *La critica di Heller alla costruzione kelseniana dell'unità.*

Si possono prendere le mosse, nel tentativo di articolare alcune considerazioni critiche eminentemente strumentali al tema qui trattato, dalla soluzione kelseniana del problema del primato, nella strutturazione dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, in quanto rappresentativa di ben precise opzioni metodologiche. Come si è visto a suo tempo, infatti, la preferenza kelseniana per il primato del diritto internazionale passa attraverso la neutralizzazione in senso normativistico del concetto di sovranità, condizionata da un approccio di teoria della conoscenza di tipo oggettivistico (ritenuto peraltro corrispondente all'opzione pacifista, sul piano etico politico).

La risoluzione del rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza a favore del secondo appare peraltro strettamente legata alle premesse metodologiche kelseniane ed in particolare, come più volte si è sottolineato, al postulato kelseniano dell'unità del punto di vista della conoscenza. Tutta la costruzione kelseniana dell'unità ruota, infatti, attorno alla sua esclusiva declinabilità in senso logico, mediata dalla rilevanza centrale del principio di non contraddizione. Ma la costruzione dell'unità come postulato logico – che è *topos* insistente e base di tutto il sistema kelseniano, come mettono in luce molti dei passi richiamati nei paragrafi precedenti – si pone in un rapporto ben preciso con l'articolazione delle differenze. Se è vero che – come sottolinea Pinelli in un passo richiamato in precedenza – l'anelito di Kelsen all'unità si pone in netta discontinuità con il “pensiero per separazioni” (*Trennungsdenken*) tipico del pensiero tardo-ottocentesco (fortemente condizionato, su questo punto, da suggestioni di matrice hegeliana) è altrettanto vero che la risoluzione di simile intenzione, speculare alla costruzione dell'unità, non passa per la ricomposizione delle differenze ma per la loro negazione. L'unità secondo la dottrina pura si fonda non sulla sintesi, ma sulla scissione delle differenze: l'unità viene cioè costruita a partire dalla riconduzione della vasta complessità del reale ad un suo aspetto parziale, contemporaneamente assolutizzato. Così, paradigmaticamente, la differenza tra essere e dover essere, piuttosto che risolta, viene neutralizzata attraverso la fondazione dell'unità del punto di vista della conoscenza giuridica esclusivamente

sul dover essere, con esiti gravidi di conseguenze sul piano dell'aderenza alla realtà del sistema così costruito.

È questo, peraltro, uno dei cardini attorno ai quali ruota la critica rivolta al metodo kelseniano da Hermann Heller, che, riecheggiando le proprie fondamentali scelte metodologiche, poteva infatti ricondurre la fallacia della kelseniana contrapposizione tra essere e dover essere alla radicale “falsità” della concezione della “unità del sistema giuridico come totalità logica”¹²²: in particolare – sostiene Heller – “la ‘tensione’ tra essere e dover essere non può mai venire risolta in modo unilaterale, né dal versante normativo, né da quello della realtà sociale”¹²³.

Una simile affermazione, come evidente, affonda le proprie radici in un modello metodologico ben diverso, che, articolando il metodo della dottrina dello Stato secondo i canoni di una “scienza della realtà”¹²⁴, riconosce e accetta la

¹²² HELLER, *La sovranità* (1927), in ID. *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, pp. 67 ss., p. 158.

¹²³ Cfr. HELLER, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, ESI, 1988, pp. 286-287: “il logicismo normativo sostenuto da Kelsen e dalla sua scuola contrappone però, scindendoli radicalmente, il dover essere giuridico all'essere sociale, interpretando dunque in modo errato il dover essere, come scisso da ogni disposizione e inquadramento concreti e accentuando in modo unilaterale la normatività, dimenticando così che tutto il dover essere sociale resta sempre riferito ad un volere umano e che le norme sociali non costituiscono asserzioni teoriche, ma prescrizioni della volontà umana [...] Dover essere ed essere sono certamente opposti che non possono venire ricondotti né l'uno all'altro, né ad una radice logica comune e tuttavia, nel concetto dell'ordinamento sociale normativo, devono venire pensati come uniti”. Una critica analoga, come accennato, si ritrova in CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., pp. 320-321, il quale, dopo aver sottolineato l'unilateralismo delle concezioni kelseniane, osserva: “che l'intera esperienza giuridica, l'intero mondo del diritto, che tiene incluso in sé norme sanzioni e ordinamenti, sia unità vivente, che non è possibile scinderne senza distruggerne la autentica e precisa realtà; che la norma è norma perché ha un quel contenuto, e quel contenuto è tale soltanto perché è arrivato a porsi come norma, questo in quest'opera non è sospettato nemmeno”; ma cfr. ancora p. 324, in cui l'assonanza con i richiamati passi di Heller è ancor più marcata, laddove Capograssi, affrontando il problema della riconduzione dell'unità dell'oggetto della conoscenza alla sua riduzione ad un ambito parziale della realtà, torna a sostenere che lo “scioglimento” dei problemi sorgenti dalla complessità dell'esperienza giuridica attraverso il loro appiattimento esclusivo sulla dimensione normativa non esclude quei problemi, ma li rinvia “a quando, partendo dalle vera e intera realtà del diritto” essi “si troveranno vivi aperti urgenti come veramente sono”, giacché essi “nascono proprio dall'unità inscindibile di forma e contenuto, di ordinamento e di esperienza che costituisce appunto il diritto [...] ora, qui assumendo quell'ipotesi di lavoro di risolvere tutto intermini di normatività, che cosa abbiamo fatto? Abbiamo appunto separato tutto quello che è unito: la forma dal contenuto, l'ordinamento dall'esperienza e abbiamo supposto che alcuni pezzi così ottenuti fossero il diritto [...] può essere un metodo utile, ma è necessaria la *coscienza attiva e continua* che abbiamo lavorato sopra una ipotesi che escludeva appunto quei problemi, e che quindi il lavoro non è finito, e che anzi continua più che mai, perché c'è da risolvere proprio quei problemi che con quelle ipotesi abbiamo accantonato”.

¹²⁴ Il cui vasto orizzonte scientifico – che spazia da evidenti suggestioni hegeliane, ai contatti con Scheler, fino a prefigurare esiti propri delle teorie ermeneutiche – è ben ricostruito dal POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit.

complessità e le differenze¹²⁵, studiando la possibilità di articolarne la ricomposizione attraverso la serena coscienza della necessità del decidere, dell'impossibilità della sua neutralizzazione e, di conseguenza, dell'urgenza di affrontare il problema della decisione come compito, come oggetto della specifica responsabilità umana¹²⁶: “non dunque un sistema che per conservare la propria unità si separa dalle differenze” è il compito specifico della dottrina dello Stato, “ma uno in cui l'unità sia il rispecchiamento della molteplicità che lo tiene”¹²⁷.

L'unità del punto di vista della conoscenza non può dunque essere costruito a partire dalla scissione – che percorre, come si è cercato di mostrare, tutta la riflessione kelseniana – tra soggetto ed oggetto della conoscenza¹²⁸, ma solo se è ben chiara la consapevolezza che “la conoscenza si basa su un'originaria unità e implica una separazione e una riunione del soggetto e dell'oggetto”¹²⁹, perché è

¹²⁵ In netto contrasto con gli orientamenti delle dottrine contemporanee, la cui crisi, sostiene Heller, va vista come riflesso della “crisi complessiva che investe la realtà storico spirituale” legata ad un individualismo dogmatico che “nel migliore dei casi considera reali soltanto i singoli uomini”. Il punto di partenza della “metafisica razionalistica della nostra giurisprudenza” – afferma ancora – “è l'opposizione assoluta tra natura e spirito, volontà e norma: un idealismo che, avendo scomposto in modo professorale la realtà, la ritiene divisa per sempre in scomparti, giacché, dopo l'analisi e l'antitesi, non trova più il modo di giungere alla sintesi”. La differenza, le opposizioni, sono fondamentali nella comprensione della realtà statale solo se ove si tenga a mente che esse risultano dalla partizione dialettica di un'unità che è tale nella realtà: “solo nella polarità dell'opposizione viene prodotta quella tensione che l'esperienza religiosa vive come inquietudine che conduce a Dio. *Gratia naturam non tollit sed perficit*” (quest'ultimo e gli altri passi citati sono tratti da *La sovranità*, cit., pp. 142-144).

¹²⁶ Vedi ad esempio, sul problema della decisione e sul rapporto tra decisione, responsabilità personale e storia, le pagine iniziali di HELLER, *Sulla problematica attuale della dottrina dello Stato e del diritto* (1929), in ID., *La sovranità e altri scritti*, cit., pp. 359 ss..

¹²⁷ POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 105.

¹²⁸ HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., 53-54: “Forse ogni teorico dello Stato ricerca a suo piacimento [...]? O, piuttosto, il nostro interrogare si sviluppa dall'oggettiva problematicità della realtà statale che ci circonda, cosicché è questa vita statale stessa che ci interroga [...]? Prendiamo decisamente posizione contro la concezione che sostiene l'origine anarchico-soggettivistica della ricerca” poiché, alla sua base vi è “un'idea sbagliata del rapporto tra pensare e volere, tra soggetto e oggetto della conoscenza [...] la vita statale comprende sempre in sé chi la interroga”. Come è stato ben messo in luce da Pomarici, in Heller “gli atti conoscitivi [nell'ambito della dottrina dello Stato] non sono mai atti ‘puri’, ma implicano sempre una compromissione del soggetto nella *Setzung*: il monismo metodologico – il controllo assoluto dell'oggetto – è possibile soltanto nella separazione dell'individuo dalla situazione conoscitiva, in una astrazione completa dell'oggetto” (*Oltre il positivismo...*, cit., pp. 84-85). In Heller, pertanto, appare decisiva “la relazione che nella costituzione dell'esperienza sociale – *impossibile aprioristicamente* – si crea tra soggetto e oggetto” (ivi, p. 204) ma soprattutto p. 223: “nell'impossibilità di porre soggetto e oggetto su due piani diversi, nella costruzione dell'oggettività tramite la mediazione intersoggettiva la realtà si pone come *relazione*”.

¹²⁹ TILLICH, *La mia ricerca degli assoluti*, Roma, Ubaldini Editore, 1968, p. 46, che significativamente prosegue: “Sotto questo aspetto, la conoscenza è simile all'amore, come ben sapevano gli ultimi pensatori greci. La parola greca *gnosis*, ‘conoscenza’, aveva tre significati: amore sessuale, conoscenza delle essenze, unione mistica col divino. Conoscenza e amore sono

sulla base di questa riunione che può essere costruita la dottrina dello Stato come scienza della realtà: come afferma, con estrema lucidità, lo stesso Heller, “nell’atteggiamento conoscitivo della scienza della realtà è assente tanto la separazione dell’elemento conoscente dall’elemento analizzato, quanto la contrapposizione di un oggetto scisso dal soggetto. La formazione sociale da conoscere siamo noi stessi”¹³⁰. “Qui”, prosegue Heller, “non esiste teoria pura”¹³¹, ma siamo coinvolti con la nostra responsabilità¹³². Non si può perdere di vista, infatti, che il metodo helleriano non fonda, né potrebbe, una scienza della realtà in senso statico-descrittivo: nell’atto del conoscere, il dato oggettivo della conoscenza diviene compito, la *Gegebenheit* si fa *Aufgegebenheit*¹³³ e la *comprensione* del senso è al tempo stesso *realizzazione* del senso specifico della costruzione la cui complessità ci interroga¹³⁴. Proprio perché l’unità del reale si presenta come “unità di senso e atto”, in quanto “vita attraversata dallo spirito”, la

forme di unione dei separati che si appartengono e vogliono riunirsi. In entrambi i casi abbiamo unità originaria, separazione necessaria, riunione possibile. Ciò mostra l’ambiguità della struttura soggetto-oggetto della mente umana, qualcosa che tutti abbiamo e conosciamo e sperimentiamo quasi ogni momento. Una struttura che renda possibile a me come soggetto guardare te e perfino me stesso come oggetto è necessaria per avere la verità come realtà concreta. È necessaria per l’esistenza stessa della verità. D’altra parte, è problematica, perché tutte le volte che cogliamo la verità, in un certo senso superiamo questa frattura tra soggetto e oggetto. Così, l’interrogativo se sia possibile trovare l’assoluto nella conoscenza s’identifica con l’interrogativo: Come viene superata nell’atto della conoscenza l’inevitabile frattura tra soggetto ed oggetto?”

¹³⁰ HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 85.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Ne deriva che deve essere escluso qualsiasi tentativo metodologico che, attraverso il riferimento alle scienze matematiche, miri ad una neutralizzazione della decisione, comportando così un’inaccettabile deresponsabilizzazione: così, nel saggio *Sulla problematica attuale della dottrina dello Stato e del diritto*, cit., Heller afferma significativamente che “si rifiuta di capire, o forse non si vuole nemmeno ammettere, che proprio con questa richiesta di oggettività logico-matematica, vengono sminuite la dignità ed il valore delle scienze dello spirito, il cui tipo di pensiero deve essere sempre anche un atto creativo, una decisione soggettiva” (p. 359).

¹³³ Sul punto, cfr. POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 95, nota 134: “l’oggetto delle scienze della realtà, per Heller, nel suo darsi non è dunque soltanto patrimonio immutabile di dati, ma *Gabe* che si offre all’osservatore. Esso è anche e soprattutto *Aufgabe*, compito per il soggetto che lo pone e al quale è perciò stesso affidato”: proprio con questa accettazione dell’ “ordine irrazionale” della vita, e delle sue inevitabili ripercussioni sul piano dell’esperienza giuridica, proprio in questo compito di imprimere razionalità attraverso l’intervento del soggetto sull’oggetto della conoscenza (CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., pp. 342-344) – e non solo attraverso una mera riorganizzazione razionale e descrittiva del dato oggettivo - risiede la risposta più profonda a quel Kelsen che erige la dottrina pura del diritto, sulla scia dell’evoluzione a lui contemporanea delle scienze sociali, quale baluardo di fronte all’emersione di elementi irrazionali nella vita e nella società, escludendoli dall’osservazione (v. ancora, su punto, BOBBIO, *Struttura e funzione...*, cit.).

¹³⁴ E così Heller afferma, proprio in sede di critica a Kelsen che “la realtà statale in quanto evento umano il cui soggetto-oggetto siamo noi stessi, rinvia tramite il suo contenuto di volontà oltre se stesso, verso il futuro”. Di conseguenza, “chi fornisce una descrizione della realtà statale *deve* tenere presenti le comunità di valore e di volontà che realizzano lo Stato e [...] pronunciarsi sul futuro dello Stato stesso” (*Dottrina dello Stato*, cit., pp. 97-99, corsivo mio).

dottrina dello Stato come scienza della realtà non può rinunciare all'interpretazione e alla realizzazione del senso¹³⁵.

Lungo questo percorso, l'unità si rivela, cioè, come oggetto di una decisione responsabile, di una *presa-di-posizione* storica e concreta che risolve la confusione tra validità logica e normativa, fra "l'unità logica" del sistema e quella "concretamente sociale", "*fra lo scrittoio e la vita*"¹³⁶ in una ricerca/creazione del senso: "lo Stato" afferma ancora Heller "non è formazione di senso, ma *ha* un senso" e questo senso deve essere continuamente esperito da chi intenda conoscere lo Stato come momento di partecipazione reale¹³⁷.

Non si tratta più pertanto, come in Kelsen, di una totalità logica, vivente in un "un universo di forme pure, all'interno del quale non rimane nessun residuo mondano da trascinare con pena"¹³⁸, bensì di una unità "di tipo teleologico, storico-sociologico, e riposa sull'unità di una volontà sovrana che afferma dei valori"¹³⁹. La torsione in senso decisionista è solo apparente: essa d'altro canto, avrebbe finito per contraddire la stessa critica degli esiti delle ricostruzioni schmittiane, da Heller declinata nel senso di una ulteriore dimostrazione della tendenze (inconsapevolmente metafisiche¹⁴⁰) della Dottrina dello Stato a lui contemporanea a comprendere la realtà sulla base di una elevazione del relativo/parziale ad assoluto/totale¹⁴¹. Vale sottolineare, peraltro, che la costruzione del concetto di decisione appare uno dei profili più controversi dell'opera helleriana¹⁴²: sembra tuttavia di poter privilegiare, ai fini che qui interessano, la posizione che traspare dalla concezione dell'unità di decisione sovrana sul territorio come

¹³⁵ Cfr. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit. p. 81.

¹³⁶ HELLER, *La sovranità*, cit. p. 166.

¹³⁷ Entrando, come può affermarsi con Capograssi, "senza pregiudizi e dottrinarismi, che impongono esclusioni e tagli nella vita e nel concreto, accogliendo quello che vita e concreto offrono" (*Impressioni...*, cit., p. 341).

¹³⁸ HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato* (1926), in ID. *La sovranità...*, cit., p. 44.

¹³⁹ HELLER, *La sovranità*, cit., p. 158. Viene così sancito l'errore della "giurisprudenza astratta, per la quale il senso dell'armonizzazione storico giuridica di norme non si trova più nell'ordinamento dei rapporti storico-sociali, ma diventa un fine del tutto a sé stante". Come sintetizza efficacemente POMARICI, *op. cit.*, 135-136: "il *prius* non è mai logico ma teleo-logico, storico – sociologico: la perfezione del sistema, la sua *Lückenlosigkeit* è dunque processo, scopo in cui interviene la volontà. La chiusura del sistema non può essere affidata ad una norma soltanto e la razionalizzazione, nel suo risultato, non può dunque considerarsi definitiva".

¹⁴⁰ Cfr. HELLER, *Sulla problematica attuale...*, cit., p. 374.

¹⁴¹ Cfr. a questo proposito, HELLER, *Dottrina dello Stato*, pp. 23 ss, p. 31.

¹⁴² Cfr. sul punto, le belle pagine di POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., pp. 242 ss.

“composizione dialettica della molteplicità umana degli atti sociali che vengono compiuti su un territorio”¹⁴³.

Questa ricostruzione dell’unità come articolazione dialettica di differenze ispira, come si è visto, la critica dell’intero sistema kelseniano, a partire dalle stesse premesse metodologiche. In particolare, ai nostri fini, può risultare proficua, come si vedrà, una trasposizione dell’opzione metodologica fondamentale di Heller dal piano della dottrina dello Stato al livello della scienza giuridica. Quello dei rapporti tra *Staatslehre* e scienza giuridica dogmatica nei percorsi della riflessione helleriana è peraltro una questione assai delicata, condizionata in parte dalla stessa articolazione della critica a Kelsen, specie per ciò che riguarda il profilo della sovrapposizione di Stato e diritto, inaccettabile per lo *Staatslehrer*. Non sembra tuttavia che la distinzione tra metodo della dottrina dello Stato e della scienza dogmatica del diritto¹⁴⁴ possa essere assolutizzato, deponendo in questo senso la lettura di tutta la parte conclusiva della *Staatslehre*, nella quale – ad esempio - i rapporti tra Stato e diritto vengono articolati secondo canoni in parte inediti, e in cui assume rilievo centrale la costruzione del modello di legittimazione del diritto a partire da quegli stessi principi giuridici etici, essenziali nella ricostruzione della decisione fondamentale che è alla base del modello di legittimazione dello Stato. Se è vero infatti che “Heller precisa che per una dottrina dello Stato che voglia porsi come scienza della realtà il senso esiste ma, a differenza della scienza giuridica che lo risolve in una connessione di senso, essa lo mantiene aperto alla connessione reale”¹⁴⁵, è altrettanto possibile sottolineare che ad una scienza giuridica che accolga, senza per questo snaturarsi, l’opzione metodologica helleriana - nella quale cioè il metodo dogmatico si apra alla realtà – l’apertura alla connessione reale di senso è possibile¹⁴⁶.

¹⁴³ HELLER, *La sovranità*, cit., p. 174. Privilegiamo in altre parole, gli elementi di continuità tra il saggio sulla sovranità del 1926 (nel quale può leggersi, ancora, che “la sovranità dello Stato trae tuttavia la sua pienezza di vita dalla gran quantità di atti personali che la costituiscono”, ivi, 171) e la *Dottrina dello Stato*, in cui il problema della decisione viene articolato attorno al problema della legittimazione etica dello Stato e del diritto.

¹⁴⁴ Su cui vedi, ad esempio, POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., pp. 205 ss.

¹⁴⁵ Ivi, p. 207.

¹⁴⁶ In quest’ottica può leggersi lo stesso fenomeno dell’applicazione giudiziale del diritto. Nella formazione della giurisprudenza, la connessione di senso fissata dalla norma da applicare è inevitabilmente aperta alla connessione reale degli interessi in gioco (cfr. anche la concretezza del giudizio incidentale di costituzionalità): in questo senso può essere letta, ad esempio, e con esiti particolarmente suggestivi, la teoria dell’azione di Salvatore Satta (SATTA, *Diritto processuale*

La possibilità di simile apertura è dimostrata dallo stesso andamento della critica helleriana a Kelsen: particolarmente significativo, in questo senso, il riconoscimento del valore del metodo della dottrina pura per il limitato aspetto della sua funzionalità – non colta, precisa Heller, dal suo stesso fondatore – rispetto alla formazione delle “capacità critiche del giurista”, nella misura in cui essa lo rende “consapevole di come e quando debba riflettere su dati di fatto storici e quando debba emettere giudizi di valore”¹⁴⁷. La figura del giurista deve aprirsi, in altre parole, alla connessione reale di senso, perché egli ha un ruolo privilegiato nella conoscenza della realtà statale: come afferma ancora Heller, “il giurista contribuisce alla creazione dell’unità e della coerenza del sistema giuridico non come puro logico delle norme, ma solo nella misura in cui partecipa, con l’attività creatrice della sua volontà che afferma valori, alla volontà di unità cui concorrono tutti gli altri abitanti del territorio”. Dalla prospettiva di una trasposizione sul piano giuridico dell’approccio metodologico della scienza della realtà risulta così un significativo arricchimento della posizione dell’interprete¹⁴⁸.

civile, a cura di C. PUNZI, Padova, CEDAM, 2000, pp. 126 ss.), fondata sull’unità reale di diritto soggettivo e azione, e aperta alle dinamiche reali degli interessi.

¹⁴⁷ HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 43.

¹⁴⁸ HELLER, *La sovranità*, cit. 161. Afferma ancora CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., p. 353: “Conoscere è proprio il cogliere l’unità vivente nella quale i valori, se si vuole, gli interessi o i fini costitutivi della vita sono riusciti a realizzarsi nel concreto come principi di azione e realtà, a crearsi un mondo concreto nel quale sono divenuti realtà”; per fare ciò, egli indica la doppia esigenza di “non mutilare l’oggetto, cioè l’esperienza, riconducendola tutta al cosiddetto valore, alla cosiddetta forma o alla cosiddetta forza e così via” e di “vedere l’oggetto nella sua integralità vivente, nella sua natura, cioè vichianamente nel modo di nascere perenne e quotidiano del diritto come vita e come esperienza [...] la possibilità di questa conoscenza è proprio nella comune conoscenza umana di colui che osserva e conosce e di colui che opera nella realtà che è osservata e conosciuta [...] in quanto chi osserva partecipa della stessa vita, degli stessi principi, delle stesse esigenze di chi opera, è il segreto per cui chi osserva riesce a rendersi conto di quello che fa colui che opera [...] la grande verità vichiana che il mondo storico lo conosciamo perché lo facciamo [...] significa proprio questo”. Muovendo dal monito di Vico di “non mettersi fuori dall’umanità” (ivi, p. 354), Capograssi può ribadire la necessità per l’osservatore di mantenere la coscienza di partecipare alla vita del dato di esperienza osservato; ne consegue che “il giurista è non il tecnico che fa uno sforzo di costruzione puramente formale, per raggiungere una coerenza puramente formale, ma l’uomo, proprio l’uomo, nell’alto senso della parola, che cerca di cogliere il diritto nella profonda vita delle sue determinazioni positive e nelle profonde e immutabili connessioni con i principi e le esigenze costitutive della vita e della coscienza. Qui il giurista è proprio collaboratore della vita, il collaboratore indispensabile del segreto processo attraverso il quale la vita concreta si trasforma in esperienza giuridica, e l’umanità del mondo e della storia viene perennemente difesa contro la barbarie sempre presente e sempre immanente della forza” (ivi, p. 356). Significative assonanze con questa posizione si ritrovano in MORO, *Lo Stato il diritto*, lezioni di filosofia del diritto dell’a.a. 1943-1944, ora raccolte nel volume edito a Bari da Cacucci, 2006.

Il metodo della scienza giuridica non rimane insomma immune dalle suggestioni derivanti da un approccio *Kulturwissenschaftlich* di scienza della realtà, perché il giurista è parte, proprio come il teorico dello Stato, della realtà statale che lo interroga e l'oggetto della sua conoscenza – il diritto – si pone in un legame di stretta interconnessione con lo Stato: anche in campo giuridico, e al sommo grado nell'ambito dell'interpretazione costituzionale sembra riproporsi, pertanto, la suggestiva trasformazione del dato della conoscenza da *Gabe in Aufgabe*¹⁴⁹.

In ogni caso, l'accoglimento dell'opzione metodologica helleriana nel campo della scienza giuridica non sembra snaturare la legalità specifica della conoscenza giuridica riconducendola, anzi, alla realtà del proprio oggetto e non implica la criticata sovrapposizione tra Stato e diritto. Essa determina piuttosto un'apertura del metodo dogmatico alla realtà¹⁵⁰, la cui necessità si renderà evidente proprio nel seguito della trattazione. Anche la giurisprudenza, come la dottrina dello Stato (e proprio in quanto ad essa contigua) deve necessariamente rifuggire un "concetto matematico di scienza" e orientarsi alla comprensione dell'unità come articolazione dialettica¹⁵¹.

4.2 Riflessi sulla declinazione formale della relazione di validità.

La critica dell'unilateralità della ricostruzione kelseniana dell'unità, fondata, come si è detto, sull'assolutezza della separazione tra essere e dover essere, tra fatto e

A proposito della proiezione del ruolo dell'interprete nell'ambito della strutturazione di un sistema di relazioni tra ordinamenti giuridici, vedi *amplius, infra*, cap. III, par. 3.

¹⁴⁹ Come sintetizza lucidamente Pomarici, sulla base di un passo di Konrad Hesse nel quale ritiene di scorgere significative influenze helleriane, "il carattere di totalità dell'oggetto giuridico emerge nell'intreccio tra il carattere di datità (*Gegebenheit*) e il suo carattere di progettualità, di valore (*Aufgegebenheit*): l'eticità della norma costituzionale sta in questa proiezione, nel suo carattere di compito" (*Oltre il positivismo...*, cit., p. 262).

¹⁵⁰ Che, in conseguenza, non verrebbe più temuta come sede di "forze oscure" in grado di pregiudicare la tenuta dei concetti (così PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, (1919-1920, poi 1938 e 1953), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1958, I, pp. 3 ss., p. 26) ma come referente contestuale in grado di inverare il "nesso di realtà e validità" (HELLER, *La sovranità*, cit. 146-147) che è proprio della scienza giuridica. In altre parole (POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 134) "il metodo giuridico non separa lo Stato dalla realtà del diritto in una configurazione astratta, ma piuttosto, costituisce il suo riconoscimento razionale all'interno dell'identità storica, riconciliazione dell'individuale nella razionalità della totalità e del suo svolgimento...in tal senso la formulazione dei concetti giuridici non inizia da un «nulla», è trasformazione di una tradizione, di una consuetudine, proseguimento e complicazione di un processo iniziato altrove e già in parte compiuto".

¹⁵¹ HELLER, *La sovranità*, cit., pp. 146-147; POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 202.

norma, tra storia e diritto si rifrange innanzitutto sulla ricostruzione in termini esclusivamente formali delle dinamiche di produzione giuridica. L'irrelevanza del fattuale nella ricostruzione dei processi di produzione normativa ne determina una concezione del tutto unilaterale, che perde di vista l'infrangersi della storia sulla vita del diritto: le molte aporie rilevate nell'analisi del problema della parametricità dei trattati, rispecchiando i limiti della stessa concezione kelseniana dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno – che corrispondono, come meglio vedremo, ad altrettante insufficienze rilevabili nell'analisi dell'evoluzione storico-positiva del modello - derivano dai limiti insiti nelle premesse metodologiche.

La considerazione del fatto normativo non può pertanto limitarsi a privilegiare gli aspetti formali della relazione tra norme, ma deve necessariamente spingersi a considerare le modalità concrete, e le ragioni, secondo cui dal fatto nasce il diritto¹⁵². In quest'ottica, l'analisi dei procedimenti di produzione normativa rivela esiti di inedita ricchezza, anche e soprattutto ai fini della comprensione, e della concreta risoluzione, delle questioni che si pongono sul piano strettamente operativo.

Si richiede, in altre parole, una comprensione più profonda degli atti e dei fatti normativi, rivedendo la relazione tra questi e le norme sulla produzione giuridica e superando, pertanto, il punto di vista esclusivamente normativistico¹⁵³: esse, se

¹⁵² Cfr. PIERANDREI, *La Costituzione e il potere costituente* (1946), in ID. *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 5 ss., p. 8: "Occorre vedere come è perché dal fatto nasce il diritto".

¹⁵³ Cfr. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in ID. *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 283 ss., p. 300, laddove, nel quadro della più generale riflessione sui problemi di comprensione del fenomeno consuetudinario, si interroga sulla "più generale incomprendimento del fenomeno della creazione del diritto in generale, e cioè la tesi che atti e comportamenti normativi, in genere, siano meri fatti privi di interiore forza creativa, che riceverebbero dall'esterno (e cioè dalle norme sulla produzione giuridica) efficacia normativa". Per la critica del normativismo, fondamentali le argomentazioni di cui alle pp. 302 ss. La confutazione, in particolare, è condotta sul duplice piano dell'esperienza e della logica: se la prima conduce a riconoscere che "non sempre né necessariamente il diritto sorge secondo precostituite disposizioni sulla creazione del diritto" (p. 302), la seconda, imponendo di attribuire alle norme sulla produzione "una propria e non derivata forza normativa" (p. 303), determina la negazione dello stesso principio – da cui muovono le concezioni normativiste – che "la efficacia normativa degli atti o dei comportamenti produttori del diritto debba trarre origine dalle disposizioni sulla produzione del diritto" (p. 303). Questo secondo ordine di critiche investe, inevitabilmente, la teoria della norma fondamentale (pp. 303-304): di essa, tuttavia, non è analizzato il profilo di trascendente della conoscenza giuridica (funzionale alla realizzazione del postulato di unità) ma la dimensione positiva di fondamento di validità delle altre norme dell'ordinamento. L'unicità della norma fondamentale, in particolare, è ritenuta un artificio, come rivela il dato della

indubbiamente facilitano il riconoscimento delle forme della produzione giuridica¹⁵⁴, non ne condizionano costitutivamente (la validità e) l'efficacia¹⁵⁵, come reso bene evidente, ad esempio, dall'analisi degli stati di crisi degli ordinamenti, nei quali “la funzione di rendere certa la sussistenza di una regola giuridica, che di solito spetta alle disposizioni sulla produzione del diritto, può essere svolta soltanto dalla consuetudine”¹⁵⁶ che, in questo senso, è consuetudine costituzionale¹⁵⁷.

Non si tratta, peraltro, di privilegiare il momento fattuale come esclusiva fonte della validità del diritto – ché simile operazione ricondurrebbe ad una soluzione di carattere unilaterale - ma di riconoscerne la rilevanza centrale, ricostruendo l'unità tra fatto e norma nelle forme di un reciproco riconoscimento, quale unità dialettica reale, secondo il percorso metodologico tracciato dalla richiamata critica

coesistenza in un ordinamento di norme formatesi sotto la vigenza di “norme fondamentali” diverse (pp. 304-305), che non può essere spiegato attraverso il riferimento ad una tacita “remissione” delle norme previgenti ad opera della nuova norma fondamentale: infatti, “il tentativo di superare le difficoltà offerte dalla «durata» di norme prodotte secondo sistemi superati o aboliti, sostenendo che esse siano norme morte resuscitate, è tanto artificioso e aberrante da non meritare confutazione” (p. 305). Resta in ogni caso confermato che postulare l'autofondazione della norma fondamentale corrisponde a negare la validità del presupposto del necessario carattere normativo del fondamento di validità delle norme: ammettendo che “in ogni ordinamento per lo meno una norma trae da se stessa (o dall'atto o dagli atti di sua creazione) la propria forza ed efficacia [...] essa esclude (contraddicendosi) la verità dell'affermazione che uomini, atti e comportamenti umani di produzione del diritto non abbiano di per sé (come invece la coscienza comune ritiene) forza creativa e che questa forza debba provenire o essere infusa dall'esterno da disposizioni superiori o anteriori” (p. 305).

¹⁵⁴ Sul riconoscimento delle fonti cfr. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza...*, p. 775.

¹⁵⁵ Cfr. ancora C. ESPOSITO, *La consuetudine*, cit., p. 306, laddove non si vuole sostenere che le norme sulla produzione giuridica “siano prive di significato, ma solo che esse sono «regole sulla produzione del diritto» e non «regole produttive» del diritto, ed inoltre (e corrispondentemente) che gli atti e i comportamenti dai quali traggono nascita le regole sulla produzione del diritto sono creatori di questa regolamentazione ma non delle disposizioni emesse secondo quelle regole”.

¹⁵⁶ Cfr. *ivi*, p. 308. Bisogna precisare tuttavia che, secondo Esposito (con una profondità di percezione che lascia intravedere possibilità in parte inedite di ripensare il rapporto del Maestro con la tradizione del positivismo giuridico dogmatico) la consuetudine non ha, in questo senso, funzione legittimante delle instaurazioni in fatto di nuovi ordinamenti, ma al più di “prova” della naturale attitudine normativa degli atti e dei comportamenti posti in essere con quello specifico fine (cfr. p. 309, nota 50, nonché p. 310). Simile affermazione si può spiegare richiamando, da un lato, la stessa intima connessione, e la tensione, che percorre tutto il lavoro espositivo sulla consuetudine, tra origine spirituale ed obiettività dei processi di produzione normativa: la stessa consuetudine, infatti, “svela, assai più del diritto scritto il mistero della nascita delle disposizioni di diritto obiettivo [...] Qui si assiste al progressivo obiettivarsi, spersonalizzarsi e generalizzarsi della ragione del compimento dei singoli negozi ed atti, alla graduale elevazione delle coscienti finalità subiettive del compimento degli atti, a principi degli atti in generale, di una determinata specie, ed alla trasformazione delle rispettive volizioni socialmente rilevanti, determinate ciascuna singolarmente da coscienti fini pratici, in norma generale ed obiettiva degli atti stessi” (p. 298).

¹⁵⁷ Per la duplice accezione del termine consuetudine costituzionale, ed in particolare sulla seconda accezione (consuetudine come fonte di integrazione del diritto costituzionale) v. 323 ss.

helleriana del metodo della dottrina pura¹⁵⁸: la scissione di essere e dover essere, propria del “logicismo normativo”, impedisce di ricostituire detta unità reale, nel momento in cui nega rilevanza all’elemento storico – sociale, nel suo legame insopprimibile con il fatto umano¹⁵⁹.

Com’è stato affermato, “non è possibile, immaginando una norma puramente trascendentale e razionale, separare la realtà dell’esperienza giuridica dalla «categoria» che le corrisponde”¹⁶⁰, e la mediazione tra esperienza giuridica e

¹⁵⁸ Cfr. ad esempio HELLER, *Sulla problematica attuale...*, cit., p. 378: “forma e contenuto, essere e dover essere non vengono riconosciuti come i due aspetti di una medesima ed unica realtà, e quest’ultima come un’unità che si dualizza dialetticamente, ma vengono ipostatizzati in una dualità ontologica”. Come è stato ben affermato, in definitiva, “la norma come oggetto teorico, la Soll-Norm, ha dunque un punto di contatto con la realtà che va oltre la semplice «conditio sine qua non»: la norma interagisce con la realtà e questa non ne costituisce la semplice base amorfa” (POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 73).

¹⁵⁹ Cfr. HELLER, *Dottrina dello Stato*, cit., pp. 286-287: sul profilo del rapporto tra diritto e storia in Kelsen, cfr. ancora CAPOGRASSI, *Impressioni...*, cit., pp. 358-359, secondo cui la riduzione formalistica del diritto determina – con la sua riduzione a tecnica – una vera e propria sparizione, con l’elemento sostanziale, della storia stessa “perché sparendo i grandi principi della vita, sparendo la ragione diretta che regge la concreta azione umana e che ha per oggetto questi principi, i quali danno lo slancio e la direzione unitaria allo sforzo umano, e fanno la razionalità profonda e interna per cui quello sforzo diventa storia, la storia non è più che il museo o magazzino, in cui sono esposte, nella loro bizzarra varietà, ideologie interessi e tecniche, a disposizione della cosiddetta scienza, che senza mai stancarsi ne forma l’interminabile ed inutile catalogo [...] il mondo del diritto qui disegnato è un mondo spettrale nel quale né la vita né la storia sono più possibili”.

¹⁶⁰ Cfr. PIERANDREI, *Saggio sulla teoria della Costituzione* (1951), in ID. *Scritti...*, cit., pp. 29 ss., p. 54, proprio in sede di critica del metodo della *Reine Rechtslehre*, sviluppata a partire dalle suggestioni che gli provengono dal neokantismo italiano (cfr. i riferimenti a Del Vecchio, pp. 48-49), attraverso la mediazione del pensiero di Chiarelli (pp. 47 ss.): se peraltro è riconosciuta, in aperta opposizione con la costruzione perassiana del metodo dommatico, l’imprescindibilità del confronto del giurista con il problema del fondamento (la cui esistenza non può essere solo postulata, ma deve essere conosciuta facendo uso degli strumenti metodologici del giurista, cfr. pp. 46-47), il riferimento agli orizzonti neokantiani e alla declinazione in senso logico di tali strumenti di conoscenza (cfr. il riferimento alla categoria in universale del diritto, pp. 48-49) non esaurisce i percorsi della riflessioni di Pierandrei che restano sostanzialmente aperti, da un lato all’esperienza e, d’altro canto, alla dimensione storico sociale del riconoscimento della giuridicità (essenziale, da questo punto di vista, l’approccio di P. alle posizioni istituzionistiche, pp. 54 ss., su cui v. *amplius*, *infra*, cap. III, parr. 2 e 3): “in tanto un evento giuridico si attua [...] in quanto il riferimento alla categoria in universale del diritto venga compiuto in aderenza alle istanze fondamentali che si siano affermate nell’ambito della collettività”. Specie in relazione all’indagine sulla costituzione, la categoria non può essere disgiunta dall’esperienza giuridica, animata però dall’*opinio juris ac necessatis*, da quell’idea giuridica fondamentale che “riferisce alla «categoria» logica e universale del diritto quei valori di vita comune che risultino prevalentemente accolti, in una certa epoca, dai consociati”. Proprio il legame tra esperienza giuridica, *opinio*, categoria logica in universale e valori della convivenza lascia trasparire l’influenza in P. delle suggestioni derivanti dalla tradizione giusnaturalistica. E tuttavia, pur supponendo “un ordine di regole di vita superiore a quello del sistema o dei sistemi positivi – ordine che si afferma, per l’appunto, attraverso la giustizia”, tale ordine superiore non si impone per forza di ragione, come l’*ordre naturel* degli antichi, ma per esperienza spirituale: infatti, “ai positivisti, il quali obiettono come l’esperienza non dimostri che, al di sopra del diritto storicamente attuato, esista un diritto naturale, si risponde che l’esperienza non è l’unico strumento conoscitivo o che non è esatto ritenere non esservi altra

categorie logico-concettuali in cui essa viene ad essere ordinata – anche a fini conoscitivi – non può che realizzarsi sul piano personale.

D'altro canto, la coscienza del sistema delle fonti come oggetto di conoscenza “situato” in un ben preciso contesto storico – politico, del quale riprodurrebbe, sul piano della produzione giuridica, equilibri e intimi assetti di potere, non è *topos* assente dalle ricostruzioni teorico-generalì in materia di fonti¹⁶¹ e si è tradotto sovente nella consapevolezza del fatto che la stessa gerarchia per forza formale si fonda sul dato che nella forma tipica dell'atto “si riassumerebbero, rendendosi per così dire esteriormente riconoscibili, i soggetti da cui promana, la funzione a questi attribuita e relativi modi, pure prestabiliti, di formazione e manifestazione”¹⁶². L'errore, se così si può dire, del normativismo formalistico di Kelsen - condizionato dalla premessa metodologica della separazione tra essere e dover essere come unica possibilità di realizzazione dell'unità del punto di vista della conoscenza - è stato quello di credere che “rapporti di potere sociologicamente individualizzati” potessero essere reinterpretati come “rapporti di dipendenza logica”¹⁶³: come si è più volte notato, infatti, nelle stesse riflessioni kelseniane non manca il riferimento agli spostamenti di potere nella descrizione dell'aggravamento delle forme di produzione del diritto salendo lungo la scala

forma di esperienza se non quella empirica; se il diritto risponde per sua essenza ad una categoria logica, nulla può vietare di pensare che esso si realizzi oltre che sul piano storico, anche in una sfera superiore, come il sistema dei principi fondamentali relativi al modo d'essere dell'uomo come tale, che quest'ultimo sente nell'intima vocazione della sua coscienza” (p. 71). Il rischio dell'astrazione dalla storia, dell'immutabilità delle premesse è superato dalla mediazione soggettiva, che, immergendo il fatto spirituale nella continuità della storia, rivela attenzione al soggetto: le esigenze della giustizia, che nascono dal fatto della relazione intersoggettiva, non sono immutabili, i “valori determinativi” del “processo vitale del fenomeno giuridico” assumono “sempre nuove specificazioni nella dialettica della storia”. Vale sottolineare, peraltro, come il referente metodologico espresso sia quello che mira al superamento di “ogni dualismo e ogni antinomia fra dati puramente ideali e realtà empirica”, saldamente radicato nelle posizioni di quanti “insistono sul punto che il diritto è un prodotto di «civiltà» o di «cultura» e come tale esprime il modo di atteggiarsi di un popolo, a seconda del grado di maturità raggiunta” (p. 72).

¹⁶¹ Cfr. oltre a MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998, pp. 130 ss., i lavori di Pizzorusso, nonché BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, cit..

¹⁶² CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza...*, cit., p. 779.

¹⁶³ HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato* (1926) in ID. *La sovranità e altri scritti*, cit, pp. 31 ss., p. 51. Ne deriva che l'oggetto della conoscenza giuridica e qui, paradigmaticamente, il sistema delle fonti, diviene – come si afferma in un passo già richiamato “un universo di forme pure, all'interno del quale non rimane nessun residuo mondano da trascinare con pena” (ivi, 44).

gerarchica, ma degli stessi viene costantemente predicata l'irrelevanza a fini conoscitivi¹⁶⁴.

L'attribuzione di rilevanza al dato storico - politico sottostante alla disciplina formale del procedimento di produzione nell'imputazione dell'effetto normativo al fatto di produzione è peraltro implicitamente derivante – come è stato messo in luce dal Crisafulli – dall'impatto della rigidità costituzionale sulla forza formale di legge, alla quale peraltro, secondo l'Autore, la *Stufentheorie* sarebbe strettamente collegata¹⁶⁵. L'incontro tra legge e Costituzione rigida, in altre parole, non è solo l'incontro tra due atti normativi, la cui relazione è ordinata secondo criteri di gerarchia formale, bensì assurge a snodo fondamentale nei percorsi di rielaborazione del normativismo kelseniano, descrivendo altresì, in certa misura, lo stesso passaggio dal costituzionalismo liberale al costituzionalismo democratico. La fondazione esclusivamente normativistico - formale della relazione di validità risulta così superata dall'ingresso del dato storico - politico nelle dinamiche di produzione: i processi di produzione normativa, che per tale via si aprono alle dinamiche del pluralismo¹⁶⁶, ne risultano profondamente arricchiti, e con essi la stessa nozione di validità che, progressivamente, trascolora nel più comprensivo concetto di legittimità costituzionale. Senza poterci diffondere ulteriormente in considerazioni che ci condurrebbero al di fuori del tema di ricerca, basti aver fissato, in questa sede, un'acquisizione metodologica sicuramente rilevante ai nostri fini, e sulla quale largamente si tornerà, vale a dire l'apertura dei processi di normazione al dato storico - politico e, conseguentemente, la necessità di elevare l'indagine sulla parametricità dei trattati

¹⁶⁴ Tutto al contrario, come è stato affermato sulla scia di suggestioni helleriane “la normatività non è [...] pura forma, figura logicizzata: essa può essere vista come *progetto* segnato dalla storia, determinato dall'agire collettivo e che tuttavia non si risolve in queste necessità. Essa appare inoltre sempre condeterminata...dal materiale che si propone di ordinare: in tal senso l'*ambito normativo* non è mai meta-normativo, la comprensione ermeneutica e l'analisi al servizio della concretizzazione della norma non è mai meta giuridica” (POMARICI, *Oltre il positivismo*, cit., p. 79).

¹⁶⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza...*, p. 785: “l'assolutezza della formula in cui si esprimeva la forza formale di legge viene, allora, opportunamente temperata con la riserva, in apparenza modesta, che la capacità creativa di diritto della legge si arresta soltanto nei confronti delle fonti di ordine costituzionale. Ma è una rettifica, questa, che in realtà ha un valore decisivo sulla teoria delle fonti, rivelandosi suscettibile di dissolvere dall'interno lo stesso sistema gerarchico solitamente ripetuto e insegnato”.

¹⁶⁶ Paradigmaticamente, come già si è accennato nella fondazione crisafulliana del criterio di competenza: cfr. ancora, sul punto, BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit.

da un livello meramente formale – tutto incentrato sulle dinamiche di produzione del diritto – nel senso della costruzione di un concetto attento alle dinamiche storiche di relazione ed integrazione tra ordinamenti, con attenzione rinnovata, pertanto, alle dinamiche di interpretazione e applicazione. Questo dato, che immediatamente dovrà essere integrato sul piano della teoria delle relazioni tra diritto internazionale e diritto interno, costituirà dunque la base di partenza per la ricostruzione della parametricità dei trattati come proiezione delle dinamiche di relazione tra ordinamenti e, soprattutto, come strumento di integrazione materiale tra i medesimi.

4.3 *Incidenza delle critiche sul modello monista*

Prima di concludere il confronto con la prima delle risoluzioni possibili del problema della parametricità dei trattati, bisogna soffermarsi sugli effetti della critica alla costruzione kelseniana dell'unità sulla ricostruzione in senso monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale la cui portata varrà peraltro a sottolineare, ai nostri fini, l'impraticabilità del modello monista – almeno nella sua declinazione normativistico formale.

L'affermata possibilità di comprendere l'unità nella dimensione reale dell'articolazione delle differenti dimensioni che la integrano, cardine della critica helleriana a Kelsen, risveglia, sul piano dello studio delle relazioni tra ordinamenti, la coscienza irrinunciabile della differenza, come presupposto necessario della relazione: perché solo la coscienza delle differenze, sottolineando il carattere molteplice delle identità che concorrono ad animare gli spazi del pluralismo¹⁶⁷, può aprire ad una relazione di tipo progressivamente integrante.

Se l'unità, insomma, non può essere postulato logico, ma deve essere posta, sempre di nuovo, come problema e va perseguita come scopo, è chiaro che non c'è più spazio per una costruzione dogmatica che articoli le relazioni tra *ordinamenti giuridici* nel senso di una distribuzione gerarchica dei processi di produzione del diritto tra *sistemi normativi*, per necessità di deduzione logica dal postulato dell'unità della norma fondamentale, che non fa altro che ripetere il

¹⁶⁷ Cfr. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, specie il cap. I, pp. 1 ss.

postulato dell'unità del punto di vista della conoscenza come riconduzione – che si è visto essere fallace - della comprensione della realtà ad una sua parte.

D'altro canto, se, come si è dimostrato, non è possibile mantenere irrisolta la separazione tra soggetto e oggetto, attraverso la riconduzione della polarità ad uno solo dei suoi estremi, così non è possibile risolvere aprioristicamente il problema del primato dell'uno sull'altro sistema, ma le relazioni tra di essi debbono necessariamente risolversi su altri piani.

Ad una soluzione meccanica del problema del primato deve cioè opporsi una soluzione perseguita nella consapevolezza della complessità e della delicatezza degli equilibri, trasferita dal piano della produzione del diritto a quello della sua interpretazione ed applicazione. In questo senso, come ormai dimostrato dalla ricca letteratura sulla dimensione dialogica del rapporto tra le Corti¹⁶⁸, l'interprete è chiamato a lasciar emergere la complessità in sede applicativa, evitando ogni semplificazione ed interrogando il sistema di relazioni come unità reale da perseguire anche attraverso il ricorso a tecniche argomentative quali, in sede di tutela dei diritti, il bilanciamento, il giudizio di proporzionalità e la stessa comparazione (costituzionale) come criterio interpretativo¹⁶⁹. Le Corti, ed essenzialmente, ai nostri fini, le Corti costituzionali, si vanno progressivamente allontanando dal modello kelseniano (pur con i tratti di complessità a suo tempo segnalati), non potendo più essere riguardate come una sorta di “guardiani” della costruzione gerarchica dell'ordinamento, organizzata attorno ad una Costituzione rigida che, se ha realizzato, anche attraverso l'efficace ordinazione del sistema delle fonti, l'integrazione del pluralismo sociale e politico sul versante interno¹⁷⁰, ha incontrato difficoltà sempre maggiori nell'articolazione, secondo il medesimo metodo, dell'integrazione sul versante esterno. In tale contesto, le Corti sono chiamate a governare i processi di integrazione secondo percorsi che devono prescindere, almeno in parte, dall'ordinazione del sistema delle fonti o che, per meglio dire, devono sforzarsi di trarre dalla complessità delle articolazioni del

¹⁶⁸ V. per tutti PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, saggio introduttivo dell'omonimo volume, curato dallo stesso Panunzio, Napoli, Jovene, 2005, pp. 1 ss., nonché, *amplius, infra*, al cap. III, par. 3.

¹⁶⁹ Sul punto, fondamentali i lavori di HÄBERLE, di cui ricordo, per ora, *Stato costituzionale*, in Enc. Giur., Roma Ist. Encicl. It., Agg. 2000-2001, vol. XXIII (per la parte IV. *Potere costituyente*) e XXX, *ad vocem* (ma cfr. *amplius, infra*, cap. III)

¹⁷⁰ Cfr. ancora, sul punto, BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit..

reale indirizzi utili per una riorganizzazione del sistema delle fonti rispettosa di quella complessità: come vedremo, l'integrazione internazionalistica del parametro di costituzionalità, se riguardata dal punto di vista di modelli teorici aperti alla pluralità degli ordinamenti giuridici provvede, con una significativa assonanza nel segno linguistico, ad aprire, sul piano interpretativo, nuovi percorsi nell'integrazione tra ordinamenti, dati proprio dalla coscienza delle aperture¹⁷¹.

Attraverso simili riferimenti si rende evidente la portata affatto dirompente dell'impatto della storia sul sistema monista, come effetto diretto di una "giurisprudenza pura, o dei concetti", come "forma di logica [...] avulsa dalla considerazione dei fenomeni storici"¹⁷². L'approfondimento, dopo la seconda guerra mondiale, dei vincoli di interdipendenza tra gli Stati¹⁷³, unitamente all'accentuarsi della dimensione istituzionale dell'ordinamento internazionale – particolarmente evidente, come si vedrà, nell'emersione di processi di integrazione che vedono nella dimensione istituzionale delle limitazioni di sovranità il loro tratto distintivo – ha denotato un profondo ripensamento dei caratteri della sovranità statale che ha inciso sull'astrattezza dei modelli di disciplina delle relazioni tra ordinamenti e, per ciò che interessa specificamente per ora, sul modello monista. Ciò ha rivelato profonde assonanze, sembra di poter affermare, proprio con percorsi di ricerca dell'unità come problema implicato dalla coscienza delle articolazioni, delle relazioni, delle aperture¹⁷⁴: se è vero che "la sovranità, per potersi dispiegare, deve imparare ad articolarsi"¹⁷⁵ proprio perché essa "è quel limite che costringe ad un sistema aperto, destinato a restare *in* questa apertura"¹⁷⁶, risulta chiaramente che l'unità come risoluzione in un indistinto irrelato, in quanto postulato logico – ma anche come vedremo la rigida

¹⁷¹ V. *amplius*, *infra*, cap. III.

¹⁷² Così, proprio sul profilo dei rapporti tra costruzioni moniste e dualiste, MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 9, nota 1.

¹⁷³ V. sul punto, CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè 1991, specie il capitolo introduttivo.

¹⁷⁴ Cfr. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico...*, cit., p. 117 che sottolinea come la categoria della sovranità in Heller", diversamente dalla costruzione di un monismo aprioristico, "si pone in modo problematico, come ricerca dell'unità nella sussistenza di un'insopprimibile tendenza alla differenziazione, al mostrarsi delle particolarità".

¹⁷⁵ Ivi, p. 107.

¹⁷⁶ Ivi, p. 138.

separazione propria delle costruzioni classiche del dualismo - non può reggere all'impatto dello sviluppo storico delle relazioni internazionali¹⁷⁷.

La contrapposizione tra monismo e dualismo – si può anticipare in questa sede – non si gioca insomma sulla coerenza logica dell'una o dell'altra concezione¹⁷⁸, ma sulla rispettiva aderenza alla realtà, e dunque alla storia costituzionale: e la realtà (la storia costituzionale) ha mostrato pluralismo istituzionale, molteplicità di norme fondamentali, possibilità di conflitti. Ha prodotto, in altre parole, una fitta trama di relazioni, che chiede di essere compresa, dimostrando che l'unità, lungi dall'essere un dato di logica evidenza, da elevare a presupposto della conoscenza in generale, e della conoscenza giuridica in particolare, è realtà complessa, articolata¹⁷⁹, obiettivo, integrazione in senso dinamico.

L'unità tra diritto interno e diritto internazionale, in altre parole, può e deve essere esperita come *sensu* verso cui *tendono* le relazioni tra *ordinamento* interno e *ordinamento* internazionale. Ciò si afferma, anticipando considerazioni che potranno essere sviluppate solo nel successivo Capitolo III: la critica dell'unità declinata in senso logico ha infatti rivelato la necessità di rispondere, sul piano della costruzione giuridica (al limite: della stessa dogmatica delle fonti), alla complessità del reale ma, prima di procedere oltre lungo questo percorso, è necessario interrogarsi – ispirati certo da simili provvisorie acquisizioni - sulle ragioni della differenza, e sul modo specifico in cui sono state articolate dai principali sostenitori delle tesi *dualiste*.

¹⁷⁷ Così, paradigmaticamente con riferimento al processo di integrazione comunitaria si è potuto ravvisare un "oltrepassamento verso una prospettiva di tipo cooperativo" della tradizionale impostazione delle relazioni tra diritto interno e internazionale secondo l'alternativa monismo/dualismo. (RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri*, in AA. VV., *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, a cura di Panunzio e Sciso, Milano, 2002, pp. 83 ss., p. 88). Non si può peraltro assentire del tutto con chi ha autorevolmente affermato, a proposito degli esiti del monismo kelseniano che si tratti di "una teoria infedele alle sue premesse sistematiche, in grado di descrivere «fenomeni giuridici reali» in misura maggiore di quanto non sospettassero i suoi «realistici» oppositori" (PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 77, ma anche p. 88): come si è cercato di dimostrare, la critica delle premesse metodologiche kelseniane, pur nella consapevolezza – come si è visto - della parziale divaricazione degli esiti operativi, investe inevitabilmente lo stesso profilo dell'applicabilità del modello agli sviluppi storici degli assetti delle relazioni tra ordinamenti.

¹⁷⁸ KELSEN, *PdS*, p. 159.

¹⁷⁹ Cfr. ancora POMARICI, *Oltre il positivismo...*, cit., p. 105: "non l'unità logica ma la validità del diritto così come la sua realtà, in quanto categoria storicamente determinata che risulta dal sistema dei conflitti, può porre l'unità come problema".

CAPITOLO II

PARAMETRICITÀ, SEPARAZIONE TRA ORDINAMENTI E CONCEZIONI PRODUTTIVISTICHE DELL'ADATTAMENTO NELLE RICOSTRUZIONI DUALISTICHE.

1. L'autonomia dell'ordinamento internazionale nelle originarie elaborazioni del dualismo. 1.1. Premessa 1.2. Personalità dello stato e volontà come premessa delle costruzioni dualistiche. 1.3 Volontà collettiva, volontà dello stato e autonomia del diritto internazionale. 2. **L'adattamento al diritto internazionale secondo le costruzioni dualistiche originarie** 2.1. Premessa: separazione e concezioni produttivistiche dell'adattamento 2.2. L'adattamento: tra autonomia formale e autonomia materiale. 2.3 Il problema della diretta applicabilità del diritto internazionale secondo Anzilotti. 2.4. *Segue:* separazione tra ordinamenti e obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale.

1. L'autonomia dell'ordinamento internazionale nelle originarie elaborazioni del dualismo.

1.1. Premessa

La trattazione del problema della parametricità secondo il modello monista ha escluso che l'unità tra diritto interno e diritto internazionale, costruita attraverso la risoluzione delle differenze nell'indistinzione di un unico ordinamento, potesse fornire utile appiglio per la configurazione di una relazione tra contenuti normativi – la parametricità, appunto - strettamente legata alla sussistenza di contesti comunicativi tra sistemi autonomamente considerati. Si tratta ora di valutare – ascoltando le ragioni della differenziazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale – se il modello dualista offra, nella sua elaborazione originaria, un'adeguata composizione della tensione dialettica tra autonoma costruzione degli ordinamenti e relazione tra gli stessi, individuando spazi funzionali alla sussistenza di una relazione parametrica tra diritto internazionale e diritto interno.

Storicamente, è necessario retrocedere di qualche decennio rispetto alle costruzioni moniste: l'elaborazione delle costruzioni dualistiche costituisce infatti uno snodo fondamentale nell'evoluzione della scienza internazionalistica – e della scienza del diritto pubblico nel suo complesso – a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

In particolare, sul piano del metodo, si assiste ad un profondo mutamento, segnato, da un lato, dalla necessità di superare definitivamente i condizionamenti giusnaturalistici¹ e, dall'altro, dall'intenzione di evitare che l'opzione positivista si risolvesse, per il tramite del ruolo centrale riconosciuto alla volontà statale, nella negazione del diritto internazionale, o meglio nella sua riduzione a "diritto pubblico esterno".

Se, infatti, la reazione all'eredità giusnaturalista anima in profondità le scelte metodologiche dei fondatori dell'orientamento dualista e costituisce un referente critico costante ed essenziale, ben più problematico appare il rapporto con le correnti positiviste. La necessità dell'opzione metodologica positivista si scontra infatti con la percezione che la torsione volontaristico-statalista del positivismo giuridico – determinata da precisi condizionamenti di carattere storico² e maturata

¹ Da un lato, infatti, la scienza del diritto internazionale continuava a risentire della sua stessa origine, maturata tra XVI e XVII secolo, quando il fiducioso riferimento agli immutabili principi di ragione consentì di dedurre da essi l'esistenza di un ordinamento delle relazioni tra gli stati, cui gli stessi sono sottoposti, in virtù dell'autonomia ed originaria vincolatività dei principi di cui esso è espressione. All'universalismo della *respublica christiana*, alla grande polarizzazione medievale tra i due complementari universalismi del potere spirituale e del potere temporale, faceva pertanto seguito – in Europa - uno scenario nuovo, razionalizzato, fortemente condizionato dalla nascita e dallo sviluppo dello stato moderno. La personificazione dello stato e il riconoscimento di un suo spazio di azione autonoma, costituiscono aspetti strettamente funzionali alla formazione di un sistema di relazioni a sua volta animato da principi autoevidenti e originariamente vincolanti quali, fondamentalmente, l'eguaglianza tra gli stati. Sul punto v. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1923, pp. 11 ss., nonché QUADRI, *Le fondement de caractère obligatoire du droit international public*, in RCADI, 1952, pp. 583 ss., pp. 585-603, specie pp. 590 ss.; sull'importanza del riconoscimento della personalità dello stato nella storia del diritto internazionale, anche come punto di contatto tra correnti naturaliste e positiviste, cfr. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, Adelphi, 1991, p. 172: "Le due tendenze della scienza giusinternazionalistica, quella filosofica e quella giuridico-positiva, s'incontrano nella comune idea secondo la quale gli Stati sovrani, che vivono come tali l'uno di fronte all'altro nello stato di natura, possiedono il carattere di persone"; nello stesso senso cfr. QUADRI, *op. cit.*, p. 609.

² L'affermazione del positivismo giuridico statalista sulle opposte concezioni legate all'eredità del giusnaturalismo, appare strettamente legato, per un verso, all'affermazione dello stato liberale borghese, del quale costituisce quasi la proiezione sul piano della scienza giuridica, e per altro verso (particolarmente evidente, come vedremo nel prossimo capitolo, nell'opera di Orlando) alle suggestioni derivanti dalla Scuola storica del diritto: infatti, le costruzioni dello statualismo tardo ottocentesco, dallo *Staatsrecht* tedesco alla costruzione del diritto pubblico di Orlando e di gran parte della sua Scuola, appaiono strettamente funzionali al consolidamento di un modello politico che vive nella polarizzazione tra istituzioni pensate per far fronte alle esigenze della borghesia liberale artefice delle rivoluzioni nazionali ottocentesche, ed esigenza di chiusura di quelle stesse strutture istituzionali dinanzi all'incipiente irrompere delle masse. Sul punto, per una ricostruzione v. RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006 come anche ID., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, cap. I; ma v. anche GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Enc. Scienze sociali*, Roma, Ist. Encicl. Ital., *ad vocem* e ID., *Stato*, in *Enc. del Novecento*, Roma, Ist. Encicl. It., *ad vocem*. Deve essere tuttavia sottolineato che, secondo parte della dottrina, simile situazione sul

in particolare nell'ambito delle costruzioni dello *Staatsrecht* tedesco – si era risolta nella sostanziale negazione di autonoma giuridicità al diritto internazionale. Alla personificazione dello stato, queste dottrine accompagnavano, infatti, l'insistenza sull'elemento della volontà, del comando statale, come unica fonte di diritto: il diritto è tutto e solo quello voluto dallo stato³. Sulla base di una assai citata definizione hegeliana⁴, si poteva così giungere a risolvere il diritto internazionale

piano interno solo problematicamente poteva corrispondere ad analoga chiusura sul piano esterno, giacché “anche se il successo dell'ideologia statualistica presso i giuspubblicisti e gli internazionalisti risaliva alla seconda metà dell'Ottocento, non tutti i presupposti effettuali per distinguere radicalmente la sfera giuridica interna da quella esterna erano ancora maturati. Lo stato liberale non richiedeva infatti alcuna coincidenza della sfera economica e della cultura con la sfera politica” (così PINELLI, *Il momento della scrittura*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 20, nonché pp. 85 ss.). Nello stesso senso si era già pronunciato ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., pp. 9 ss., particolarmente consapevole della tensione, maturata lungo il corso del XIX secolo, tra ascesa del dogma della sovranità statale e approfondirsi delle interdipendenze sul piano internazionale, così come del progressivo passaggio da un assetto individualistico a un assetto sociale delle relazioni interstatali, condizionato dall'emersione di una “solidarietà di interessi, determinata specialmente dal fatto che molte fra le più importanti manifestazioni dell'attività umana si svolgono ormai senza riguardo ai confini politici e fanno di tutti i popoli civili una sola grande società” (p. 9), e tuttavia continuamente minacciato dal sempre risorgente protagonismo degli stati e dalla conseguente conflittualità che “si riaffermava nel concetto stesso dello stato come valore etico assoluto, e nella politica imperialista che ne è una logica conseguenza”.

³ La risposta della Scuola storica, tesa a risolvere la tensione tra stato e società nella costruzione del diritto quale emanazione della coscienza giuridica della comunità, dello spirito del popolo, rimane sullo sfondo, sembra soccombere all'inarrestabile ascesa del metodo positivo-formale, ma, per così dire, continua a covare sotto le ceneri, e si può seguire la traccia delle suggestioni da essa suscitate in dibattiti importanti (sull'evoluzione e l'influenza della Scuola storica, e i suoi complessi rapporti con il positivismo giuridico, v. tra gli altri FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970, vol. III. *Ottocento e Novecento*, specie il cap. III, pp. 53 ss.). Si pensi, ad esempio, al dibattito sul negozio giuridico, in cui le teorizzazioni dell'autonomia privata si scontrano con l'attribuzione di efficacia al negozio per effetto di riconoscimento statale, come esito della torsione statualistica delle posizioni liberali (Passerin d'Entreves, fino a Betti): o all'eco che di esso si avverte, come meglio vedremo in seguito, nella costruzione internazionalistica dell'efficacia dei trattati, come anche nella progressiva rivalutazione della consuetudine quale fonte suprema dell'ordinamento internazionale (per un esempio, cfr. fin d'ora ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale* (1943), rist. anast. Milano, Giuffrè 2000, e SPERDUTI, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1946).

⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Bari, Laterza, 2004, §§ 330 ss. Lo Hegel muove, innanzitutto, dal presupposto dell'individualità degli stati, implicata dal fatto che “lo spirito come relazione *infinitamente negativa a sé* nella libertà, è parimenti essenzialmente *esser-per-sé*, che ha *accolto entro di sé* la differenza sussistente, e quindi è esclusivo”: ne consegue, infatti, che “lo Stato ha *individualità*, la quale è essenzialmente come individuo, e nel sovrano come individuo reale, immediato” (ivi, §321). L'affermazione dell'individualità dello Stato rivela immediatamente una dimensione relazionale (“L'individualità, come esclusivo *esser-per-sé*, appare come *rapporto con altri Stati*, dei quali ciascuno è autonomo”, ivi, §322), la cui gestione è tuttavia affidata alla gestione del “*potere del principe*” (§329): “il diritto statale esterno vien fuori dal *rapporto* di stati indipendenti; ciò che nel medesimo è *in sé e per sé*, riceve perciò la forma del *dover essere*, poiché, che esso sia reale, dipende da *differenziate volontà sovrane*” (§330). Più avanti, nel riconoscere che “la realtà immediata nella quale gli stati sono l'uno verso l'altro, si particolarizza in rapporti molteplici, la cui determinazione proviene dall'arbitrio autonomo di ambo le parti, e quindi ha la natura formale dei *contratti in genere*” (§332), apre alla constatazione che “il principio fondamentale del *diritto internazionale*, inteso come il diritto *universale*, che deve valere

nel “diritto statale esterno”, vale a dire in un complesso di norme mediante il quale lo stato provvede a disciplinare le relazioni internazionali. D’altro canto, anche le costruzioni più complesse - quale quella, risalente allo Jellinek, che faceva derivare la vincolatività dei trattati internazionali da una autolimitazione dello stato stesso sul piano esterno, ammettevano l’indefinita possibilità per lo stato di sciogliersi dagli obblighi contratti sul piano internazionale, così negando ogni autonoma fonte di giuridicità al di fuori della volontà statale.

Il dilemma degli iniziatori delle costruzioni dualistiche⁵ è così rappresentato dalla necessità di mantenere ferma l’opzione metodologica positivista – si badi, nella sua dimensione rigorosamente statualista⁶ - cercando allo stesso tempo di individuare spazi per la fondazione di un ordinamento internazionale giuridicamente autonomo e, pertanto, idoneo ad imporre l’osservanza delle proprie norme agli stati⁷.

in sé e per sé tra gli stati, a differenza del contenuto particolare dei trattati positivi, è che i *trattati*, come tali che su di essi si basano le obbligazioni degli stati uno verso l’altro, devono *venir rispettati*”, subito precisando, tuttavia, che “poiché il loro rapporto ha per principio la loro sovranità, ne deriva ch’essi sono in tal misura l’uno verso l’altro nella situazione dello *status naturae*, e i loro diritti hanno la loro *realtà* non in una volontà universale costituita a potere sopra di essi, bensì nella loro volontà particolare [...] quella determinazione universale romane perciò nel *dover essere*, e la situazione diviene un’alternanza del rapporto conforme ai trattati e della soppressione del medesimo” (§333).

⁵ Vale a dire, per la Scuola tedesca, Heinrich TRIEPEL (*Diritto internazionale e diritto interno*, apparso nel 1899 e tradotto in Italia da Buzzati per i tipi di UTET nel 1913) e per la Scuola italiana innanzitutto Dionisio ANZILOTTI (*Teoria generale della responsabilità dello Stato*, Firenze 1902; *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, Zanichelli, 1905, ora in *Id. Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1955, I, pp. ss.) e Donato DONATI (*I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1906).

⁶ Cfr. ad esempio SPERDUTI, *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, in *RCADI* 1976 (ma 1981), V, pp. 323 ss., pp. 333 ss., il quale rimprovera alle costruzioni del dualismo originario di non aver saputo sfruttare al meglio le opportunità offerte dal metodo positivo, rinunciando ad allargare il novero dell’esperienza giuridicamente rilevante al di là della dimensione della statualità, e non reagendo al “mythe hégélien de la divinité de l’Etat”: ad una critica tanto autorevole e profonda, e condivisibile nelle sue posizioni di principio (che già era stata svolta dall’Autore nella citata opera del 1946) non si può che rispondere sul piano storico, sottolineando che, a quell’epoca, ogni allargamento dell’area del giuridicamente rilevante avrebbe corso il rischio - inaccettabile nel clima culturale dell’epoca - di essere accusato di risentire di suggestioni storicistiche o, peggio, giusnaturalistiche, suggestioni che, peraltro, pervadono l’opera dello Sperduti, con meno evidenza nel periodo giovanile e dichiaratamente nello scritto del 1981.

⁷ Così, a proposito dell’elaborazione triepeliana della *Vereinbarung*, QUADRI, *Le fondement...*, cit., 615: “Triepel a prétendu concilier des position incompatibles: sauver le postulat d’après le quel l’Etat ne peut être obligé qu’en force de sa propre volonté et en même temps admettre l’existence de règles supérieures par rapport à chaque Etat particulier”, concludendo nel senso dell’impossibilità logica della costruzione, derivante dall’assenza di “aucun support dans le monde des réalités”. Su questo profilo specifico, v. *amplius, infra*, nel testo.

Si deve peraltro sottolineare che la tensione descritta si rifletterà sugli esiti delle ricostruzioni in parola, condizionandone profondamente la tenuta. In particolare, sembra possibile tracciare sin d'ora un significativo parallelismo tra la necessità di conservare un ruolo centrale alla volontà statale e la netta separazione, tipica delle costruzioni dualistiche originarie, tra “interno” ed “esterno” che accompagna la stessa fondazione di un ordinamento internazionale autonomo. In altre parole, come meglio vedremo, la difesa della sovranità statale, se accetterà temperamenti – sia pur non troppo marcati - sul versante della esclusiva statualità del diritto (determinati dal riconoscimento di una autonoma dimensione giuridica a livello internazionale), conserverà intatta la propria centralità nella ricostruzione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno.

La separazione tra gli ordinamenti, articolata, come vedremo, sul duplice piano della fonte e del contenuto del diritto internazionale, si traduce infatti nell'affermazione dell'essenzialità della mediazione dell'ordinamento statale interno per la costruzione di un sistema di relazioni tra i due ordinamenti⁸: la relazione, in sostanza, può essere pensata solo a partire dalla opposizione, dalla antitesi, che, tuttavia, non viene minimamente intaccata dalla nascita e dallo sviluppo di un sistema di relazioni. Se, e in che misura, simile conclusione determini un appiattimento delle prime costruzioni dualiste tanto sulle posizioni del positivismo statualista “negatore” del diritto internazionale quanto addirittura sulle posizioni monistiche posteriori (specie con riferimento all'ipotesi del monismo con primato del diritto statale) – come ricostruite e criticate nel primo capitolo del presente studio – verrà chiarito al termine del capitolo. Per ora basti ribadire che l'autonomia del diritto internazionale, fondata e ribadita nelle prime costruzioni del dualismo, risente inevitabilmente della propria origine statualistica, fortemente condizionata, come ovvio, dallo stesso scenario dello *jus publicum europaeum* caratterizzato, nel periodo immediatamente antecedente lo scoppio del primo conflitto mondiale, da un accentuato protagonismo degli stati, e dal conseguente carattere spiccatamente interstatale dello stesso diritto internazionale.

⁸ La “antitesi” tra diritto internazionale e diritto interno è ritenuta fondamentale per una ricostruzione dei rapporti tra i due sistemi, ad esempio, da TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, cit. p. 9 ss.

Il vincolo con l'origine statualistica si traduce così nella necessità di postulare la rigida separazione tra i sistemi: ciò, come meglio vedremo, si riflette in forma rilevante sulle problematiche legate all'adattamento e, di conseguenza, sulla stessa soluzione del problema della relazione parametrica tra diritto internazionale e diritto interno.

Fatte queste necessarie quanto sintetiche anticipazioni, è dunque necessario affrontare i tratti essenziali delle costruzioni dualistiche originarie.

1.2. Personalità dello stato e volontà come premessa delle costruzioni dualistiche.

Premessa comune all'opera dei tre "fondatori"⁹ è l'affermazione della personalità giuridica dello stato, ripresa dalle teorizzazioni dello *Staatsrecht* tedesco, come dimostrano le frequenti citazioni, ad esempio, da Jellinek o da Gerber¹⁰.

Essa appare strettamente funzionale rispetto alla stessa possibilità di pensare un sistema di relazioni internazionali, proprio in quanto il nesso di strumentalità tra personalità giuridica dello stato e costruzione del diritto internazionale rinvia immediatamente alla centralità che, nella versione originaria del modello dualista, riveste la volontà statale¹¹: la personalità statale, infatti, immediatamente si traduce nella "esistenza di un volere dello stato, capace di manifestarsi e di tradursi in

⁹ L'inclusione di Donati tra i fondatori dell'orientamento dualista appare giustificato dalla considerazione che l'Autore, pur non avendo compiuto una teorizzazione completa del modello sul piano della scienza del diritto internazionale si è confrontato con esso, talora criticandone taluni aspetti, in un'ottica ancor più rigidamente statalista (si pensi alla polemica con Anzilotti sulla questione della soggezione diretta degli organi statali al diritto internazionale, ne *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, cit., pp. 291 ss., su cui v. *amplius, infra*), affrontando la problematica delle relazioni tra diritto internazionale e costituzionale (cfr. pp. 11 ss., p. 18), e contribuendo a chiarire e cristallizzare profili della costruzione dualistica che, almeno nella Scuola italiana del diritto internazionale, rimarranno eredità incontrastata per tutto il XX secolo: si pensi, solo per fare un esempio, alle pp. 477 ss. della stessa opera di Donati relative all'influenza del diritto costituzionale sull'efficacia dei trattati, laddove è offerta una prima completa ricostruzione delle problematiche legate all'approvazione parlamentare del trattato, che eserciterà significativa influenza sulle concezioni produttivistiche dell'adattamento al diritto internazionale.

¹⁰ Cfr. ad esempio in ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 2 ss. ed in particolare pp. 13-14, alla nota 2 laddove afferma: "Osserva giustamente Jellinek [...] che la teoria della personalità dello Stato è condizione necessaria per una costruzione giuridica dei rapporti internazionali" (la citazione è dal *System der subiectiven Öffentlichen Rechte*).

¹¹ Lo stretto legame tra personalità dei singoli stati, esclusività dei medesimi e costruzione di un diritto internazionale fondato su una comunità di soggetti eguali è sottolineato, con riferimento all'epoca tardoliberale, da PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., p. 130: "Non un qualsiasi modello di stato, ma un modello di stato "ermetico" poteva garantire l'eguaglianza formale tra soggetti sovrani e la tenuta di un diritto internazionale fondato sulla loro mera coesistenza".

atti”¹², suscettibile di manifestarsi tanto all'esterno quanto all'interno dello stato stesso¹³.

Proprio attraverso la mediazione del concetto di volontà statale, coesistente alla personificazione dello stato, è possibile riscontrare elementi di continuità con le teorizzazioni precedenti e contemporanee. Da un lato, se il riconoscimento di personalità giuridica allo stato - pur maturato nel diverso quadro di una costruzione incentrata sull'idea della soggezione dello stato stesso al diritto - si traduce, sul piano internazionale, nel riconoscimento della capacità dello stato di manifestare la propria volontà nei confronti degli altri stati, è possibile tracciare un nesso di continuità con la stessa eredità giusnaturalista, che proprio della personificazione dello stato aveva fatto uno dei cardini della costruzione di un ordinamento internazionale fondato sulla retta ragione¹⁴. In particolare, ferma restando ogni ulteriore considerazione sul riconoscimento della soggettività di diritto internazionale anche agli individui - che, del resto, appare strettamente legata allo stesso carattere monista della costruzione giusnaturalista del diritto internazionale¹⁵ - si deve sottolineare che la teorizzazione di un sistema di relazioni tra gli stati risente, anche in ambito giusnaturalista, di un netto parallelismo con le costruzioni romanistiche delle relazioni intersoggettive¹⁶.

¹² ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit., p. 2.

¹³ Cfr. DONATI, *I trattati internazionali...*, cit., p. 4: “La personalità dello Stato, per sé unica e indivisibile, si afferma e si pone in un duplice ordine di rapporti giuridici, in confronto ad una duplice categoria di subietti, in base a due distinti ordinamenti giuridici”.

¹⁴ Sul legame tra costruzioni giusnaturalistiche e personificazione dello stato, v. ancora SCHMITT, *Il nomos della terra...*, cit. pp. 167 ss., anche per il riconoscimento del nesso fondamentale tra personificazione degli stati e secolarizzazione delle relazioni internazionali; sul punto, cfr. anche QUADRI, *Le fondement...*, cit., pp. 590 ss.

¹⁵ Cfr., molto chiaramente, ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 295: “se il diritto è un ordine ideale di relazioni, affermato con piena ed indiscutibile competenza, o creato, dalla ragione, ne segue l'unità intrinseca e sostanziale dell'ordine giuridico in tutte le sue parti. Un diritto dato dalla ragione o dalla natura che esiste e si afferma indipendentemente dall'umana volontà, domina nello stesso modo ogni ordine di relazioni [...] dalla speculazione razionale di una giustizia universalmente valevole e categoricamente imperiosa, segue, per logica conseguenza, l'unità e l'universalità dei principi giuridici”. Sul rapporto tra giusnaturalismo e persona, ovviamente nell'ottica delle problematiche qui specificamente affrontate, cfr. nuovamente SPERDUTI, *Le principe de souveraineté...*, cit., pp. 369 ss.

¹⁶ Sul punto, cfr. ad esempio TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 211 ss., il quale, discutendo il problema dell'eventuale recezione del contenuto di norme interne da parte del diritto internazionale, affronta la questione delle analogie privatistiche, largamente diffuse nella scienza del diritto internazionale, sulla base della diffusa convinzione che gli stati “si comportano nel loro commercio reciproco allo stesso modo, o almeno in modo analogo, agli individui” (p. 211). Il ruolo svolto storicamente in questo senso dalla dottrina del diritto internazionale appare a T. del tutto centrale, giungendo ad affermare che “se la scienza fosse fonte di diritto, la massima parte del

D'altro canto, appare evidente il legame con il positivismo statualista, nella misura in cui esso ancorava le proprie costruzioni al valore di fonte riconosciuto alla volontà statale, e fondava su di essa anche il sistema delle relazioni internazionali, senza tuttavia giungere, come si è accennato, alla costruzione di un autonomo ordinamento internazionale.

Allo stesso tempo, sul piano teorico, la volontà (non ancora, o non necessariamente, la volontà statale) costituisce la fonte, il fondamento ultimo della giuridicità, rivelando nuovamente uno stretto legame con la torsione volontaristica del positivismo giuridico, maturata sul finire del XIX secolo per effetto delle influenze esercitate dalle correnti imperativiste. Ad un positivismo attento al dato reale, che si interroga cioè sui legami tra stato, società e diritto¹⁷, preparando il

diritto internazionale consterebbe di norme di diritto privato da esso accolte per recezione [...] specialmente il diritto romano, ma anche il diritto canonico ed altri elementi sono stati obbligati a fornir materia a questa recezione dottrinarica del diritto privato nel diritto internazionale". Allo stesso tempo, la centralità dell'uso di istituti romanistici nella stessa fondazione del diritto internazionale moderno, è ricondotta da Triepel a ragioni di contingenza storica, così come a ragioni metodologiche. Da un lato, infatti – paradigmaticamente nel caso dell'opera di Grozio - la letteratura scientifica a disposizione dei fondatori del diritto internazionale per porre le basi delle loro costruzioni "era letteratura esclusivamente romanistica" (p. 212). D'altro canto, alla ricezione del diritto romano - "un diritto di carattere universale, già dotato di una elaborazione scientifica [...] ammirato a quell'epoca come *ratio scripta*" - contribuì in maniera decisiva, afferma Triepel, "il fatto che nella mente dei suoi creatori il diritto internazionale doveva essere un diritto conforme alla ragione". La recezione del diritto romano, pertanto appare chiaramente strumentale a costruzioni di stampo giusnaturalistico, che essa "è opera del diritto naturale" dalle cui idee prende le mosse la costruzione del diritto internazionale come ordine conforme a ragione. Sulla questione della trasposizione di categorie privatistiche nella costruzione del diritto internazionale, vedi *infra*, a proposito dell'elaborazione della categoria della *Vereinbarung*, il par. 1.3.

¹⁷ Importante, in tal senso, l'opera del Duguit. Emblematico, per l'evoluzione del pensiero di Duguit, il passaggio dall'edizione del 1907 del *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat – Organisation politique* (Paris, Fontemoing) – ancora incentrata sul concetto di sovranità come "puissance commandante" (DUGUIT, *Manuel...*, cit., ed. 1907, pp. 116 ss.) – all'edizione del 1923 dello stesso *Manuel* (DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat, le droit de l'Etat, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, Paris, De Boccard 1923), nella quale si nota un approccio diverso, segnato in profondità dal positivismo "sociale" - e dal conseguente approccio realista - dell'Autore, e dall'indagine sulla *régle de droit*, come fondamento di tutto il diritto oggettivo, che conduce, significativamente, alla critica radicale della *puissance publique*, concetto metafisico, ritenuta "une fiction, une notion sans valeur et qu'il faut bannir de tout construction positive du droit public" (*Manuel...*, cit., ed. 1923, p. 65), la cui scomparsa è la ragione principale delle trasformazioni, rapide e profonde, del diritto pubblico (ivi, p. 67). Centrale, in questo passaggio, come si accennava, la riflessione sulla regola di diritto (*régle de droit*) intesa, in altro luogo (DUGUIT, *Il diritto sociale e il diritto individuale, e la trasformazione dello Stato*, 1908-1910, ed. it. Firenze, Sansoni 1951), come regola fondamentale per l'esistenza della società, che si fonda sulla solidarietà, cioè sul "fatto dell'interdipendenza, che unisce tra loro, con la comunità dei bisogni e la divisione del lavoro, i membri dell'umanità, ed in particolare i membri di uno stesso gruppo sociale" (p. 44); ed è proprio nell'attenzione alle interdipendenze, e forse addirittura al pluralismo interno al corpo sociale (la cui strutturazione si iniziava ad intravedere in quegli anni, e che è oggetto della terza conferenza raccolta nel volume citato da ultimo, dedicata specificamente al carattere autentico del movimento sindacale;

terreno agli sviluppi dell'istituzionalismo, si affianca un positivismo che ritiene di aver trovato nella persona statale, che è rappresentata, storicamente, dallo stato liberale nel momento della sua chiusura autoritaria, l'unica fonte della giuridicità: e se simile orientamento ha la stessa dignità metodologica delle altre opzioni interne al positivismo – in quanto si appoggia indubbiamente su dati storicamente confermati – d'altro canto esso immediatamente rinuncia all'osservazione del dato storico, dogmatizzando il primato dello stato, con esiti cui non rimarrà estranea la stessa dottrina delle fonti¹⁸. A ben vedere, peraltro, porre l'accento sulla volontà statale come momento centrale nella costruzione di un autonomo ordinamento internazionale costituiva forse l'unica opzione possibile per non pregiudicare la fedeltà al metodo positivo: se è vero infatti che, come è stato sostenuto, l'uso del metodo positivo nella scienza internazionalistica, si afferma parallelamente allo sviluppo delle concezioni imperativiste¹⁹, ciò si spiega efficacemente solo se si pone mente alla circostanza che la ricerca di un'autorità capace di normare con effetti obbligatori – al di là dei condizionamenti giusnaturalistici – non poteva che condurre allo stato e alla sua volontà.

Il potenziale di rottura della centralità statale – insito nel tentativo di costruzione di un ordinamento internazionale autonomo - rischia così di rimanere inespresso nelle costruzioni dualistiche originarie, fortemente vincolate alla difesa della sovranità statale nella sua dimensione volontaristica, per essere prefigurato, ed in parte colto,

significativa a questo proposito, potrebbe ritenersi la contemporaneità tra le conferenze del 1908 e il saggio di Santi Romano su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1908, ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 379 ss., su cui v. *amplius, infra*, il cap. III), che si può individuare la radice del distacco di Duguit dalle tradizionali teorie francesi sulla sovranità nazionale, come reso evidente, peraltro dalla polemica con Esmein sul sindacalismo. A tale proposito, vale la pena di richiamare la dura risposta di Duguit, riportata nell'Avvertenza alla seconda edizione (1910, in apertura del volume citato da ultimo), laddove l'A. afferma che il sindacalismo “non è né una dottrina, né un partito, ma è un fatto, un fatto degno di considerazione [...] *Come questo fatto sia insieme la causa e l'effetto della scomparsa della credenza nella sovranità nazionale e dello Stato giacobino che era fondato su tale credenza*, come il sindacalismo contenga un *germe potente di organizzazione per i servizi pubblici*, ecco ciò che io ho cercato di dimostrare, e nulla più. I fatti che si sono verificati da due anni a questa parte sembrano proprio dimostrare che io non mi sono sbagliato” (corsivi miei). Sul movimento sindacale e più in generale sull'evoluzione dei modelli di rappresentanza politica in conseguenza dell'emersione del pluralismo sociale, v. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati: contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁸ Sul punto, si rinvia sin d'ora a PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, cit. cap. III.

¹⁹ Sul punto v. ad esempio QUADRI, *Le fondement...*, cit., pp. 607-608, il quale sottolinea come “l'affirmation de le positivisme dans le domaine du droit interne coïncide avec la conception impérative de la règle juridique, comme volonté autoritaire du souverain ou de l'Etat”, ma anche pp. 609 ss.

solo dalle rielaborazioni che del modello fornirà la corrente istituzionalista, e su cui ci si soffermerà nel capitolo seguente.

Il legame con il positivismo volontaristico è ben presente, ad esempio, all'Anzilotti, per il quale il fatto che la fonte della giuridicità debba risiedere in una volontà idonea a vincolare i soggetti tenuti all'osservanza del diritto discende come logica conseguenza da un approccio positivo che veda nel diritto un "un fatto sociale, una realtà concreta, una formazione storica"²⁰. E tuttavia, la giuridicità non è determinata da questo fatto sociale, dal momento che la concezione positiva del diritto deve avere ben presente "la distinzione, chiaramente affermata e logicamente svolta, fra la fonte del diritto e le cause, o i fattori *remoti* del diritto stesso, o, se par meglio, tra la fonte formale e la fonte materiale del diritto, fra la oggettivazione esteriore e positiva della norma giuridica e le cause che predispongono e determinano questa oggettivazione"²¹. Se la storia, così come il fatto sociale, rientra tra questi fattori remoti²², è evidente che non vi è spazio se non per una fonte formale, vale a dire per una volontà formalmente abilitata a porre il diritto²³. Di nuovo, come già si è osservato al termine del capitolo precedente con riferimento alla torsione formalistica del positivismo giuridico in Kelsen, possiamo sottolineare come l'assolutizzazione di un elemento parziale della realtà giuridica – lì la norma come autonoma proposizione di dover essere, qui la volontà (statuale) che formalmente pone il diritto, di contro alla storia, relegata alla posizione di fattore remoto – e la sua elevazione a fonte esclusiva

²⁰ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni...*, p. 318.

²¹ Ivi, p. 315

²² Perché, come si afferma ivi, p. 316, "solamente la oggettivazione esteriore e positiva, per opera di una volontà capace di questa oggettivazione, traduce in norme giuridiche quei principi normativi e quelle esigenze, che rappresentano un bisogno più forte della comunità sociale o esprimono una più viva idealità di giustizia in un dato momento storico". Sul punto, può essere interessante richiamare la posizione espressa dal Triepel in uno scritto di molto successivo alla monografia del 1899 (*Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in RCADI 1923, pp. 77 ss.) laddove l'Autore, nel criticare le dottrine kelseniane, tacciate espressamente di antistoricità – specie per ciò che riguarda l'erronea riduzione dello stato a «point d'imputation» - afferma che lo stato "est une véritable personnalité, il est une personnalité indépendante, distincte de la somme des individus qui le composent", e sottolinea che simile concetto di stato è un concetto giuridico, non sociologico (cfr. p. 87). Una tale conclusione è giustificata metodologicamente dall'altra importante affermazione secondo cui "il n'est pas juste de dire qu'il faut, dans l'intérêt de la netteté méthodique, séparer les notions juridiques des notions sociologiques. Au contraire, on ne peut se faire la moindre idée du droit sans penser aux rapports sociaux régis par le droit. Les rapports sociaux son la matière, le droit en est la forme. Régler des relations sociales, voilà la tâche et la fin de tout droit".

²³ Cfr. sempre ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 318: "un principio giuridico non esiste se non in quanto è riconosciuto dalla volontà che pone formalmente il diritto".

della giuridicità, chiuda il sistema agli apporti evolutivi della storia e finisca per svilire, nel caso specifico delle costruzioni dualiste, le virtualità pure insite nell'anelito all'autonomia dell'ordinamento internazionale²⁴.

1.3 *Volontà collettiva, volontà dello stato e autonomia del diritto internazionale.*

Nell'orizzonte concettuale dei fondatori del dualismo la norma giuridica appare, pertanto, come posizione di volontà “capace di imporsi alle singole volontà cui si rivolge”²⁵, ed è solo a questa stessa volontà che può essere riconosciuto il carattere di fonte del diritto²⁶.

Ne deriva che una simile volontà, per essere “capace di imporsi” deve essere necessariamente distinta dalle volontà cui è diretta, e pertanto posta da “un consorzio, capace di porre regole di diritto, cui ambedue gli individui appartengano in qualità di membri equiparati l'uno all'altro”²⁷. Solo ammettendo l'esistenza di una comunità di stati – sulla base, d'altro canto, del presupposto dell'attribuzione agli stessi della personalità giuridica²⁸ - è dunque possibile concepire che “una fonte di diritto regoli le relazioni reciproche tra gli stati” senza essere fonte di diritto statale²⁹.

È pertanto necessario – secondo i fondatori - volgere lo sguardo al sistema delle relazioni interstatali per valutare, sulla base di un'osservazione positiva, se ed in che misura esse siano rette da norme giuridiche: si tratta cioè di verificare se sia riscontrabile a livello interstatale una volontà “capace di imprimere alle norme

²⁴ Cfr., *ivi*, p. 293. D'altro canto, ogni diversa soluzione si sarebbe macchiata, nell'ottica degli Autori richiamati, di inaccettabile contiguità tanto con le “teorie filosofiche del diritto naturale”, quanto con la Scuola storica, della quale peraltro è talora sottolineata, addirittura, la “stretta parentela” con le dottrine giusnaturalistiche (cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, pp. 32-33).

²⁵ ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit. p. 27.

²⁶ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 31-32: “alla volontà, appunto, il cui contenuto costituisce la norma giuridica, che è la sorgente da cui essa sgorga, io riservo il nome di fonte di diritto”.

²⁷ Cfr., *ivi*, p. 17, dal momento che “ogni regolamento molteplice di rapporti reciproci tra individui è dovuto all'opera di fonti giuridiche interne” all'ordinamento considerato (p. 18).

²⁸ Cfr. *ivi*, p. 30.

²⁹ *Ivi*, p. 20: “Se ammettiamo che esista una comunità, di cui sono membri coordinati l'uno all'altro *i soli* Stati, possiamo concepire che una fonte di diritto regoli le relazioni reciproche degli Stati come tali, fonte che in tal caso, dal momento che non esiste uno Stato universale posto al di sopra dei singoli Stati sovrani, non sarebbe una fonte di diritto statale” (corsivo mio).

regolatrici dei rapporti interstatuali la forza obbligatoria che contraddistingue il diritto”³⁰.

Che tale volontà potesse essere la “comune volontà di due o più Stati, ridotta e fusa ad unità mediante il consenso”³¹ Triepel e Anzilotti furono in grado di affermarlo solo a seguito di una serrata dimostrazione, articolata sulla disamina delle forme di manifestazione di quella stessa volontà che, specialmente in Triepel, è profondamente legata ad una riflessione complessiva sui rapporti tra volontà, sua dichiarazione e produzione di effetti giuridici, fortemente condizionata dai dibattiti che si svolgevano in quegli stessi anni in sede gius-privatistica. Dal canto suo, Anzilotti, nel saggio del 1902 sulla responsabilità dello stato – ricostruendo la volontà collettiva degli stati sulla base dell’elaborazione triepeliana della *Vereinbarung* – si occupa specificamente del problema della vincolatività della volontà collettiva nei confronti del singolo stato, e del suo fondamento.

È peraltro necessario prendere le mosse dall’elaborazione triepeliana che, come noto, si articola attorno alla costruzione della categoria dogmatica della *Vereinbarung*, vale a dire della convenzione normativa, distinta e giustapposta, nel sistema delle fonti del diritto internazionale, al trattato contratto. La bipartizione delle forme di manifestazione della volontà statale in trattato contratto e convenzione normativa – già presente nella teorizzazione del Bergbohm³² – è dal Triepel ulteriormente problematizzata: in particolare, la domanda che percorre l’intero §3 del I capitolo, s’incentra sull’alternativa tra concezione dei due atti normativi come *species* di un unico *genus* o piuttosto, autonoma elaborazione dogmatica della *Vereinbarung*, in quanto manifestazione di una volontà sostanzialmente distinta da quella contrattuale³³. Il dubbio viene sciolto nel senso dell’autonomia dogmatica della convenzione, dedotta peraltro dalle parallele

³⁰ Cfr. ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 28-29.

³¹ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 33.

³² Cfr. le citazioni contenute ivi, alle pp. 48 ss.

³³ Cfr. pp. 50-51: “L’enigma, se non erro, troverà la sua soluzione quando avremo visto che i «trattati» dai quali possono scaturire norme di diritto obiettivo non sono veri e proprii contratti [...] Per conseguenza, io formulo la questione in questo senso: esiste accanto al vero e proprio contratto una categoria di incontri di più volontà capace di raggiungere il risultato cui il contratto si è dimostrato inadatto: la fusione cioè in un’unica volontà di più volontà aventi uguale contenuto?”.

elaborazioni del Binding³⁴: in altre parole “va ricercato non...se gli Stati *abbiano voluto* riconoscere o dichiarare un principio di diritto, ma se, *data la natura obiettivamente considerata della loro dichiarazione di volontà*, da questa possa o debba scaturire una norma di diritto”³⁵.

La distinzione tra le due categorie è data, in particolare, dalla diversa conformazione della manifestazione di volontà. Nel caso del contratto, infatti, la convergenza delle dichiarazioni di volontà nell’assetto di interessi voluto dai contraenti, non esclude che le volontà dei contraenti, in sé considerate e con riferimento specifico alla posizione di ciascuno, presentino un contenuto divergente l’una dall’altra, come reso evidente, secondo Triepel, dalla diversità degli effetti del contratto nei confronti dell’uno e dell’altro contraente³⁶.

Tutto al contrario, nella convenzione è dato riscontrare un’effettiva convergenza di volontà verso la produzione di un effetto comune alle parti, determinato dal fatto che le volontà dei singoli contraenti concorrono alla formazione di una volontà comune, distinta e idonea a normare. L’autonomia dogmatica della *Vereinbarung* rispetto al *Vertrag* è pertanto data dalla natura delle dichiarazioni di volontà, che hanno identico contenuto e si fondono a creare una volontà comune, idonea ad imporsi alle volontà dei contraenti, singolarmente considerate.

Una volta individuata la categoria dogmatica della *Vereinbarung*, ed affermata la sua utilizzabilità sul piano internazionale³⁷ - per il tramite dell’analogia con le relazioni interpersonali sul piano interno³⁸ - Triepel può così constatare che “gli

³⁴ Cfr. principalmente i richiami allo scritto del Binding sulla Confederazione della Germania del nord, (*Die Gründung des Norddeutschen Bundes*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für Windscheid*, Leipzig 1899), specie alle pp. 51 ss.

³⁵ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 50. Quanto all’alternativa tra dichiarazione e riconoscimento della norma giuridica, prospettata nel passo riportato nel testo, va sottolineato che essa non è del tutto neutrale nel pensiero del Triepel: ne è testimonianza, alle pp. 64 ss., la nota 1, nel quale l’Autore dichiara di poter accettare l’espressione “riconoscimento di norme giuridiche” solo a condizione che “sotto questo titolo non s’intenda altro che la dichiarazione delle parti che una norma debba considerarsi norma giuridica”, e comunque di preferire non avvalersi di essa, in quanto richiama dottrine – quali quella dell’Holtzendorff, aspramente criticata dal Triepel nella stessa sede – che l’A. considera strettamente legate alla corrente giusnaturalista.

³⁶ Cfr., *ivi* pp. 38 ss., pp. 44-45.

³⁷ Cfr., *ivi*, pp. 64 ss., p. 67: “le convenzioni fra gli Stati, se si prescinde dalla diversità dei subietti e dalla diversa natura dei rapporto cui esse si riferiscono, non si differenziano affatto dalle convenzioni tra individui: il concetto formale, in ambedue i casi, è lo stesso”.

³⁸ Cfr., *ivi*, p. 64: “come gli individui non possono giungere alla formazione di una volontà comune se non servendosi della convenzione, così anche gli Stati non hanno altro mezzo disponibile per fondere in una volontà comune le loro volontà particolari”.

Stati possono creare diritto obiettivo se concordano fra di loro una regola cui debbano permanentemente uniformare la loro condotta futura”³⁹.

La volontà degli stati assume pertanto una rilevanza centrale nella stessa fondazione dell’ordinamento internazionale, ma resta aperto il problema della fonte della giuridicità del vincolo, sotto il profilo della relazione tra volontà del singolo stato e volontà collettiva, vale a dire, più specificamente, del fondamento della vincolatività della volontà collettiva.

I due profili presentano una stretta interconnessione, e la riflessione sui medesimi s’intreccia, a sua volta, per un verso con la critica delle teorie dell’autolimitazione e, d’altro canto, con la stessa costruzione dell’autonomia dell’ordinamento internazionale. In altre parole, si tratta di chiarire se la volontà collettiva degli stati si limiti ad essere mera *summa* delle volontà dei singoli stati, o se invece essa si presti a fondare una autonoma dimensione istituzionale. Ora, né Triepel né Anzilotti, giungeranno ad una simile conclusione – che invece, come accennato, sarà formulata solo dalla versione istituzionalista del dualismo – e tuttavia, fra i due, è possibile ravvisare in Anzilotti, sia pur problematicamente, elementi di un più ampio riconoscimento dell’autonomia dell’ordinamento fondato sulla volontà collettiva degli stati⁴⁰.

Si tratta in altre parole, di una ulteriore manifestazione di quella tensione – cui già si è accennato – tra l’autonoma fondazione dell’ordinamento internazionale e l’impossibilità di rinunciare del tutto al dogma della sovranità statale. Come evidente, d’altro canto, si tratta di questioni che, pur interessando il profilo della fonte della giuridicità del diritto internazionale, saranno destinati a riproporsi – e lo si vedrà più avanti - con maggior intensità sul piano operativo, vale a dire in sede

³⁹ Cfr. *ivi*, p. 40.

⁴⁰ Pur se negando, coerentemente con le premesse metodologiche richiamate in precedenza, qualunque capacità normativa alla comunità internazionale in quanto autonoma soggettività (capace di volontà) giacché, come afferma lo stesso Anzilotti (comprensibilmente, se si guarda al contesto storico della citazione, che è tratta dalla prolusione romana del 1915): “Essenziale all’esistenza del diritto è che una volontà si affermi: i motivi, le condizioni che determinano tale volontà sono indifferenti. Ora, una volontà concreta, capace di stabilire norme di condotta degli stati non può esser cercata fuori degli stati stessi; non, in particolare, nella cosiddetta comunità internazionale, che è soltanto un’espressione per designare il complesso degli stati fra cui sussiste quel *minimum* di coordinazione etica, che rende possibile lo stabilirsi di rapporti giuridici” (così, ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato e la comunità internazionale* (1915), in *ID.*, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, cit., I, pp. 615 ss., p. 625).

di valutazione dell'approccio dualista dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale.

L'andamento della riflessione di Triepel a questo proposito appare emblematico⁴¹: coerentemente con le premesse volontaristiche, l'Autore s'interroga – dopo aver affermato che gli stati sono creatori del diritto internazionale attraverso lo strumento della *Vereinbarung* – sulla forma della dichiarazione della volontà espressa nella convenzione⁴².

L'impossibilità di ravvisare una pubblicazione, che – in analogia con quanto avviene a livello interno con riguardo alla legge – esteriorizzi il contenuto della deliberazione della volontà collettiva, integrandone l'efficacia all'esterno, è da Triepel giustificata con una serie di precisazioni che contribuiscono a chiarire il rapporto tra autonomia dell'ordinamento internazionale e sovranità statale.

Egli sottolinea, in primo luogo, che l'assenza della pubblicazione discende dal fatto che l'efficacia del diritto prodotto dagli stati per mezzo della convenzione si limita all'ambito dei soggetti stipulanti: si individua, in tal modo, un primo importante limite delle concezioni volontaristiche della fondazione dell'ordinamento internazionale. Infatti, nessuna delle norme “nascenti da convenzioni interstatuali...intende o è destinata ad avere vigore al di fuori di coloro che hanno partecipato alla convenzione”⁴³: resta pertanto seriamente pregiudicata la possibilità di fondazione di un ordinamento internazionale valevole universalmente, essendo possibile immaginare tanti ordinamenti internazionali quante le convenzioni di volta in volta stipulate dagli stati, tanto più che la stessa consuetudine è in Triepel decisamente ricondotta ad un accordo tacito⁴⁴. Di nuovo, ogni contraria soluzione recherebbe, nell'ottica dell'iniziatore del dualismo, l'impronta delle concezioni giusnaturalistiche. Peraltro, la reazione

⁴¹ Cfr. le pp. 74 ss.

⁴² Cfr. p. 74: “L'atto creativo del diritto non consiste forse sempre in una dichiarazione di volontà?”.

⁴³ Cfr. p. 75. Cfr. anche ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., pp. 502-503: “la norma giuridica internazionale nasce dalla volontà dei subietti stessi a cui si rivolge: coloro che sono sottoposti all'autorità della norma sono quei medesimi che la creano, nessuno stato essendo tenuto all'osservanza di norme a cui non ha consentito, e si riuniscono così negli stessi soggetti le qualità di legislatori e di sudditi. Di qui l'inutilità della pubblicazione per le norme giuridiche internazionali, appunto perché non hanno bisogno di esser portate a conoscenza di coloro che devono osservarle: esse sono perfette fino dal momento in cui è perfetta la volontà collettiva che le crea”.

⁴⁴ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 90 ss.

all'universalismo ha ben precise radici storico-politiche⁴⁵ e si traduce in ulteriore strumento dell'introversione statualistica, che appare davvero come un rischio costante e una nascosta tensione sempre riemergente delle prime costruzioni dualistiche: se l'autonomia del diritto internazionale è affermata in linea di principio – come meglio approfondiremo – per il tramite dell'autonomia della fonte, d'altro canto la frammentazione - che deriva dal protagonismo della volontà statale nella stessa conformazione della fonte – si traduce in un indebolimento dell'autonomia pure ricercata. Esistono pertanto solo diritti internazionali particolari, vigenti esclusivamente tra gli stati che vi hanno dato origine: esistono cioè molti “*dualismi*”⁴⁶ in luogo di un'unica, più o meno armonica, costruzione *pluralista*. Un diritto «generale» - afferma Triepel con interessante apertura - non lo si può costruire da questi diritti particolari se non mediante la comparazione, col ravvicinare cioè le norme simili che vigono in più di uno o in numerosi gruppi di stati, *pur derivando per ciascuno da una fonte distinta ed a sé*⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. *ivi*, la nota 1 di pagina 84 dalla lettura della quale sembra potersi dedurre che la premessa storica della reazione all'universalismo risieda nella stessa tradizionale concezione eurocentrica delle relazioni internazionali, che aveva animato in profondità – più o meno consapevolmente - le costruzioni dell'universalismo medievale e del giusnaturalismo della prima età moderna (sul punto, v. ancora SCHMITT, *loc. cit. supra*, alla nota 14, nonché PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., specie pp. 22-23, nonché pp. 24 ss.): si tratta in altre parole, della percezione dell'impossibilità di riferire l'ordinamento delle relazioni interstatali dello *ius publicum europaeum* alle relazioni con gli “Stati extra-europei o non cristiani, o non inciviliti”: in linea di principio, è necessario “darsi la pena di indagare se vi siano singole norme applicabili a tali relazioni, porre cioè la questione nel senso se questa o quella norma sia obbligatoria per quegli Stati o rispetto a quegli Stati attraverso l'unico procedimento possibile” (vale a dire la convenzione), e in ogni caso è riaffermato che la “idea del diritto internazionale universale si riconnette alle teoriche del diritto naturale”.

⁴⁶ O, come pure si è affermato, esiste un modello pluralista “monotipico” (cfr. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 128 ss., 129. 133) riprendendo una nota distinzione risalente al Cammarata e fatta propria dal CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., I, p. 16: “anche la concezione statalistica è, a suo modo, pluralistica, poiché non disconosce di certo la molteplicità degli ordinamenti statali nel tempo e nello spazio. Ciò che propriamente la differenzia dalla concezione che si suol designare come «pluralistica» per antonomasia, cui qui si aderisce, è che, in quest'ultima, il pluralismo è *politipico* (rientrandovi i più diversi ordinamenti) laddove il pluralismo insito nella prima è *monotipico* (riferendosi ai soli ordinamenti del tipo Stato)”.

⁴⁷ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 84. Non sembra tuttavia che la suggestione comparatistica vada al di là dell'ausilio compilativo, come può desumersi dai riferimenti, nel testo, al “«diritto privato tedesco»” che può ricavarsi “dalla comparazione dei diritti particolari tedeschi” ed un “«diritto pubblico generale»” dalla comparazione dei diritti pubblici dei singoli Stati. In ogni caso, la suggestione – che affonda le proprie radici, secondo Triepel, nella letteratura internazionalistica del XVIII secolo (cfr. la nota 1 di p. 85, per la citazione di J. J. Moser che, nelle sue *Grundsätze des jetzt üblichen europäischen Völkerrechts*, del 1763, aveva distinto “un diritto internazionale derivante dai trattati conformi di più potenze sovrane” ed un “diritto internazionale «comparato»”) – appare assai significativa, e s'inserisce nell'ambito di un approccio chiaramente funzionalistico alla comparazione (citazioni). Il problema della costruzione di un ordinamento internazionale universalmente valevole s'intreccerà, nel corso della prima metà del XX secolo, con la ricerca di un fondamento di obbligatorietà non coincidente con la volontà degli stati, con la

In secondo luogo, e conseguentemente, l'assenza di una pubblicazione è dovuta al fatto che "il contenuto della volontà comune...è diritto nel momento stesso in cui la volontà comune è perfetta" dal momento che "ciò che genera la norma giuridica non è la dichiarazione della volontà comune, ma la reciproca dichiarazione delle singole volontà che in essa si fondono" perciò "non è necessario, né esatto, concepire questa norma giuridica come l'espressione della volontà di una comunione di Stati o di un sistema di Stati raffigurato come una collettività od altrimenti come una unità"⁴⁸. Pertanto, se la convenzione è idonea alla fusione delle volontà dei singoli stati in una volontà comune, ciò non implica che la volontà così formata costituisca la fonte del diritto posto dalla convenzione: è così chiarita l'intima essenza del procedimento di produzione normativa, ed è individuato con precisione il momento in cui sorge *dalle* volontà la norma.

D'altro canto, il ritorno *alle* volontà, dopo l'insistenza *sulla* volontà comune che si forma attraverso la *Vereinbarung*, se si giustifica con la tensione tra autonomia dell'ordinamento internazionale e sovranità, costituisce indubbiamente uno snodo problematico nell'andamento della riflessione triepeliana. Tanto ciò è vero, che lo stesso Autore ritiene necessario precisare immediatamente che non ha inteso, con tale affermazione, "chiamare in soccorso la teoria delle «autolimitazioni» che lo Stato impone a sé stesso"⁴⁹: la possibilità che un soggetto possa obbligarsi giuridicamente verso un altro soggetto "mediante il semplice imperativo diretto dal primo a sé stesso" è secondo Triepel un assurdo⁵⁰. L'essenziale eteronomia del

bipartizione della riflessione in due correnti: da un lato, la risposta del monismo viennese, con riguardo tanto alla sua versione rigidamente formalista (criticata nel Cap. I) quanto alla sua risoluzione neogiusnaturalista in Verdross (che peraltro prelude al vario rifiorire di tendenze giusnaturaliste nel secondo dopoguerra). D'altra parte, l'evoluzione della Scuola italiana che, da un lato, si rivolge alle teorizzazioni del fondamento consuetudinario, strettamente legate alla concettualizzazione di una struttura organizzata della società internazionale – come evidente, ad esempio, nell'opera di Sperduti del 1946 - (in ciò chiaramente risentendo, a parer nostro, delle suggestioni derivanti dall'istituzionalismo romaniano) e d'altro canto, cerca di rielaborare lo stesso fondamento volontaristico, generalizzandone la portata, attraverso la mediazione dell'elaborazione dogmatica del sistema delle fonti del diritto internazionale, dovuta essenzialmente al Perassi (1917), che eserciterà un'influenza significativa sullo stesso Anzilotti. Sul punto, v. *infra* nel testo, e anche il successivo cap. III.

⁴⁸ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 76.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, p. 77.

⁵⁰ Benché ciò sia esatto nel dominio dell'etica, cfr., *ivi*, p. 78: in campo giuridico, Triepel avverte che non è possibile confondere "il fondamento estragiuridico dell'obbligatorietà del diritto con la forma mediante la quale tale obbligatorietà prende vita": è ben possibile, in altre parole "considerare obbligatorio per me quanto costituisce il contenuto della volontà di un altro, perché la mia volontà è conforme a quel contenuto" e può darsi (l'A. non lo afferma ma lo ritiene

diritto obbliga a ritenere che “nella norma di diritto internazionale [nata in via convenzionale] lo Stato non ha di fronte a sé soltanto la propria volontà ma una volontà comune che è sorta mediante la cooperazione della volontà di altri Stati”⁵¹. Il momento del concorso tra le singole dichiarazioni di volontà e la formazione della volontà comune pertanto coincidono, ma ciò non implica che la vincolatività della volontà comune discenda dalla volontà dello stato di vincolarsi: la problematicità di una simile affermazione – che non scioglie il nodo del rapporto tra volontà collettiva e volontà del singolo stato – discende ancora una volta dal tentativo di fondare l'autonomia del diritto internazionale su premesse legate al positivismo volontaristico di matrice statualista.

Da un lato, infatti, il ripiegamento sulle singole volontà degli stati – che nasceva, invero, dalla stessa necessità di porre autonomamente la categoria dogmatica della *Vereinbarung* – era stato determinato, tra l'altro, dall'impossibilità di ravvisare nel sistema delle relazioni interstatuali una struttura organizzativa suscettibile di vincolare a sé stessa l'obbligatorietà del diritto prodotto⁵² (una “comunione di Stati, o un sistema di Stati raffigurato come una collettività od altrimenti come una unità”, come recita il passo richiamato).

“concepibile”) che “la generale obbligatorietà del diritto si fonda appunto sul fatto che la volontà del singolo è insita nella volontà comune che crea il diritto, e dura soltanto sinché dura questa condizione di cose”; ma questo “spiegherebbe soltanto come una volontà estranea a me possa vincolarmi, ma non proverebbe che io con un comando diretto a me stesso possa creare diritto tra me ed altre persone”. Nello stesso senso, cfr. ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale*, cit., p. 621: “il principio dell'autolimitazione tanto è giusto e fecondo nel campo della morale autonoma, altrettanto è arbitrario e deleterio nel campo del diritto, essenzialmente eteronomo”.

⁵¹ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 79. Cfr. anche il passo immediatamente precedente: “Io non riesco a concepire una norma giuridica che non si ponga come una autorità al di sopra dei subietti cui si dirige, né è possibile che una norma giuridica così fatta sia chiamata in vita da uno solo di questi subietti mediante un comando indirizzato a sé stesso. Il diritto che uno Stato da solo crea per le proprie relazioni con altri Stati non è diritto internazionale ma «diritto pubblico esterno»”.

⁵² Benché, nella tematizzazione delle forme rilevanti di convenzione, grande rilevanza fosse stata data (addirittura sulla scia delle suggestioni della *Genossenschaftstheorie* gierkiana, cfr. p. 57, nt. 4, sulla quale in generale v. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 9 ss.) alle convenzioni associative - laddove si era affermato che “dove l'importanza della convenzione si manifesta di gran lunga maggiore è nella fatto che essa costituisce la forma con cui una pluralità di persone concorda la futura fondazione di un consorzio che le abbracci tutte, una associazione, ed in particolare una corporazione” – da ciò non discende, e non avrebbe potuto, la presa di coscienza delle virtualità istituzionali delle convenzioni stesse, del fatto cioè che, anche a voler fondare volontaristicamente l'efficacia normativa della convenzione, quest'ultima resta intimamente legata alla nascita di una struttura organizzativa idonea ad inverare la dimensione della giuridicità.

D'altro canto, fondare l'obbligatorietà della volontà collettiva – sotto il profilo, ad esempio, della sanzionabilità delle violazioni⁵³ - sulla “intima pressione”, o sulla “potenza creatrice delle necessità economiche”⁵⁴, avrebbe comportato il riconoscimento di valenza fondativa al fatto sociale che, come abbiamo visto, è rilevante, nell'approccio positivistico - formale dei fondatori del dualismo esclusivamente a fini conoscitivi.

L'orizzonte della giuridicità è così significativamente ristretto, e l'obbligatorietà della norma internazionale non può pertanto essere determinata né da fattori di matrice sociale, extragiuridici in ragione delle stesse premesse di metodo, né dal riconoscimento di una autonoma soggettività normante nella comunità internazionale: l'esistenza di quest'ultima è esclusa, in particolare, in primo luogo dal richiamato ritorno *alle* volontà dei singoli stati nell'analisi del processo di produzione della norma internazionale – unito al rifiuto delle teorie dell'autolimitazione – e in secondo luogo dall'esclusione di ogni autonoma dimensione organizzativa a livello internazionale⁵⁵. Come affermerà Anzilotti, la

⁵³ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 104 ss.

⁵⁴ È quanto il TRIEPEL rimprovera a Preuss nella nota 1 di p. 106, come fonte di inaccettabile confusione tra “diritto” e “costumanze sociali” (della quale peraltro, secondo T., si sarebbe avveduto lo stesso Preuss): le espressioni riportate tra virgolette nel testo sono tratte dalla citazione triepeliana dell'opera di PREUSS, *Das Völkerrecht im Dienste der Wirtschaftleben*, del 1891.

⁵⁵ Se è vero, infatti, che, come ricorda PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., p. 21, l'accresciuta coscienza delle relazioni di interdipendenza tra gli stati, portò, tra la fine del XIX secolo e il primo ventennio del '900, all'istituzione di circa quaranta organizzazioni internazionali, d'altro canto non può dimenticarsi che l'approccio ricostruttivo alle stesse da parte dei Fondatori del dualismo è assai singolare, e risente della derivazione statualistica delle prime costruzioni dualistiche. Particolarmente rappresentativa la posizione di DONATI sulle Unioni amministrative e sulle Unioni giurisdizionali (rispettivamente alle pp. 407 ss. e 472 ss. de *I trattati internazionali...*, cit.). Quanto alle prime, Donati, nel richiamare i vari esempi di esse storicamente dati (Commissioni fluviali internazionali, unioni postali e telegrafiche, Commissioni sanitarie internazionali, cfr. p. 408), afferma che l'Unione amministrativa, mediante la quale “le amministrazioni di due o più Stati possono unire le loro forze per il raggiungimento di scopi comuni” non rappresenta mai “un ente statale distinto dagli Stati associati, un ente fornito di poteri di imperio propri”. L'impossibilità di ricondurre le organizzazioni internazionali alla forma Stato impedisce di attribuire ad esse qualsiasi rilevanza giuridica autonoma sul piano internazionale, riconducendole piuttosto ad emanazione degli Stati che ad esse hanno dato vita. Così, il trattato non potrà procedere all'istituzione degli organi comuni, che sarà invece affidata a norme giuridiche dei singoli Stati stipulanti, a ciò deputate (pp. 410-411); i funzionari dell'organizzazione saranno o funzionari del singolo Stato (pp. 412 ss.), o funzionari “comuni a tutti gli Stati associati” la cui nomina avviene con “atto comune o simultaneo” dei singoli Stati (ma non collettivo, “il quale, essendo un atto unico, dovrebbe essere compiuto dagli Stati associati in base ad un unico ordinamento giuridico: ciò che non è possibile per la nomina di un funzionario”, cfr. pp. 414 ss., in particolare p. 416, nota 1), o ancora “funzionari propri dell'ente rappresentato dalla comune organizzazione, nel senso che, quando alla comune organizzazione sia riconosciuta da taluno degli Stati associati o da tutti una personalità di diritto pubblico, il forza di tale personalità l'ente stesso potrà procedere all'istituzione di propri funzionari”, con la significativa precisazione che nessun rapporto di servizio intercorrerà tra il

volontà collettiva degli stati “non è volontà di un subietto distinto dagli stati, è semplicemente il risultato della riunione di più volontà di contenuto identico che *si obiettiva in una norma e sussiste in essa e per essa*”⁵⁶.

Ancora una volta, appare chiara l’influenza determinante del volontarismo, al limite, se si vuole, anche al di fuori di una concezione rigidamente statalista: ciò che più rileva, è che il confine tra mera affermazione di volontà e fondamento dell’obbligatorietà della norma in tal guisa prodotta si fa sempre più incerto, come reso evidente, nel richiamato passo di Anzilotti, dall’insistenza sull’obiettivarsi della volontà comune nella norma. Si rischia, in altre parole, di dover concludere sulle costruzioni dualistiche originarie, affermando che esse risolvono il fondamento dell’obbligatorietà del diritto internazionale nell’arbitrio degli stati. Lo stesso Triepel ne è consapevole, allorché si pone la domanda cruciale: “dove trae la sua forza obbligatoria questa supposta volontà comune, che sarebbe la fonte del diritto internazionale?”⁵⁷.

L’analogia con il regime della convenzione nel diritto interno⁵⁸ conduce, in questo senso, alla questione dell’individuabilità di un fondamento normativo dell’obbligatorietà della convenzione.

funzionario e l’ente internazionale, ma che si daranno piuttosto “altrettanti rapporti di servizio quante sono le personalità di diritto pubblico dell’ente” riconosciute dai singoli stati (pp. 420-421); ancora, gli atti degli organi comuni non saranno imputabili all’unione amministrativa, ma agli stati associati che abbiano attribuito quella competenza specifica all’organo comune (pp. 423 ss.). Insomma, conclude Donati, attesa l’inesistenza di un’amministrazione internazionale idonea a ricomprendere ed inquadrare al suo interno gli organi delle Unioni internazionali, gli organi dell’unione sono “organi di ciascuno degli Stati associati, sono momento dell’interna organizzazione di ciascuno; la loro attività rappresenta un’estrinsecazione dell’attività di ciascuno Stato e dei poteri da ciascuno conferiti e perciò non è qualificabile come attività di un’organizzazione giuridica degli Stati stessi” (p. 431). Allo stesso modo, per ciò che riguarda le Unioni giurisdizionali, Donati sottolinea che anche esse “non rappresentano enti internazionali distinti dalle persone degli associati e che perciò né i loro organi costituiscono elementi di un potere giudiziario internazionale, che...non esiste, né la funzione da essi esercitata può qualificarsi come giurisdizione internazionale” (p. 473); pertanto, gli organi delle unioni giurisdizionali non possono che essere organi comuni degli stati associati “e, come tali, nella realtà potranno valere ed agire solo se e in quanto in ciascuno degli Stati associati norme di diritto statale provvedano a costituire il rapporto di rappresentanza organica fra l’organo comune e lo Stato stesso” (p. 474).

⁵⁶ Cfr. ANZILOTTI, *Il concetto moderno dello Stato...*, cit., p. 627, corsivi miei.

⁵⁷ *Diritto internazionale...*, cit., p. 81.

⁵⁸ Che costituisce, in Triepel, necessaria premessa degli sviluppi della costruzione dell’ordinamento internazionale, come ben risulta laddove l’A. afferma che “le convenzioni fra gli Stati, se si prescindono dalla diversità dei subietti e dalla diversa natura dei rapporti cui esse si riferiscono, non si differenziano affatto dalle convenzioni fra individui: il concetto formale è in ambedue i casi lo stesso” (cfr. *ivi*, p. 67).

Nel diritto interno, il riconoscimento della capacità normativa della convenzione da parte di una preesistente norma di diritto obiettivo era parso a Triepel centrale nella costruzione dogmatica della *Vereinbarung*⁵⁹: ora, appare evidente che simile norma non può essere utilmente individuata nell'ordinamento internazionale, a meno di ricadere nel criticato errore delle posizioni giusnaturaliste. Infatti, si dovrebbe fondare l'obbligatorietà della volontà collettiva degli stati su un'altra norma di diritto internazionale, la quale tuttavia, per essere individuata secondo il metodo positivo, non potrebbe che essere fondata su quella stessa volontà, così risolvendosi la ricerca del fondamento in quel *regressus ad infinitum* che – come si è visto nel primo capitolo con riferimento alle teorie kelseniane - preoccupa gran parte delle costruzioni teorico-generaliste nella prima metà del Novecento. La risposta, anche in questo caso, è la restrizione dell'ambito della giuridicità, che si traduce in vero e proprio fallimento metodologico, come si è cercato di mettere in luce a proposito dell'opzione di metodo della dottrina pura del diritto. Il giurista, posto dinanzi al *regressus ad infinitum*, si vede costretto a bloccarne il decorso, affermando la natura metagiuridica del fondamento dell'obbligatorietà del diritto, giacché “ovunque e sempre si arriverà ad un punto in cui una spiegazione giuridica della obbligatorietà del diritto diviene impossibile...il fondamento, la ragione della forza vincolativa del diritto non è di natura giuridica”⁶⁰. Ma una simile conclusione non equivale forse ad affermare che il metodo – rigorosamente giuridico, perché positivo – seguito nell'individuazione del fondamento di obbligatorietà della norma, non ha raggiunto il suo scopo, in quanto non ha fornito una risposta rigorosamente giuridica al problema? Non equivale ad affermare che il giurista, per risolvere le questioni da cui dipende la stessa dignità epistemologica della sua scienza, ha bisogno di confrontarsi con gli apporti di altre scienze, procedendo però poi ad integrarne compiutamente i risultati nelle proprie costruzioni?

⁵⁹ Cfr., *ivi*, p. 58: “la convenzione è l'unico mezzo *ricosciuto dal diritto obiettivo* capace di far nascere dal concorso di più volontà individuali una volontà comune, vale a dire una volontà che deve considerarsi unica e distinta dalla pluralità delle singole volontà” (corsivi miei). Cfr. anche ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 55 ss.

⁶⁰ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 82, e anche p. 110 (“La fonte del diritto, talora prima, talora più tardi, ma ad un certo punto sempre, si trova nella necessità di invocare l'aiuto di forze di natura estragiuridica, e spesso anzi cede loro, per buone ragioni, il campo prima del bisogno”) ma cfr. anche ANZILOTTI, *Teoria generale...*, cit., pp. 68-69.

Non si tratta, in altre parole, di appoggiarsi a dati extragiuridici, ma di integrare gli orizzonti della giuridicità andando al di là dei confini, talvolta angusti, di un approccio dogmatico al diritto, ed in particolare alla pluralità degli ordinamenti giuridici⁶¹.

È ora necessario ripercorrere il tentativo di risoluzione del problema portato avanti da Triepel, e dallo stesso Anzilotti nel saggio del 1902, per mettere in luce come la restrizione dell'ambito della giuridicità appaia strettamente connessa alla difesa

⁶¹ La richiamata posizione dei fondatori prelude infatti alla saldatura tra costruzioni dualistiche originarie e approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici. In particolare, nell'evoluzione del pensiero di Anzilotti la saldatura dell'orientamento dualista con l'approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici (su cui v., *amplius, infra*, cap. III) condurrà al superamento del dilemma della norma fondamentale, e della chiusura del *regressus ad infinitum*. Nelle edizioni del 1923 e del 1928 del Corso di diritto internazionale (Oltre a ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., cfr. infatti anche ID. *Corso di diritto internazionale* (1928), pubblicato con l'aggiunta di note postume in ID. *Opere*, Padova, Cedam, 1955, I, pp. 1 ss.), infatti, il problema dell'efficacia obbligatoria della manifestazione della volontà collettiva degli stati viene innanzitutto ricondotto al principio *pacta sunt servanda*: la questione della giuridicità di quest'ultima norma – fondata di volta in volta sull'imperatività morale del consenso prestato (è il caso dei giusnaturalisti), sulla rete delle interdipendenze (è il caso delle teorie sociologiche e istituzionalistiche, Duguit, Romano, Scelle), cfr. QUADRI, *Le fondement...*, cit. pp. 593 ss. - che, potenzialmente, avrebbe potuto riaprire la corsa al fondamento è affrontata attraverso il riferimento al concetto di norma fondamentale, come declinato nella dogmatica delle fonti elaborata dal Perassi, vale a dire come *postulato* della conoscenza di un determinato sistema di norme, criterio formale idoneo a fondare il riconoscimento dell'appartenenza delle stesse ad un ordinamento (Cfr. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di diritto internazionale*, in Riv. dir. internaz. 1917, pp. 195 ss. e pp. 285 ss.; ID. *Introduzione alle scienze giuridiche*, in ID. *Scritti giuridici*, Milano, Giuffré, 1958, pp. 3 ss.). In altre parole, come afferma Anzilotti, il principio *pacta sunt servanda*, in quanto fondamento dell'obbligatorietà delle norme prodotte dalla volontà collettiva, “non è suscettivo di ulteriore dimostrazione dal punto di vista delle norme stesse” e “la dimostrazione che se ne dia da altri punti di vista (etico, politico, ecc.) è manifestamente irrilevante nei riguardi della disciplina che a quell'ipotesi si arresta” (Cfr. ANZILOTTI, *Corso...*(1923), cit., p. 27). Ne discende che “il principio «gli Stati devono rispettare i patti conclusi fra loro» costituisce pertanto il criterio formale che distingue le norme di cui parliamo dalle altre e le raccoglie ad unità: tutte le norme e soltanto le norme che si riconducono a quel principio, come alla fonte necessaria del loro valore obbligatorio, appartengono alla categoria della quale ci occupiamo. Queste norme costituiscono il *diritto internazionale*”. Il principio *pacta sunt servanda* viene pertanto assunto “come un valore oggettivo assoluto, o altrimenti come l'ipotesi prima e indimostrabile”(cfr. ID., *Corso...*(1928), p. 43): l'ascrivibilità di simile scelta metodologica agli influssi della dogmatica giuridica, piuttosto che al formalismo kelseniano (in questo senso, invece, SPERDUTI, *Le principe de souveraineté...*, cit., p. 372; per l'affermazione che l'opzione formalista nell'individuazione della fonte del diritto internazionale derivi dalla crisi delle teorie della volontà collettiva, determinate dal progressivo sfibrarsi del sistema di relazioni internazionali nel corso del primo quarto del Novecento, cfr. QUADRI, *op. cit.*, pp. 615 ss.) si fonda sulla considerazione che le premesse positiviste, e la stessa opzione dualista, non vengono messe in discussione. Il riconoscimento della natura di postulato alla norma fondamentale non si pone, infatti, sullo stesso piano della *grundlegende Hypothese* kelseniana. Si tornerà più diffusamente su questi temi nel corso del prossimo capitolo – nell'ambito della trattazione dell'approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti. Basti, in questa sede, aver sottolineato come la crisi della costruzione della volontà collettiva degli stati conduca, almeno nell'evoluzione del pensiero di Anzilotti, alla definitiva rinuncia ad ogni tentativo di comporre la tensione più volte rilevata tra autonomia dell'ordinamento internazionale e difesa della sovranità statale in favore di una riduzione dell'orizzonte di ricerca al profilo della conoscenza delle norme di diritto internazionale e alla loro sistemazione dogmatica.

della sovranità statale: simile tentativo prende le mosse, in entrambi gli Autori, dalla rigorosa distinzione tra convenzioni negoziali e convenzioni non negoziali, vale a dire tra convenzioni che danno vita a situazioni giuridiche soggettive e convenzioni esclusivamente normative. Infatti, se le prime hanno bisogno, per dispiegare la propria efficacia di una disposizione di diritto obiettivo – giacché, nell’ottica del positivismo statualista non si danno posizioni giuridiche soggettive se non nella misura in cui le stesse siano riconosciute dal diritto obiettivo – così non è per le convenzioni che danno vita a norme di diritto obiettivo, le quali possono dispiegare efficacia tanto in relazione ad altre norme giuridiche, quanto indipendentemente da esse⁶².

Una volta concluso, su queste basi, che le convenzioni produttive di norme internazionali rientrano in quest’ultimo gruppo, vale a dire una volta ammesso che l’accordo fra gli stati “possa creare, per virtù propria, ossia indipendentemente dalla preesistenza del diritto obiettivo, regole di condotta” aventi il carattere della giuridicità⁶³, il fondamento può essere ricondotto esclusivamente alla stessa affermazione della volontà collettiva.

La torsione statualista delle costruzioni dualistiche qui considerate – che avrebbe determinato, in buona sostanza, un ritorno alle criticate concezioni dei “negatori” del diritto internazionale – viene evitata solo in parte attraverso il riferimento al concorso tra gli stati, che risente della costruzione dell’ordinamento internazionale come una società di eguali persone giuridiche⁶⁴: si tratta, evidentemente, di uno

⁶² Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 63: “Se invece la convenzione è essa medesima diretta a creare diritto obiettivo, è possibile bensì che essa spieghi ugualmente efficacia soltanto alla stregua di altre norme, come avviene in specie quando un diritto obiettivo la stabilisce quale lo strumento che deve servire al proprio svolgimento ulteriore (si pensi al caso di una legge derivante da una convenzione, la cui «validità» dipende dalle statuizioni di una legge «superiore», la costituzione); ma è anche possibile che una convenzione tendente a creare norme di diritto obiettivo raggiunga il suo scopo indipendentemente da altre norme”.

⁶³ Cfr. ANZILOTTI, *Teoria generale...*, p. 56. Cfr. anche p. 62: “né storicamente, né logicamente si può escludere che l’accordo dei subietti interessati dia vita a regole di condotta aventi i caratteri del diritto, indipendentemente dall’esistenza di altre norme giuridiche; cosicché, ed ecco la nostra conclusione, mentre è inconcepibile una manifestazione di volontà diretta a creare diritti subiettivi, la quale non dipenda dal diritto obiettivo, non è affatto inconcepibile, nelle stesse condizioni, una manifestazione di volontà diretta alla formazione di una norma giuridica”.

⁶⁴ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 133, laddove l’A., dopo essersi ulteriormente confrontato con i negatori in merito all’autonomia della fonte del diritto internazionale, afferma: “Se nel campo del diritto internazionale lo Stato non si trova di fronte alla sua stessa volontà, ma ad un’altra volontà, per quanto formata col concorso della sua, questa fonte è diversa da quella da cui scaturisce il diritto interno, vale a dire il diritto che lo Stato da solo pone nei riguardi di tutto ciò che considera a sé soggetto. Né può valere in contrario la considerazione che la volontà dello Stato

snodo affascinante, che merita di essere sottolineato e mantenuto fermo, e rivela un nesso di continuità con le costruzioni giusnaturalistiche. Con ciò si contribuisce a sciogliere – almeno apparentemente, e ferme restando le critiche alle premesse metodologiche (la volontà collettiva qui considerata resta infatti confinata in ambito pre-giuridico) – il nodo problematico della tensione tra sovranità statale e autonomia del diritto internazionale.

La volontà comune degli stati, se ricostruita come esito dell'incontro tra più volontà di identico contenuto dirette a porre norme per la disciplina della condotta degli stati stessi, in cui la volontà singola mantiene intatta la propria sovrana capacità di normazione, riesce nel duplice scopo di salvaguardare la premessa della statualità del diritto e di fondare norme suscettibili di imporsi a quelle stesse volontà che vi hanno dato vita, grazie alla mediazione dell'alterità e del concorso: per lo stato, “la volontà comune” - conclude Triepel - “non rappresenta una volontà esclusivamente estranea, ma una volontà che è nel tempo stesso la volontà sua”⁶⁵. Questo ardito e affascinante tentativo di mediazione tra autonomia ed eteronomia, che riecheggia il parallelo dibattito che animava, in quegli stessi anni, il panorama giusprivatistico – e a cui non è estranea la stessa suggestione delle costruzioni giusnaturalistiche in materia di autorità del diritto internazionale⁶⁶ -

singolo è compresa nella volontà collettiva che genera il diritto internazionale. Se così fosse, ogni diritto, che ha valore per uno Stato e che fu creato con la sua cooperazione, dovrebbe dirsi derivante dalla stessa fonte d'onde scaturisce il diritto che lo Stato crea da solo”. In precedenza, l'A. aveva riconosciuto che “la forza obbligatoria che la volontà comune esplica rispetto alle volontà particolari dipende principalmente dal fatto che la volontà particolare, avendo contribuito alla formazione della prima, non si vede di fronte ad una volontà del tutto estranea; ma è anche vero che ciò che nella norma di diritto internazionale vincola lo Stato singolo non è la pura e semplice volontà propria”.

⁶⁵ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 82. Più avanti, l'A. riconoscerà che “la forza obbligatoria che la volontà comune esplica rispetto alle volontà particolari dipende principalmente dal fatto che la volontà particolare, avendo contribuito alla formazione della prima, non si vede di fronte ad una volontà del tutto estranea; ma è anche vero che ciò che nella norma di diritto internazionale vincola lo Stato singolo non è la pura e semplice volontà propria” (pp. 88-89).

⁶⁶ Ci si ricollega così alle affermazioni di cui *supra*, al par. 1.1: in relazione ad esse, vale richiamare un passo di Anzilotti particolarmente emblematico delle tensioni interne alle costruzioni dualistiche originarie: si tratta del passo conclusivo della parte generale del saggio del 1902 sulla responsabilità degli stati, che segue la faticosa ricostruzione del fondamento dell'obbligatorietà del diritto internazionale. Afferma Anzilotti (*Teoria generale...*, cit., pp. 73-74): “si può rimpiangere con Jellinek che la vecchia costruzione del diritto naturale, pressoché bandita da ogni altro ramo della giurisprudenza positiva, continui a celebrare le sue orgie nei sistemi del diritto internazionale. Ma sarebbe mancanza di senso storico e critico non comprenderne le profonde ragioni, sarebbe antiscientifico ignorare o trascurare quell'anima di verità che può trovarsi anche nelle dottrine più false. Credo anch'io che la concezione naturalistica possa e debba eliminarsi dal campo del diritto internazionale [...] ma credo con uguale certezza che, se non vogliasi insieme negare il diritto

non può tuttavia rappresentare un punto di arrivo soddisfacente, sia – come si è anticipato - per i limiti di carattere metodologico e per l'intrinseca particolarità del diritto così creato, quanto soprattutto, sotto il profilo della sua autonomia e autorità. Il possibile mutamento della volontà dello stato che ha concorso alla formazione della volontà comune, travolge infatti inevitabilmente l'obbligatorietà delle norme nate in virtù di essa: e a poco vale affermare che a tale scopo sarà necessaria una convenzione uguale e contraria (il che discende dal concorso)⁶⁷, o che il giurista può contentarsi di esser sicuro che lo stato *si sente vincolato* al diritto che ha contribuito a produrre⁶⁸. L'esclusione della volontà statale dall'orizzonte della giuridicità pregiudica l'autonomia del diritto internazionale, e mostra con immediatezza il rischio di una sua torsione nell'arbitrio.

Ma è soprattutto in relazione alle problematiche legate all'adattamento del diritto interno al diritto internazionale che le costruzioni dualistiche originarie mostrano i limiti derivanti dalla loro stessa origine statualista: è in quell'ambito che, come subito vedremo, la distinzione tra i due ordinamenti si traduce in una separazione rigida, la quale – basata sull'autonomia della fonte, e sulla irriducibile differenza di soggetti e contenuto normativo – appare strettamente funzionale alla salvaguardia del dogma della sovranità.

internazionale, ciò sia possibile soltanto ad un patto, che si affermi e si dimostri perentoriamente che questo diritto non cessa di essere quello che sempre si è inteso che fosse, un'autorità, un potere sopra gli stati [nella nota 1 di p. 74, l'A. chiarisce tale espressione, precisando che non intende fare riferimento ad un potere organizzato posto al di sopra degli stati ma al "carattere delle norme giuridiche poste dagli stati", NdA]. Se ammettiamo che la fonte formale delle norme giuridiche internazionali sia la volontà collettiva degli stati [...] lo stato non ha più di fronte a sé la sua volontà, né quella di un altro stato qualunque, che giuridicamente sarebbe uguale alla sua, ma una volontà distinta e superiore, come lo è ogni volontà collettiva di fronte alle volontà particolari da cui risulta: onde possiamo ben dire che il diritto internazionale esprime una potestà a cui lo stato è soggetto, riprendendo così in senso positivo, concreto, ed anche eticamente più elevato, il vecchio concetto del diritto naturale".

⁶⁷ TRIEPEL, *Diritto internazionale*, cit., p. 88: se "il contenuto di una convenzione intesa a stabilire una regola si pone rispetto agli Stati che han partecipato alla convenzione come una vera e propria norma di diritto, ne deriva che essi non possono singolarmente disimpegnarsene con un atto unilaterale di volontà. Una norma giuridica creata mediante convenzione non può essere abolita a sua volta che con un'altra convenzione; ciò che è venuto in vita per opera di una volontà comune può essere distrutto soltanto col mutamento di questa stessa volontà comune e non col mutamento di una delle particolari volontà in essa implicite".

⁶⁸ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit. p. 83.

2. L'adattamento al diritto internazionale secondo le costruzioni dualistiche originarie

2.1. Premessa: separazione e concezioni produttivistiche dell'adattamento

Punto di partenza per l'analisi del problema dell'adattamento del diritto statale al diritto internazionale secondo le costruzioni dualistiche originarie è il dato – più volte sottolineato nel paragrafo precedente – della separazione tra i due ordinamenti, modellata dai fondatori in termini di impermeabilità tra i sistemi, “due cerchi che al più si toccano, ma non si intersecano mai”⁶⁹. Già si è notato come la premessa della separazione tra i due ordinamenti discenda, in primo luogo, dalla fondazione del diritto internazionale su autonoma fonte, identificata con la volontà collettiva degli stati: si è altresì sottolineato come i condizionamenti statualistici nella costruzione dogmatica della volontà collettiva si traducano in altrettanti limiti, e pregiudichino in maniera significativa l'autonomia dell'ordinamento internazionale rispetto al diritto di fonte statale.

Ora, proprio le considerazioni dei fondatori in tema di adattamento confermano – con taluni temperamenti nell'opera di Anzilotti - l'assunto di partenza secondo cui l'affermazione della separazione e dell'incomunicabilità tra diritto interno e diritto internazionale appare funzionale alla difesa della sovranità statale, più che alla costruzione dell'autonomia dell'ordinamento internazionale.

In linea di principio, la separazione – come impermeabilità - tra ordinamento interno e internazionale non è infatti conseguenza necessaria di una costruzione pluralistica – lo si vedrà nel prossimo capitolo confrontando approccio dogmatico e approccio istituzionalistico alla pluralità degli ordinamenti giuridici - ed è per questo che si sono tenuti separati il momento della fondazione di un autonomo ordinamento internazionale, dalla trattazione del profilo della separazione. Quest'ultima incide sul piano dell'adattamento - vale a dire sul piano della ricostruzione dei congegni che mirano a garantire l'efficacia del diritto internazionale all'interno dello stato - nel senso di determinare la necessità di spostare decisamente il problema dell'adattamento sul piano della produzione

⁶⁹ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit. p. 111.

normativa: se infatti vi è impermeabilità tra gli ordinamenti, il problema dell'adattamento si traduce nel problema di integrare la fonte dell'obbligo internazionale attraverso il ricorso ad un atto riconducibile alla volontà statale, idoneo a vincolare organi e "sudditi" dello stato al rispetto della norma così prodotta.

La separazione, insomma, appare chiaramente funzionale a concezioni produttivistiche dell'adattamento al diritto internazionale. Un simile modo di vedere, tuttavia, sembra a sua volta risentire di un appiattimento di prospettiva, dovuto all'errore di considerare le versioni originarie del dualismo con una sensibilità e con strumenti di studio profondamente – quanto talvolta inconsapevolmente – legati all'influenza della dogmatica giuridica. Come meglio vedremo nel prossimo capitolo, non può negarsi che - essenzialmente in virtù dell'opera di sistemazione condotta dal Perassi lungo tutta la prima metà del XX secolo – la rielaborazione del dualismo da parte della Scuola italiana del diritto internazionale, e non solo (si pensi ai percorsi di elaborazione di una dogmatica delle fonti in seno alla scienza costituzionalistica)⁷⁰ si sia progressivamente assestata su posizioni profondamente condizionate da un approccio dogmatico allo studio delle fonti del diritto internazionale e della stessa pluralità degli ordinamenti giuridici, e dunque abbia fatto propria una concezione produttivistica dell'adattamento al diritto internazionale a sua volta determinata dall'incontro tra teorie pluralistiche e principio di esclusività dell'ordinamento statale. Ma sarebbe profondamente erroneo – perché antistorico – “leggere” le teorie dell'adattamento maturate nell'ambito delle costruzioni dualistiche originarie secondo criteri propri di una prospettiva dogmaticamente orientata; la sostanziale identità di risultati cui entrambe le correnti pervengono, che deriva dalla richiamata saldatura tra dualismo e approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici, e si traduce proprio nella declinazione produttivistica dell'adattamento, non deve indurre in errore: in altre parole, la separazione tra ordinamenti da cui muovono le teorie dell'adattamento dei fondatori non può essere confusa con il principio di esclusività dell'ordinamento giuridico statale, che ispira la rielaborazione della teoria della pluralità degli ordinamenti secondo la dogmatica giuridica. Per ragioni

⁷⁰ Cfr. ancora PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, cit.

metodologiche, innanzitutto, dal momento che il metodo positivo dei dualisti – che pur muove dalla netta separazione di norma e fatto a fini conoscitivi – non può essere confuso, come si vedrà, con il metodo dogmatico, che del primo costituisce un momento di sviluppo. Ma soprattutto, per una maggiore ampiezza di orizzonti: nei dualisti classici, infatti, la concezione produttivistica dell’adattamento non è determinata – a differenza dei dogmatici – esclusivamente sul criterio formale dell’autonomia della fonte – pure fondamentale, come si è visto, nella stessa fondazione dell’ordinamento internazionale – ma anche da criteri di carattere materiale. Ciò perché la stessa separazione tra diritto interno e diritto internazionale non è dovuta esclusivamente all’autonomia della fonte, la quale peraltro pone i problemi di cui si è discusso, ma alla netta distinzione dei soggetti dei due ordinamenti e, soprattutto, del contenuto degli stessi, senza perdere di vista lo stretto legame che intercorre tra i due criteri di distinzione⁷¹.

2.2. *L’adattamento: tra autonomia formale e autonomia materiale.*

Appare infatti insopprimibile, ai fondatori, la distinzione tra i rapporti giuridici disciplinati dai due ordinamenti⁷²; mentre l’ordinamento statale è deputato alla disciplina dei rapporti tra gli individui, così come dei rapporti verticali di questi ultimi con il potere costituito, l’ordinamento internazionale ha ad oggetto la disciplina dei rapporti tra gli stati, che di esso sono i soli soggetti⁷³. Tali rapporti,

⁷¹ Ad esempio, il Triepel sostiene, già nell’introduzione al volume del 1899, che le relazioni tra diritto interno e diritto internazionale debbano essere riguardate sia dal punto di vista della fonte che dal punto di vista del contenuto (cfr. pp. 9 ss., p. 11), precisando poi che le due prospettive non possono tenersi affatto separate giacché “le due specie di relazioni si possono variamente intrecciare e trovarsi congiunte; ché anzi nei casi più importanti il rapporto tra l’una fonte del diritto e l’altra presenta un vero interesse solo pel fatto che le loro norme abbiano un determinato contenuto” (cfr. p. 163).

⁷² Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 13 ss.

⁷³ Sul progressivo allargamento del novero dei soggetti dell’ordinamento internazionale, cfr. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 19 ss., p. 21, il quale riconduce la progressiva emersione di fenomeni di cooperazione internazionale, da un lato alla percezione dell’interdipendenza tra gli stati preconizzata da Marx ed Engels, come coesistente alla diffusione del capitalismo, e d’altro canto allo stesso universalismo dei mercati. Non può dimenticarsi tuttavia che la reazione del positivismo statualista al moltiplicarsi delle organizzazioni internazionali consiste in una loro riduzione ad emanazioni degli stati (cfr. i passi di DONATI, cit. *supra*, alla nota 56). L’allargamento della soggettività di diritto internazionale si compirà in un primo momento grazie alla mediazione delle teorie istituzionaliste, almeno con riferimento alle organizzazioni internazionali e alla Santa Sede (cfr. ROMANO, S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1934), mentre per un ripensamento del problema della soggettività internazionale degli

ad esempio secondo Triepel, hanno natura privatistica, cioè non autoritativa, in quanto sussistono tra soggetti fra di loro coordinati⁷⁴, e già si è visto come tale assunto sia per i fondatori funzionale all'elaborazione della *Vereinbarung* come norma fondamentale dell'ordinamento internazionale. Ciò che più rileva, a questo punto, è sottolineare la radicale diversità dei rapporti disciplinati dai due ordinamenti: una volta presupposto che un diritto internazionale esista, “esso si differenzia dal diritto interno appunto per la diversa natura dei rapporti che regola [...] diritto internazionale e diritto interno, presupposto che sgorghino da fonti diverse, non possono non avere un contenuto diverso”⁷⁵. Il criterio materiale si affianca pertanto al criterio formale dell'autonomia della fonte, ed assume rilevanza centrale nella ricostruzione delle dinamiche dell'adattamento. Esso appare altresì funzionale a chiarire il problema della posizione dell'individuo nel diritto internazionale, giacché quest'ultimo, non potendo essere soggetto di diritti ed obblighi in un ordinamento che ha ad oggetto esclusivo la disciplina di relazioni interstatuali, potrà al più concepirsi come “oggetto di diritti ed obblighi internazionali”⁷⁶.

La distinzione materiale tra ordinamento interno ed internazionale – che discende direttamente dalla concezione positiva del diritto internazionale – conduce così a rifiutare la tradizionale opzione giusnaturalista in favore della soggettività internazionale dell'individuo, a sua volta coesistente ad una costruzione monista che affermava l'eguale cogenza nei confronti di stati ed individui di “un ordine giuridico risultante da un sistema di determinazioni razionali assolute, e quindi applicabili egualmente ad ogni specie di umani rapporti”⁷⁷.

individui (incontestata nelle più antiche costruzioni giusnaturaliste) dovrà attendersi il secondo dopoguerra, con la stesura della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nel 1948 (a tale proposito, cfr. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Padova, 1950)

⁷⁴ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 21: “Forse io posso dire senza tema di essere frainteso: i rapporti giuridici che uno Stato fa sorgere fra sé medesimo ed altri Stati *mediante propri atti legislativi* sono di natura pubblicistica; i rapporti che sorgono dalle norme emananti eventualmente da una comunità formata di Stati coordinati fra loro sono di natura individualistica, privatistica. Nel primo caso si tratta di rapporti fra uno Stato sovrano ed uno Stato ad esso subordinato; nel secondo caso di rapporti fra subietti coordinati fra loro”.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ivi*, p. 22.

⁷⁷ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, cit., pp. 303 ss., p. 305. Afferma ancora Anzilotti, p. 307 che simile posizione deriva dal “carattere così spiccatamente individualistico di quelle scuole filosofiche” giacché “i giuristi del *Naturrecht* sono quelli che hanno avuto più saldo il concetto, e lo hanno logicamente svolto, del diritto della individualità, base

Se la discontinuità metodologica appare evidente – in parte lo si è già visto – non altrettanto marcata appare la rottura sul piano degli esiti. La mediazione giusprivatistica, centrale nell’elaborazione della categoria dell’accordo internazionale, pur affiancandosi alla decisa opzione per il metodo positivo, sembra tracciare una linea di continuità, che ha nel diritto romano e nella “trasposizione dogmatica dal diritto interno al diritto internazionale” (rimproverata da Anzilotti alle scuole “filosofiche” ma altresì ampiamente utilizzata, come dimostra tutto l’andamento della costruzione triepeliana della *Vereinbarung*) i propri segni distintivi⁷⁸: anche la stessa riduzione privatistica delle relazioni internazionali - affermata con decisione da Triepel, come si è appena visto, e determinata dalla stessa costruzione dell’ordinamento internazionale quale società di soggetti pariordinati - contribuisce ad escludere una autonoma dimensione organizzativa a livello internazionale (nella misura in cui si ritenga che questa debba necessariamente implicare rapporti di sovra- e sottordinazione tra gli stati) e segna, al tempo stesso un’ulteriore significativa linea di continuità con l’approccio giusnaturalista al diritto internazionale, attraverso la comune mediazione degli istituti romanistici e giusprivatistici⁷⁹.

Da un lato, infatti, la costruzione positiva del diritto internazionale, conduce a sigillare la dimensione della statualità nella sua proiezione esterna, facendo degli stati gli unici soggetti dell’ordinamento internazionale, e dei rapporti fra di loro intercorrenti l’unico oggetto possibile del diritto prodotto mediante l’incontro tra le loro volontà. D’altro canto, come si è visto in relazione alla trasposizione statualistica del dogma della volontà, anche l’affermazione della natura privatistica dei rapporti interstatuali, unitamente allo stesso riconoscimento della personalità statale, valgono a segnare significativi tratti di continuità con le costruzioni giusnaturaliste del diritto internazionale⁸⁰.

e centro di tutte le loro costruzioni ideologiche, causa prima e scopo supremo degli organismi etici, della società e dello stato. E non l’individuo reale, concreto, non l’uomo della vita e della storia; ma l’individualità astratta e separata da ogni attinenza col mondo dei fatti, non tanto cooperante e concorrente con altre individualità, quanto con queste semplicemente coesistente, che con un atto della sua volontà crea, così la società, come tutte le altre possibili ed indefinite posizioni giuridiche”.

⁷⁸ Cfr., *ivi*, p. 310.

⁷⁹ Benché simili influenze siano decisamente negate sul piano metodologico, cfr. *supra*, nota 16.

⁸⁰ Queste ultime infatti, avevano preso le mosse dall’eguale soggettività internazionale di individui e stati per accedere allo strumentario tecnico predisposto dal diritto romano nella costruzione del

Nell'ottica dei fondatori, tuttavia, l'opzione per il metodo positivo preserva dal pericolo della compenetrazione reciproca tra diritto interno e diritto internazionale che, nelle costruzioni "filosofiche" appariva determinata dall'assenza di distinzione della fonte, e dalla confusione tra i rapporti disciplinati, a sua volta derivante dall'attribuzione di soggettività internazionale all'individuo⁸¹.

Con l'esclusione della soggettività internazionale degli individui si esclude, peraltro, che il trattato internazionale possa dispiegare la propria efficacia direttamente nei confronti di essi: è questo uno snodo fondamentale nell'approccio (anche) materiale alle problematiche legate all'adattamento che caratterizza la posizione dei fondatori. Ne deriva infatti che la titolarità da parte di un individuo di diritti e obblighi di fonte internazionale "non può essere effetto che di una norma di diritto interno, la quale a sua volta può senza dubbio essere strettamente connessa con una norma di diritto internazionale"⁸². Né può trarre in inganno, sottolinea Triepel, la formulazione delle convenzioni internazionali che appare "ben di rado...conforme alla vera natura dei rapporti che regolano"⁸³. Esse, infatti, molto spesso contengono disposizioni apparentemente rivolte ai "sudditi", che attribuiscono loro "delle capacità, dei diritti, degli obblighi" e che, tuttavia, restano dirette esclusivamente agli stati contraenti: occorrerà infatti "estrarre da queste disposizioni, confezionate sin da principio in servizio della futura legislazione interna «conforme alle regole internazionali», il vero e proprio contenuto di diritto internazionale", vale a dire l'obbligo di adozione del diritto interno conforme al

sistema delle relazioni internazionali: come afferma ANZILOTTI, *loc. ult. cit.*, non può dimenticarsi infatti "l'azione esercitata dall'incontro fra la costruzione ideologica del diritto naturale ed il sistema del diritto romano...il diritto romano, modello insuperabile di razionale determinazione dei momenti essenziali del rapporto giuridico e di differenziazione del criterio della giustizia da tutti gli altri aspetti della cooperazione sociale, se, appunto per questo, poté fornire ai filosofi dei secoli decimosettimo e decimottavo la materia delle loro astratte costruzioni anche quando inconsapevolmente essi credevano di attingerla dal fondo della ragione, divenne altresì, per questa via, una nuova causa di assimilazione delle relazioni giuridiche internazionali a quelle regolate dal diritto interno: alla comunanza della fonte onde emana il precetto giuridico, si aggiunge il contenuto della norma, la materia delle determinazioni concrete; è una vera trasposizione dogmatica dal diritto interno al diritto internazionale, effetto e causa, a un tempo, di una sostanziale affinità di esigenze e di caratteri".

⁸¹ Cfr. ANZILOTTI, p. 313.

⁸² TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 22-23.

⁸³ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 23. Sul punto v. anche DONATI, *I trattati internazionali...*, cit. pp. 285 ss.

diritto internazionale o da esso imposto⁸⁴. Sorprendentemente per un giurista positivo, il testo è piegato alle esigenze del sistema: conclusione tanto più significativa, se si considera che gli esempi fatti da Triepel riguardano i trattati di “stabilimento, di commercio, di navigazione, così caratteristici del nostro secolo”⁸⁵. L’impulso storico alla cooperazione internazionale, che pervade un periodo pure così condizionato dal protagonismo degli stati – nella difficile composizione tra crescente universalismo dei mercati, nazionalismi e spinte imperialistiche⁸⁶ – è così ricondotto, dal giurista, ad una costruzione sistematica che, ancora una volta, appare chiaramente funzionale all’affermazione della sovranità statale: sicché, con il testo delle convenzioni internazionali, è la storia stessa ad esser piegata alle esigenze di sistema.

La stretta interconnessione tra autonomia materiale e autonomia formale degli ordinamenti risulta dalla stessa separazione tra diritto interno e diritto internazionale: “se è vero cioè che il diritto internazionale ed il diritto interno non possono regolare gli stessi rapporti, è impossibile che tra le fonti dei due diritti si verifichi il caso del così detto concorso”⁸⁷.

L’impermeabilità tra gli ordinamenti a livello materiale si trasmette cioè di necessità alle relazioni tra le fonti ed anche il criterio materiale, pertanto, si risolve in uno strumento di difesa della sovranità dello stato.

Così, pur con le comprensibili oscillazioni legate alla stessa possibilità che norme di fonte internazionale presentino un contenuto astrattamente compatibile con l’oggetto del diritto interno, nell’opera dei fondatori l’adattamento si risolve in una operazione duplice di integrazione della fonte e del contenuto della disposizione di diritto internazionale, laddove l’integrazione della fonte ne garantisce l’efficacia interna, mentre l’integrazione del contenuto l’applicabilità. Ne consegue che, anche nel caso di contenuto normativo di fonte internazionale astrattamente idoneo ad essere applicato all’interno dello stato, la recezione da parte del diritto interno consisterà in una “statuizione di diritto nuovo, con la creazione cioè di un’altra norma” vale a dire “una norma derivante da un’altra fonte e semplicemente

⁸⁴ TRIEPEL, *op. loc. ult. cit.* Sulla distinzione tra diritto interno rilevante o irrilevante, conforme o contrario, imposto o permesso dal diritto internazionale, cfr. TRIEPEL, *op. cit.*, pp. 269 ss.

⁸⁵ TRIEPEL, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁶ Su cui v. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 19-38.

⁸⁷ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 25.

identica pel contenuto”. Si tratti insomma di “riproduzione della norma trasformata nel suo contenuto” o di “vera recezione”, resta fermo che la fonte di diritto interno “deve sempre esplicitare una attività propria per assimilarsi una norma creata” dalla fonte del diritto internazionale⁸⁸. Sulla questione se simile attività possa coincidere con la pubblicazione del trattato, Triepel e Anzilotti forniscono risposte in parte diverse, pur contestando fermamente le teorie di quanti sostenevano che per il solo fatto della pubblicazione il trattato potesse acquistare valore di legge interna⁸⁹.

Entrambi gli Autori muovono dalla premessa dell’idoneità del trattato a creare diritto interno “senza bisogno di un apposito atto di volontà dello Stato a ciò diretto”⁹⁰, giacché la manifestazione di volontà statale confluita nella stipula del trattato appare assolutamente “inidonea a creare diritto interno, perché è rivolta a tutt’altro scopo”⁹¹, vale a dire alla disciplina di rapporti materialmente diversi da quelli disciplinati dall’ordinamento statale⁹².

Da un lato, tuttavia, Triepel sembra inizialmente concludere nel senso dell’irrelevanza della pubblicazione ai fini dell’adattamento del diritto interno al diritto internazionale prodotto dal trattato⁹³, poiché, afferma, “il sorgere del diritto all’interno dello Stato è dovuto sempre ad un apposito atto di volontà dello Stato, distinto e separato dagli atti da esso compiuti partecipando alla formazione del

⁸⁸ Cfr. *ivi*, p. 112.

⁸⁹ Cfr. *ivi*, pp. 115 ss.; ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., pp. 373 ss.

⁹⁰ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 117.

⁹¹ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p., 374.

⁹² Nello stesso senso, cfr. anche DONATI, *I trattati internazionali...*, cit., pp. 285 ss., con accento sulla distinzione soggettiva tra i due ordinamenti (muovendo dal problema delle clausole pattizie formulate direttamente nei confronti dei soggetti dell’ordinamento interno), in particolare laddove afferma, a p. 286 che “perché un trattato possa ritenersi produttivo di effetti giuridici anche per i sudditi, bisognerebbe ammettere o che i sudditi fossero capaci di diritti e di doveri internazionali e quindi che diritti e doveri internazionali potessero ad essi derivare anche da trattati, oppure che o il trattato come tale o per sé ciascuna delle dichiarazioni di volontà statale che lo costituiscono fosse produttiva di effetti giuridici di diritto statale, vale a dire fosse o fonte di diritto oggettivo statale o titolo costitutivo di diritti subbiettivi statuali”. Ma tanto la soggettività internazionale degli individui, quanto l’idoneità della volontà statale “esterna” a creare norme di diritto interno vengono escluse sulla base della premessa metodologica della concezione positiva del diritto internazionale.

⁹³ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., pp. 117-119, laddove afferma che “il trattato resta trattato anche se è pubblicato in una raccolta ufficiale di leggi o altrove, non ha assolutamente efficacia che nei rapporti interstatuali, e si può parlare di soltanto di validità di un trattato a norma del diritto internazionale, ma non mai di una validità di esso a norma del diritto interno...anche il trattato pubblicato dallo Stato è obbligatorio soltanto per gli Stati, ed è ancora una volta erroneo dire che con la pubblicazione esso acquisti forza obbligatoria per i sudditi del relativo Stato: per loro sarà obbligatorio, non il trattato, ma la norma che sia per emanare lo Stato” giacché il trattato, che non può mai creare diritto interno, può piuttosto “fornire e fornisce anzi spesso l’occasione di crearlo”.

diritto internazionale”⁹⁴, lasciando balenare poco più avanti la possibilità che la pubblicazione costituisca una “forma imperfettissima” di “emanazione della correlativa legge interna conforme al trattato”⁹⁵. Se, infatti, dalla “forte presunzione” che lo stato voglia adempiere ai propri obblighi internazionali non può farsi discendere “l’esistenza di norme «non legiferate» di diritto interno prescritto dal diritto internazionale”⁹⁶, ciò non esclude che dalla pubblicazione del trattato possa dedursi “la volontà dello Stato di fare tutto quello che il legislatore può fare per adempiere agli obblighi desumibili dal contenuto del trattato”⁹⁷.

D’altro canto, Anzilotti ricostruisce l’istituto della pubblicazione del trattato in modo più articolato, sviluppando profili che nell’elaborazione triepeliana appaiono inespressi, quale essenzialmente il legame tra integrazione della fonte (mediante ricorso ad atto di volontà statale distinto da quello diretto alla formazione del diritto internazionale) e integrazione del contenuto della norma internazionale. Secondo Anzilotti, infatti, anche a voler ammettere (ma l’Autore non lo accetta) che effetto della pubblicazione sia quello di attribuire al trattato efficacia interna – imprimendo ad esso “il carattere dell’obbligatorietà di fronte ai privati e agli organi dello stato, di guisa che lo stesso ente giuridico sarebbe un trattato nei rapporti internazionali e una legge nei rapporti interni”⁹⁸ – il problema rimarrebbe in piedi, dal momento che il trattato è per sua natura inidoneo ad “acquistar forza di legge” ed “il fatto della pubblicazione non può certamente fargli cambiar natura”. Il problema, insomma, non è tanto quello di riconoscere o meno idoneità produttiva alla pubblicazione, quanto piuttosto quello di evitare di attribuire al trattato un’idoneità alla creazione di norme giuridiche interne che esso, per sua natura, non possiede⁹⁹. In altre parole, l’integrazione della fonte non è sufficiente a

⁹⁴ Ivi, p. 119.

⁹⁵ Ivi, p. 121.

⁹⁶ Cfr. ivi, p. 392. Cfr. anche p. 395 “il principio pel quale nel dubbio si ha da presumere che lo Stato voglia serbarsi fedele ai suoi obblighi internazionali, spiega poi una particolare efficacia quando non si tratta più di interpretare il diritto sicuramente esistente, ma di decidere se determinati fatti abbiano creato diritto interno. Qui non è più questione di vedere se una norma esistente abbia un contenuto conforme al diritto internazionale, ma di accertare se sia addirittura venuta in vita una norma avente siffatto contenuto”.

⁹⁷ “[...] di modo che v’è in questo caso la presunzione che lo Stato voglia porre diritto, che il contenuto di questo diritto corrisponda al trattato, e che venga in vita tutto il diritto che può sorgere, dato il singolare sistema adottato per crearlo” (cfr. ivi, p. 396).

⁹⁸ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 376.

⁹⁹ A p. 374 l’Autore, nel criticare le concezioni diffuse tra i suoi contemporanei precisa chiaramente, pur tacendo sull’eventuale efficacia normativa della pubblicazione, che ad essere

rendere il trattato applicabile all'interno dello stato (mentre al limite, potrebbe conferirgli efficacia interna), per una insopprimibile inidoneità materiale del trattato alla produzione di norme interne: “un trattato resta sempre un trattato, ossia un atto giuridico internazionale, che crea diritti e doveri per gli stati, e soltanto per gli stati”¹⁰⁰.

Si affaccia a questo punto, nell'elaborazione di Anzilotti, una novità importante, che fa salva la funzione produttiva della pubblicazione – largamente difesa dalla dottrina a lui contemporanea¹⁰¹ – unitamente all'autonomia materiale dell'ordinamento internazionale. Se la volontà dello stato manifestata all'atto della pubblicazione non può avere come contenuto l'attribuzione di efficacia interna, né tantomeno può valere a fondare la possibilità di una diretta applicazione del trattato, in quanto tale, da parte dei giudici – profilo che, come subito vedremo, è centrale nell'andamento del saggio del 1905 – essa “deve avere un altro contenuto”, certo funzionale a garantire l'efficacia ed il “valore pratico” del trattato, ma senza “voler dare al trattato una natura ed un'efficacia che non può avere”: piuttosto, pertanto, la pubblicazione potrà valere a “porre in essere le norme giuridiche richieste dal trattato e necessarie per la sua esecuzione”¹⁰². La differenza, pur minima, rispetto all'elaborazione triepeliana del problema consiste dunque nell'idoneità della pubblicazione a creare “le norme giuridiche indispensabili all'adempimento” del dovere internazionale dello stato, atto di produzione normativa “interamente nuovo e di per sé stante”¹⁰³: si tratta di uno snodo importante, che prefigura sviluppi fondamentali dell'approccio della Scuola italiana al problema dell'adattamento.

“inammissibile, quanto generalmente sostenuto” è “il concetto che il trattato internazionale abbia, nell'interno degli stati contraenti, il carattere e il valore di una legge”.

¹⁰⁰ Cfr. ancora p. 376.

¹⁰¹ Cfr. le citazioni, ivi, alla nota 62 di p. 373.

¹⁰² Ivi, p. 377. Secondo DONATI, *I trattati internazionali*, cit., pp. 320 ss., lo stesso effetto può essere prodotto da una norma costituzionale che disponga che “pel fatto stesso della stipulazione di un trattato dovessero ritenersi attuali le norme di diritto necessarie alla sua esecuzione”, con la duplice precisazione che, da un lato, l'idoneità a produrre norme interne continuerebbe a risiedere in un atto di volontà statale (la norma costituzionale attributiva di efficacia, cfr. pp. 321-322) e che, d'altro canto, sul piano materiale, in virtù dell'attribuzione di efficacia alla stipulazione non si assiste ad una attribuzione di efficacia interna alle norme del trattato, ma semplicemente alla produzione delle “norme di diritto obiettivo necessarie alla sua esecuzione” (p. 320).

¹⁰³ Ivi, p. 377.

Anche in Anzilotti, tuttavia, autonomia formale e autonomia materiale dei due ordinamenti appaiono strettamente correlate, finendo per compenetrarsi nella concreta ricostruzione delle dinamiche di adattamento: lo si è visto nel caso specifico della pubblicazione del trattato, ma le considerazioni svolte in quella sede potrebbero ripetersi con riferimento all'ammissione, da parte dello stesso Anzilotti della possibilità generale di procedere all'adattamento mediante "rinvio" al diritto internazionale. È significativo, in particolare, che l'Autore, pur riconoscendo il frequente utilizzo dello strumento del "rinvio" per la determinazione delle norme applicabili a determinati fatti di rilevanza internazionale, così come per la determinazione degli effetti giuridici dei medesimi¹⁰⁴, escluda decisamente che dall'espedito del rinvio possa essere dedotta l'idoneità – formale o materiale – del diritto internazionale richiamato a porre norme direttamente applicabili nell'ordinamento interno. Piuttosto, il rinvio consiste in "un modo speciale abbreviato con cui il legislatore emana le norme giuridiche interne permesse o volute dal diritto internazionale"¹⁰⁵; anche Triepel era giunto a conclusioni analoghe, laddove aveva affermato che, in caso di rinvio (qualificato come conseguenza di "norme «in bianco» che non operano recezione"), il diritto interno "non riproduce un diritto creato da un'altra fonte, ma produce norme giuridiche che stanno in armonia con un altro diritto", argomentando proprio sulla base dell'inidoneità materiale del diritto internazionale richiamato a disciplinare rapporti di diritto interno¹⁰⁶. Come nel caso della

¹⁰⁴ Ivi, p. 346: "dato...un fatto interessante i rapporti internazionali, lo stato rinvia al diritto internazionale, sia per la determinazione delle norme che devono essergli applicate, sia per la determinazione di alcune conseguenze giuridiche che esso ne vuol derivare".

¹⁰⁵ Ivi, p. 348.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit. 225 ss., specie pp. 227-228: in particolare, muovendo dal confronto tra rinvio al diritto internazionale e al diritto straniero, T. afferma che, mentre in quest'ultimo caso il rinvio è idoneo ad operare una recezione del contenuto della norma straniera richiamata, giusta l'omogeneità materiale della *species* dei rapporti disciplinati (che in entrambi i casi sono rapporti interindividuali) nel caso del rinvio al diritto internazionale "una recezione sarebbe possibile sol quando fosse possibile che la fonte di diritto internazionale ricollegasse ai presupposti di fatto le stesse conseguenze giuridiche enunciate dalla fonte interna. Ed invece ciò non può mai avvenire, giusta quanto abbiamo detto avanti in ordine alle diverse cerchie di rapporti che regolano le due fonti. Le norme di diritto internazionale hanno un contenuto che è inconcepibile come contenuto di una legge interna; esse non possono disporre quello stesso che dispone una legge interna". Nel caso specifico del rinvio al diritto internazionale, pertanto, il diritto interno non intende "ricollegare ai presupposti di fatto conseguenze giuridiche che ad essi ricollega pure il diritto internazionale, ma vi rinvia nel senso ben diverso di voler ricollegare a quei presupposti le conseguenze che il diritto internazionale esige o permette"; in altre parole "la legge

pubblicazione del trattato – che, peraltro, viene espressamente ricondotta proprio ai casi di “rinvio apparente dal diritto interno al diritto internazionale”¹⁰⁷ – il diritto internazionale rimane mera *occasio legis*¹⁰⁸, giacché “è impossibile che in questi casi le regole del diritto internazionale valgano anche come regole di diritto interno, perché il loro contenuto è sostanzialmente diverso”¹⁰⁹.

Rispetto all'impermeabilità formale, d'altro canto, l'autonomia materiale del diritto internazionale – che, beninteso, dalla prima non può affatto scindersi – vale a depotenziare, in quest'ottica, ogni possibile obiezione in merito all'inidoneità della volontà statale manifestata sul piano internazionale a vincolare i propri organi e “sudditi” anche sul piano interno, o, se si vuole, le stesse aporie riscontrate nella ricostruzione dell'obbligatorietà della volontà collettiva come fonte suprema dell'ordinamento internazionale: come rileva Donati, “poiché la norma giuridica internazionale e la norma giuridica statale regolano materie di rapporti distinti, la volontà diretta alla costituzione della prima non può valere alla costituzione della seconda”¹¹⁰.

interna non enuncia ciò che a proposito dello stesso rapporto enuncia il diritto internazionale, ma proclama per conto suo ciò che il diritto internazionale gli impone o permette di proclamare”.

¹⁰⁷ “[...] che, in realtà, hanno lo scopo e l'effetto di dar vita alle norme giuridiche volute o permesse, in quel caso, dal diritto internazionale”, p. 379.

¹⁰⁸ Ivi, p. 381. Ancor più netto, sul punto, appare DONATI, *I trattati internazionali...*, pp. 313 ss., in particolare p. 316: “mentre norme giuridiche statuali non possono sorgere come effetto di un trattato, esse possono invece sorgere, come effetto di un atto giuridico che uno Stato debba compiere e compia in forza di una corrispondente obbligazione a lui derivante da un trattato. L'emanazione dell'atto in questione rappresenterà perciò l'adempimento da parte dello Stato di un suo dovere contrattuale; tuttavia di esso soltanto, e non anche del trattato, le norme di diritto statale che per la sua emanazione prenderanno vita dovranno considerarsi l'effetto. Di tali norme il trattato non può essere fonte, né diretta, né indiretta; esso è solo l'occasione o la causa determinante, e nemmeno determinante, della loro emanazione”.

¹⁰⁹ Ivi, p. 349. Più avanti Anzilotti affermerà, a proposito del regime dei tribunali delle prede: “sarebbe infatti in errore chi credesse che in questo caso la norma di diritto internazionale, pur desumendo dalla volontà dello stato il valore formale di diritto interno fosse, per il suo contenuto, applicabile ai rapporti di cui si parla. Imperocché il contenuto della norma è anzi addirittura inidoneo a ricevere applicazione al caso nostro: una norma che regola la condotta dello stato verso un altro stato, che stabilisce diritti e doveri reciproci di questi stati, relativi al modo onde devono comportarsi verso determinati individui, non può manifestamente servire a regolare rapporti fra stato e privati, né a fissare i diritti e i doveri dell'uno riguardo agli altri” (pp. 365-366).

¹¹⁰ DONATI, *I trattati internazionali...*, p. 311. Ma cfr. anche pp. 302-303: “il diritto obiettivo statale è sempre l'espressione di una volontà *imperativa* dello Stato rivolta ai propri sudditi e quindi non può sorgere dalla dichiarazione di volontà *diretta a stipulare* che uno Stato faccia *a un altro Stato* [...] l'una consiste in una *promessa*, l'altra in un *comando*” (corsivi originali). Sembra peraltro che in Donati il criterio della distinzione formale tra diritto interno e diritto internazionale sia recessivo rispetto alla separazione materiale, e assorbito dal rilievo che il comando rivolto a porre diritto obiettivo e la promessa impegnativa sul piano internazionale, pur derivando dalla medesima fonte, si differenziano per il contenuto, che rende l'una inidonea a dispiegare effetti nell'ambito di operatività dell'altro.

La mediazione di un atto di volontà statale “necessariamente diverso dall’atto di volontà con cui lo stato medesimo abbia concorso a dar vita al rapporto giuridico interstatale o alle norme di diritto internazionale”¹¹¹, è in ogni caso determinata *anche* dall’impermeabilità materiale tra i due ordinamenti. In particolare, non vale richiamare norme internazionali formulate in modo tale da poter astrattamente assumere rilevanza nei rapporti interindividuali, o nei rapporti tra “suddito” e stato, ch , anzi, la particolare natura del rinvio come strumento di “creazione” di norme interne   condizionata proprio dalla “indole di quelle norme giuridiche internazionali e dal modo assai spesso inesatto d’intenderle e di formularle”¹¹²: ci siamo soffermati in precedenza – analizzando analoghe affermazioni del Triepel – su questo tentativo di piegare il testo, e con esso la storia, al sistema, ben poco positivista, e contiguo ad un approccio dogmatico. Esso si spiega con riferimento ai condizionamenti storici pi  volte sottolineati, vale a dire allo stesso momento storico in cui le prime costruzioni dualistiche vennero articolate, tra gli ultimi sussulti dello statualismo liberale, all’immediata vigilia dello scoppio della prima guerra mondiale, e del faticoso passaggio al costituzionalismo democratico. Anche in relazione al problema specifico del rinvio, siamo in presenza di un approccio all’istituto che condiziona l’evoluzione della Scuola italiana del diritto internazionale: infatti, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, la concezione produttivistica del rinvio, in antitesi alle costruzioni del rinvio formale come rinvio “all’ordinamento” costituir  uno dei nodi principali della polarizzazione tra concezione dogmatica e concezione istituzionalista della pluralit  degli ordinamenti giuridici¹¹³.

Sia che valga ad integrare la fonte del trattato, sia che valga a renderlo applicabile in virt  di un adattamento materiale dello stesso al diritto interno, resta fermo che, nella concezione dell’adattamento formulata dai fondatori, un atto statale di produzione normativa appare insopprimibile. I due momenti della produzione (integrazione della fonte e del contenuto del diritto internazionale, al fine di renderlo efficace e applicabile nell’ordinamento dello stato) presentano un legame

¹¹¹ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 333.

¹¹² Cfr. *ivi*, p. 366.

¹¹³ Sul punto, vedi, *infra*, cap. III. Cfr. sin d’ora, per le posizioni di Triepel e Anzilotti, BERNARDINI, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffr , 1966, rispettivamente alle pp. 76 ss. e 86 ss.

profondo, derivante dall'identità delle premesse. L'impermeabilità materiale tra ordinamento interno e internazionale discende infatti da premesse statualistiche, alla stessa stregua di quanto si è osservato in relazione all'autonomia della fonte: la riduzione del contenuto del diritto internazionale alla disciplina di rapporti tra stati sovrani ne rivela il carattere intrinsecamente interstatale, con tutti i condizionamenti che esso comporta sul piano delle concrete articolazioni dell'autonomia dell'ordinamento. Si riproduce, in altre parole, la tensione già riscontrata, tra ricerca dell'autonomia e difesa della sovranità e, a ben vedere, autonomia materiale e autonomia formale rivelano, in quest'ottica, una stretta embricazione.

Inutile ripetere che la storia si è incaricata di rilevare ben diverse potenzialità del diritto internazionale, ed a svilupparne le modalità operative, anche senza ritornare al paradigma giusnaturalista, vale a dire mantenendo un ancoraggio negli stati, o meglio, come vedremo, nelle costituzioni statali. In linea con quanto si è affermato nel primo capitolo in relazione all'evoluzione del modello kelseniano, anche in questo caso l'evoluzione storica del costituzionalismo, la rigidità costituzionale e soprattutto il riconoscimento progressivo alla costituzione di una fondamentale funzione di integrazione - interna ed esterna - si rifletterà, nel secondo dopoguerra, sulle forme di approccio all'interdipendenza crescente tra gli stati, sulla disciplina delle forme di cooperazione, lasciando evolvere la base interstatale del diritto internazionale nel senso del consolidamento di una autonoma dimensione istituzionale: nel corso del terzo capitolo, si tenterà di fornire una cornice teorico-generale a simile evoluzione, nonché alle sue ripercussioni in materia di teoria delle fonti, con specifico riferimento alla risoluzione del problema della parametricità degli obblighi internazionali.

2.3 Il problema della diretta applicabilità del diritto internazionale secondo Anzilotti.

La rilevata distinzione materiale tra ordinamento interno e internazionale è funzionale - nel saggio di Anzilotti del 1905 - alla risoluzione della questione

dell'applicabilità del diritto internazionale da parte del giudice statale¹¹⁴: la netta separazione tra rapporti disciplinati dall'uno e dall'altro ordinamento impedisce infatti, secondo il fondatore della Scuola italiana, che il giudice interno sia chiamato a risolvere “controversie direttamente regolate dal diritto internazionale”¹¹⁵, mentre ben diversa è la situazione qualora la norma internazionale venga in rilievo per la risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali.

L'assenza di identità formale e, soprattutto, l'impermeabilità materiale tra i due ordinamenti valgono infatti ad escludere che il diritto internazionale venga in rilievo nella risoluzione di controversie affidate alla cognizione del giudice interno¹¹⁶: obblighi e pretese azionabili in sede giurisdizionale possono discendere esclusivamente da norme di diritto interno, sia pure adottate in adempimento di un dovere internazionale¹¹⁷.

Tuttavia, il problema si complica notevolmente, lasciando intravedere significative aperture, qualora il diritto internazionale venga in rilievo in via pregiudiziale o incidentale, al fine, cioè, “di fornire al giudice i criteri necessari per la retta interpretazione del principio giuridico applicabile”¹¹⁸. La norma interna creata in sede di adattamento all'obbligo internazionale, infatti, mantiene uno stretto legame con la disposizione del trattato da cui, mediatamente, deriva: è ben possibile, pertanto, che - in sede di applicazione della norma interna adottata in adempimento dell'obbligo internazionale, ma non solo in questa eventualità - il giudice si trovi di fronte alla necessità di “applicazione pregiudiziale o incidentale del trattato stesso, affinché, determinati i diritti e i doveri internazionali dello stato, sia possibile desumerne l'esistenza ed il tenore delle corrispondenti norme di diritto

¹¹⁴ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 314: “il problema dell'applicabilità del diritto internazionale da parte dei giudici interni in tanto ha ragion d'essere e significato, in quanto l'uno e l'altro diritto si distinguono e si contrappongono fra loro, in quanto, in particolare, il diritto internazionale si concepisce come qualche cosa di sostanzialmente diverso da quel complesso di norme giuridiche, che il giudice, per la sua funzione, è chiamato normalmente ad applicare”.

¹¹⁵ Ivi, p. 325.

¹¹⁶ Cfr. ivi, p. 421: “Le controversie deferite ad organi giurisdizionali interni, anche in queste materie, sono sempre e soltanto controversie regolate dal diritto interno”.

¹¹⁷ Ivi, p. 423: deve essere sempre ammessa “la creazione di norme giuridiche interne corrispondenti a ciò che impone allo stato il diritto internazionale perché soltanto in forza di queste può sorgere il dovere individuale voluto dal diritto internazionale”.

¹¹⁸ Ivi, p. 410.

interno”¹¹⁹. All’applicazione della norma internazionale in via principale alla risoluzione della controversia – risolutamente esclusa in ragione dell’inidoneità formale e materiale del trattato a venire a tal fine in rilievo – si affiancano pertanto l’interpretazione e l’applicazione incidentale o pregiudiziale del trattato medesimo, funzionali alla stessa determinazione dell’esatto contenuto della norma di diritto interno applicabile¹²⁰. Ne deriva la conclusione che “la norma giuridica internazionale non presenta veruna intrinseca e necessaria inidoneità ad essere osservata ed applicata dai giudici interni”¹²¹: simile affermazione sembra rimettere in discussione la premessa della separazione - ammettendo uno spazio di permeabilità tra i due ordinamenti - o, quantomeno, sfumare la preclusione al concorso derivante dall’autonomia formale, riconoscendo, almeno limitatamente all’ipotesi presa in esame, la prevalenza del criterio materiale. In altre parole, sembra riconoscersi al giudice la possibilità di applicare un diritto diverso da quello statale, e la rottura che ne deriva sul piano dell’autonomia (formale) tra gli ordinamenti si giustifica per il fatto che il giudice interviene in un ambito materiale non soggetto alla competenza del diritto interno. Dall’applicabilità in via incidentale sembra cioè discendere la conseguenza che il diritto internazionale è suscettibile di applicazione *in quanto tale* (vale a dire in relazione ai rapporti che esso disciplina) anche dall’organo giurisdizionale interno e, tuttavia, per inidoneità materiale, non può essere applicato ai rapporti disciplinati dal diritto statale. Si riconosce cioè, limitatamente alla soluzione delle questioni pregiudiziali e incidentali, l’autonoma vigenza del diritto internazionale, nell’ambito materiale ad esso proprio.

É proprio su questo crinale che, a ben vedere, corre la distinzione tra concezioni produttivistiche dell’adattamento maturate nell’ambito delle prime costruzioni dualistiche, e approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici, condizionato dalla declinazione in termini di esclusività del dogma della sovranità

¹¹⁹ Ivi, p. 421.

¹²⁰ Cfr. ivi, p. 437: “il giudice non applica il diritto internazionale direttamente alla soluzione delle controversie di cui è investito perché, e soltanto perché, è impossibile che queste controversie siano regolate dal diritto internazionale; ma la ragione vien meno, e con essa l’impossibilità dell’applicazione del diritto internazionale, quando non si tratta più della norma che decide la controversia, ma della risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali collegate con lo svolgimento del processo”.

¹²¹ Ivi, p. 424.

statale. In altre parole, il caso qui preso specificamente in esame dimostra che, nelle originarie ricostruzioni del dualismo – e sicuramente nel primo Anzilotti – la fondazione del diritto internazionale su autonoma fonte, e la sua autonoma caratterizzazione sul piano materiale, non si traducono necessariamente in un'esclusione di una sua rilevanza giuridica dal punto di vista dell'ordinamento statale. Ne costituisce conferma il fatto che Anzilotti ammetta che, in questo caso, lo stesso rinvio al diritto internazionale – anziché consistere in una forma abbreviata di produzione normativa – configuri il richiamo “ad una regola giuridica di altro ordine come tale e perché tale”¹²², con la significativa precisazione che ciò si rende possibile perché il diritto interno non rinvia al diritto internazionale per la disciplina di rapporti affidati alla propria competenza, bensì unicamente perché “il legislatore ritiene che spetti al diritto internazionale stabilire quei criteri, ordinare quei rapporti, di cui vuol tener conto nel regolamento di fatti o rapporti, che sono l'oggetto immediato della norma giuridica interna”¹²³: in altre parole, la barriera formale viene meno, *in ragione dell'ambito materiale considerato*. Tuttavia, sembra difficile far discendere da simili posizioni l'affermazione di una *generale* idoneità del diritto internazionale a dispiegare i propri effetti all'interno dello stato, senza la mediazione di un atto statale di volontà, a ciò opponendosi, ancora una volta, la richiamata separazione materiale tra i due ordinamenti.

Va precisato, infatti, che, se da un lato simile riconoscimento di permeabilità si giustifica, in Anzilotti, attraverso il richiamo alla rappresentanza organica – esso si fonda, in altre parole, sull'idoneità del diritto internazionale ad obbligare gli organi statali – l'Autore, d'altro canto, si affretta a precisare che, tuttavia, “l'organizzazione dello stato deriva dal diritto interno” al quale solo spetta la competenza a “distribuire fra i vari individui che vogliono ed agiscono per lo stato il complesso delle attribuzioni, delle facoltà, dei doveri suoi”¹²⁴. L'affermazione in merito all'idoneità del diritto internazionale ad obbligare gli organi statali merita di essere approfondita, al fine di verificare se - anche in relazione alla polemica reazione di Donati – in essa possa ravvisarsi davvero un momento di superamento

¹²² Ivi, p. 425.

¹²³ Ivi, p. 426.

¹²⁴ Ivi, p. 429.

della barriera di separazione tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno. Appare evidente infatti che, in quest'ottica, potrebbero emergere spazi per la configurazione di un sistema di relazioni tra i due ordinamenti, con esiti importanti in ordine alla stessa questione della parametricità del diritto internazionale secondo il modello dualista. Va subito precisato che la parametricità degli obblighi internazionali non potrebbe declinarsi, in questo caso, secondo i canoni della legittimità costituzionale, concetto prematuro nel contesto storico in cui vengono elaborate le prime costruzioni dualiste: piuttosto, essa potrebbe emergere dall'eventuale diretta rilevanza applicativa – in sede pregiudiziale - del diritto internazionale, come istanza di relazione e confronto tra i due ordinamenti, come elemento problematico di un modello ricostruttivo in cui “la funzione degli organi giudiziari interni nell'applicare il diritto internazionale rappresenta proprio [...] il mezzo con cui quotidianamente si esplica l'efficacia del diritto internazionale fuori dal campo suo proprio”¹²⁵.

Pur ammettendo che il diritto internazionale vincoli lo stato nella sua totalità, Anzilotti precisa che “questo principio non può essere inteso nel senso che i singoli organi dello stato non sieno vincolati dai doveri che il diritto internazionale impone allo stato”, giacché la contraria conclusione finirebbe per privare di efficacia gli obblighi internazionali, imponendoli “ad un'astrazione priva di contenuto”¹²⁶. Ammettere la rilevanza della rappresentanza organica nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno equivale infatti, secondo Anzilotti, a chiarire la relazione tra manifestazione di volontà statale “all'esterno” e “all'interno” dello stato stesso, affermando che l'obbligo assunto dallo stato sul piano internazionale si traduce, all'interno dell'ordinamento statale, in obbligo degli organi statali¹²⁷: dal che deriva che gli stessi, nel loro concreto operare, si trovano dinanzi direttamente le norme di diritto internazionale, e non già norme di diritto interno dal contenuto corrispondente. E ciò vale tanto per il legislatore

¹²⁵ Ivi, p. 285.

¹²⁶ Ivi, p. 429. Nello stesso senso, cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno...*, cit., p. 121: “Non v'è dubbio, lo Stato non è nulla senza i suoi organi, e volere obbligare lo Stato senza che ne rimanga obbligato uno dei suoi organi equivarrebbe a concludere una convenzione con un'ombra. Ma la convenzione di uno Stato con un altro Stato è incapace di adempiere contemporaneamente alla funzione di legge interna per quel che concerne i diritti o gli obblighi da statuirsi a favore ed a carico degli individui che rivestono la qualità di organi dello Stato”.

¹²⁷ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 432, in nota.

all'atto dell'emanazione delle norme di adattamento, quanto per il giudice all'atto dell'applicazione di quelle stesse norme: “non vi è alcun motivo per *supporre o fingere* che il diritto internazionale valga di fronte a lui come diritto interno”¹²⁸, senza con ciò pregiudicare la rilevanza unitaria dello stato sul piano internazionale. La soluzione di continuità tra ordinamenti, dunque, non scompare: la rilevanza applicativa diretta del diritto internazionale nei confronti dell'organo statale è infatti mediata dalla norma interna che attribuisce all'organo la competenza ad esplicare una attività conforme al dovere imposto dal diritto internazionale. Nel caso specifico da cui si sono prese le mosse, la mediazione del diritto statale, pur non intervenendo sotto forma di “accettazione o recezione” del contenuto normativo di fonte internazionale, in funzione della sua applicazione da parte del giudice, rimane centrale quale attribuzione al giudice della competenza ad applicare il diritto internazionale, dal che deriva che il giudice applica direttamente il diritto internazionale “perché così vuole, ed in quanto lo vuole, lo stato”¹²⁹. La separazione permane, così come la centralità della mediazione del diritto interno, ma quest'ultima rileva, in quanto attributiva di competenza all'organo, solo nella disciplina di relazioni organizzative interne allo stato, senza incidere sull'autonoma vigenza del diritto internazionale. Appare particolarmente significativo che, in sede di trattazione del problema della rilevanza del principio *iura novit curia* con riguardo all'applicazione del diritto internazionale, Anzilotti mostri di ritenere che la norma attributiva del potere di applicazione possa derivare dalla pubblicazione del trattato, che si è visto essere, nel pensiero del primo Anzilotti¹³⁰, vera e propria “cerniera” tra ordinamenti. Nell'escludere, infatti, che

¹²⁸ Ivi, p. 433.

¹²⁹ Ivi, pp. 433-434.

¹³⁰ Sull'evoluzione del pensiero di Anzilotti, in relazione a questo profilo specifico, cfr. SPERDUTI, *Le principe de souveraineté...*cit., pp. 339 ss., il quale mette in luce come progressivamente, la percezione della necessità di garantire la partecipazione parlamentare ai processi di stipula ed esecuzione dei trattati internazionali determini il progressivo avvicinamento di Anzilotti alla categoria dell'ordine di esecuzione di fonte parlamentare, quale atto idoneo a porre - piuttosto che la pubblicazione - le norme di adattamento al diritto internazionale pattizio. Simile mutamento di posizione, peraltro, sarà condizionato anche dall'affermazione - tipica delle costruzioni moniste - della sufficienza della pubblicazione del trattato a determinarne la vigenza nell'ordinamento interno: ora, si è visto che, in ambito dualista, la pubblicazione non ha mai svolto simile funzione (resa inimmaginabile dall'impermeabilità materiale tra gli ordinamenti, vale a dire dall'inidoneità del trattato a contenere norme direttamente applicabili all'interno), venendo piuttosto qualificata come atto di posizione delle norme di adattamento. In quest'ottica, l'ordine di esecuzione valeva pertanto altresì a marcare in profondità la distinzione rispetto alle costruzioni moniste, oltre che ad

la mancata pubblicazione di un trattato sia compatibile con la sua applicazione da parte del giudice, Anzilotti sostiene che - data la distinzione tra la “funzione di concorrere a dar vita a norme giuridiche internazionali mediante trattati” e “funzione di applicarle in giudizio” – il giudice eccederebbe i limiti della competenza qualora ritenesse di dare applicazione a norme “che gli organi, cui ne spettava il potere e la funzione, non portarono a sua conoscenza”. Nei confronti del giudice, pertanto, la pubblicazione del trattato non ha solo la funzione di dar vita, come si è visto, alle norme interne necessarie all’adempimento dell’obbligo internazionale, che, sole, possono essere applicate in via principale; essa infatti, “nei limiti in cui il diritto pubblico interno ammette che l’autorità giudiziaria possa applicare i trattati internazionali, gli attribuisce il potere e il dovere di applicarle”¹³¹.

Sul profilo di una possibile rottura della rilevanza unitaria della persona statale all’esterno si concentra la reazione statualista di Donati, che mostra, per così dire “l’altra faccia” del dualismo, quella, cioè, che risolve la derivazione del diritto internazionale dalla volontà degli stati nell’arbitrio di questi ultimi in relazione all’adempimento degli obblighi internazionali. In particolare, secondo Donati, ammettere la possibilità che la norma di diritto internazionale vincoli direttamente – sia pur con la mediazione della norma statale di organizzazione attributiva di competenza – l’organo, equivarrebbe ad ammettere che lo stato possa risultare vincolato da una norma non statale, in violazione, secondo l’Autore, della stessa premessa della distinzione tra ordinamenti, dal momento che la stessa presenza

assicurare l’integrazione delle vicende dell’adattamento nelle dinamiche interne alla forma di governo parlamentare. Sul punto, vedi ad es. BRUNO, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali: Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè 1997; CANNIZZARO, *Trattato internazionale (adattamento al)* in Enc. Dir. Milano Giuffrè, 1992 vol. XLIV, pp. 1394 ss.

¹³¹ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., pp. 504-505. Cfr anche il passo successivo: “Confrontando il valore dell’atto pubblicitario rispetto alle norme giuridiche internazionali stabilite dal trattato ed a quelle interne che ne conseguono, si potrebbe dire che la pubblicazione determina semplicemente la possibilità che i tribunali applichino le norme internazionali, che però sono già prima perfette ed obbligatorie per lo stato come tale, e crea invece le norme interne volute o permesse dal trattato, portandole nello stesso tempo a conoscenza di coloro che devono osservarle e farle valere. In quanto applica le norme giuridiche interne sorte con la pubblicazione del trattato, il giudice si trova, rispetto ad esse, nella medesima posizione in cui si trova rispetto a tutte le altre leggi dello stato, e l’obbligo di applicarle d’ufficio deriva veramente dal fatto che quelle norme hanno carattere e valore di leggi statuali: invece, se egli deve tener conto del trattato come tale, si trova di fronte a norme giuridiche internazionali, e le applica d’ufficio, non perché abbiano assunto, cosa impossibile, carattere di leggi interne, ma perché esprimono una regola obbligatoria della condotta dello stato, la cui osservanza, per virtù della pubblicazione avvenuta, rientra anche nei doveri del giudice”.

della norma interna attributiva di competenza all'organo esclude che questo possa risultare obbligato da una norma di fonte diversa¹³². Si opta così, in altre parole, per una costruzione separatista ancora più intensa che, peraltro, rischia di giungere all'estremo di negare l'unicità della persona statale, pure assunta da Donati come premessa¹³³, in favore di uno sdoppiamento tra persona statale interna e persona statale esterna: le motivazioni più profonde di simile scelta sono chiarite dall'andamento della critica di Donati, in particolare laddove egli esalta, piuttosto che la *necessità* di adempimento dell'obbligo internazionale da parte dell'organo, la *volontà* di quest'ultimo di "esercitare propri poteri discrezionali"¹³⁴ e, dunque, più che il *dovere* di agire, il *potere* di farlo, sulla base di apposita competenza all'uopo liberamente conferita dallo stato all'organo: il *dovere* di agire spetta piuttosto allo "Stato come tutto", e il fatto che il singolo organo abbia il dovere di adempiere l'obbligo internazionale solo qualora lo stato così gli imponga – giacché è nell'interesse dello stato stesso conservare la propria libertà finché sia possibile evitare di vincolarsi – dimostra, secondo Donati, che "gli organi, competenti a svolgere un'attività internazionalmente imposta, non sono senz'altro anche obbligati a svolgerla"¹³⁵. A differenza di quanto avviene nella ricostruzione di Anzilotti, qui l'attribuzione di competenza all'organo resta affidata allo stato in quanto solo esso è tenuto all'adempimento dell'obbligo internazionale: e ciò sia nel caso di una puntuale attribuzione di competenza, quanto nel caso in cui la competenza richiesta per l'adempimento dell'obbligo internazionale già rientri nelle attribuzioni dell'organo¹³⁶. Mentre Anzilotti riconosce che l'obbligo dello stato si traduce in un obbligo dei suoi organi, e che la mediazione del diritto statale

¹³² Cfr. DONATI, *I trattati internazionali...*, cit. pp. 293-295.

¹³³ Ivi, pp. 2-4.

¹³⁴ Ivi, p. 296.

¹³⁵ Ivi, pp. 298-299.

¹³⁶ Donati ammette infatti, con Anzilotti, che se l'adempimento dell'obbligo internazionale dovesse essere sempre condizionato ad una puntuale attribuzione di competenza specifica a tal fine da parte dello stato, in molti casi esso risulterebbe impossibile. E tuttavia, il fatto che un singolo organo già possieda la competenza funzionale all'adempimento dell'obbligo internazionale non implica che l'obbligo stesso sussista in capo all'organo medesimo: "se le norme di cui parla l'Anzilotti attribuiscono agli organi dello Stato semplicemente dei poteri di esplicare l'attività internazionalmente imposta, anziché imporre loro dei doveri, la ragione non è già perché l'imposizione di un dovere sia inutile in quanto il dovere deriva ad ogni modo agli organi dal diritto internazionale, ma invece è perché l'imposizione di un dovere non è necessaria, mentre d'altro lato lo Stato ha dei vantaggi nel conservare la propria libertà, e quindi – quando non vi sono altre ragioni ad indurlo al contrario – esso preferisce naturalmente conservarla quella libertà, anziché vincolarsi" (ivi, p. 298).

è rilevante a fini di mera organizzazione interna, Donati riserva alla mediazione dello stato la funzione di decidere, eventualmente, sull'*an*, oltre che sul *quomodo* dell'adempimento. Appare evidente, tuttavia, che dietro alla mediazione dello stato vi siano in questo caso ragioni di evidente carattere politico, e che il riferimento allo "Stato come tutto"¹³⁷ appaia funzionale a ribadire la separazione tra interno ed esterno, in una con il carattere essenzialmente politico dell'adempimento dell'obbligo internazionale¹³⁸.

La posizione di Anzilotti - pur mantenendo ferma la distinzione tra ordinamenti e salvo talune precisazioni - sembrerebbe così sfumare le conseguenze di una rigida separazione sul piano dell'irrilevanza reciproca degli stessi, concetto esiziale ai fini della stessa individuazione di spazi per configurare una relazione di parametricità.

Così, ad esempio, quando dal problema della diretta applicabilità dei trattati, Anzilotti arriva a porsi il problema della diretta applicabilità della consuetudine internazionale, deve dedurre dall'assenza di pubblicazione che la stessa valga all'interno dello stato in quanto prodotto della volontà del medesimo, in quanto contenuta nella volontà collettiva¹³⁹. Le conseguenze potenzialmente dirompenti in materia di efficacia interna dei trattati¹⁴⁰ restano sullo sfondo, rischiando tuttavia di pregiudicare la tenuta delle premesse dualistiche. La mediazione del diritto statale è infatti sostituita dalla rilevanza della volontà statale nella formazione della norma internazionale: e, se l'applicazione in via principale resta esclusa dall'impermeabilità materiale tra gli ordinamenti, d'altro canto l'assenza di una intermediazione produttiva apre un canale di continuità, funzionale al

¹³⁷ Ivi, p. 300.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 513: "[...] il giudice trova dinanzi a sé, nella consuetudine internazionale, la volontà dello stato: non dello stato soltanto, perchè alla formazione di norme giuridiche internazionali è necessaria sempre la volontà collettiva di più stati, ma *anche* quella dello stato, ché, altrimenti, la norma non sarebbe, rispetto a questi, obbligatoria".

¹⁴⁰ Il riferimento al circuito volontà collettiva/volontà dello stato singolo in essa contenuta rischia infatti di escludere la necessità di una pubblicazione interna del trattato e, al limite, di ogni forma di intermediazione produttiva: lo stesso Anzilotti mostra di assimilare, in tal senso, trattato e consuetudine, laddove afferma che "le norme giuridiche internazionali, *sieno poste dai trattati o dalla consuetudine* [corsivo aggiunto], presentano questi caratteri: da un lato, sono l'espressione di una volontà diversa da quella dello stato e superiore, ma dall'altro, contengono *necessariamente e sempre* anche la volontà particolare dello stato. Dal primo carattere ne deriva il valore obbligatorio, l'attitudine che hanno a vincolare la condotta dello stato; ma il secondo ha un'importanza decisiva per la nostra ricerca" (ivi, p. 512).

riconoscimento di rilevanza giuridica al diritto internazionale in sé considerato, suscettibile, al limite, di pregiudicare le stesse premesse dualistiche, risolvendo il diritto internazionale nel prodotto della (sola) volontà statale. L'identificazione della fonte di validità interna della consuetudine internazionale – e, come lascia intendere Anzilotti, dello stesso diritto internazionale pattizio - nel circuito volontà collettiva/volontà del singolo stato in essa contenuta riproduce infatti i caratteri problematici ravvisati nell'individuazione della fonte dell'ordinamento internazionale autonomo nella volontà collettiva degli stati: detta ambiguità può forse sciogliersi solo costruendo la volontà collettiva degli stati come sintesi dialettica delle volontà dei singoli stati, nella quale le individualità mantengono il proprio *status*, pur nell'accettazione di regole comuni. Ma simile costruzione, di certo affascinante, appare incompatibile con il dato dell'impermeabilità tra i sistemi, sempre confermata tanto nelle opere del 1902 e del 1905, quanto soprattutto nella produzione successiva al primo conflitto mondiale: qualunque apertura, qualunque canale di comunicazione si scontra inevitabilmente con la barriera dell'autonomia materiale, che mostra qui il suo carattere di criterio sussidiario e residuale, nella costruzione del modello dualista. Anche laddove manchi l'integrazione della fonte, infatti, l'impermeabilità materiale resta in piedi a testimoniare che tra i due ordinamenti non può sussistere relazione diversa dall'antitesi e, anche qualora si affermi l'applicabilità diretta del diritto internazionale, questa rimarrà priva di rilevanza diretta nella disciplina dei rapporti sottoposti alla cognizione del giudice, che resta saldamente affidata alle norme interne emanate in sede di adattamento.

La diretta applicabilità del diritto internazionale, cioè, rileva solo con riferimento alle attribuzioni giudiziali, e non anche dal punto di vista della concreta disciplina del rapporto, rispetto alla quale il diritto internazionale ricopre una posizione, appunto, pregiudiziale o incidentale, al limite anche quale ausilio interpretativo. Proprio da simile rapporto di strumentalità interpretativa del diritto internazionale rispetto alla corretta interpretazione del diritto interno – implicata dalla ricostruzione delle dinamiche di applicazione incidentale del diritto internazionale – discende la censurabilità con ricorso per cassazione della violazione o falsa

applicazione del diritto internazionale¹⁴¹: in questi casi, infatti, “l’esatta interpretazione ed applicazione del diritto vigente nello stato non è possibile senza l’esatta interpretazione ed applicazione del diritto internazionale”. Appare chiaro, infatti, che, qualora il diritto internazionale rilevi in sede di risoluzione di una questione pregiudiziale o incidentale – e a tal fine venga direttamente applicato dal giudice – la sua corretta interpretazione ed applicazione si risolva nella corretta applicazione del diritto interno: di qui, l’ammissibilità di un autonomo vizio censurabile con il ricorso per cassazione¹⁴².

La sussistenza di una relazione di strumentalità interpretativa, ricollegandosi all’applicabilità del diritto internazionale in via incidentale, resta tuttavia vittima delle medesime contraddizioni rilevate con riferimento ad essa: pertanto, gli spazi per la costruzione di una relazione parametrica appaiono, in quest’ottica, alquanto ridotti, perché ridotto è lo spazio della relazione tra ordinamenti. La premessa dell’impermeabilità materiale tra gli ordinamenti, nella misura in cui determina la stessa mediazione del diritto statale nelle dinamiche di adattamento, torna sempre a sciogliere ogni ambiguità, prefigurando la futura saldatura con la dogmatica giuridica.

Nonostante le richiamate aperture – che, in effetti, potrebbero apparire funzionali alla costruzione di un sistema di relazioni, idoneo a superare la premessa dell’impermeabilità tra gli ordinamenti - il pensiero di Anzilotti resta così segnato dalla profonda tensione tra sovranità statale e autonomia del diritto internazionale: e la dialettica tra separazione e riconoscimento, che di tale tensione è forse la

¹⁴¹ Su cui v. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., pp. 520 ss.

¹⁴² “[...] è questa una conseguenza logica irrecusabile del modo in cui il diritto internazionale diviene oggetto d’applicazione da parte delle autorità giudiziarie interne, perché l’errore nell’interpretazione o applicazione di una categoria di norme, da cui dipende l’interpretazione o applicazione di un’altra categoria di norme, implica di necessità un errore, reale o possibile, nell’interpretazione od applicazione di queste seconde”, *ivi*, p. 530. Va da sé che simile vizio non sussisterà qualora, in sede di risoluzione di una questione principale, il giudice si trovi di fronte ad un trattato pubblicato, l’eventuale violazione avrà ad oggetto le norme interne emanate – per mezzo della pubblicazione – in esecuzione del trattato: “in questo caso il ricorso per cassazione non si fonda dunque sulla violazione del diritto internazionale, bensì sulla violazione di una legge interna: siamo affatto al di fuori del problema che ci occupa. Ma quando invece, nella risoluzione di questioni pregiudiziali o incidentali, il trattato viene applicato proprio in questa sua qualità, ossia come atto giuridico internazionale che stabilisce regole di condotta degli stati e ne determina i diritti e i doveri, allora la sua violazione è veramente violazione del diritto internazionale, perché l’esistenza ed il valore giuridico di quelle norme non deriva affatto dalla pubblicazione nello stato, ossia dalla volontà di questo, ma dalla volontà collettiva di più stati, che, manifestandosi in quel modo, ha dato vita a norme perfette ed obbligatorie, prima ed indipendentemente da ogni atto interno dei singoli stati”.

manifestazione più saliente, sarà risolta – ad esempio nelle edizioni del Manuale del 1923 e del 1928 – proprio attraverso la saldatura con l’approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici, privilegiando decisamente il profilo della separazione e declinando il riconoscimento, come vedremo all’inizio del prossimo capitolo, in termini di *attribuzione di rilevanza giuridica*.

2.4. *Segue: separazione tra ordinamenti e obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale.*

L’autonomia dell’ordinamento internazionale e la rigida separazione (formale e materiale) tra questo e l’ordinamento interno dispiegano effetti significativi sul piano della risoluzione del potenziale conflitto tra le norme afferenti all’uno o all’altro sistema. Né è conferma la trattazione, in Triepel e Anzilotti, del problema dell’obbligatorietà del diritto interno contrario al diritto internazionale. Si tratta, come evidente di una questione strettamente connessa a quella della parametricità degli obblighi internazionali, declinata, come si è accennato, quale istanza di relazione e confronto tra diritto internazionale e diritto interno. In altre parole, è configurabile una qualche forma di rilevanza della relazione tra la norma interna e la norma internazionale, al fine di valutare “l’obbligatorietà” della prima, vale a dire il suo vigore nell’ordinamento da cui emana?

La risposta dei fondatori appare alquanto complessa, e ancora una volta legata alla necessità di conciliare l’obbligatorietà del diritto internazionale nei confronti dello stato con la difesa della sovranità statale all’interno: anzi, potrebbe sostenersi che proprio la soluzione al problema in esame offra una significativa conferma del nesso di strumentalità, più volte rilevato nel corso del capitolo, tra rigida separazione degli ordinamenti e affermazione della sovranità statale.

La soluzione della questione muove, ancora una volta, dalla premessa della separazione, formale e materiale, tra i due ordinamenti che, da un lato, determina l’impossibilità di un concorso tra le due fonti e, d’altro canto, fa sì che nessun conflitto possa darsi tra norma internazionale e doveri imposti ai cittadini dal diritto interno, giacché i rapporti giuridici che fanno capo a questi ultimi non

possono essere “in nessun senso retti da norme di diritto internazionale”¹⁴³. L’assoluta impermeabilità materiale tra ordinamento internazionale e ordinamento interno esclude, cioè, che il carattere incondizionato del dovere di osservanza del diritto interno sussistente in capo ai “sudditi” dello stato possa essere pregiudicato da un eventuale dovere di osservanza di norme internazionali, che in capo agli stessi sudditi non può sussistere, semplicemente perché i rapporti interindividuali sfuggono all’ambito materiale del diritto internazionale. D’altro canto, come già si è più volte sottolineato, impermeabilità materiale e autonomia della fonte appaiono strettamente embricati, ed egualmente funzionali alla difesa della sovranità statale nella sua proiezione interna. La questione si sposta – come si è visto in sede di trattazione generale delle problematiche legate all’adattamento – sul piano materiale, o, più precisamente, sul piano dell’ambito soggettivo di incidenza dei due ordinamenti, laddove peraltro lo stretto legame sussistente tra soggettività giuridica e rapporto giuridico – su cui influiscono in maniera rilevante le coeve elaborazioni giusprivatistiche – sfuma notevolmente la distinzione¹⁴⁴. Se diversi sono i rapporti disciplinati, diversi sono i soggetti di diritto dei due ordinamenti, e ne consegue l’irrelevanza della conformità al diritto internazionale al fine di valutare l’obbligatorietà della norma interna: ogni contraria posizione va soggetta ad una critica serrata, che fa perno sulla riconduzione alle correnti giusnaturaliste di “tutti i tentativi fatti per caratterizzare come nulle leggi realmente contrarie e supposte contrarie al diritto internazionale”¹⁴⁵. La scuola del diritto naturale, infatti, “creava l’elemento, il termine di paragone, che la concezione positiva del diritto non può ammettere”, attraverso il riferimento al “concetto di un ordine giuridico anteriore ad ogni realtà concreta”¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 252.

¹⁴⁴ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 443: “Se le regole del diritto internazionale non possono, per la loro stessa natura, obbligare altro che gli stati, ne segue che coloro i quali sono sottoposti all’autorità dello stato, e quindi delle norme giuridiche emanate da questo, non essendo altresì sottoposti all’autorità del diritto internazionale, i cui precetti sono, di fronte a loro, giuridicamente irrilevanti, non possono mai, per questo motivo, trovarsi di fronte a due norme in contraddizione tra loro”.

¹⁴⁵ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 257: d’altro canto, “s’intende che il diritto naturale dato il suo punto di partenza, non poteva arrivare all’affermazione contraria”, (*ibidem*, nota 3).

¹⁴⁶ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale*, cit., p. 445, con il passo successivo: “in quest’ordine giuridico si riunivano, in certo modo, tutte le proposizioni del diritto storico e fenomenico; ed esso poteva bene determinarne i rapporti, in base ad esso si poteva affermare ed apprezzare la

Insomma, è proprio la rigida separazione tra ordinamenti che conduce all'irrelevanza della relazione di conformità tra diritto interno e diritto internazionale al fine di apprezzare l'obbligatorietà del medesimo. La fedeltà dei "sudditi" allo stato, la tenuta della sovranità nella sua dimensione interna non può dunque essere pregiudicata da valutazioni che ineriscono, per la natura e la provenienza dei contenuti normativi che hanno ad oggetto, ad un ordinamento distinto e separato, dal momento che "dal punto di vista dell'ordine giuridico interno, una contraddizione tra questo e il diritto internazionale non è [...] ammissibile, anzi, a rigore, neppure giuridicamente concepibile"¹⁴⁷.

L'incomunicabilità tra i sistemi, lo si accennava, discende anche da una distinzione soggettiva: la distinzione tra interno ed esterno, in altre parole, si traduce nella distinzione tra dimensione interna della sovranità statale e soggettività internazionale dello stato stesso. Vale a dire che l'inosservanza della norma internazionale, realizzata anche attraverso l'emanazione (o la mancata abrogazione), e la persistente applicazione di diritto interno contrario, indifferente dal punto di vista interno, assume rilevanza giuridica esclusivamente nell'ordinamento internazionale, nel senso che può essere oggetto di autonome valutazioni da parte di quest'ultimo, suscettibili di fondare la responsabilità dello stato.

È in questa prospettiva alquanto limitata, pertanto, che devono essere lette affermazioni pure significative, quali quelle che, in Triepel come in Anzilotti, sostengono la superiorità dell'ordinamento internazionale rispetto all'ordinamento interno e, più in generale, riconoscono una dimensione collaborativa tra i sistemi, nella misura in cui "il diritto internazionale ha bisogno del diritto statale per compiere la sua missione"¹⁴⁸. La superiorità dell'ordinamento internazionale, infatti, è data dal fatto che l'obbligo internazionale può ben assumere, come proprio contenuto, il dovere, o la facoltà di adottare diritto interno. Tuttavia, simile nesso di obbligatorietà risulta inidoneo a fondare la validità della norma di diritto statale, che continua a riposare sulla sovranità "interna", giusta l'impermeabilità

conformità o difformità di principi giuridici fra loro eterogenei, discuterne l'intrinseca validità ed obbligatorietà".

¹⁴⁷ Ivi, p. 444.

¹⁴⁸ TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 268.

materiale tra gli ordinamenti: come afferma lo stesso Triepel, “non si può parlare di validità od invalidità di una norma giuridica se non a condizione che la fonte superiore che si pronunzia in proposito stia in relazione diretta coi subietti cui l'autore di quella norma indirizza i suoi comandi”¹⁴⁹. Se è vero, come afferma Anzilotti, che i doveri internazionali dello stato costituiscono un “complesso di limiti giuridici della funzione legislativa”¹⁵⁰, è altrettanto vero che, proprio a causa della separazione materiale e soggettiva tra i due ordinamenti “le conseguenze giuridiche del possibile contrasto fra i doveri internazionali dello stato ed il diritto in esso vigente si svolgono tutte e soltanto nel campo del diritto internazionale, perché soltanto in questo si traducono in fatti giuridicamente rilevanti”¹⁵¹. Quanto alla posizione del giudice, l'obbligo di applicazione del diritto interno, pur se contrario al diritto internazionale è rafforzata dal principio della separazione dei poteri, e più precisamente dalla sua declinazione liberale in termini di soggezione del giudice – e di tutti gli organi dello stato - alla funzione legislativa¹⁵², con ciò aprendosi, peraltro, significativi nessi di reciproca funzionalità tra difesa della sovranità dello stato e centralità della legge, sulla scia di ben precisi condizionamenti storici. L'eventualità di ripercussioni di simili costruzioni teoriche – peraltro suffragate da orientamenti giurisprudenziali consolidati¹⁵³ - sul piano internazionale è ben presente ai fondatori che, in genere, corrono ai ripari ricordando che “l'armonia del diritto statale col diritto internazionale costituisce la regola [...] la disarmonia, l'eccezione”¹⁵⁴; Anzilotti, in particolare, prospetta un'interessante ipotesi di allontanamento del conflitto attraverso il ricorso all'interpretazione conforme. Dal momento che, infatti, è ragionevole presumere che lo stato agisca in conformità ai propri doveri internazionali, “si può [...] stabilire come principio generale, che il giudice debba cercare [...] di dare alla legge il significato che la mette in armonia con quei doveri, e venire nella contraria opinione soltanto quando non sia altrimenti possibile una corretta interpretazione

¹⁴⁹ Ivi, p. 257. Cfr. anche p. 259: “il suddito non è né tenuto né autorizzato a badare se il diritto interno armonizzi col diritto internazionale. La legge interna contraria a questo diritto è per lui obbligatoria altrettanto quanto quella che gli è conforme”.

¹⁵⁰ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale...*, cit., p. 446.

¹⁵¹ Ivi, p. 448

¹⁵² Cfr. ivi, pp. 449 ss.

¹⁵³ Cfr. ad esempio, la giurisprudenza richiamata alla nota 33 di p. 460, ma anche lungo tutto il capitolo quarto dell'opera di Anzilotti.

¹⁵⁴ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale...*, cit., p. 462.

della norma”¹⁵⁵. In questo caso, pertanto, analogamente a quanto si è visto in relazione all’applicazione in via incidentale del diritto internazionale, le aperture operano sul piano interpretativo; le considerazioni svolte in quella sede in merito alla sussistenza di una relazione di strumentalità interpretativa tra diritto internazionale e diritto interno possono qui essere ribadite, con la significativa precisazione che, in questo caso, l’interpretazione conforme appare idonea ad operare anche in sede di risoluzione di questioni affidate alla cognizione del giudice in via principale.

Nonostante la ripetuta affermazione dell’autonomia formale e dell’impermeabilità materiale tra i due ordinamenti, l’esigenza della relazione si impone in considerazione di un fondamentale imperativo di leale convivenza, come testimonia il fatto che l’interpretazione conforme viene elaborata da Anzilotti quale strumento di allontanamento della soglia di conflittualità (più che di risoluzione dei conflitti). E se, pertanto, la persistenza della barriera rappresentata dall’impermeabilità materiale conduce ad escludere lo spazio per una relazione di parametricità in funzione di legittimazione dell’obbligatorietà della previsione normativa interna, il recupero della rilevanza del diritto internazionale in sede interpretativa prefigura esiti senza dubbio significativi, specie sul piano delle virtualità della funzione di applicazione del diritto in ordine alla gestione delle relazioni interordinamentali.

Non si deve commettere l’errore – il cui rischio va segnalato, peraltro, tanto con riferimento alle costruzioni monistiche quanto alle costruzioni dualistiche – di leggere simili aperture senza tenere nella dovuta considerazione l’esigenza di una loro storicizzazione: così, non può dimenticarsi lo stretto legame, più volte sottolineato, tra costruzioni dualistiche originarie e ascesa (e difesa) del dogma della sovranità statale, così come tra quest’ultimo e torsione volontaristica del positivismo giuridico o, allo stesso modo, le connessioni sussistenti tra concezioni monistiche e dottrina pura del diritto, e tra quest’ultima e il recupero della funzione centrale della forma quale strumento di garanzia della normatività dalla decisione politica¹⁵⁶.

¹⁵⁵ ANZILOTTI, *Il diritto internazionale*, cit., pp. 459-460.

¹⁵⁶ In ciò potendosi ravvisare il legame più autentico tra il Kelsen fautore del formalismo della dottrina pura del diritto e il Kelsen teorico della democrazia parlamentare.

D'altro canto, simili costruzioni costituiscono un referente teorico generale, e con esse ci si deve pur confrontare – specie sul piano metodologico - nel momento in cui ci si rivolga allo studio della relazione di parametricità tra diritto internazionale e diritto interno. In quest'ottica, lo studio sin qui condotto ha mostrato che alla relazione di parametricità ripugna tanto l'indistinzione tipica del monismo, quanto la separazione propria del dualismo, nella misura in cui queste due posizioni risultano accomunate dalla premessa dell'irrelazione: se, nel caso del monismo, quest'ultima risulta dalla riconduzione del diritto interno e del diritto internazionale ad una medesima fonte – come segno dell'irrelazione tra essere e dover essere – nelle costruzioni dualistiche originarie essa si manifesta nel momento in cui la distinzione tra ordinamento interno e internazionale si traduce in antitesi, condizionata dall'autonomia formale e dall'impermeabilità materiale fra gli stessi. L'assenza di relazione tra ordinamenti si traduce insomma in assenza di relazione tra contenuti normativi, l'indifferenza in reciproca irrilevanza giuridica, giacché diritto interno e diritto internazionale sono obbligatori nella propria cerchia, ed in questa soltanto¹⁵⁷; la parametricità del diritto internazionale rispetto al diritto interno rivela così – può sostenersi, per contrasto, anticipando acquisizioni che saranno svolte nel corso del prossimo capitolo - la sua irrinunciabile inerenza ad un modello ricostruttivo delle relazioni tra ordinamenti fondato sul reciproco riconoscimento di rilevanza giuridica, e ad una teoria delle fonti ad esso ordinata. Appare chiaro, a questo punto, che un modello come quello dualista originario, fortemente debitore alla volontà statale nella costruzione del diritto internazionale e nell'individuazione della fonte del diritto interno - come dimostra l'approccio alle dinamiche dell'adattamento basato sulla mediazione produttiva di quella stessa volontà – non appare idoneo a garantire un'istanza di relazione così profondamente legata all'apertura interordinamentale, vale a dire al riconoscimento di rilevanza giuridica autonoma.

Aver ascoltato le ragioni della differenza, dopo quelle dell'unità, ha pertanto condotto a conclusioni simili a quelle svolte in chiusura del primo capitolo: se il monismo aggirava il problema dell'unità, elevandola ad *a priori* della conoscenza, il dualismo ignora la questione, perché affrontarla da premesse statualistiche

¹⁵⁷ Cfr. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale*, cit., p. 445.

avrebbe portato alla negazione dell'autonomia del diritto internazionale, cancellando ogni differenza con le correnti anteriori.

La ricerca di spazi per la configurazione di una relazione di parametricità tra diritto interno e diritto internazionale richiede il mantenimento della distinzione – perché non si ha relazione se non muovendo da identità distinte – e, al tempo stesso, il superamento delle barriere, risolvendo il contrasto tra autonomia tra gli ordinamenti e riconoscimento di rilevanza giuridica originaria agli stessi, nell'elaborazione di contesti comunicativi in cui la relazione tra contenuti normativi di diversa fonte diviene strumento per l'arricchimento vicendevole degli ordinamenti coinvolti: il concetto di parametricità, così declinato, riconduce al problema dell'unità come compito, e le ragioni della differenza, lungi dal tradursi in strumenti di indifferenza reciproca e incomunicabilità, divengono altrettante occasioni di comunicazione.

Una profonda distanza separa, sul piano storico, simili conclusioni dagli esiti delle costruzioni dualistiche, come tratteggiati nel corso del capitolo: e tuttavia, la premessa della distinzione merita di essere mantenuta ferma, sul piano teorico generale, quale base solida per la costruzione di un sistema di relazioni, cui le costruzioni dualistiche originarie non possono pervenire per limiti di carattere metodologico, giustificati sul piano storico.

Solo nel momento in cui la Costituzione – come si vedrà più avanti - si approprierà del confine tra interno ed esterno, subentrando alla volontà statale come sede di disciplina delle relazioni interordinamentali e dei processi di integrazione ad esse conseguenti, potrà iniziare a parlarsi compiutamente di un vincolo dei poteri pubblici - ed in particolare, del legislatore e dei giudici – al rispetto degli obblighi internazionali non solo sul piano esterno, delle relazioni interstatuali, ma altresì sul piano interno. In questo senso, sarà possibile riconoscere alla parametricità degli obblighi internazionali in sede di controllo di costituzionalità delle leggi – nelle varie forme in cui essa può manifestarsi – una centrale funzione di garanzia delle scelte fondamentali operate dal costituente nel quadro della fondazione di un modello di stato costituzionale “aperto” e “cooperativo”¹⁵⁸. A questo fine, un ruolo

¹⁵⁸ Le due definizioni sono rispettivamente di CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1991 e di HÄBERLE, *Stato costituzionale*, in Enc. Giur., Roma, Ist. Encicl. Ital., *ad vocem*.

importante sarà giocato dall'evoluzione storica del diritto internazionale che, progressivamente avvicinando contenutisticamente i due ordinamenti, contribuirà ad assottigliare la barriera tra interno ed esterno, senza per questo cancellare la distinzione tra ordinamenti che, anzi, sarà viepiù approfondita dall'emersione di una dimensione istituzionale autonoma a livello internazionale e di un compiuto sistema di relazioni. Si andrà così prefigurando - attraverso la decisiva mediazione delle disposizioni costituzionali di apertura dello stato alle più avanzate forme di cooperazione internazionale - il decisivo spostamento da dinamiche di adattamento intese in senso essenzialmente produttivistico, a dinamiche di integrazione tra contenuti normativi, nel quadro dello sviluppo di un sistema di relazioni sempre più approfondito degli stati tra loro, nell'ordinamento internazionale e di quest'ultimo con i primi, secondo schemi comunicativi.

Le potenzialità insite nelle timide aperture dei fondatori ad una autonoma dimensione della giuridicità a livello internazionale, molto presto si affievoliranno, in attesa del momento storico propizio alla loro riemersione. E la mediazione della dogmatica giuridica, come subito vedremo, pur riconoscendo la pluralità degli ordinamenti giuridici, finirà per privilegiare l'elemento dell'autonomia formale, declinando il principio di sovranità statale in termini di esclusività dell'ordinamento giuridico, così chiudendo ogni spiraglio di comunicazione tra ordinamenti. La risoluzione della tensione tra sovranità statale e autonomia dell'ordinamento internazionale - che pervade l'intero percorso delle costruzioni dualistiche originarie - nel principio di esclusività dell'ordinamento statale, finirà infatti per irrigidire il momento della mediazione produttivistica nell'ambito della ricostruzione delle dinamiche di adattamento, con conseguenze di cui ancora oggi si avverte l'eco. Sembrerebbe così confermata la stessa critica kelseniana che - come si è visto - identifica costruzioni dualistiche e monismo con primato del diritto statale, sulla base della centralità del riconoscimento del diritto internazionale da parte dell'ordinamento statale: e tuttavia, ciò vale esclusivamente con riferimento alla torsione dogmatica delle costruzioni pluraliste, nella misura in cui il riconoscimento si risolve, in questa fase, in mediazione produttiva, laddove, nelle costruzioni classiche, al contrario, la dialettica tra riconoscimento e separazione si risolveva a favore della separazione non sulla base di considerazioni

esclusiviste, ma sulla base di una separazione tra interno ed esterno positivamente fondata, e storicamente giustificata; il problema dell'unità, certo, rimaneva drammaticamente irrisolto a causa della reiterata esclusione di spazi di relazione tra gli ordinamenti, la parametricità negata, ma erano poste le basi per un riconoscimento dell'autonomia dell'ordinamento internazionale e, quel che più conta, della sua autonomia rilevanza giuridica, la quale appare sullo sfondo dei principali snodi problematici trattati e sarà compiutamente affrontata dall'approccio dell'istituzionalismo alla pluralità degli ordinamenti giuridici.

III CAPITOLO

PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI, PRINCIPIO DI ESCLUSIVITÀ E PARAMETRICITÀ DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Pluralità degli ordinamenti giuridici e principio di esclusività nell'approccio dogmatico. **1.1** Le premesse metodologiche della dogmatica giuridica e la scelta del punto di vista interno. **1.2** Dogmatica giuridica e teoria delle fonti: la norma base e il principio di esclusività **1.3** *Segue*: la teoria dogmatica delle fonti del diritto internazionale in Perassi **1.4** Principio di esclusività e relazioni tra ordinamenti. **1.4.1** *Segue*: la declinazione produttivistica dell'adattamento e del rinvio. **1.5** Rilievi conclusivi. **2. Istituzionalismo e pluralità degli ordinamenti: alla ricerca della relazione.** **2.1** La definizione romaniana del principio di esclusività. **2.2** La costruzione del concetto di istituzione, tra superamento della dimensione normativa ed apertura al dato storico-sociale. **2.3** Il problema del diritto internazionale e la storicità dei principi istituzionali. **2.4** Le relazioni tra ordinamenti giuridici. **2.4.1** *Segue*: le relazioni tra ordinamento internazionale e ordinamento interno. **2.4.2** *Segue*: relazioni tra ordinamenti, principio di esclusività e rinvio internazionalprivatistico. **3. Relazioni tra ordinamenti e applicazione del diritto: il problema del momento soggettivo nella teoria istituzionale e la necessaria apertura alle teorie ermeneutiche.** **3.1** Obiettività del diritto e momento soggettivo in Santi Romano. **3.2** Principio di esclusività, apertura degli ordinamenti ed applicazione del diritto in Ziccardi. **3.3** La costruzione bettiana del rinvio internazionalprivatistico: il ruolo dell'interprete nelle relazioni tra ordinamenti. **3.4.** Relazioni tra ordinamenti, apertura, ruolo dell'interprete, parametricità degli obblighi internazionali ed integrazione materiale. **3.5.** *Segue*: dal paradigma internazionalprivatistico allo Stato costituzionale aperto: l'interprete e la comparazione costituzionale.

1. Pluralità degli ordinamenti giuridici e principio di esclusività nell'approccio dogmatico.

1.1 *Le premesse metodologiche della dogmatica giuridica e la scelta del punto di vista interno.*

L'approccio della dogmatica giuridica alla pluralità degli ordinamenti giuridici – maturato a partire dalla riflessione di Perassi¹ e destinato a dominare il dibattito sulle fonti del diritto, almeno in ambito pubblicistico², per buona parte del XX

¹ PERASSI, *Teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in Riv. dir. int. 1917, pp. 195 ss. e 285 ss.; ID. *Lezioni di diritto internazionale*, I e II, Milano, Giuffrè 1961 e 1962; ma v. anche ID. *Introduzione alle scienze giuridiche* (1919-1920, poi 1938 e 1953), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1958, I, pp. 3 ss. Il modello perassiano verrà successivamente accolto – con riferimento alla sistemazione delle fonti del diritto internazionale - dallo stesso iniziatore della Scuola italiana del diritto internazionale: cfr. ANZILOTTI, *Corso...*, cit., su cui v. *amplius*, *supra*, cap. II, alla nota...

² L'approccio dogmatico assumerà infatti autonoma rilevanza anche nell'ambito della riflessione costituzionalistica sulle fonti del diritto, specie a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione

secolo - tenta di risolvere la tensione, riscontrata nell'analisi delle costruzioni dualistiche originarie, tra sovranità dello Stato ed esigenza di fondazione di una autonoma dimensione della giuridicità a livello internazionale.

Simile tentativo si iscrive nella medesima cornice tratteggiata nel corso del capitolo precedente a proposito della prima elaborazione delle costruzioni dualistiche, rivelando, soprattutto a livello metodologico, caratteri di autonomia che solo in parte determinano significativi spostamenti dalle costruzioni precedenti, specie sul piano degli esiti.

In particolare, si cerca di dare soluzione all'intreccio, tipico delle costruzioni dualistiche, tra volontà dello Stato e volontà collettiva nella conformazione della fonte dell'ordinamento internazionale che, come si è visto, aveva impedito ai dualisti la compiuta affermazione dell'autonomia dell'ordinamento internazionale, riportando continuamente al centro della scena la volontà statale come momento propulsivo – anche sul piano della produzione giuridica - delle relazioni internazionali.

La “teoria dogmatica” delle fonti del diritto internazionale s'incentra pertanto sulla ricerca di spazi per la costruzione di una fonte di giuridicità dell'ordinamento internazionale, pienamente autonoma rispetto alla fonte di giuridicità dell'ordinamento statale, risolvendo la dialettica tra autonomia formale

del 1948, fornendo gli strumenti per un'iniziale risoluzione dei problemi legati all'impatto della rigidità costituzionale sulla tradizionale sistemazione delle fonti attorno alla legge: essenziale, a questo proposito, e pur con tutta una serie di precisazioni che si svolgeranno nel seguito della trattazione, l'opera di Vezio Crisafulli (cfr. *Lezioni di diritto costituzionale*, specie i voll. I. *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, 1970 e II.1. *Le fonti del diritto italiano*, Padova, CEDAM, 1985, nonché Id. *Fonti del diritto*, in Enc. dir., vol. XVII, Milano Giuffré, 1968, pp. 925 ss.). Sul punto, più in generale, v. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, cit., pp. 95 ss., specie pp. 189 ss., nonché BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, specie l'Introduzione, nonché il I e il II capitolo. Diversi e più articolati i percorsi della revisione del metodo dogmatico in ambito giusprivatistico, con il contributo di Maestri quali, tra gli altri, Tullio Ascarelli (cfr. in particolare gli scritti di diritto comparato e di teoria dell'interpretazione, nonché la celebre polemica con Francesco Carnelutti sul rapporto tra giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, nella Riv. dir. proc. 1957, pp. 351 ss., e 1958, pp. 14 ss.; sulla figura di Tullio Ascarelli, vedi BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Laterza 2007, pp. 186 ss.) e Luigi Mengoni (cfr. *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985; *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffré, 1996); può essere interessante richiamare, altresì, la nota discussione, sviluppatasi a cavallo tra gli anni '30 e '40 sui concetti giuridici, che vide coinvolti Salvatore Pugliatti, Arturo Carlo Jemolo, Guido Calogero e Widar Cesarini Sforza (*La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, Giuffré 2004) sulla quale vedi RIDOLA, *Guido Calogero e i “concetti giuridici”*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 3/2004, pp. 378 ss.

e autonomia materiale dei due ordinamenti attraverso una correzione delle teorie precedenti sul piano del metodo.

Simile conclusione si lega strettamente alle premesse metodologiche della dogmatica giuridica³, specie con riferimento alla sua specifica funzione sul piano epistemologico: merita di essere sottolineata, ai nostri fini, la scelta di porsi dal punto di vista *interno* al singolo ordinamento giuridico, coesistente all'impostazione dogmatica almeno su un duplice livello.

In primo luogo, infatti, simile scelta è condizionata dal carattere dichiaratamente pratico della dogmatica giuridica, la quale ha come obiettivo "la conoscenza sistematica di un ordinamento giuridico nella sua funzione di sistema di canoni di valutazione delle relazioni sociali", vale a dire, essa tende a dare "ordine sistematico al procedimento col quale i fatti e le azioni della realtà sociale si riferiscono all'ordinamento giuridico per conoscere la valutazione che da essi ricevono"⁴. L'orientamento pratico della dogmatica - vale a dire il suo esclusivo interesse alla sistemazione, sulla base dei criteri di analisi tecnica e di interpretazione forniti dalla logica, dei risultati conseguenti all'osservazione della serie di valutazioni operate dalle norme dell'ordinamento su atti e fatti per ciò stesso giuridicamente rilevanti - definisce la sua autonomia rispetto alle altre scienze giuridiche, ed in particolare rispetto alla teoria generale e alla filosofia del diritto⁵, e vale a radicare la scelta del punto di vista interno. La dogmatica

³ Sulle quali si tornerà diffusamente nel corso del capitolo; v. fin d'ora, tuttavia, PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in Enc. dir., Milano, Giuffrè 1964, XIII, pp. 678 ss.; MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID. *Ermeneutica...*, cit., pp. 25 ss. (ma anche in *Enc. giur.*, Roma, Ist. Encicl. Ital. 1988, XII); ID., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, cit., pp. 11 ss.. Più in generale, vedi le opere classiche di LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, 1960), tr. it. Ventura, Milano, Giuffrè 1966 e WILHELM, *Metodologia giuridica del secolo XIX (Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert)*, 1958), tr. it. Lucchini, Milano Giuffrè 1974, ma anche, con riferimento specifico all'Italia, GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè 2000.

⁴ PERASSI, *Introduzione...*, cit., p. 19. La dogmatica giuridica coincide pertanto, nella riflessione di Perassi, con la "tecnica della valutazione giuridica, ossia la tecnica del come si deducano dall'ordinamento giuridico le valutazioni, da esso stabilite, per i fatti che esso contempla" (ivi, p. 18).

⁵ La teoria generale, infatti, risponde secondo Perassi all'esigenza di rispondere, sulla base di un atteggiamento spirituale di "sintesi costruttiva", al bisogno di desumere dal dato dell'esistenza di "diversi ordinamenti giuridici, che si riscontrano in società diverse e in tempi diversi... un concetto generale ed astratto di ordinamento giuridico", considerando il diritto "in sé e per sé", e non in una sua pratica manifestazione, storicamente situata, mentre la filosofia del diritto, sempre prescindendo dall'osservazione di un singolo ordinamento, ha lo scopo di "considerare il fenomeno del diritto nella società come un frammento del sistema universale, e quindi rispondere

giuridica si rivolge infatti alla comprensione di un determinato ordinamento, “quale esso è”⁶: ne deriva che “le formulazioni della dommatica giuridica hanno un valore rigorosamente relativo all’ordinamento giuridico determinato, a cui la dommatica si riferisce [...] se la dommatica presuppone un certo ordinamento giuridico come punto di riferimento, è evidente che ogni sua conclusione sussiste solo rispetto a tale ordinamento”⁷.

In secondo luogo, la scelta del punto di vista interno ha una radice più profonda, che può essere riportata al piano più generale della delimitazione, a fini metodologici e sul piano conoscitivo, dei confini dell’esperienza giuridica: essa consegue così anche ad un diverso ordine di considerazioni, che attengono più specificamente al metodo dogmatico, e riguardano direttamente la ricostruzione del rapporto tra realtà sociale e sua valutazione da parte dell’ordinamento - tra fatto e norma - in termini di astrazione. Per il giurista dogmatico, in altre parole, la realtà sociale rileva esclusivamente in quanto potenziale oggetto di valutazione normativa, e la correlazione tra fatto e norma in tanto sussiste in quanto essa è creata dalla valutazione normativa stessa⁸: nessuna capacità normativa è da ascrivere, in linea di principio, al fatto, o alla coscienza sociale, o meglio simile ordine di considerazioni resta estraneo all’area di interesse del giurista dogmatico. Ne discende che l’esperienza giuridica, secondo l’approccio dogmatico, resta limitata all’area delle valutazioni normative, ed in particolare delle valutazioni operate da un singolo ordinamento.

Il canone della relatività delle valutazioni giuridiche – che vedremo assumere rilevanza centrale nell’approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti – opera così innanzitutto sul piano della delimitazione “esterna” dei confini della giuridicità.

Alquanto articolato appare, specie alla luce delle considerazioni svolte nel corso del capitolo precedente, il legame tra simili conclusioni e la tradizione del positivismo giuridico statalista. Se da un lato, infatti, l’approccio dogmatico riesce

alla domanda «come si deve concepire il diritto nel sistema universale» (PERASSI, *Introduzione...*, cit., p. 18).

⁶ Ivi, p. 19.

⁷ Ivi, p. 20.

⁸ Cfr. ivi, p. 5: “Si deve aver molto chiaro il concetto che tale correlazione sussiste esclusivamente in virtù della norma: è questa che la crea”.

– proprio attraverso la delimitazione dei confini dell’esperienza giuridica - a superare le aporie derivanti dall’origine volontaristica delle costruzioni del positivismo statualista, rivedendo – almeno sul piano conoscitivo – la posizione della volontà (ed in primo luogo della volontà statale) nella costruzione dogmatica delle fonti del diritto, resta da chiarire in che misura simili conclusioni valgano effettivamente a superare il dogma delle sovranità statale, e dell’essenziale mediazione dello Stato ai fini della produzione normativa, in particolare con riferimento all’affermazione del principio di esclusività degli ordinamenti giuridici⁹.

Si rende necessaria, a questo punto, una precisazione ulteriore: l’approccio dogmatico, come accennato, si muove esclusivamente sul piano della conoscenza di un ordinamento dato e non al diverso livello della ricostruzione della fonte di giuridicità di quel medesimo ordinamento. Su questo punto, ripercorrere i percorsi della riflessione di Perassi (ma anche di Crisafulli) appare alquanto arduo: egli infatti sembra unire alla declinazione in termini normativi della relazione di validità, la coscienza profonda della rete di corrispondenze tra ordinamento giuridico e tessuto sociale. Così, egli non perde di vista la storicità dell’ordinamento giuridico, sulla base della considerazione che esso “in quanto è proprio di una determinata società, riflette la struttura della società, di cui è l’espressione, e, per ciò, presenta dei caratteri che in grado maggiore o minore lo distinguono dagli altri”¹⁰, ma, allo stesso tempo, non appare del tutto chiaro se simile ordine di valutazioni si arresti sulla soglia dell’ambito di interesse del

⁹ La relazione con la tradizione del positivismo statualista si svolge pertanto su un duplice piano. In primo luogo, deve sottolinearsi la decisa correzione metodologica delle dottrine precedenti, rappresentata efficacemente dall’affermazione dell’esigenza di relegare la maggior parte dei problemi che la preoccupavano in ambito pregiudiziale, per effetto della scelta del punto di vista interno al singolo ordinamento (lo si vedrà con maggiore chiarezza in tema di fonti, cfr. *infra*, par. 1.2; per ora v. ZICCARDI, *La costituzione dell’ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè 1943, pp. 36 ss.). In secondo luogo, non può negarsi che l’approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti resti condizionato, sia pure inconsciamente, al dogma della sovranità statale che condivideva – come premessa – con la tradizione da cui prendeva le mosse: sarà pertanto necessario chiarire in che misura la premessa metodologica dell’astrazione dogmatica, nel suo legame con l’affermazione del principio di esclusività, appaia davvero strumento di una ricostruzione neutrale rispetto alle premesse, o non piuttosto funzionale al dogma della sovranità statale. Per il riconoscimento di una diretta derivazione del principio di esclusività dal positivismo statualista, v. sin d’ora, oltre a PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, cit., ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 151 ss., BERNARDINI, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966.

¹⁰ PERASSI, *Lezioni...*, cit. I, pp. 1 ss., p. 4.

giurista dogmatico. Ciò vale, in particolare, proprio con riguardo alla scelta, apparentemente netta, in favore della carattere costitutivo della valutazione normativa, specie se si considera che – con riferimento al *genus* della norma sociale, cui la norma giuridica appartiene – lo stesso Perassi aveva affermato che “la norma sarebbe *socialmente inefficace* se mancasse tale correlazione fra il senso, che la norma attribuisce alla valutazione da essa stabilita per un’azione o un’omissione, ed il senso, che a tale valutazione attribuisce la media degli individui, a cui la norma si indirizza, e se gli individui, in cui la norma trova un modo di sentire opposto a quello da essa presupposto, non costituissero un fenomeno eccezionalissimo, e quantitativamente minimo”¹¹.

La tensione, così sommariamente descritta, tra costitutività della mediazione normativa ai fini della delimitazione dell’area del giuridicamente rilevante e coscienza della storicità delle valutazioni giuridiche sembra risolversi, tuttavia, proprio attraverso l’ammissione dell’irrelevanza del fattuale ai fini della conoscenza dogmatica delle valutazioni normative operate dall’ordinamento e, soprattutto, ai fini dell’articolazione dei giudizi funzionali alla riconduzione a sistema del complesso delle valutazioni medesime, nell’ambito di un singolo ordinamento.

D’altro canto, anche tale ultima affermazione deve essere sfumata, in quanto lo stesso Perassi, pur riconoscendo l’apporto essenziale della logica nella costruzione delle categorie dogmatiche, si affretta a precisare che simile considerazione non deve indurre a risolvere la dogmatica in un mero “formalismo logico, a cui è estraneo ogni contatto con la realtà”¹². La coscienza della complessità del sostrato

¹¹ PERASSI, *Introduzione...*, cit., p. 7, corsivi miei.

¹² Ivi, p. 20. Il ruolo essenziale della logica nella costruzione dei concetti giuridici sarà sostenuta, con tratti di notevole complessità, dal Pugliatti (cfr. ID., *Logica e dato positivo*, 1935, ora in CALOGERO – CESARINI SFORZA – JEMOLO – PUGLIATTI, *La polemica sui concetti giuridici*, cit., pp. 5 ss.). In Pugliatti, in particolare, l’assunzione del punto di vista dogmatico – evidente nell’affermazione secondo cui “il procedimento logico non indaga il dato positivo, ma lo assume come elemento da sistemare” (p. 5) – si accompagna, come si è visto e si vedrà in Perassi, alla coscienza della presenza di orizzonti extradogmatici, legati all’origine del dato positivo, che il giurista dogmatico non può ignorare. In questo contesto, sostiene Pugliatti, “se la logica non può aver presa sulla materia prima da cui risultano costituiti i fenomeni giuridici, se non può eliminare gli elementi costitutivi che si atteggiavano in modo da farli talvolta apparire come anomali, essa però risponde della coerenza di quei principi in base ai quali tutti i fenomeni giuridici, appaiano come normali o come irregolari, sono coordinati in sistema” (pp. 5-6): si tratteggia, pertanto, un rapporto di natura peculiare tra la logica e il dato positivo, nel quale, se la prima non può vantare carattere costitutivo del fenomeno giuridico, d’altro canto essa rimane l’unico strumento che possa vantare

fattuale che l'ordinamento è chiamato a valutare dal punto di vista giuridico – formulando quei giudizi di cui il giurista dogmatico deve elaborare la ricostruzione sistematica - unita alla constatazione della stessa complessità del sistema normativo radica l'esigenza di percorsi argomentativi che, almeno “preliminarmente”, considerino in maniera accurata l'essenza dei fatti stessi “soprattutto per intendere con esattezza il loro significato e la loro funzione

legittime virtualità ricostruttive: se è cioè vero che “il dato è insensibile alle reazioni del criterio logico, e non può essere annullato da esse”, d'altra parte non è men vero che “la constatata inidoneità logica del concetto fa sorgere la necessità di tentare una diversa spiegazione e sistemazione dei fenomeni giuridici in questione” (pp. 8-9), come evidente, ad esempio, nell'elegante ricostruzione dell'inefficacia relativa dei negozi di alienazione, articolata nel bilanciamento tra diritto di proprietà e diritti di garanzia, dal momento che “un principio può subire l'influenza della coesistenza di un altro principio, poiché in questo caso essi diventano termini di un ulteriore principio che li accoglie in sé, tenendo conto della possibilità delle loro reciproche influenze” (p. 10) e, pertanto, il concetto di alienazione mantiene integra la propria legittimità dogmatica, pur venendo bilanciato con concetti ricavati dal medesimo dato normativo, in vista dell'esigenza di tutela di diversi interessi. Nel contributo successivo (cfr. *La logica e i concetti giuridici*, in *La polemica...*, cit., pp. 41 ss.) le riflessioni di Pugliatti mostreranno chiaramente – in antitesi alla replica critica dello Jemolo, su cui subito ci soffermeremo – il legame tra mediazione della logica nella costruzione dei concetti giuridici e statuto epistemologico della scienza giuridica; assai significative, nella contrapposizione con lo Jemolo (*I concetti giuridici*, ivi, pp. 18 ss.), le pp. 66 ss., in merito al confronto tra il metodo della scienza giuridica e quello delle scienze fisiche e biologiche, specie in relazione all'evoluzione di queste ultime nel senso dell'affiancamento di criteri probabilistici al tradizionale canone della causalità, ma anche all'influsso delle teorie della relatività: allo Jemolo, che, alle pp. 28 ss., sottolineava l'attaccamento alle “vecchie concezioni” da parte dei giuristi, di fronte alla maggiore elasticità del metodo delle scienze fisiche e biologiche, Pugliatti opponeva incrollabile fede nella scienza, e nell'andamento logico delle sue riflessioni come elemento di garanzia, anche nella consapevolezza delle sfide di sistemazione del dato positivo emerso “sotto il segno dei tempi nuovi”, che possono essere affrontate solo “a condizione di avere fede nella scienza e nei principi della logica” (p. 69). “La scienza” afferma significativamente Pugliatti, “non crea uno stato d'animo, ma lo presuppone; non perviene mai allo scetticismo, ma richiede come condizione di esistenza l'assenza di ogni scetticismo. In certo senso, vuole una fede, è una mistica” (p. 69): come è stato affermato, Pugliatti, pur consapevole “del valore soltanto relativo del processo di generalizzazione attraverso il quale si perviene all'elaborazione dei concetti giuridici [...] non rinunciava tuttavia a riconoscere al giurista il compito fondamentale di mettere ordine nel caos dell'esperienza giuridica” (RIDOLA, *Guido Calogero...*, cit., p. 382). Strettamente consequenziale a queste posizioni appare, in Pugliatti, la sottolineatura dell'aspirazione della scienza giuridica ad una sistemazione unitaria, direttamente derivante dall'istanza della certezza giuridica (cfr. a proposito delle diverse figure di abrogazione, le pp. 50 ss., in particolare 51). All'incrollabile fede nella logica del Pugliatti – che pure non ignorava, come abbiamo visto, l'inevitabile storicità del diritto – lo Jemolo risponde affiancando al riconoscimento dell'andamento logico della riflessione del giurista (cfr. p. 24) una “forte e radicata consapevolezza della «storicità» dei concetti giuridici” (RIDOLA, *op. ult. cit.*, p. 380), inserita a sua volta in un quadro di più ampio respiro, percorso dalla consapevolezza dell'impatto “della dilatazione del «politico» [...] sulle tranquillizzanti certezze della dogmatica giuridica tradizionale” (RIDOLA, *op. loc. ult. cit.*) che si rifrange, a livello metodologico nella coscienza della dialettica tra elementi razionali e irrazionali (cfr. JEMOLO, *I concetti...*, cit., p. 39) e nell'affermazione dell'esigenza di mantenere l'integrazione di teoria e pratica del diritto (*op. ult. cit.*, pp. 28 ss., pp. 31 ss., nonché pp. 39-40). Si tornerà più oltre sul dibattito, ed in particolare sulle posizioni di Calogero, che aprono spiragli invero suggestivi, anche ai fini di una revisione delle premesse metodologiche della dogmatica giuridica, sul legame tra costruzione dei concetti e ruolo dell'interprete.

sociale”. Certo, la rilevanza del fattuale ai fini dell’elaborazione delle categorie dogmatiche ha carattere *preliminare*, eppure dall’attenzione alla realtà sociale consegue che “l’andamento logico della dogmatica giuridica non esclude [...] ma al contrario esige senso della realtà nell’intendere nella loro essenza i fatti della vita sociale e finezza di spirito nel dedurre dall’ordinamento giuridico la valutazione appropriata di essi”¹³.

Emerge così un elemento di tensione tra due prospettive metodologiche – quella dogmatica (volta alla conoscenza sistematica di un ordinamento dato) e quella extradogmatica (diretta all’indagine dell’origine del diritto) – che, nonostante l’affermata separazione, mostrano profili di relazione alquanto complessi, sui quali si dovrà tornare più volte nel corso dell’analisi.

Né simile tensione, come si accennava, può dirsi limitata all’opera del Perassi. Se si considerano, infatti, i percorsi della riflessione crisafulliana in tema di fonti del diritto, non può non rilevarsi la dialettica interna che percorre il tentativo di conciliare premesse di carattere normativistico e socialità del diritto¹⁴, articolata, da un lato, sulla declinazione in termini normativi del concetto di ordinamento giuridico, e, d’altro canto, sul deciso accoglimento dell’“insegnamento delle dottrine che riconoscono la pluralità degli ordinamenti giuridici e quindi la socialità del diritto, in contrapposto alla concezione tradizionale della statalità del diritto”¹⁵.

¹³ PERASSI, *Introduzione...*, cit., p. 20. Il passo sintetizzato nel testo merita di essere riportato in forma integrale: “la parte così notevole che ha la logica nella dogmatica giuridica non deve, peraltro, indurre a credere che la dogmatica giuridica si esaurisca in un formalismo logico, a cui è estraneo ogni contatto con la realtà. I fatti, le situazioni, le relazioni che si producono nella realtà della vita sociale sono quasi sempre molto complessi: la ricerca nell’ordinamento delle norme che danno la loro valutazione appropriata esige, preliminarmente, che essi siano accuratamente considerati nella loro essenza, soprattutto per intendere con esattezza il loro significato e la loro funzione sociale. D’altra parte, la ricerca nel sistema giuridico del canone, in base a cui è da valutarsi un fatto o un gruppo di fatti, non è sempre la facile ricerca di un articolo di un codice, ma esige, spesso, un lavoro di coordinamento e di integrazione di norme diverse e di penetrazione dello spirito generale di un gruppo di norme o dell’intero sistema. L’andamento logico della dogmatica giuridica non esclude quindi, ma al contrario esige senso della realtà nell’intendere nella loro essenza i fatti della vita sociale e finezza di spirito nel dedurre dall’ordinamento giuridico la valutazione appropriata di essi”.

¹⁴ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., pp. 15 ss.

¹⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., vol. I, p. 15: la critica al Romano è precisata più avanti, alla p. 37, laddove Crisafulli afferma di condividere le obiezioni sollevate (da parte normativista), riassunte classicamente “nell’esatto rilievo che senza le norme non ci sarebbe l’«istituzione», così che questa potrà ben dirsi «un fatto», ma è – per definizione – *un fatto ordinato*, e dunque conforme a certe norme o regole che necessariamente presuppone”, dal momento che “quelle norme, che il Romano vede come semplice prodotto ulteriore del corpo sociale, si sono già prima

La tensione che ne deriva può essere risolta solo in parte attraverso la distinzione tra punto di vista dogmatico e punto di vista extradogmatico¹⁶, alla quale appare anzi strettamente collegata. Potrebbe infatti riflettersi sulla possibilità di ricondurre il rapporto tra concezione normativa e socialità del diritto ad un tentativo di integrazione tra i punti di vista, che permette, tra le altre cose, di meglio cogliere taluni aspetti assolutamente innovativi della costruzione crisafulliana del sistema delle fonti. Se la separazione – pure accolta - conduce infatti, negli esiti, ad una riproposizione delle tradizionali posizioni della dogmatica giuridica – specie sul piano dell’articolazione della pluralità degli ordinamenti attraverso i due principi complementari della relatività dei valori giuridici e della esclusività degli ordinamenti – non mancano alcune fondamentali variazioni (si pensi all’abbandono della costruzione esclusivamente gerarchica del sistema delle fonti), certo profondamente condizionate dal diverso orizzonte storico – concettuale del secondo dopoguerra, in particolare per ciò che riguarda l’impatto della rigidità costituzionale sul sistema delle fonti¹⁷.

postulate, all’atto di rivolgere l’attenzione ad un gruppo sociale assunto come «istituzione», giacché sono esse che, dandogli un ordine e perciò organizzandolo, ne fanno un ente o corpo unitario, ossia una «istituzione»”. Centrale pare, a questo proposito, la mediazione del pensiero di BOBBIO che, nella *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, aveva tracciato un nesso di continuità tra la teoria normativa e la teoria dell’istituzione (cfr. pp. 5-6), che verrà poi chiarito attraverso il riferimento alle norme di organizzazione, o norme di secondo grado (Cfr. ID. *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in ID. *Dalla struttura...*, cit., pp. 139 ss., specie 145-146), che consentirebbero di confutare l’affermata natura “pre-normativa” dell’istituzione, e confermare la definizione dell’ordinamento in termini normativi (ereditata, per altro verso, dal Kelsen; cfr. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento...*, cit., p. 6, ma anche LOSANO, *Prefazione a BOBBIO, Dalla struttura...*, cit., V). Sulla critica di Crisafulli alla teoria romaniana dell’ordinamento, v. PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 190 ss., nonché, più in generale BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit., pp. 81 ss. Sul punto si tornerà più diffusamente, *infra*, trattando specificamente della teoria romaniana: può tuttavia anticiparsi che le critiche mosse alla costruzione istituzionistica del concetto di ordinamento non convincono del tutto, in particolare poiché ci sembra che la norma “organizzativa”, necessariamente presupposta dall’ordinamento, si muova su di un piano metodologico (quello della separazione assoluta di essere e dover essere), che tuttavia, se da un lato conduce a mantenere la formulazione kelseniana della norma come giudizio ipotetico (*Sollen* come senso specifico in cui due fatti sono tra loro collegati da una norma giuridica, cfr. CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit. I, p. 12), d’altro canto ne predica la costitutività esclusivamente a fini dogmatici. Mentre Romano, in altre parole, si muove secondo canoni di metodo che, come meglio vedremo, ripensano profondamente la distinzione tra prospettiva dogmatica ed extradogmatica nel senso di una loro integrazione, i critici si muovono sul piano diverso della conoscenza *a posteriori* di un ordinamento “neutralizzato” dogmaticamente, alla quale è coesistente l’esigenza di *postulare* norme di organizzazione che, inesistenti all’atto dell’instaurazione “in fatto” dell’ordinamento, potranno semmai essere state formulate in un secondo momento, a seguito del consolidamento effettivo dell’istituzione.

¹⁶ Come indicato invece da PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 189 ss.

¹⁷ L’incidenza della piena normatività della Costituzione sulla tradizionale articolazione del sistema delle fonti attorno alla legge, è ben colta, nelle sue implicazioni storico-politiche, da

Sarebbe pertanto un errore – come si vedrà più avanti a proposito dei rapporti tra la norma base dei dogmatici e la *Grundnorm* kelseniana - estendere apoditticamente all'approccio metodologico della dogmatica giuridica i rilievi

BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit., p. 26: “El tránsito del Estado legal al Estado constitucional de Derecho supone mucho más que un simple sometimiento de la ley a la Constitución. Responde a exigencias sociales ineludibles y expresa una nueva filosofía política. Frente a la democracia radical, que reflejaba la supremacía de un grupo social homogéneo, la democracia constitucional se fundamenta en el pluralismo y en el consenso. Frente al orden jerárquico que se derivaba del dominio de la ley, como expresión de una voluntad única, el orden competencial que se deriva de la normatividad de la Constitución como punto de confluencia de una diversidad de intereses y valores”. Sul punto, v. anche SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1 ss., specie per il legame tra rigidità e “sistemi costituzionali policentrici” (p. 2). Con riguardo all'introduzione del criterio della competenza, d'obbligo il riferimento a CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1960, pp. 775 ss., laddove il nesso di consequenzialità tra “esperienza di ordinamenti a costituzione rigida” e ripensamento della strutturazione gerarchica delle dinamiche di produzione giuridica è colto con significativa sensibilità storica: “l'assolutezza della formula in cui si esprimeva la forza formale di legge viene, allora, opportunamente temperata, con la riserva, in apparenza modesta, che la capacità creativa di diritto della legge si arresta soltanto nei confronti delle fonti di ordine costituzionale. Ma è una rettifica, questa, che in realtà, ha un valore decisivo sulla teoria delle fonti, rivelandosi suscettibile di dissolvere dall'interno lo stesso sistema gerarchico” (p. 785). Vale sottolineare – a riprova della richiamata premessa della tensione tra concezione normativa dell'ordinamento e socialità del diritto – che peraltro, la dissoluzione del sistema gerarchico va di pari passo con il progressivo superamento della centralità dei criteri formali al momento di determinare le relazioni tra fonti: così, afferma Crisafulli, “può accadere che un medesimo atto assuma una diversa forza a secondo del suo molteplice e vario contenuto regolativo (di ciò *su cui* dispone, e di *quel* che dispone e del *modo come* dispone). Di guisa che l'appartenenza di un atto ad un certo tipo formale diventa, ormai un semplice criterio liminare, inidoneo a determinare con esattezza il grado delle singole disposizioni in esso contenute, e delle norme da esso poste, e a dare risposta al quesito, che si presenta quotidianamente all'interprete del diritto, di quale sia la norma validamente esistente e validamente applicabile alle diverse fattispecie della vita reale” (CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 809). Né c'è da stupirsi – con riferimento alla piena tenuta delle premesse dogmatiche dell'Autore, o quantomeno alla sensibilità verso una loro compiuta storicizzazione - se solo si pensa che la stessa ricostruzione del principio di gerarchia “secondo forma formale” affiancava all'affermazione della natura “spuria” del concetto (“nel quale confluiscono e coabitano echi della concezione gradualistica del diritto [...] con spunti e suggerimenti, tratti da concezioni, anche radicalmente diverse, maturate su tutt'altro piano, in omaggio a presupposti e postulati di carattere politico-ideologico, più o meno direttamente riflettentisi nelle particolari strutture di determinati ordinamenti storici”, p. 778) l'altrettanto importante rilievo secondo cui l'assegnazione di una certa capacità normativa a particolari atti, secondo una strutturazione gerarchica, avviene “in ragione della sua forma tipica” laddove essa – originariamente – andrebbe intesa come il momento in cui si “riassumerebbero, rendendosi, per così dire, esteriormente riconoscibili, i soggetti da cui promana, la funzione a questi attribuita e i relativi modi, pure prestabiliti, di formazione e manifestazione”, in luogo della progressiva, criticata, confusione della forma nel tipo astratto dell'atto (p. 780). Analogamente, cfr. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit., pp. 51 ss., per una ricostruzione delle interazioni tra gerarchia e competenza come forma di manifestazione tipica dell'impatto della Costituzione normativa sul sistema delle fonti tradizionalmente organizzato attorno alla centralità della legge, specie per ciò che riguarda il legame tra pluralismo dei criteri di ordinazione del sistema delle fonti e apertura del sistema medesimo al pluralismo sociale e istituzionale (cfr. p. 52), ma anche per la progressiva emersione di una dimensione materiale della supremazia della Costituzione, che si traduce nel “reconocimiento de principios y valores constitucionales, de naturaleza abstracta, que condicionan la producción normativa y la aplicación del Derecho” e comporta una “desformalización de las fuentes infraconstitucionales en favor de la normativa constitucional” (p. 54).

svolti a proposito del normativismo kelseniano, specie con riferimento alla criticata irrelazione di essere e dover essere: se, infatti, in quella sede, le critiche apparivano giustificate dalla rilevanza dell'irrelazione medesima sul piano delle premesse generali del sistema, nell'analisi della dogmatica è necessario tener presente che ci si muove su un piano ben diverso, che è appunto quello dell'elaborazione di concetti – storicamente situati – funzionali alla comprensione giuridica e alla pratica individuazione e sistemazione delle valutazioni operate da un determinato ordinamento giuridico.

Non può essere persa di vista, in altre parole, la complessità delle premesse metodologiche, le quali – nonostante l'affermazione della necessità di “tener presente la distinzione, così essenziale, fra la dogmatica di un ordinamento, e la concezione di tale ordinamento, sulla quale la dogmatica si costruisce”¹⁸ – mantengono appunto un legame con lo stesso andamento dei percorsi della costruzione dogmatica dei concetti. Così ad esempio, come si è visto, dalla compresenza, nel panorama teorico generale, cui tanto Perassi quanto Crisafulli fanno riferimento, di elementi astrattamente riconducibili a premesse normativistiche – la cui portata, peraltro, dovrà essere opportunamente chiarita proprio con riferimento alla dogmatica delle fonti – accanto alla coscienza della storicità degli ordinamenti – che consente, ad esempio, l'adesione alle posizioni pluralistiche – discende l'importante affermazione dell'esigenza di senso della realtà nell'elaborazione delle categorie dogmatiche, la quale impedisce, a sua volta, il trascolorare dell'approccio dogmatico nel dogmatismo¹⁹. Rilievi critici, piuttosto, potranno essere mossi – come meglio si chiarirà – su di un piano

¹⁸ Così, PERASSI, *Teoria dogmatica...*, cit., p. 222. La distinzione corrisponde a quella tra punto di vista dogmatico e punto di vista teorico generale (o extradogmatico), per la quale vedi anche CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, pp. 43 ss., nonché diffusamente PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 189 ss.

¹⁹ Articola la distinzione tra dogmatica e dogmatismo proprio sul piano del senso del limite nella costruzione dei concetti lo ZICCARDI, *Introduzione...*, cit. pp. 140 ss., specie laddove afferma che può sottrarsi all'accusa di dogmatismo solo quell'approccio dogmatico in cui sia “presente la consapevolezza dei propri fini e perciò anche dei propri limiti, il che implica l'accettazione di principi più generali, fondato su di una più completa esperienza, quali premesse teoriche della costruzione sistematica, anche se implicite, o professate soltanto indirettamente, attraverso la scelta dei punti lontani di riferimento, e di un dato linguaggio” (p. 143). In merito alla distinzione tra dogmatica e dogmatismo, ed a proposito delle sfide derivanti per la dogmatica giuridica dall'esigenza di una sua apertura alla coscienza della storicità degli ordinamenti, con riferimento specifico agli orizzonti metodologici del diritto costituzionale, v. sin d'ora CERVATI, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.* 2005, pp. 707 ss.

prettamente metodologico, al momento di valutare i limiti dell'astrazione dogmatica sul piano delle concrete modalità di articolazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, specie per ciò che concerne gli effetti dell'approccio dogmatico sull'approfondimento della separazione, con l'affermazione del principio di esclusività degli ordinamenti e la correlativa esclusione di relazioni giuridiche tra i medesimi.

La scelta del punto di vista interno, condizionata dalle premesse metodologiche di cui si è fin qui detto, ha infatti come conseguenza fondamentale l'affermazione dei due principi, strettamente interconnessi, di esclusività degli ordinamenti giuridici e di relatività dei valori giuridici. Si tratta di principi cardine del modello dogmatico di ricostruzione della pluralità degli ordinamenti, che appaiono al tempo stesso funzionali alla conoscenza giuridica di un ordinamento dato, nella misura in cui contribuiscono ad isolare, nel contesto pluralistico, lo stesso ordinamento, in stretta correlazione con l'adozione del punto di vista interno da parte del giurista dogmatico.

Nel quadro di un approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici – e il discorso vale tanto per Perassi quanto per Crisafulli – l'affermazione del principio di esclusività consente apparentemente di conciliare l'opzione teorica per la socialità del diritto (che è alla base del riconoscimento della pluralità degli ordinamenti) con le esigenze di metodo: come è stato efficacemente affermato “il principio di esclusività è avvertito come punto di passaggio «obbligato», logicamente e storicamente, per chi, tenendo conto di altre premesse della teoria generale, quali (una certa versione) della pluralità degli ordinamenti giuridici, canone della relatività, impenetrabilità territoriale degli Stati, tenda ad un sistema capace di combinare rigore logico e consistenza storica”²⁰.

²⁰ Così, PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 206, ma cfr. anche pp. 196 ss. In Crisafulli, la posizione del principio di esclusività come elemento, per così dire, di mediazione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico è affermata con molta chiarezza, specie laddove afferma che la “pluralità degli ordinamenti giuridici” - derivante direttamente dall'adozione della premessa della socialità del diritto - “è concetto teoretico, non trasportabile *sic et simpliciter*, sul terreno delle scienze giuridiche «dommatiche», aventi ad oggetto, cioè, un determinato ordinamento giuridico”. Ne consegue che esso “trova *il suo correttivo e il suo limite* nel canone – di fondamentale importanza – della «relatività dei valori giuridici»: un medesimo fatto, uno stesso comportamento, possono ricadere nell'ambito di ordinamenti diversi ed essere da ciascuno di questi valutati in modi e con effetti diversi, ed anche contrastanti” (cfr. *Lezioni...*, cit., 43, corsivi miei).

Allo stesso tempo, come vedremo, detti principi implicano ben precise opzioni sul piano della ricostruzione delle dinamiche della produzione giuridica. È pertanto ravvisabile uno stretto legame tra le premesse metodologiche segnalate – in particolare, la scelta dell’astrazione dogmatica nella ricostruzione della relazione tra fatto e norma – l’adozione del punto di vista interno, la chiusura degli ordinamenti – attraverso l’affermazione dei principi di esclusività e relatività - e sistemazione dogmatica delle dinamiche di produzione normativa.

In particolare, proprio l’analisi dei percorsi di elaborazione di una teoria dogmatica delle fonti del diritto internazionale –come sviluppata dal Perassi – mostra simili connessioni, e contribuisce allo studio delle possibilità di una relazione parametrica tra diritto internazionale e diritto interno. Come si è più volte sottolineato, infatti, la ricerca di spazi per la parametricità del diritto internazionale è strettamente legata alla riflessione sul rapporto tra teorie della validità e relazioni tra ordinamenti; così, se, da un lato, deve essere ribadita la scelta in favore della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, il confronto con i percorsi dell’approccio dogmatico alla teoria delle fonti (e alla pluralità degli ordinamenti) rivela l’esistenza di una tensione tra pluralismo e relazione. In particolare, appare centrale proprio la codificazione del principio di esclusività, specie nel suo rapporto – su cui subito ci soffermeremo – con l’elaborazione di una teoria dogmatica delle fonti nel contesto della pluralità degli ordinamenti giuridici.

1.2 Dogmatica giuridica e teoria delle fonti: la norma base e il principio di esclusività

La premessa della necessaria correlazione normativa tra fatto e ordinamento – ai fini della conoscenza dogmatica delle valutazioni da esso operate – è alla base della costruzione dogmatica del concetto di fonte del diritto. Esso, infatti, lungi dall’apparire legato alla capacità normativa del fatto, dipende esclusivamente dall’esistenza di una valutazione dell’ordinamento diretta ad attribuire al fatto

medesimo l' idoneità a produrre norme giuridiche²¹: come afferma Perassi, secondo l' approccio dogmatico, "l' espressione «fonte di norme giuridiche» perde ogni valore di metafora naturalistica per indicare, invece, una correlazione tra un fatto, in senso amplissimo, e l' ordinamento giuridico"²². Su queste basi può essere coniata la definizione classica di fonte del diritto secondo la dogmatica: fonte è ogni atto o fatto cui l' ordinamento giuridico attribuisce la capacità di produrre, modificare o estinguere una norma giuridica²³.

Simile approccio sembrerebbe, a prima vista, strettamente legato ad una concezione normativistica dell' ordinamento giuridico e, soprattutto, alla conseguente declinazione della relazione di validità: è necessario tuttavia riprendere quanto affermato in precedenza in merito alla complessità della riflessione di Perassi (e Crisafulli), soprattutto con riferimento alla relazione tra concezione di un ordinamento in termini generali e sua ricostruzione dogmatica. Se, ai fini della seconda, appare indispensabile – a Perassi, in particolare - l' uso di strumenti tipici del normativista, ciò non implica necessariamente l' adozione di una concezione formale dell' ordinamento giuridico²⁴, come dimostrano, ad

²¹ "Ogni fatto di produzione giuridica, sia esso un fatto sociale o l' atto di volontà di un soggetto giuridico, è dotato dalla norma sulla produzione giuridica, che lo contempla, di una determinata possibilità di produzione di norme: tale norma è quindi, il canone di valutazione per stabilire la giuridicità delle norme che ciascun fatto tende a produrre" (PERASSI, *Introduzione...*, cit., p. 45).

²² PERASSI, *Teoria dogmatica...*, cit., p. 195.

²³ Per questa definizione, vedi ad esempio BOBBIO, *Teoria dell' ordinamento...*, cit., pp. 34-35; CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 46 come anche BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit., pp. 60-61.

²⁴ Questo profilo del pensiero di Perassi deve essere approfondito, specie in relazione all' evoluzione delle riflessioni dell' autore. Se, infatti, nel saggio del 1917 la scelta in favore della costitutività della mediazione normativa appare operare essenzialmente sul piano formale, più complessa appare la sua articolazione nella produzione successiva. In particolare, nella già citata *Introduzione alle scienze giuridiche*, sembrano aprirsi – a prima lettura - timidi spiragli nel senso dell' ammissione di una rilevanza dei contenuti in ordine all' affermazione della natura giuridica di una norma. Se da un lato, infatti, rimane fermo il principio per cui "il riferimento ad un ordinamento giuridico determinato è la condizione necessaria per stabilire se una norma è giuridica in senso positivo" (ivi, p. 25), d' altro canto non mancano aperture sul piano della riflessione in merito all' idoneità della norma ad assumere il carattere della giuridicità. Se si prescinde per un momento dal riferimento all' ordinamento, avverte Perassi, "e si guarda alla norma in se stessa, ossia nel suo contenuto, si può soltanto parlare di norme che sono o non sono suscettibili di diventare giuridiche, cioè di norme che per il loro contenuto si presentano, oppure no, idonee, concettualmente, ad essere incorporate da un ordinamento giuridico" (*ibidem*). Gli spazi per una rilevanza del contenuto rimangono tuttavia esterni all' ordinamento giuridico, ma ciò non toglie che quello stesso senso della realtà richiesto nell' elaborazione delle categorie dogmatiche agisca, in questo ambito, nel senso di determinare la necessità della coscienza del contesto. Le norme e i principi "che sono di tale natura da essere suscettibili di ricevere valore giuridico", pur non essendo incorporati nell' ordinamento giuridico, appaiono "dotati di un valore sociale, che è diverso dal valore proprio delle norme giuridiche, ma non *irrilevante*" (ivi, p. 26, corsivo mio). Simile rilevanza si fonda, a sua volta, sulla consapevolezza che "ogni ordinamento giuridico, come

formazione storica di una società, si forma e si svolge circondato di un'atmosfera di altre forze o norme o tendenze, che con esso hanno in comune l'intento di orientare lo svolgimento delle relazioni sociali secondo determinati disegni [...] Fra queste *forze oscure* con le quali l'ordinamento è a contatto sono da porsi i sentimenti sociali, più o meno largamente dominanti, che si esprimono in valutazioni di rapporti sociali" (*ibidem*, corsivo mio). Ora, "il fatto che questa *sovrastuttura ideale* sia distinta ed al di fuori dell'ordinamento giuridico, *non autorizza a disconoscere l'esistenza, né a negarne l'influsso*" (*ibidem*, primo corsivo originale, secondo aggiunto): si tratta infatti di una "realtà storica che esercita il suo influsso nell'ordinamento giuridico positivo" dal momento che "l'ordinamento giuridico è una macchina, che è mossa da uomini [...] che vivono nella società ed agiscono sotto l'influenza dei sentimenti sociali dominanti le energie, che producono, che praticano e che realizzano il diritto positivo" (ivi, p. 27).

Allo stesso modo assai significativa appare, in Crisafulli, la problematizzazione della relazione tra correlazione necessaria tra fonte e norma, teorie della validità e concezione formale dell'ordinamento giuridico. Cfr. infatti CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., II.1, p. 4: "L'idea di fonte non può, infatti, essere disgiunta dall'idea di norma (del diritto oggettivo). Tra l'una e l'altra sussiste una correlazione logica necessaria, poiché chi parla delle fonti, con ciò stesso evoca immancabilmente l'idea di diritto, così come chi parla del diritto (in senso oggettivo) o dell'ordinamento normativo, parla anche – almeno di solito – delle sue fonti. Anche secondo l'etimo della parola, d'altronde, il concetto di fonte implica un riferimento al «prodotto» che ne scaturisce: ciò che implica, altresì, che tale «prodotto» sia in qualche modo diverso e differenziabile da altri fenomeni dell'esperienza giuridica, poiché altrimenti il concetto stesso perderebbe qualsiasi autonomia, dissolvendosi nella varia congerie dei fatti giuridicamente rilevanti: quanto meno, dei fatti produttivi di un «*qualunque*» *effetto giuridico*". Appaiono tuttavia significative – anche e soprattutto sul piano metodologico – alcune precisazioni svolte da Crisafulli nella voce *Fonti del diritto*, cit. In primo luogo, confrontandosi con la declinazione kelseniana della validità in termini normativi, Crisafulli precisa che, dal punto di vista teorico – generale, è preferibile avere riguardo ai fatti di produzione: "è [...] preferibile riservare l'uso dell'espressione fonti a questi ultimi, indicando invece le norme legittimanti come fondamento (di validità) delle norme, con l'ulteriore avvertenza, però, che soltanto sotto il profilo più strettamente dogmatico un tale fondamento dovrebbe essere individuabile esclusivamente in una norma superiore, poiché non sempre la validità di norme positivamente vigenti si basa sopra (ha la sua fonte in) altre norme legittimanti. Così, la validità delle norme *extra ordinem natae*, affermantisi cioè fuori degli schemi legali, non può predicarsi se non *a posteriori*, ricorrendo al criterio di effettività: ma, essendo anche questa un fatto, che tende a confondersi con il fatto che quelle norme ebbe a produrre, verificandosi una simile evenienza, fonte di produzione (o fonte in senso proprio) e fonte di validità (*rectius*, dunque, fondamento legittimante) sembrano a volte identificarsi" (ivi, p. 926). D'altro canto, sempre nella voce, l'affermazione della necessaria correlazione logica tra fatto e norma è temperata, sul piano dogmatico, dalla constatazione che non ogni contenuto materiale è suscettibile di essere assunto ad oggetto da una valutazione normativa, con esiti dirompenti sul piano della concezione formale dell'ordinamento.

Si tratta di aperture sicuramente significative, che, come si è detto, operano nello stesso senso dell'esigenza di senso della realtà nella costruzione di categorie dogmatiche: di nuovo, è possibile sottolineare la tensione tra premesse teorico generali (nel senso dell'ammissione della socialità del diritto) e scelta del metodo dogmatico, che valgono decisamente ad allontanare Perassi (e buona parte della dogmatica giuridica di scuola italiana, basti pensare alla complessità dei percorsi di riflessione di Crisafulli) dal paradigma della purezza tipico della costruzione kelseniana, sulla base della considerazione dei diversi ordini di conoscenza in cui operano i modelli richiamati. Se infatti, in Kelsen, l'irrelevanza del fattuale è assunta a premessa teorico generale, a sua volta fondata filosoficamente sulla separazione di essere e dovere e, a livello epistemologico, sull'intento di costruire la giurisprudenza quale scienza dello spirito, nei dogmatici l'irrelevanza del fattuale opera esclusivamente – e con le dovute cautele derivanti dalla richiamata complessità delle premesse teorico generali – sul piano dell'elaborazione di strumenti di conoscenza. Ciò non preclude, pertanto, in Perassi, l'affermazione conclusiva secondo cui "norma di giustizia ideale e norma di diritto positivo restano [...] profondamente distinte, come due unità di ordini diversi, che hanno un diverso valore nella realtà sociale: la prima è soltanto una norma suscettibile di diventare giuridica: solo allora si può dire compiuto il trapasso, che si esprime in una modificazione del *valore pratico* della norma, quando l'ordinamento giuridico ha assunto la norma ad unità del suo sistema. *Non il*

esempio, le affermazioni richiamate in merito all'esigenza di senso della realtà nell'elaborazione delle categorie dogmatiche. Si tratta, in altre parole, di un'ulteriore conseguenza dell'autonomia epistemologica della dogmatica giuridica, per cui "l'origine ed il fondamento ultimo di ogni ordinamento giuridico costituiscono oggetto di un problema, che rimane estraneo alla dogmatica, per rientrare in altri ordini di conoscenze"²⁵. La giuridicità dell'ordinamento ha, nell'angolo visuale del giurista dogmatico, natura di postulato, il che equivale a dire che "la dogmatica non si chiede, né è in grado di spiegare, perché l'ordinamento sia giuridico"²⁶. Di conseguenza, affermare, in questa prospettiva, che "ordinamento giuridico è sistema di norme" contribuisce a fissare la nozione di ordinamento che la dogmatica riceve da altri ordini di conoscenze, cui, come accennato, non è d'altra parte estraneo l'apporto della coscienza della storicità dell'ordinamento, fondata a sua volta sulla consapevolezza della socialità del fenomeno giuridico, come si è visto, ad esempio, a proposito del pensiero crisafulliano: allo stesso tempo, tuttavia, la complessità della nozione di ordinamento sfuma, in sede dogmatica, nella considerazione di essa in termini di postulato della conoscenza²⁷. In altre parole, detta complessità resta al di fuori dell'orizzonte operativo del giurista dogmatico, limitandosi, al più, a fondare l'esigenza di senso della realtà nella fase preliminare all'elaborazione delle categorie dogmatiche: simile precisazione non è tuttavia priva di conseguenze, come risulta dall'analisi della ricostruzione perassiana del sistema delle fonti del diritto internazionale.

contenuto della norma, ma l'ordinamento giuridico è sempre il punto di riferimento, che dà il criterio decisivo per stabilire se e quando tale norma è diventata norma giuridica": si conferma così la rilevanza *preliminare* della realtà storica, e la centralità della mediazione ordinamentale nella delimitazione dell'ambito di interesse del dogmatico. In senso solo parzialmente analogo, e più attento al dato storico-politico, CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., II.1, pp. 24 ss., in particolare sulla necessità del concorso tra criteri formali e criteri sostanziali nella determinazione delle fonti di un ordinamento, parallelamente al quale si sviluppa il concorso tra elemento logico ed elemento storico-politico. Più avanti in questo paragrafo ci soffermeremo sul legame tra le richiamate posizioni, la nozione «prescrittiva» di fonte del diritto e l'affermazione del principio di esclusività.

²⁵ Ivi, p. 200. Cfr. anche ID., *Introduzione...*, cit., p. 29.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Come è stato affermato, il programma perassiano "si imperniava sulla necessità di costruire sistemi a partire dalla constatazione puramente oggettiva della avvenuta qualificazione di taluni fatti come fonti normative da parte di soggetti non qualificati, ma considerati alla stregua di postulati dell'indagine" (PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 102)

In questa prospettiva, infatti, l'elaborazione di una teoria dogmatica delle fonti del diritto si risolve nella riconduzione a sistema delle valutazioni, mediante le quali l'ordinamento giuridico abbia attribuito capacità normativa a determinati atti o fatti, dal momento che "il giudizio di vigore di una norma, cioè dell'appartenenza di essa all'ordinamento giuridico, è un giudizio, a cui lo stesso ordinamento giuridico fornisce il criterio di valutazione"²⁸.

L'attribuzione, da parte dell'ordinamento, della capacità normativa ad un fatto avviene attraverso una valutazione operata in sede normativa: ne consegue che, nella prospettiva dogmatica, "il giudizio di giuridicità di una norma è dedotto da un'altra norma giuridica, cioè da una norma, che contempla un fatto, in senso amplissimo, come «fonte» di norme di diritto («norma sulla produzione giuridica»)"²⁹. La mediazione della norma sulla produzione giuridica è senza dubbio centrale nell'elaborazione di una teoria dogmatica delle fonti (più in Perassi che non in Crisafulli, come si vedrà), in quanto essa, da un lato, si riallaccia direttamente alle premesse metodologiche (ed in particolare all'affermata necessità di una mediazione normativa per rendere possibile la conoscenza dogmatica di un ordinamento), e d'altro canto lega strettamente la funzione della norma sulla produzione giuridica alla formulazione di un giudizio di appartenenza della norma prodotta all'ordinamento giuridico, come ulteriore manifestazione della scelta del punto di vista interno.

La riconduzione a sistema dell'insieme delle norme sulla produzione giuridica richiede infatti, ancora una volta, la chiusura del *regressus ad infinitum*, vale a dire impone di arrestare la serie potenzialmente infinita delle norme sulla produzione giuridica – che si determina sulla base del dato che ogni norma sulla produzione giuridica, per essere conoscibile dogmaticamente, deve fondarsi su una norma analoga³⁰ - attraverso il riferimento ad una fonte di giuridicità che appaia giustificata in se stessa: in altre parole, alla comprensione dogmatica delle

²⁸ PERASSI, *Teoria dogmatica...*, p. 196.

²⁹ Ivi, p. 197. La rilevanza delle norme sulla produzione giuridica è sottolineata anche da BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento...*, cit., pp. 34 ss. Sul punto, vedi anche la ricostruzione di BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes...*, cit., pp. 100 ss.

³⁰ Cfr. *ibidem*: "ogni norma sulla produzione giuridica, infatti, che, come tale, è per la dogmatica il canone di valutazione su cui si formula il giudizio di giuridicità di una determinata norma, intanto può dalla dogmatica essere valutata come norma giuridica, in quanto essa stessa è suscettibile di essere riportata ad una precedente norma sulla produzione giuridica, da cui sia contemplata la fonte di essa".

fonti di un ordinamento è necessario il presupposto di “assumere, come giuridica, una norma, che presenta il singolare carattere di essere, da un lato, il punto estremo di riferimento della serie dei giudizi di giuridicità delle singole norme, che entrano a costituire l’ordinamento, e di essere, dall’altro, una norma, la cui giuridicità non è, invece, suscettibile di essere stabilita con un giudizio analogo”³¹.

L’impossibilità *logica* del regresso all’infinito conduce così alla posizione di una prima norma sulla produzione, la cui giuridicità è assunta come postulato della conoscenza dogmatica dell’ordinamento: “essa segna il punto terminale della successione di norme, oltre cui non è dato risalire, *senza varcare i limiti dell’ordinamento giuridico*”³². Di nuovo, è il punto di vista interno ad entrare in gioco, nella duplice dimensione segnalata, di criterio di delimitazione dei confini tra ordinamenti e della stessa esperienza giuridica.

In particolare, l’impostazione del problema unicamente sul piano della conoscenza riduce a problema logico – e sul piano logico risolve – la questione della fonte della giuridicità dell’ordinamento: “al problema, perché sia giuridica la norma sulla produzione giuridica postulata dalla dogmatica di un determinato ordinamento giuridico, non può esser data risposta che da altri ordini di conoscenze”³³.

³¹ *Ibidem*.

³² Ivi, p. 198.

³³ Ivi, pp. 202-203. Significativa, in questo contesto – in quanto utilmente rappresentativa del contrasto metodologico tra approccio dogmatico e teorie “sociologiche” - la polemica con Santi Romano che, nel saggio *Sui decreti legge e lo stato d’assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria* (ora in *Id. Scritti minori*, Milano, Giuffrè 1990, I, pp.) aveva dedotto la vincolatività della “prima legge” di un determinato ordinamento dalla “necessità che l’ha determinata”. Ora, afferma Perassi (p. 203, nota 2), “fondare la «prima legge» sulla «necessità» è dare una spiegazione sociologica dell’origine di quella «prima legge»: la «necessità» si presenta come fattore sociologico di quella norma e la relazione tra questa, e la necessità che l’ha prodotta, è affatto diversa da quella che si pone tra una legge ed una legge precedere, alla quale si riporta la giuridicità della prima”. Di nuovo, il contrasto non investe le premesse teorico generali, ma ha carattere squisitamente metodologico: non si tratta, in altre parole, di sostenere una teoria della validità articolata in senso normativista, rispetto a posizioni di ispirazione sociologica, o istituzionalista (il saggio di Romano è del 1909, quindi, a rigore, non sarebbe del tutto preciso parlare già a questo proposito di “istituzionalismo” in senso proprio), bensì di circoscrivere l’ambito di indagine, a livello epistemologico. “La giuridicità della «prima legge»” prosegue infatti Perassi, “non è giuridicamente spiegabile”, ma può unicamente essere assunta a postulato della conoscenza dogmatica di un ordinamento, in una con la giuridicità di quello stesso ordinamento, inteso nel suo complesso: “quando alla domanda, perché quella «prima legge» sia giuridica, si risponde riportandone l’origine nella «necessità», si esce dalla dogmatica giuridica”, giacché “considerare la «necessità» come una causa prima ed originaria del diritto non autorizza a collocare la «necessità» fra i processi di produzione giuridica contemplati dall’ordinamento

D'altro canto, dalla stessa scelta del punto di vista interno deriva la possibilità di riferire il modello dogmatico di sistemazione delle fonti a qualunque ordinamento giuridico³⁴, con l'effetto di chiudere il sistema delle fonti di un ordinamento in un circuito dominato dal postulato della norma sulla produzione giuridica *interna*.

L'affermazione della giuridicità della prima norma sulla produzione come postulato della dogmatica non avviene, pertanto, esclusivamente in funzione della comprensione e della sistemazione delle dinamiche di produzione giuridica proprie di un determinato ordinamento, ma ha lo scopo ulteriore di fondare la separazione e l'autonomia degli ordinamenti considerati, in virtù dello stretto legame sussistente, da un lato, tra determinazione da parte dell'ordinamento delle proprie fonti e formulazione di giudizi di vigore come giudizi di appartenenza della norma all'ordinamento – attraverso il ricorso alle norme sulla produzione giuridica, a loro volta sistemate attorno alla norma sulla produzione come postulato – nonché, d'altro canto, come conseguenza delle segnalate interconnessioni tra metodo dogmatico, adozione del punto di vista interno, e affermazione del principio di esclusività degli ordinamenti.

Il concetto di norma sulla produzione giuridica – e la sua rilevanza sul piano non teorico generale, ma dogmatico – riveste così un ruolo fondamentale nella comprensione di una teoria dogmatica delle fonti³⁵ e, ciò che più interessa in questa sede, rivela uno stretto legame con l'affermazione del principio di esclusività dell'ordinamento giuridico, e del correlativo canone della relatività dei valori giuridici: esso, infatti, come è stato affermato, “non si arresta ai contegni valutati dalle singole norme, ma *investe le stesse norme e il sistema di cui sono elementi*: poiché anche l'idoneità di un fatto a creare diritto [...] è suscettibile di essere riconosciuta o negata da altre norme”³⁶. In altre parole, è dalla stessa declinazione del concetto di fonte in termini prescrittivi³⁷ – vale a dire dal suo

giuridico: al contrario, in quanto la «necessità» è assunta come causa prima e originaria del diritto essa è un *prius* rispetto all'ordinamento giuridico e rimane, quindi, estranea alla categoria dei fatti giuridicamente rilevanti come processi di produzione giuridica”.

³⁴ Cfr. ancora p. 198.

³⁵ Come afferma lo stesso Perassi, *ibidem*, “la teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche è la teoria delle norme sulla produzione giuridica”.

³⁶ CRISAFULLI, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di A. Giuffré*, Milano, Giuffré 1967, pp. 255 ss., p. 255, corsivi originali.

³⁷ Secondo la definizione di Crisafulli, tale concetto, giustapposto, secondo la bipartizione consueta a quello logico – teoretico, deriva il proprio carattere “«prescrittivo», al pari di tutti i

ancoraggio alle valutazioni di un ordinamento storicamente individuato, in ossequio alla scelta del punto di vista dogmatico – che deriva la “chiusura” dei processi di produzione normativa all’interno dell’ordinamento medesimo, la quale si pone, a sua volta, in un nesso di stretta funzionalità con l’affermazione del principio di esclusività³⁸. Il concetto dogmatico di fonte del diritto non si limita così a delineare un criterio di discernimento dell’appartenenza di una norma all’ordinamento, ma appare allo stesso tempo strumentale allo scioglimento della tensione tra l’accettazione della pluralità degli ordinamenti e la scelta – necessaria nella prospettiva dogmatica - del punto di vista interno. L’affermazione del principio di esclusività di ogni ordinamento giuridico – nella misura in cui essa appare legata, mediante la stessa declinazione dogmatica del concetto di fonte, particolarmente in Perassi, alla necessità di affermare la sussistenza in ogni ordinamento di una autonoma norma sulla produzione giuridica – si traduce pertanto nella conclusione che per l’ordinamento sono giuridiche esclusivamente le valutazioni normative riconducibili alla propria norma sulla produzione giuridica³⁹.

concetti della giurisprudenza dommatica” dall’essere “tratto da quanto risulta positivamente stabilito (prescritto), anche se in modo implicito, dall’ordinamento considerato”; pertanto, esso è allo stesso tempo un “concetto «storico-formale», perché privo di validità universale, ma relativo al singolo ordinamento in un particolare momento del tempo” (*Lezioni...*, cit., I, pp. 45-46). Sul concetto prescrittivo di fonte, v. anche ID. *Variazioni...*, cit., specie pp. 258-264.

³⁸ È questo un profilo chiarito dal CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 44. “il canone della relatività dei valori giuridici, dunque, storicamente, si concretizza, *in apicibus*, nel riconoscimento che ogni ordinamento espressamente od implicitamente dispone delle proprie «fonti»: come strumenti idonei, cioè, a porre norme costitutive del suo proprio diritto (o di sé medesimo come sistema normativo), quindi di quello che – dommaticamente – ci si presenta come «il diritto oggettivo» per antonomasia (questo o quel «diritto oggettivo»). Nel medesimo senso, v. anche BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento...*, cit., p. 35. Sul rapporto tra le posizioni di Crisafulli e Perassi in tema di dogmatica delle fonti v. PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 109: “alla differente ambientazione si ricollegano in parte non esigua i silenzi intorno ad un qualsiasi postulato sociologico ed alla conformazione esclusivamente gerarchica di qualunque sistema”, inoltre le due teorie “presentano analogie quanto ad accoglimento del principio pluralistico, accezione di relatività dei valori giuridici, definizione di fonti, partizione delle stesse in atti e fatti normativi, credenza nella possibilità di ricostruire un sistema coerente e unitario, ascrizione del carattere prescrittivi alle definizioni della dommatica delle fonti, destinazione di queste alle esigenze pratiche dell’applicazione delle norme”, con la significativa precisazione – che può spiegarsi alla luce dell’impatto sulla costruzione crisafulliana della rigidità costituzionale – che “il principio di esclusività, che in Perassi è già riferito alla potestà di qualificazione sovrana di fatti in fonti – atto e fonti – fatto” – e non solo, ben potendo il principio di esclusività essere situato alla base dell’adozione del punto di vista interno all’ordinamento, nelle due accezioni segnalate in apertura del capitolo (doppia delimitazione dei confini dell’esperienza giuridica rilevante per il giurista) – “perde, con Crisafulli, l’ulteriore funzione di aprire la scala gerarchica”.

³⁹ Il legame tra norma postulato sulla produzione giuridica ed esclusività dell’ordinamento è affermata con molta chiarezza dallo stesso Perassi, nel secondo volume delle *Lezioni di diritto*

L'approccio dogmatico alla teoria delle fonti si lega, per questo tramite, alla teoria della pluralità degli ordinamenti, ponendosi così al crocevia tra le aperture prefigurate dai dualisti, ancora solidamente ancorate al dogma della sovranità statale, e la prospettiva istituzionistica, su cui più oltre ci diffonderemo⁴⁰, come avvertito chiaramente dal Crisafulli, che tra concezione normativa e concezione istituzionale tenta di mediare⁴¹.

Vale tuttavia sottolineare, a questo punto – come profilo di differenziazione da Perassi – che, in Crisafulli, il quadro del rapporto tra astrazione dogmatica, esclusività e sovranità dell'ordinamento giuridico statale è arricchito in conseguenza dell'impatto della rigidità costituzionale, che gli consente – ad esempio – di abbandonare un'impostazione articolata esclusivamente attorno alla norma sulla produzione giuridica a favore di una ricostruzione – profondamente condizionata dall'osservazione dell'ordinamento italiano - secondo la quale il riconoscimento delle fonti vigenti in un ordinamento dovrebbe essere condizionato, oltre che dalla presenza di una specifica norma sulla produzione per ogni tipo di fonte considerata, dall'operatività di criteri sussidiari, diversi e concorrenti tra loro, tanto formali quanto sostanziali⁴². Il legame tra nozione

internazionale (cit., p. 3): “si caratterizza come indipendente da un altro un ordinamento giuridico, se le norme che lo compongono sono poste da processi normativi, la cui idoneità a creare norme deriva da norme sulla produzione giuridica, le quali sono *esclusivamente proprie dello stesso ordinamento* nel senso che nessuna di esse deriva il suo valore giuridico da un altro ordinamento” (corsivi miei).

⁴⁰ Secondo una suggestiva ricostruzione, infatti, gli sforzi della dogmatica giuridica sarebbero stati ispirati dalla necessità di porre un argine alla “crisi di riconoscibilità del diritto avviata dalla teoria romaniana della pluralità”: in simile quadro “il canone della relatività dei valori giuridici [...] consentì di stabilire una soglia di tolleranza per le possibilità avviate dalla prospettiva romaniana senza pregiudicare le certezze della sovranità positiva e dell'ordine dato” (PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 241).

⁴¹ Cfr. *supra*, nel testo e *sub* nota 15. Più in generale, v. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Napoli, ESI, 2003, pp. 33 ss.

⁴² Cfr. CRISAFULLI, *Fonti...*, cit., pp. 939 ss., specie pp. 942 ss., per i criteri formali (oltre al nome, ad esempio, il soggetto di provenienza, il modo di pubblicazione, il procedimento di approvazione) e soprattutto pp. 947 ss., per i criteri sostanziali diretti a valutare “se l'atto da qualificare sia, per il suo contenuto e per gli effetti che è idoneo a produrre o per il fine cui è istituzionalmente rivolto, esercizio di attribuzioni normative: e così, schematizzando le più comuni impostazioni, se innovi al diritto oggettivo, se contenga disposizioni generali e astratte, se sia diretto alla regolazione astratta di situazioni e rapporti ovvero alla cura concreta di interessi pubblici predeterminati dal diritto oggettivo” (p. 947). Cfr. anche *amplius*, ID., *Lezioni...*, cit., II.1, pp. 15 ss. Vale la pena di ricordare che, in altro luogo (*Gerarchia e competenza...*, cit., p. 775), Crisafulli, dopo aver ribadito che la qualità di fonte non discende da “ragioni logiche, inerenti alla struttura dei diversi atti normativi, ma semplicemente perché così dispone, una volta per tutte, l'ordinamento, in base ad una scelta di natura essenzialmente politica”, precisa, alla nota 1 “o meglio forse: *perché così si ritiene che sia disposto dall'ordinamento*” avvertendo che “è in fin dei conti l'interprete (o

prescrittiva di fonte e principio di esclusività, in altre parole, non passa necessariamente, in Crisafulli, attraverso la norma postulato sulla produzione giuridica⁴³; fermo restando che, in ossequio a detta nozione di fonte, l'ideale sarebbe che ogni ordinamento contenesse una elencazione tassativa delle proprie fonti, la mancanza di simile elenco – paradigmaticamente nell'ordinamento italiano – conduce lo studioso ad interrogarsi sulla possibilità di criteri ulteriori da fornire all'interprete, senza che ciò pregiudichi la prescrittività della nozione stessa, e il conseguente ancoraggio del sistema delle fonti nel principio di esclusività⁴⁴.

1.3 Segue: *la teoria dogmatica delle fonti del diritto internazionale in Perassi*

In questi termini viene risolto da Perassi, nel saggio del 1917, il problema della tensione tra affermazione della sovranità statale e ricerca di spazi per la fondazione di una autonoma dimensione della giuridicità a livello internazionale, con riferimento alla questione del fondamento della vincolatività dell'accordo quale fonte di diritto internazionale; come si è visto nel capitolo precedente, il tentativo di una fondazione normativa della giuridicità dell'accordo aveva incontrato, nell'opera degli iniziatori della corrente dualista, l'ostacolo rappresentato dal riferimento alla volontà dello Stato, solo in parte sfumato – con

l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato) che, di volta in volta, include tra le fonti (o esclude da esse) determinati atti a struttura normativa” stante anche, certo, la lacunosità delle previsioni del nostro ordinamento in materia di fonti. È tuttavia da sottolineare quest'apertura al ruolo dell'interprete nella definizione (o addirittura nella creazione) delle categorie dogmatiche, specie in relazione a quanto si affermava *supra*, in merito alla complessità del metodo crisafulliano.

⁴³ Da un lato, infatti, la norma sulle fonti è per Crisafulli la costituzione (*Variazioni...*, cit., p. 261); d'altro canto, egli apre ai criteri empirici per discernere se un atto sia o meno fonte di un ordinamento.

⁴⁴ Vale la pena di ricordare che, in altro luogo (*Gerarchia e competenza...*, cit., p. 775), Crisafulli, dopo aver ribadito che la qualità di fonte non discende da “ragioni logiche, inerenti alla struttura dei diversi atti normativi, ma semplicemente perché così dispone, una volta per tutte, l'ordinamento, in base ad una scelta di natura essenzialmente politica”, precisa, alla nota 1 “o meglio forse: *perché così si ritiene che sia disposto dall'ordinamento*” avvertendo che “è in fin dei conti l'interprete (o l'interpretazione consolidata nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato) che, di volta in volta, include tra le fonti (o esclude da esse) determinati atti a struttura normativa” stante anche, certo, la lacunosità delle previsioni del nostro ordinamento in materia di fonti. È tuttavia da sottolineare quest'apertura al ruolo dell'interprete nella definizione (o addirittura nella creazione) delle categorie dogmatiche, specie in relazione a quanto si affermava *supra*, in merito alla complessità del metodo crisafulliano.

le contraddizioni che si sono viste – dalla fondazione della vincolatività della *Vereinbarung* sulla volontà collettiva degli Stati.

L'analisi del percorso attraverso cui Perassi giunge all'individuazione, con metodo dogmatico, della fonte di giuridicità dell'ordinamento internazionale può esser inoltre utile a chiarire la natura e la funzione della norma postulato sulla produzione giuridica, così come le conseguenze della sua affermazione sul piano delle relazioni tra ordinamenti. Egli muove, infatti, dall'affermazione che ai fini della conoscenza dogmatica della norma sulla produzione giuridica è essenziale stabilire la nozione sociologica dell'ordinamento internazionale, giacché “la dogmatica di un determinato ordinamento [...] non si concepisce, se non come dogmatica corrispondente ad una determinata rappresentazione sociologica di esso”⁴⁵.

Di nuovo, ci troviamo di fronte ad una significativa precisazione di carattere metodologico, che chiarisce ulteriormente il controverso profilo – segnalato in precedenza – della convivenza, nell'orizzonte della riflessione perassiana, di posizioni apparentemente riconducibili al normativismo e di premesse legate alla coscienza della socialità dell'ordinamento giuridico. Ora, proprio la funzionalità della nozione sociologica dell'ordinamento rispetto all'individuazione della norma fondamentale consente di ravvisare nell'affermazione del postulato un momento di cesura tra la rilevanza delle premesse “sociologiche” – per definizione extradogmatiche – e l'uso di strumenti tipici della posizioni

⁴⁵ *Teoria dogmatica...*, cit., p. 205. Più avanti Perassi chiarisce, affermando che “la dogmatica di un ordinamento giuridico, infatti, postula come norma sulla produzione giuridica, una norma, il cui contenuto è dato dal criterio di conoscenza delle norme dell'ordinamento, che è, necessariamente, compreso in quella determinata concezione sociologica dello stesso ordinamento giuridico, che è posta a base della relativa dogmatica” (ivi, pp. 205-206). Cfr. anche ID., *Lezioni di diritto internazionale*, Milano 1961, I, p. 6: “nel tipo dei processi della produzione giuridica, che un determinato ordinamento contempla, si ha un elemento, nel quale si manifesta, in maniera particolarmente espressiva, il modo di essere proprio di esso. Ciò si constata, in particolare, nei riguardi del diritto internazionale, che in tale aspetto presenta una delle principali sue caratteristiche. L'ordinamento internazionale, pur tendendo, come ogni altro, a regolare la coesistenza e la cooperazione nella società, di cui è l'espressione, non dà a questa il carattere di una comunità ordinata gerarchicamente. Esso, invece, pone gli Stati, che compongono la società internazionale, come coordinati e non subordinati ad un ente da essi distinto”. Ne consegue che “nell'ordinamento internazionale [...] non si ha una norma sulla produzione giuridica, che attribuisca ad un ente distinto dai singoli soggetti della comunità internazionale il potere giuridico di produrre, mediante un atto della sua volontà, norme giuridiche valide per la generalità dei soggetti di tale comunità” e pertanto “in esso il solo atto di produzione giuridica contemplato da una norma generale sulla produzione giuridica è l'accordo fra soggetti della comunità internazionale” (ivi, p. 7).

normativistiche – il cui utilizzo è però limitato alla sfera di azione della dogmatica giuridica, vale a dire alla costruzione dogmatica del sistema delle fonti attraverso il ricorso alla categoria delle norme sulla produzione giuridica, e al postulato della norma “ultima” sulla produzione, come criteri di sistemazione. La posizione della norma base vale, in altre parole, a segnare il momento di passaggio tra punto di vista extra-dogmatico e punto di vista dogmatico, delimitando i confini epistemologici della dogmatica. Pur profondamente influenzata dalla concezione dell’ordinamento come sistema normativo, la norma base non dispiega capacità euristica alcuna in relazione alla domanda sul fondamento della giuridicità dell’ordinamento⁴⁶: essa vale piuttosto a realizzare, come si accennava, uno sforzo di composizione tra accettazione della pluralità degli ordinamenti e certezza del diritto, mediata dalla scelta del punto di vista interno.

Ne consegue che sarebbe del tutto errato confondere la norma sulla produzione con la *Grundnorm* kelseniana, che assume - specie nella costruzione del modello monista delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale - rilevanza in chiave teorica, quale ipotesi fondativa di un modello ricostruttivo incentrato sull’irrelazione di essere e dover essere e quale *fondamento di validità* del sistema medesimo⁴⁷. Nella costruzione dogmatica delle fonti del diritto internazionale,

⁴⁶ Anche in Bobbio – dove pure assume la denominazione di “norma fondamentale” – la norma base mantiene la medesima funzione. Accanto tuttavia alla funzione di escludere la questione del fondamento dal novero delle questioni giuridiche, in virtù della natura di postulato (cfr. *Teoria dell’ordinamento...*, cit., p. 57: “la norma fondamentale è un presupposto dell’ordinamento: essa adempie in un sistema normativo alla stessa funzione cui sono destinati i postulati in un sistema scientifico [...] il domandarsi che cosa stia dietro a questo inizio, è un problema infecondo. L’unica risposta che si può dare a chi voglia sapere quale sia il fondamento del fondamento è che per saperlo bisogna uscire dal sistema”), e a quella di ricondurre ad unità le valutazioni normative dell’ordinamento (ivi, p. 53), la norma fondamentale in Bobbio presenta caratteri ulteriori ed invero suggestivi, legati al rapporto tra diritto e potere, ed in particolare all’istanza di giuridicizzazione del potere costituente, termine ultimo del *regressus*: afferma infatti Bobbio che “avendo definito ogni potere giuridico come prodotto di una norma giuridica, possiamo considerare il potere costituente come potere giuridico solo se consideriamo anche esso come il prodotto di una norma giuridica” (*ibidem*, corsivo mio). Fermo restando il pregio dell’intento, che potrebbe peraltro aprire prospettive interessanti sul valore garantistico della categorie dogmatiche (sempre, tuttavia, nell’ambito di un ordinamento dato) viene spontaneo domandarsi: una norma solo pensata può produrre un potere realmente operante?

⁴⁷ Tra l’adozione di un concetto normativo dell’ordinamento e la separazione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico non sussiste, pertanto, corrispondenza biunivoca, come sta a dimostrare proprio il sistema kelseniano. Il problema della natura filosofico-giuridica della riflessione del Kelsen – e dei suoi rapporti con la dogmatica giuridica - è al centro del fondamentale lavoro del TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino, vol. 69, 1934, pp. 52 ss., nel quale si afferma, sulla base di una ricca ricostruzione dei rapporti tra il sistema kelseniano e gli

orientamenti filosofici delle scuole neokantiane – ed in particolare con la Scuola di Marburgo e la *Logik der reinen Erkenntnis* di Cohen (cfr. pp. 70 ss.) – che il “sistema normologico” del Kelsen non è una “semplice dogmatica giuridica che ricerca induttivamente i principi generali da cui deduce poi le conseguenze, ma sia bensì una teoria filosofica del diritto, che appartiene alla sfera del pensiero kantiano” e, più precisamente, “un tentativo, più o meno cosciente, di applicare il metodo trascendentale al campo giuridico” (pp. 62-63), pur con notevoli problemi di coordinamento, derivanti dalla tensione tra il formalismo kelseniano e concetto kantiano di esperienza (cfr. pp. 66-67). Dal confronto con le posizioni del Sander, in particolare, risulta, secondo Treves, che, “pel Kelsen, il diritto non è infatti altro che un complesso di proposizioni, di norme, di concetti intellettivi puri, i quali sono prodotti da un’attività conoscitiva che, essendo indipendente da ogni dato sensibile, è di natura ben diversa da quella kantiana” (p. 69). D’altro canto, si potrebbe aggiungere, di ciò è traccia proprio laddove il Kelsen, una volta distinta, correttamente, la causalità naturale necessaria (*Müssen*) dalla causalità deontologica (*Sollen*), non accetta il carattere necessariamente eventuale di quest’ultima, che discende dall’essenzialità della mediazione umana rispetto alla realizzazione del giudizio ipotetico espresso dalla norma e alla produzione dell’effetto da esso previsto (in via di osservanza spontanea o di coazione, anche se il profilo della rilevanza della sanzione ai fini della qualificazione dell’ordinamento in termini fondamentalmente coercitivi resta in Kelsen altamente problematico: cfr. sul punto, oltre alle considerazioni svolte *supra*, al cap. I, CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, pp. 25-27, nonché BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, in ID. *Dalla struttura...*, cit., pp. 160 ss., specie pp. 173 ss. e 181 ss., con la significativa affermazione che “la specificità dell’ordinamento giuridico rispetto ad altri ordinamenti sociali” resta affidata in Kelsen “alla tipicità della sua struttura e non alla sua funzione che, quale essa sia, si esplica nella forma che è propria di un sistema dinamico”, p. 185): e non lo accetta, a parer nostro, proprio in virtù della predicata separazione di essere e dover essere, e della conseguente autonomia del *Sollen*, che finisce così per rimanere chiuso agli apporti storico-umani che esso inevitabilmente sottende, ciò che, peraltro, vale a confermare il carattere filosofico, non dogmatico, delle teorie kelseniane. Una diversa opinione sui rapporti di K. con le teorie neokantiane è, come noto, quella del Bobbio (*Struttura...*, cit.), il quale mette piuttosto l’accento sulla dialettica tra fatto e valore nel sistema kelseniano e sottolinea, nell’intento della purezza, più che le componenti di ascendenza logico-teoretica, il legame con l’affermazione dell’avalutatività della scienza, sostenuta, negli stessi anni in cui K. elabora il paradigma della purezza, da Weber e Pareto (cfr. pp. 167 ss.). Vale in questa sede rilevare con il Treves, ai fini specifici del confronto con la dogmatica giuridica, che “pel Kelsen il rapporto giuridico non è un rapporto naturale a cui l’ordinamento giuridico accede ponendo la norma” – come accade, invece, nell’andamento metodologico tipico della dogmatica giuridica, sulla base della richiamata tensione tra ordini di conoscenze – “ma è un rapporto entro e verso l’ordine giuridico, è una relazione istituita e posta dalla norma giuridica stessa” (cfr. p. 73). Non si tratta, cioè, di una questione di metodo, ma di oggetto della conoscenza, direttamente derivante dalla separazione di *Sein* e *Sollen* non come “due semplici punti di vista da cui la realtà, che è una, può essere osservata ed elaborata con metodi diversi” ma come “due mondi reali ove si svolgono degli accidenti o sussiste un complesso di espressioni di dover essere, sono un regno della natura del tutto separato da un altro di realtà ideale, dal regno dello spirito, ove le norme trovano la loro esistenza puramente oggettiva” (p. 81). Di conseguenza, la norma fondamentale – l’uso della quale come principio fondamentale della dottrina pura del diritto, essendo derivato dagli indirizzi positivisticci, potrebbe, secondo Treves, indurre a confusione, giustificando la tesi, confutata, “che vorrebbe ricondurre la concezione normativa kelseniana alle scuole positivistiche e dogmatiche” (p. 82) - non è né postulato, né finzione, bensì ipotesi fondativa nel senso specifico dell’a-priori kantiano, almeno per ciò che concerne la costruzione della dottrina pura del diritto (cfr. p. 86: “il Kelsen, quando considera la norma fondamentale come la condizione della validità d’un determinato ordine giuridico, dice che questa è un presupposto ipotetico, quindi relativo e provvisorio, ma quando invece la considera in genere come principio della validità e della positività del diritto, allora sostiene che essa adempie il compito di rilevare le «condizioni trascendentali del metodo positivo della scienza giuridica”). Sul problema della qualificazione della *Grundnorm* in termini di assioma, vedi le interessanti considerazioni di BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho*, cit., pp. 95-98. Come già avvertito nel primo capitolo, ogni riflessione su Kelsen non può prescindere dall’evoluzione storica del pensiero del Maestro di Vienna: dobbiamo così sottolineare che referente essenziale delle considerazioni del Treves erano,

invece, come subito vedremo, l'assunzione del principio *pacta sunt servanda* a postulato funzionale al discernimento dell'appartenenza delle norme all'ordinamento internazionale, lungi dall'implicare una adesione a posizioni formalistiche, si muove esclusivamente sul piano della conoscenza. La domanda sul fondamento di validità, ripete Perassi, rimane al di fuori della dogmatica giuridica, e la postulata norma sulla produzione giuridica non può avere tale scopo, perché tale non è il fine della dogmatica giuridica, ma esclusivamente quello di fornire un canone di valutazione utile alla sistemazione delle fonti del diritto: “una teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche” – afferma Perassi con chiarezza – “è, per definizione, una teoria incapace di scoprire l'origine del diritto, ossia, più precisamente, di spiegare come un processo qualsiasi sia per sé idoneo a produrre la giuridicità di una norma indipendentemente da una norma giuridica preesistente, a cui attinga tale idoneità: essa ha per limite tale incapacità”⁴⁸.

Se così non fosse – e Perassi venisse considerato, *sic et simpliciter*, un normativista – non si spiegherebbe la sua adesione al modello pluralista, o meglio, essa risulterebbe del tutto incoerente con una declinazione della norma postulato in termini fondativi della validità. Tutto al contrario, la rilevanza del postulato ai fini della conoscenza dogmatica delle fonti di un determinato ordinamento – rimanendo impregiudicata ogni considerazione in merito al fondamento di validità del medesimo – consente di individuare tante norme “fondamentali” sulla produzione giuridica, quanti siano gli ordinamenti oggetto di osservazione, e, conseguentemente, di accettare il modello pluralista⁴⁹.

da un lato, l'edizione del 1925 della *Allgemeine Staatslehre*, così come *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), la traduzione della *Dottrina pura del diritto* (Metodo e concetti fondamentali) apparsa (a cura dello stesso Treves) in *Archivio giuridico*, 1933: la riflessione sulle ascendenze kantiane, sui rapporti con le scuole neokantiane e, soprattutto in merito al problema dei confini tra dottrina pura e dogmatica si sviluppa in gran parte sulla base di KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di CARRINO, Napoli, ESI, 1997, specie con riferimento alla prefazione alla seconda edizione (1923).

⁴⁸ PERASSI, *Teoria dogmatica...*, p. 205.

⁴⁹ Sul rapporto tra dottrina pura del diritto e dogmatica vedi ad esempio le lucide affermazioni di ZICCARDI, *La costituzione...*, cit., pp. 46 ss., specie laddove sostiene il loro operare su piani diversi, la prima orientata alla conoscenza del “valore universale del diritto”, la seconda all'organizzazione dei dati provenienti dall'osservazione del dato positivo: “per la dottrina pura del diritto non esiste una scienza giuridica nel senso della dogmatica, poiché la scienza del diritto, o giurisprudenza, consiste per essa nella posizione del diritto, e non già nella riflessione su di un diritto, la cui posizione venga presupposta” (p. 50). Su queste basi, “risulta evidente che, per

Simile conclusione, d'altro canto, è strettamente legata all'adozione di una nozione dell'ordinamento internazionale, direttamente derivata dalle costruzioni

esempio, quella certa corrispondenza tra le espressioni con cui il Kelsen afferma l'impossibilità di conoscere giuridicamente due sistemi giuridici diversi, e quelle a cui ricorre la dottrina dommatica, specialmente italiana, per affermare i principi dell'esclusività, o unità, e dell'universalità dell'ordinamento giuridico, non può autorizzare a conferire alla dottrina del Kelsen un significato equivalente a quello della dottrina italiana" dal momento che per Kelsen l'esigenza unitaria non è "relativa ad un ordinamento dato", bensì "assoluta"; di conseguenza "le affermazioni monistiche del Kelsen sono fermissime, numerose e costantemente ripetute, né lasciano luogo a dubbi sulla loro coerenza con il sistema generale dell'autore" (p. 51). La tensione tra pluralità degli ordinamenti e principio di esclusività è chiaramente avvertita dal LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 378-380 (ma v. ancora PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 95 ss.), secondo il quale "il principio di esclusività significa che le norme di un ordinamento diverso da quello che si considera – ancorché appartengano ad un sistema al quale, in base all'altro principio della pluralità degli ordinamenti non può essere negato il carattere della giuridicità – hanno tuttavia efficacia e vigenza limitate alla sfera territoriale dell'ordinamento in cui sono poste: efficacia e vigenza, dunque, in questo senso relative" (pp. 379-380); in conseguenza, prosegue l'A., "il principio, in base al quale hanno valore di norme giuridiche esclusivamente le norme dell'ordinamento che, di volta in volta, si sceglie come oggetto della conoscenza dommatica, risulterebbe, in definitiva, compatibile con la posizione dualistica", concludendo con l'affermazione che "sarebbe dunque un grave errore identificarlo o confonderlo con un monismo di tipo kelseniano" (p. 380). Per le considerazioni sopra svolte, peraltro, è possibile aggiungere che approccio dommatico e pluralità degli ordinamenti non sono tra di loro incompatibili per i due motivi concorrenti della coscienza della storicità degli ordinamenti, assunta a premessa di carattere teorico generale (o meglio extra-dogmatico) e soprattutto della stesso statuto epistemologico della dogmatica, nell'ambito del quale, come si sostiene nel testo, la norma postulato sulla produzione giuridica ha rilevanza sul piano conoscitivo, non su quello fondativo, e dunque non è esclusa la possibilità di più norme postulato, afferenti a diversi ordinamenti: per le stesse ragioni, deve essere condiviso l'avvertimento del La Pergola sulla necessità di non confondere principio di esclusività degli ordinamenti e principio di unicità/universalità dell'ordinamento giuridico, tipico della costruzione kelseniana (per il quale si rinvia al primo capitolo). Un esempio delle difficoltà ricostruttive sollevate dall'apparente contiguità tra principio di unicità/universalità dell'ordinamento giuridico e principio di esclusività dell'ordinamento giuridico, sul piano specifico della costruzione delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale si ritrova, ad esempio, in BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in Riv. dir. internaz. 1935, pp. 24 ss. laddove il tentativo di conciliazione tra posizioni kelseniane e dualismo è perseguito essenzialmente attraverso una "riduzione dogmatica" del pensiero di Kelsen (cfr. pp. 28 ss.), e la conseguente sovrapposizione tra principio di unicità e principio di esclusività, dal punto di vista della sovranità dello Stato (cfr. in particolare, p. 30, per l'esplicita affermazione che ogni ordinamento originario "è sempre non solo esclusivo, ma anche «unico», nel senso che non tollera la giuridicità di alcun altro ordinamento"): in Balladore, in altre parole, il discorso si concentra sulla scelta del punto di vista, che non rileva solo ai fini della rilevanza dogmatica delle valutazioni straordinarie, ma anche al fine di escludere che diritto interno ed internazionale vengano considerati congiuntamente, "come parti di un solo sistema giuridico" (p. 80), sovrapponendosi così al problema del primato che non viene risolto sul piano della relazione gerarchica tra fonti, ma sul piano della rilevanza dogmatica dell'uno o dell'altro ordinamento di volta in volta considerato (cfr. ancora p. 80). Profilo centrale resta pertanto quello dei rapporti tra norma postulato sulla produzione giuridica e *Grundnorm* kelseniana – già in parte chiariti sulla base della distinzione tra punto di vista teoretico e punto di vista dommatico – vale dire sul rapporto tra norma base e fonte suprema, con tutte le conseguenze che esso comporta sul piano della delimitazione dei confini tra discipline giuridiche: sul punto, pagine splendide in SPERDUTI, *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano Giuffrè 1946, in particolare tutta la prima parte (pp. 13-130). Analogamente, vedi ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, cit., pp. 36 ss.

della “scuola positivista”, alla quale è coesistente, come criterio di conoscenza delle norme internazionali – in virtù delle premesse statualiste, ricostruite nel capitolo precedente – “il canone, che l’accordo degli Stati è il processo di produzione di norme giuridiche internazionali” vincolanti per i soggetti che vi hanno dato vita⁵⁰.

È a questo punto che le premesse metodologiche della teoria dogmatica delle fonti consentono a Perassi di risolvere le tensioni interne alla costruzione della “volontà collettiva” degli Stati come fonte della vincolatività dell’accordo fra stati; centrale, in questo senso, l’affermazione che, per una dogmatica che accolga la nozione sociologica dell’ordinamento internazionale fissata dai dualisti “è norma giuridica per postulato una norma sulla produzione giuridica di contenuto corrispondente” al canone sociologico che vede nell’accordo tra gli stati la fonte delle norme giuridiche internazionali. L’assunzione ad oggetto della norma postulato sulla produzione giuridica della vincolatività dell’accordo tra stati risolve il *regressus ad infinitum* che scaturiva dalla necessità – condivisa dai dualisti – di fondare in termini normativi la vincolatività dell’accordo nei confronti del singolo stato contraente. Perassi condivide peraltro con i dualisti la necessità di fondare normativamente la vincolatività dell’accordo, per poterne comprendere dogmaticamente la funzione di fonte del diritto, ma risolve il circolo vizioso tra norma “sulla produzione” e volontà collettiva - su cui essa non può non fondarsi secondo i dualisti – distinguendo nettamente i piani su cui i due concetti incidono. Il problema è, in altre parole, quello della relazione tra il postulato e il suo sostrato sociologico, vale a dire – secondo il modello positivista, cui Perassi fa riferimento a livello teorico generale - la volontà collettiva; di nuovo, la questione è risolta attraverso la definizione dello statuto epistemologico della dogmatica giuridica. Una volta posto, infatti, che l’accordo tra stati, in quanto fonte di norme giuridiche nell’ordinamento internazionale, è giuridicamente vincolante in virtù di una norma che gli attribuisce tale capacità, assunta come postulato⁵¹, la necessità di un ulteriore momento di fondazione normativa della

⁵⁰ Ivi, p. 206.

⁵¹ Cfr. ivi, p. 211: “la costruzione dogmatica dell’accordo, in quanto considera l’accordo come un fatto, la cui idoneità ad essere fonte di norme giuridiche riposa su una corrispondente norma sulla produzione giuridica, ha, certamente, per esigenza logica di considerare questa norma come norma giuridica: ma ciò non significa, che in tale costruzione, per necessità logica ad essa inerente, un

giuridicità dell'accordo medesimo resta al di fuori degli orizzonti della dogmatica: "spiegare con un accordo la giuridicità della norma, che per la dogmatica è giuridica per postulato, significa risolvere un problema, che è estraneo alla dogmatica"⁵². La soluzione del problema è resa possibile, pertanto, dalla distinzione degli ordini di conoscenza in cui rilevano, rispettivamente, l'idoneità dell'accordo a produrre norme giuridiche e la sua assunzione ad oggetto della norma sulla produzione giuridica: continuarsi ad interrogare sul carattere pregiudiziale dell'accordo, o sul fondamento di validità della norma che attribuisce ad esso efficacia vincolante equivarrebbe a "confondere la considerazione dei processi di produzione delle norme giuridiche col problema dell'origine dell'ordinamento giuridico, ossia il concetto di fonte di norme giuridiche, con il concetto di origine del diritto"⁵³.

accordo (*a*) sia considerato fonte della norma sulla produzione giuridica. La norma (*N*) che contempla l'accordo come fonte di norme giuridiche, è per la dottrina dogmatica dell'accordo una norma, la cui giuridicità sussiste per postulato".

⁵² Ivi, pp. 211-212. Cfr. anche p. 221: "quando l'idoneità dell'accordo a produrre norme giuridiche internazionali viene in considerazione dal punto di vista della dogmatica, il problema assume un'impostazione, che è fondamentale diversa da quella, in cui il problema si presenta alla dottrina, che nella spiegazione di essa ricerca il fondamento della concezione positiva del diritto internazionale"; pertanto "alle origini della insistente negazione di ogni possibilità di costruzione dogmatica dell'accordo sta una non precisata delimitazione di confini e, conseguentemente, di esigenze fra l'indagine sociologica, diretta a fissare la concezione dell'ordinamento giuridico internazionale, e la corrispondente dogmatica giuridica dello stesso ordinamento".

⁵³ Ivi, p. 210, ma cfr. anche p. 212: "Supposto pure, che sociologicamente la norma postulata dalla dogmatica, come norma da cui l'accordo è contemplato come fatto di produzione giuridica, si dovesse spiegare riportandola ad un accordo, le due proposizioni «l'accordo è contemplato dalla norma *N* come fonte di norme giuridiche» e «l'accordo è il processo di formazione della norma *N*» sussisterebbero in due diversi ordini di conoscenze: impugnare la prima proposizione, in quanto è formulata dalla dogmatica, opponendo la seconda, che è sociologica, significa disconoscere che le due proposizioni sono l'una all'altra estranea, perché sussistenti in due diversi ordini di conoscenze. Alla dottrina dogmatica dell'accordo non può, quindi, opporsi di nascondere un circolo vizioso, anche se, sociologicamente, alla domanda quale sia il fondamento della norma sulla produzione giuridica, che la dogmatica assume come giuridica per postulato, fosse una necessità il rispondere: un accordo". Vale rilevare che dalla distinzione tra ordini di conoscenze in cui rilevano l'accordo nella sua matrice sociologica e l'accordo in quanto fatto giuridicamente rilevante – perché assunto a proprio oggetto dalla norma che gli attribuisce la qualità di fonte di norme giuridiche – discende, secondo Perassi, lo stesso superamento della dicotomia tra fonte materiale e fonte formale delle norme giuridiche. Per il giurista dogmatico unico elemento rilevante è l'avvenuta attribuzione ad un fatto - da parte della relativa norma sulla produzione giuridica – della funzione di fonte, irrilevante rimanendo ogni ulteriore considerazione sull'idoneità del fatto stesso, in è considerato, a produrre diritto, vuoi in virtù della volontà da cui esso scaturisca (fonte formale), vuoi del suo contenuto (fonte materiale): "la distinzione tra «fonte formale» e fonte materiale», così come viene delineata, potrà avere interesse nell'indagine sociologica del fenomeno giuridico: ma appunto perciò, il concetto di «fonte formale» si presenta come un concetto altrettanto sociologico quanto quello di «fonte materiale»" (p. 214).

Il pericolo rappresentato dal “ritorno” alla volontà statale è così scongiurato, proprio grazie al mantenimento della fondazione normativa della vincolatività dell’accordo, in virtù del riconoscimento della norma postulato: viene così compiutamente affermata, almeno sul piano logico, l’autonomia del diritto internazionale⁵⁴. Proprio per il tramite dell’individuazione della norma postulato sulla produzione giuridica è possibile ricostruire, infatti, l’ordinamento internazionale quale “sistema di norme, la cui giuridicità sussiste in modo non dipendente dai singoli ordinamenti interni”⁵⁵.

1.4 *Principio di esclusività e relazioni tra ordinamenti.*

La fondazione dell’autonomia dell’ordinamento internazionale a partire dalla norma postulato sulla produzione giuridica, pur costituendo la proiezione – sul piano dogmatico - della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, rivela allo stesso tempo la tensione sussistente tra affermazione del pluralismo e individuazione di spazi funzionali alla costruzione di un sistema di relazioni tra ordinamenti: la centralità del principio di esclusività degli ordinamenti, come conseguenza diretta della posizione della norma postulato sulla produzione, condiziona inevitabilmente lo studio delle relazioni tanto sul piano della possibilità di una loro articolazione operativa, quanto sul piano più generale delle fondamentali scelte di metodo che sono alla base dell’opzione dogmatica.

⁵⁴ Lo stesso Perassi è consapevole del fatto che “il concetto centrale della costruzione dogmatica dell’accordo, che l’idoneità dell’accordo ad essere «fonte» di norme giuridiche internazionali riposa su una norma, da cui è contemplato come fatto di produzione giuridica, mentre contrasta così apertamente con i concetti dominanti nella più recente dottrina, non è, invece, estraneo alle antiche scuole” (p. 222), vale a dire alle scuole del diritto naturale, cui non era estranea la fondazione della vincolatività dell’accordo su principi giuridici preesistenti. Tale possibile obiezione è tuttavia confutata, nuovamente, attraverso la distinzione tra concezione dell’ordinamento e sua ricostruzione dogmatica, specie laddove Perassi riafferma, da un lato, la neutralità dell’approccio dogmatico rispetto alle premesse teorico generali assunte nell’elaborazione della nozione di ordinamento e, d’altro canto, chiarisce che “la costruzione giuridica dell’accordo si è impostata come capitolo di una dogmatica dell’ordinamento giuridico internazionale, che ha per base una nozione sociologica di tale ordinamento, alla quale è inerente, come criterio di conoscenza delle norme giuridiche internazionali, il concetto, che esse siano poste dall’accordo di voleri degli Stati”, in piena coerenza con “la concezione sociologica dell’ordinamento giuridico internazionale, che, in antitesi all’indirizzo naturalistico, è conosciuta sotto il nome di concezione positiva” (*ibidem*).

⁵⁵ Ivi, p. 206, nota 1.

Come si è già accennato, il principio di esclusività si pone al crocevia tra teoria delle fonti e teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, come elemento di mediazione, proprio perché esso, funzionalmente collegato – almeno in Perassi – alla posizione del postulato della norma base sulla produzione giuridica, costituisce il momento di mediazione tra punto di vista dogmatico e punto di vista extradogmatico⁵⁶: proprio ed unicamente in questa prospettiva, è dimostrata la sua stretta interconnessione con il canone della relatività dei valori giuridici⁵⁷. Dal punto di vista storico, inoltre, può affermarsi che l’affermazione del principio di esclusività – almeno sul piano dello studio delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale – chiuda il discorso positivista sulla posizione dello stato nei rapporti con gli altri ordinamenti, se non a livello di premesse, senza dubbio a livello operativo⁵⁸. È particolarmente sul piano degli esiti che vengono infatti vanificate le virtualità “antistatualistiche” insite nella teoria romaniana della pluralità degli ordinamenti⁵⁹ – referente critico costante, talora inespresso, nei percorsi di riflessione dei “dogmatici” - a favore di una sostanziale preminenza dello stato. Ciò discende dalle stesse premesse di metodo, e dalla posizione del principio di esclusività come fattore di mediazione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico, in chiave correttiva della teoria della pluralità⁶⁰: la “intrinseca” giuridicità degli ordinamenti non statali, che, nella prospettiva istituzionale – sia pure, come vedremo, non senza sfumature – mantiene la propria rilevanza anche sul piano degli esiti operativi, è superata ed esclusa dai dogmatici che, anche in

⁵⁶ Valga richiamare, a questo proposito, una chiarissima affermazione del Crisafulli: “il punto di raccordo tra teoria degli ordinamenti e teoria delle fonti consiste nel canone della relatività dei valori giuridici, che accompagna la concezione pluralistica [...] in tutti i suoi sviluppi logici, traducendosi, all’atto del passaggio dal piano della teoria generale a quello della dogmatica, nel principio di unicità o esclusività di ogni ordinamento, od almeno di quello che si assuma come «non collegato da alcuna norma con altri», e perciò come ordinamento potenzialmente totale, generale ed originario” (*Fonti del diritto*, cit., p. 931).

⁵⁷ Simile interconnessione, come si vedrà, è stata superata da talune posizioni critiche (cfr. ZICCARDI, *Introduzione...*, cit., pp. 151 ss.) che, proprio attraverso una revisione delle premesse metodologiche, ha ravvisato nel canone della relatività un risultato naturale della pluralità degli ordinamenti, insuscettibile di escludere, di per sé, una rinuncia all’esclusività con conseguente apertura.

⁵⁸ Nel senso che il principio di esclusività consista in una “traduzione «moderna» e «pratica» della sovranità dello Stato”, v. ad esempio PINELLI, *Costituzione...*, cit., p. 218.

⁵⁹ Colte con lucidità dal CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 39, laddove afferma che merito della concezione pluralistica è stato quello di “spezzare il nesso, che prima si reputava necessario, tra diritto e Stato, portando al riconoscimento della intrinseca giuridicità di ordinamenti del tutto indipendenti da quelli statali e a questi non riconducibili”.

⁶⁰ Cfr. il già citato passaggio di CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit. I, p. 43.

virtù dell'influenza della concezione normativa dell'ordinamento giuridico, ritengono di garantire le istanze di unità e certezza del diritto proprio attraverso l'esclusione – a livello di sistemazione delle valutazioni operate dal singolo ordinamento “internamente” considerato – della giuridicità di valutazioni che non siano riconducibili alla norma base assunta come postulato⁶¹.

Da un lato, infatti, il principio di esclusività si rifrange sull'elaborazione di categorie concettuali, quali l'adattamento – negli studi di diritto internazionale pubblico - e il rinvio – in ambito internazionalprivatistico - nel senso di precludere, come vedremo, il dispiegamento delle loro virtualità rispetto alla costruzione di un sistema di relazioni giuridiche tra ordinamenti. D'altro canto, simile conclusione appare strettamente legata alla difficile tenuta della premessa metodologica dell'astrazione dogmatica, con il corollario dell'autonomia epistemologica della dogmatica stessa – che esclude dall'orizzonte di interesse del giurista lo studio del fondamento della norma postulato sulla produzione e, con essa, degli stessi fatti normativi originari⁶² – nella misura in cui dette premesse

⁶¹ Ciò risulterà con maggiore chiarezza dall'analisi più dettagliata delle concezioni istituzionalistiche, che recupereremo nel paragrafo successivo come passaggio necessario di una revisione – sul piano teorico e metodologico - del principio di esclusività.

⁶² Simile affermazione investe il profilo, altamente problematico, della considerazione dogmatica della consuetudine, che si colloca – come affermato da Crisafulli – “al limite tra teoria e dogmatica” (cfr. ID., *Fonti...*, cit., p. 933). Cfr. anche ID., *Variazioni...*, cit., dove la tensione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico nella trattazione della consuetudine è ben colto, specie con riguardo alla “vecchia e sterile disputa se la consuetudine sia fonte del diritto per forza propria ovvero in virtù di un consenso o rinvio dell'ordinamento statale” (p. 272): la situazione cambia, infatti, a seconda del punto di vista adottato. Se nessun problema si pone dal punto di vista dogmatico (per il quale la tesi corretta è quella del riconoscimento della consuetudine da parte dell'ordinamento considerato), dal punto di vista teorico si pongono svariate questioni, tutte legate alla qualificazione della consuetudine come fatto normativo originario, e alla riconduzione della sua forza normativa all'effettività. La rilevanza del punto di vista teorico si riespande, tuttavia, in tutte quelle ipotesi “patologiche” in cui sia messa in crisi la stessa continuità dell'ordinamento (le due ipotesi classiche del colpo di Stato riuscito e della rivoluzione vittoriosa) e non è pertanto ravvisabile, dal punto di vista dogmatico, una norma di riconoscimento, o nelle ipotesi di produzione di norme giuridiche al di fuori dei procedimenti all'uopo previsti dall'ordinamento (può essere qui ricordato il dibattito seguito, in sede di dogmatica delle fonti, allo sviluppo, nel primo quarto del XX secolo, del ricorso del Governo alle ordinanze di necessità, su cui vedi le suggestive pagine di PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 95 ss.): in questi casi si scopre che “i fatti normativi originari rivelano sempre, alle radici, un fattore di volontà umana, concretandosi in comportamenti storicamente reali di concrete persone [...] l'idoneità di tali comportamenti a creare diritto oggettivo non può affermarsi se non retrospettivamente, alla stregua della «effettività» delle norme *extra ordinem natae*: effettività non dissimile da quella che fonda la validità dell'intero ordinamento e permette di affermarne la storica vigenza” (p. 275). Crisafulli si avvede molto bene, a questo punto, delle insufficienze della separazione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico e dell'esigenza di ricorrere ad un intreccio tra le due prospettive metodologiche proprio quando ci si interroghi sulle ipotesi-limite che condizionano, come tali, l'intera riflessione sull'esperienza giuridica, e fornisce forse qualche chiarimento ulteriore sul

appaiono funzionali all'erezione di barriere tra ordini di conoscenza, che a loro volta si riflettono, più in generale, sui rapporti tra fatto e norma, tra storia e diritto, pur con i profili problematici segnalati nei paragrafi precedenti.

In altre parole, se non si può escludere che l'approccio dogmatico continui a dimostrare la propria utilità in vari ambiti della riflessione giuridica, è altrettanto vero che, per ciò che riguarda nello specifico il profilo delle relazioni tra ordinamenti giuridici, esso non riesce a dare conto – in conseguenza del suo necessario legame con il principio di esclusività, coesistente alle più generali premesse di metodo – dell'emersione della pluralità di centri di produzione normativa, se non in termini di separazione e reciproca indifferenza. Va da sé, tuttavia, che posizioni siffatte non offrono strumenti adeguati alla comprensione della profondità del sistema di relazioni che si è andato progressivamente sviluppando tra gli ordinamenti – fatto indubbiamente nuovo rispetto al panorama “esclusivista” – specie in conseguenza dell'evoluzione della cooperazione a livello internazionale.

In definitiva, proprio lo studio delle relazioni mostrerà che, se da un lato l'astrazione dogmatica ha rappresentato senza dubbio un passaggio importante nei tentativi di fondazione dell'autonomia dell'ordinamento internazionale, essa nasconde allo stesso tempo tratti di funzionalità rispetto alla riaffermazione della sovranità statale, come rivelato proprio dal canone dell'irrilevanza reciproca delle valutazioni dei singoli ordinamenti giuridici.

Prima di procedere ad una revisione critica, appare peraltro necessario seguire l'andamento della riflessione dogmatica – paradigmaticamente, di nuovo, in Perassi e Crisafulli – in materia di adattamento e rinvio.

complesso articolarsi dei suoi orizzonti di metodo – lasciando intravedere spiragli di apertura verso una considerazione unitaria della scienza giuridica - quando afferma, conclusivamente che “si assiste [...] ancora una volta, all'intrecciarsi del punto di vista dogmatico con quello teoretico: una compiuta ricostruzione dell'ordinamento dato, che voglia essere aderente al dinamismo reale delle sue forme di sviluppo, non potrebbe per intero acquietarsi nella mera indagine dogmatica (nel senso di «legalistica»), senza condannarsi per ciò solo ad una posizione di sterile ed astratto rifiuto (condanna) di tutto quel che, per illegale che sia, si affermi tuttavia come diritto vivente. *Ad un certo punto, anche la giurisprudenza dogmatica ha bisogno di ricorrere al criterio (teoretico) della effettività, e ne ha bisogno proprio per concretamente adeguarsi al «dato» positivo* (che non è costituito dalle norme strumentali e materiali preesistenti e derivanti dalle fonti formali dell'ordinamento, quando siano divenute invece non più positive in forza dei mutamenti più o meno stabili illegalmente pervenuti)” (p. 277, corsivi miei).

Declinato infatti in termini di indipendenza delle valutazioni giuridiche di un ordinamento da quelle di ogni altro ordinamento giuridico⁶³, il principio di esclusività incide in profondità sulle dinamiche di relazione sottese all'adattamento e al rinvio, escludendo, per un verso la natura giuridica delle relazioni medesime, e, d'altro canto, riconducendo gli istituti in questione all'interno dei singoli ordinamenti.

Nonostante infatti le frequenti affermazioni secondo cui l'indipendenza di un ordinamento "non importa che esso non possa prendere in considerazione altri ordinamenti"⁶⁴, da esse non può tuttavia dedursi la natura giuridica delle relazioni medesime⁶⁵. Una relazione giuridica tra i due ordinamenti dovrebbe essere stabilita, secondo Perassi, da una "norma che abbia valore giuridico per l'uno e per l'altro e come tale regoli i processi che producono le norme di ciascuno di essi"⁶⁶, evenienza che si pone in netto contrasto con la premessa dell'esclusività. Il principio di esclusività implica infatti necessariamente che la rilevanza di un ordinamento per un altro sia mediata da una norma dell'ordinamento richiamante, funzionale a "riportare all'unità dogmatica dell'ordinamento i contenuti normativi"⁶⁷ richiamati, proprio in virtù del nesso già descritto con la riconduzione del sistema interno delle fonti alla norma postulato. La relazione, pertanto, non è in sé giuridica, e la mediazione della norma interna vale proprio ad escludere detta giuridicità, nella misura in cui la proiezione dogmatica della

⁶³ Cfr. PERASSI, *Lezioni...*, cit., II, p. 45: "secondo il principio della relatività dei valori giuridici, per l'ordinamento di ogni Stato non sono rilevanti che le valutazioni giuridiche date da sue norme. Ogni ordinamento giuridico, in quanto è originario e indipendente, è per conseguenza, esclusivo [...] ogni ordinamento ha la signoria di se stesso".

⁶⁴ Così PERASSI, *Lezioni...*, cit., II, p. 50, ma cfr. anche ivi, p. 3. Cfr. anche CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 67 che significativamente precisa: "l'esclusività, in cui si traduce la sovranità dell'ordinamento statale nel suo aspetto normativo, rappresenta un connotato logico-concettuale, mentre – storicamente – sta a indicare una mera possibilità. In fatto, i moderni ordinamenti statali (e il nostro in particolare) *non ignorano* l'esistenza dell'ordinamento internazionale né ignorano l'esistenza degli ordinamenti degli altri Stati (o dell'ordinamento della Chiesa cattolica, ad esempio) e predispongono congegni diversi, attraverso i quali norme appartenenti a ordinamento originari esterni assumono, in varia misura, una qualche «rilevanza» nell'interno dell'ordinamento statale".

⁶⁵ Cfr. ivi, p. 49: "la posizione di indipendenza, nella quale sta l'ordinamento interno di uno Stato, importa che fra di esso e l'ordinamento interno di un altro Stato sia esclusa l'esistenza di relazioni giuridiche".

⁶⁶ Ivi, p. 49.

⁶⁷ Così BERNARDINI, *La produzione...*, cit., p. 176. Il principio di esclusività, afferma sempre Bernardini, comporta che "la rilevanza di norme e regole, nei confronti di una norma giuridica data [...] può essere stabilita solo in base ad uno specifico contatto, instaurato con quelle norme e regole dalla norma e dal sistema da cui si proceda" (ivi, p. 3)

rilevanza si traduce in un fenomeno di produzione normativa. Alla norma richiamante, infatti, è riconosciuta, paradigmaticamente in Perassi, la natura di norma sulla produzione giuridica, con la conseguente configurazione in termini produttivistici tanto dell'adattamento quanto del rinvio. Alle valutazioni dell' "altro" ordinamento non può essere riconosciuto, dal punto di vista interno, alcun valore giuridico, se esso non gli sia stato attribuito da una norma del medesimo ordinamento: la proiezione dogmatica della relazione ne riduce la natura a quella di fenomeno tutto interno all'ordinamento considerato⁶⁸.

La reciproca indifferenza tra i due ordinamenti è innanzitutto dimostrata da Perassi affrontando specificamente il problema della validità del diritto interno contrario al diritto internazionale, particolarmente rilevante ai nostri fini. La valutazione che l'ordinamento internazionale riconnette alla mancata osservanza di proprie norme da parte del diritto statale si esaurisce, infatti, nell'affermazione dell'obbligo dello Stato di eliminare dal proprio ordinamento la norma contrastante: "tale valutazione, appunto perché si concreta nell'obbligo dello Stato, come soggetto di diritto internazionale, di togliere quella norma dal suo ordinamento interno in riparazione del fatto di aver mancato all'obbligo che aveva di non inserirla, non è una valutazione giuridica che colpisce direttamente la norma interna nella sua efficacia di norma giuridica"⁶⁹, in ciò risultando confermata l'irrelevanza delle valutazioni dell'ordinamento internazionale rispetto alla validità della norma interna, che continuerà a valere finché non rientrerà nella fattispecie di estinzione previste da una norma interna sulla produzione giuridica⁷⁰. Risulta così ulteriormente corroborato il legame indissolubile tra

⁶⁸ Valga richiamare la seguente affermazione di Perassi, rivolta alla considerazione delle relazioni con ordinamenti stranieri: "Gli ordinamenti giuridici stranieri sono realtà storiche di cui l'ordinamento di uno Stato può tener conto. Si può, anzi, dire che per esigenze pratiche non può non tenerne conto in qualche misura. Ora, l'ordinamento di uno Stato, in quanto mediante sue norme prende in considerazione l'ordinamento di un altro, assume un modo di essere che fa apparire una relazione di esso con quello straniero considerato. Ma non è una relazione giuridica fra i due ordinamenti, cioè stabilita da una norma a cui siano soggetti l'uno e l'altro; è una relazione che si rivela solo per il fatto che una norma di un ordinamento si riferisce, per qualche effetto, *che essa determina*, ad un altro ordinamento ed è, perciò, irrilevante nell'ordinamento straniero a cui quella norma si riferisce" (*Lezioni...*, cit., II, p. 51).

⁶⁹ Cfr. PERASSI, *Lezioni...*, cit., II, p. 7. In senso analogo, CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 67 ss.

⁷⁰ "L'indipendenza degli ordinamenti interni degli Stati rispetto al diritto internazionale significa che la giuridicità di una norma di un ordinamento interno è un valore che dipende esclusivamente da questo ordinamento, perché le sue norme sulla produzione giuridica non dipendono dal diritto internazionale (ivi, pp. 8-9).

indipendenza degli ordinamenti e reciproca indifferenza delle rispettive norme sulla produzione giuridica.

Sin d'ora possono notarsi le conseguenze di simile approccio in ordine all'individuazione di spazi per la ricostruzione di un rapporto di parametricità tra gli obblighi internazionali e il diritto interno, che viene esclusa proprio dalla reciproca indifferenza, in una con l'esclusione – ad essa strettamente correlata – della possibilità di relazioni giuridiche tra gli ordinamenti considerati. Ciò è confermato, in particolare, che la situazione non muta, nemmeno in presenza di previsioni, anche costituzionali, che tale rapporto di parametricità istituiscano, disponendo, ad esempio, l'obbligo del diritto interno di conformarsi al diritto internazionale: simile relazione diretta tra contenuti normativi di diversa provenienza è, per il giurista dogmatico, meramente apparente. La previsione in questione potrebbe al più configurarsi – secondo Perassi – quale “dispositivo di prevenzione” rispetto alla realizzazione di un illecito internazionale, ma non avrebbe l'effetto di istituire una relazione diretta, e pertanto essa non implica “nonostante l'apparenza contraria”, una subordinazione dell'ordinamento interno a quello internazionale. È proprio per evitare una simile subordinazione, infatti (ammesso, e non concesso, che l'istituzione di una relazione diretta di parametricità tra diritto internazionale e diritto interno implichi un rapporto di subordinazione tra ordinamenti), che appare necessario – nelle costruzioni dogmatiche del sistema delle fonti - ribadire l'essenzialità della mediazione del diritto statale, analogamente a quanto si era visto, nel capitolo precedente, a proposito delle più antiche dottrine dualiste, dichiaratamente legate al positivismo statualistico: ne consegue, pertanto, che “la nullità della norma interna a causa della sua contrarietà al diritto internazionale, ossia, più precisamente, ad un obbligo derivante allo Stato dal diritto internazionale, non sarebbe una valutazione data da una norma del diritto internazionale, ma una valutazione data dalla ipotizzata norma costituzionale dell'ordinamento interno dello Stato”⁷¹, e ciò, anche qualora la previsione in questione fosse stata adottata nell'adempimento di un obbligo internazionale⁷². Analogamente chiarirà Crisafulli, con riferimento

⁷¹ Ivi, p. 10. Lo Stato, in altre parole, si subordina, ma, nell'atto stesso del subordinarsi mediante una disposizione del proprio diritto positivo, dimostra la propria indipendenza.

⁷² Ivi, p. 11.

specifico all'art. 10, comma 2 della Costituzione italiana del 1948, che in tal caso "l'adeguamento al diritto internazionale del contenuto delle leggi interne diventa – eccezionalmente – *condizione di validità* delle leggi stesse (censurabile davanti alla Corte costituzionale), ma lo diventa solo perché così dispone lo stesso ordinamento interno"⁷³.

Poteva essere così risolto – salvaguardando il dogma dell'esclusività dell'ordinamento giuridico (a questo punto, statale) - il problema posto da quelle previsioni costituzionali che, nell'esperienza comparata degli anni '20 e '30⁷⁴ ma anche nell'esperienza costituzionale italiana del secondo dopoguerra, avevano rotto lo schema tradizionale, che vedeva le Costituzioni disinteressarsi del diritto internazionale, limitandosi a disciplinare gli equilibri interni alla forma di governo in materia di potere estero, tanto nella fase di stipula, che nella fase di ratifica dei trattati⁷⁵: già le Costituzioni rigide del primo dopoguerra e poi, in forma generalizzata, quelle del secondo dopoguerra, si erano infatti decisamente rivolte al riconoscimento dell'approfondimento della dimensione della cooperazione internazionale, dando vita a quello che Mirkin Guetzevich definì il "droit constitutionnel international"⁷⁶. Vedremo più avanti come simili acquisizioni implicino mutamenti ben più profondi nella costruzione di un sistema di relazioni tra ordinamenti – con specifica attinenza al ruolo degli interpreti – e, al tempo stesso, la necessaria revisione delle premesse di metodo.

1.4.1 *Segue: la declinazione produttivistica dell'adattamento e del rinvio.*

Sul piano dell'adattamento e del rinvio, corollario di simili affermazioni è la considerazione che, ai fini della formulazione delle relative valutazioni normative, il contenuto normativo promanante dall'ordinamento richiamato degrada a mero

⁷³ CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit., I, p. 68.

⁷⁴ Si pensi all'art. 4 della Costituzione della Repubblica di Weimar, ma anche all'art. 8 della Costituzione austriaca del 1929 e all'art. 7 della Costituzione spagnola del 1931; su quest'ultima disposizione, in particolare, vedi ad esempio lo stesso PERASSI, *La nuova Costituzione spagnola e il diritto internazionale* (1932), in ID. *Scritti...*, cit., pp. 409 ss.

⁷⁵ V. a tale proposito, tra gli altri, BRUNO, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali: Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè 1997; CANNIZZARO, *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè 1992, XLIV, pp. 1394 ss.

⁷⁶ Cfr. ad esempio *Les tendances internationales des nouvelles Constitutions*, in *Rev. Gén. Dr. Int. Publ.*, 1948, pp. 375 ss.

fatto⁷⁷: l'ordinamento considerato, in altre parole, non riconosce altri contenuti normativi che non siano quelli posti da esso medesimo, e di conseguenza non accetta l'intrinseca giuridicità dei contenuti richiamati, i quali, piuttosto, deriveranno la propria giuridicità proprio dalle norme richiamanti che li assumano ad oggetto⁷⁸.

In particolare, l'esigenza dell'adattamento al diritto internazionale non può comportare – afferma Perassi – che l'ordinamento interno subisca automaticamente le variazioni richieste dalla norma internazionale, dal momento che ciò potrà avvenire solo in base all'ordinamento interno: “questo subirà l'adattamento richiesto, in quanto in esso si siano compiuti dei processi, che secondo le sue norme sulla produzione giuridica siano idonei a produrvi la immissione delle norme nuove e l'abrogazione di quelle esistenti, in cui concretamente consista l'adattamento necessario”⁷⁹. Se ciò risulta con particolare evidenza nella trattazione dei procedimenti di adattamento ordinario⁸⁰, più articolata appare la ricostruzione dei procedimenti speciali. Perassi deve qui confrontarsi, da un lato, con la disposizione dell'art. 10 della Costituzione italiana del 1948, relativa al diritto internazionale generale (e con i suoi immediati

⁷⁷ Cfr. ad esempio la ricostruzione del rinvio in CRISAFULLI, *Fonti...*, cit., pp. 933-934, inserita in un più ampio discorso sull'incidenza della nozione prescrittiva di fonte sulla distinzione tra fonti-fatto e fonti-fatto: “il caso più vistoso” di simile incidenza è dato proprio, secondo Crisafulli (che richiama la posizione dottrinale prevalente, senza tuttavia esplicitamente aderire ad essa), “dalla conversione, in sede dommatica, di determinati atti di produzione giuridica posti in essere in altro ordinamento (ovvero, stando ad una diversa configurazione concettuale, di determinate norme in questi ultimi vigenti) in meri fatti di produzione normativa per l'ordinamento assunto come ordinamento di riferimento. Così, ad esempio, nelle varie ipotesi di «rinvio» dall'ordinamento statale ad altro ordinamento estraneo originario, atti o norme (come tali qualificati dall'ordinamento richiamato) verrebbero in considerazione, nell'ordinamento richiamante, come fatti cui quest'ultimo ricolleggerebbe modificazioni del diritto oggettivo: la fattispecie di tali fonti (interne) risultando allora palesemente «artificiale»”. Cfr. anche *Lezioni...*, cit., II.1, pp. 201 ss., p. 203.

⁷⁸ Afferma chiaramente CRISAFULLI, *Lezioni...*, cit. II.1, p. 202 che “muovendo dai principi della esclusività e separazione degli ordinamenti giuridici originari (e perciò della relatività delle valutazioni giuridiche da ciascuno per suo conto disposte) il rinvio – sia «fisso», come nel caso del cosiddetto «ordine di esecuzione» di trattati internazionali; sia «mobile», come nel caso dell'«adattamento» alle norme internazionali generalmente riconosciute, di cui all'art. 10, primo comma, Cost., o del richiamo al diritto straniero, di cui alle norme dette di diritto internazionale privato [...] – dovrebbe sempre costruirsi – concettualmente – come un procedimento speciale di creazione di norme del diritto oggettivo interno, sostanzialmente corrispondenti alle norme di volta in volta richiamate”.

⁷⁹ Cfr. PERASSI, *Lezioni...*, cit., II, p. 24.

⁸⁰ Vale a dire quelli che intervengono nelle forme degli ordinari processi di produzione giuridica, cioè “mediante un procedimento col quale la creazione o l'abrogazione delle norme interne in cui si concreta l'adattamento, è fatta in modo da risultare indipendente dalle norme internazionali, da cui deriva l'esigenza di quell'adattamento del diritto interno” (ivi, p. 25).

antecedenti storici) – ascritta alla categoria dei procedimenti di adattamento automatico - e, d'altro canto, con l'istituto dell'ordine di esecuzione come procedimento di adattamento al diritto internazionale pattizio.

Tanto il procedimento automatico quanto l'ordine di esecuzione sono ricondotti da Perassi alla figura della norma sulla produzione giuridica: né all'uno né all'altro procedimento è pertanto riconosciuta la funzione di dare ingresso nell'ordinamento considerato alle norme internazionali in quanto tali, bensì quella di produrre le norme di adattamento ad esse corrispondenti. Per ciò che riguarda, in particolare, il procedimento di adattamento automatico, nessun elemento in senso contrario può essere ricavato dalle disposizioni costituzionali positive che pure facciano riferimento (ma non è il caso dell'Italia) all'incorporazione del diritto internazionale generale: la formulazione è infatti in questi casi, secondo Perassi, del tutto impropria, “perché il diritto internazionale e quello interno non sono soltanto distinti, ma anche diversi tra loro e perciò una norma del diritto internazionale non può, come tale, entrare a far parte di un ordinamento interno”⁸¹. Nel caso dell'art. 10 della Costituzione italiana, invece, la locuzione “si conforma” – che, del resto, va ascritta all'intervento dello stesso Perassi, membro dell'Assemblea costituente – determinerebbe l'istituzione di un “trasformatore permanente”, vera e propria norma di produzione automatica, la quale “estrae dalle norme del diritto internazionale, a cui si riferisce, il contenuto delle norme interne per adattarlo a quelle”⁸².

Per quanto riguarda, poi, l'ordine di esecuzione, ragionamenti analoghi conducono a definirlo quale “atto di produzione giuridica che statuisce norme giuridiche il cui contenuto è determinato indirettamente mediante rinvio al trattato”⁸³: la concezione produttivistica è successivamente confermata dalla precisazione secondo cui “esso in tanto è utilizzabile, in quanto il trattato a cui si riferisce comprende delle norme internazionali dalle quali sia possibile ricavare il contenuto di quelle interne da immettere nell'ordinamento interno”⁸⁴, così da mettere perfettamente in luce la posizione delle norme interne di adattamento,

⁸¹ PERASSI, *Lezioni...*, cit., II, p. 27.

⁸² Ivi, p. 29.

⁸³ Ivi, p. 32.

⁸⁴ Ivi, p. 33.

correlative a quelle internazionali, ma con esse non coincidenti⁸⁵. Gli echi della costruzione anzilottiana dei procedimenti di adattamento al trattato sono così efficacemente ricondotti alla premessa dogmatica dell'esclusività, rimanendo tuttavia impregiudicata, sul piano degli esiti, la centralità della mediazione produttiva del diritto statale: anzi, la correzione metodologica determina, in Perassi, il superamento di tutti quei profili del pensiero del primo Anzilotti che, nel corso del secondo capitolo, ci avevano indotto a ravvisare suggestivi momenti apertura nel pensiero del fondatore della Scuola italiana del diritto internazionale⁸⁶.

Il legame tra mediazione produttiva del diritto statale ed esclusione di relazioni giuridiche tra ordinamenti risulta poi, con particolare evidenza, dall'analisi della ricostruzione perassiana dell'istituto del rinvio⁸⁷. Merita attenzione, in particolare, l'analisi condotta in merito ai due istituti del rinvio materiale (o ricettizio) e del rinvio operato dalle norme di diritto internazionale privato⁸⁸.

⁸⁵ Ivi, p. 28.

⁸⁶ La disciplina dell'adattamento al diritto internazionale nella Costituzione italiana del 1948, e la sua interpretazione da parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, non sono evidentemente esauriti dalle poche notazioni contenute nel testo. In questa sede, ci si è limitati ad una disamina dell'interpretazione dei processi di adattamento da parte di Perassi e Crisafulli, al fine specifico di dimostrare l'incidenza dell'approccio dogmatico sulla ricostruzione dei medesimi in termini produttivistici. Sul punto, vedi comunque PERASSI, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, in ID. *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 415 ss.; MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, Giuffrè 1951; LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento...*, cit.; CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, I, pp. 461 ss.; D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, I, *ad vocem*; ID., *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 592 ss.; FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961; FOIS, *Rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, XXV, *ad vocem*; SICO, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè 1998, Agg. II, pp. 32 ss.; SPERDUTI, *Trattati internazionali e leggi dello Stato*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1982, pp. 11 ss.

⁸⁷ Anche in questo caso, non si prenderanno direttamente in considerazione le varie posizioni che hanno animato il ricchissimo dibattito in tema di rinvio in seno alla dottrina italiana (che ha interessato, trasversalmente, costituzionalisti, internazionalisti, internazionalprivatisti, come anche studiosi di diritto ecclesiastico e di teoria generale), ma ci si limiterà a segnalare il legame tra esclusività e concezione produttivistica del rinvio. Le diverse posizioni (da quella originaria dello Zitelmann a quella – fondamentale - del Romano, a quelle, che ad essa si ispireranno e tra cui vanno annoverate quelle del Betti e dello Ziccardi, animate da una precisa critica dell'approccio produttivistico sul piano della sua derivazione metodologica dogmatica) verranno in rilievo, piuttosto, nei paragrafi successivi, in sede di revisione critica del principio di esclusività. Basti per ora richiamare la fondamentale opera del BERNARDINI, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, cit., specie per la suggestiva ricostruzione storica del dibattito medesimo.

⁸⁸ Così Perassi qualifica quello che nelle dottrine tradizionali veniva definito rinvio formale (o alla fonte, o all'ordinamento) definendo invece rinvio formale, o non ricettizio, una ipotesi di

Quanto al primo istituto, la sua ricostruzione in termini produttivistici risulta abbastanza agevole – e, d’altro canto, condivisibile – nel caso di riproduzione espressa di contenuti normativi stranieri, mentre più complessa appare la situazione con riguardo all’ipotesi di una norma interna formulata mediante richiamo della norma straniera (cd. rinvio redazionale), come avvenne ad esempio, nel caso della recezione da parte della Turchia del Codice civile svizzero (legge del 17 febbraio 1927)⁸⁹: anche in questo caso, tuttavia, si deve convenire sulla natura produttivistica del rinvio, specie con riguardo all’affermazione secondo cui “le norme prodotte da un atto di legislazione mediante rinvio ricettizio ad un ordinamento straniero funzionano in connessione con le altre norme dell’ordinamento rinviante”, con la significativa precisazione che “il vigore di dette norme nell’ordinamento rinviante è indipendente da quello delle norme corrispondenti dell’ordinamento straniero sulle quali sono state ricalcate, salvo che l’atto di legislazione che le ha poste non ne condizioni il vigore a quello delle seconde”⁹⁰.

Problemi ben diversi sul piano delle relazioni tra ordinamenti sono posti dalla configurazione del rinvio internazionalprivatistico, in quanto esso opera il richiamo all’ordinamento straniero con riferimento alla disciplina di una fattispecie, dispiegando pertanto la propria rilevanza non direttamente al livello della produzione normativa, bensì sul piano applicativo, “a fini valutativi integrali”⁹¹. Detto carattere imporrebbe, a rigore, la configurazione di simili norme quali norme sull’applicazione, o meglio quali norme attributive di competenza all’ordinamento straniero, dirette al giudice: ed è questa, in particolare, la ricostruzione che ne verrà fornita, come vedremo, dalle correnti che, meno legate al metodo dogmatico, prescindono dal principio di esclusività

presupposizione, vale a dire l’ipotesi delle “norme di un ordinamento, nelle quali si ha un elemento che consiste in un evento giuridico dipendente da un determinato ordinamento straniero o che è caratterizzato da qualità giuridiche dipendenti da un ordinamento straniero, al quale, quindi, esse necessariamente rinviano per identificare quell’elemento” (*Lezioni...*, cit., II, pp. 51-52; tra gli esempi, Perassi richiama la norma penale incriminatrice dell’offesa al Capo di Stato estero nel quale la determinazione della qualifica del soggetto passivo presuppone la disciplina straniera relativa).

⁸⁹ Citato da PERASSI, *ivi*, p. 59.

⁹⁰ Cfr. *ivi*, pp. 62 e 63. Tale è il caso, citato da Perassi, della recezione da parte dello Stato della Città del Vaticano, dei codici civile e penale del Regno d’Italia del 1865 e del 1889, rimasta ferma anche a seguito dell’abrogazione, in Italia, dei due testi normativi (cfr. *ibidem*).

⁹¹ Per questa definizione, cfr. BERNARDINI, *La produzione...*, cit.

nella ricostruzione dell'istituto. Proprio tale principio, infatti, si pone in netto contrasto con un approccio di questo genere, che implicherebbe il riconoscimento – all'interno dell'ordinamento rinvianti – dell'autonoma giuridicità della norma straniera, senza la mediazione produttiva della norma interna, istituendo una relazione diretta tra i due ordinamenti considerati. La premessa dell'esclusività impone tuttavia a Perassi la ricostruzione in termini produttivistici dell'istituto, con la conclusione che non di una limitazione dell'ordinamento rinvianti a favore dell'ordinamento straniero si tratta, bensì di “norme di produzione giuridica, le quali hanno l'effetto di produrre automaticamente, nell'ordinamento a cui appartengono, l'immissione, come norme regolatrici della classe di fatti in ciascuna di esse indicata, di norme sostanzialmente conformi per il loro contenuto a quelle che nell'ordinamento straniero, da esse designato, sono o saranno in vigore come regolatrici della medesima classe di fatti”⁹², con il solo limite dell'ordine pubblico⁹³: l'operatività di simili norme, come evidente, può essere accostata a quella del dispositivo sulla produzione automatica delle norme di adattamento al diritto internazionale generale. Non vi è infatti rinvio all'ordinamento – né rinvio alla fonte di produzione delle norme straniere⁹⁴ – bensì produzione diretta e automatica di norme interne di contenuto “sostanzialmente identico” alle norme straniere richiamate, il cui valore giuridico è tuttavia condizionato a quello delle stesse norme straniere: “le norme di questo tipo sono dei dispositivi, per effetto dei quali, *nell'ordinamento in cui funzionano*, si determina una relazione di uniformità permanente, ossia continua, con altri

⁹² Cfr. PERASSI, *Lezioni...*, cit. II, p. 64.

⁹³ Ivi, p. 68.

⁹⁴ La configurazione del rinvio internazionalprivatistico quale rinvio alla fonte – che si avrebbe intendendo che le norme interne di rinvio “come le norme sulla produzione giuridica del tipo più comune” contemplino “come fatti di produzione giuridica per l'ordinamento, a cui esse appartengono, degli stessi fatti che, nell'ordinamento straniero designato sono idonei a produrre norme giuridiche regolatrici dei rapporti indicati in ciascuna di esse” - è esclusa da Perassi in quanto esso presupporrebbe che “l'inserzione nell'ordinamento italiano delle norme regolatrici dei fatti per i quali una norma italiana di diritto internazionale privato rinvia ad un ordinamento straniero sia simultanea al prodursi dell'identica norma relativa a tali fatti nell'ordinamento straniero designato”. L'osservazione della funzione pratica del rinvio internazionalprivatistico conduce piuttosto Perassi a ritenere, coerentemente con la premessa dell'esclusività che le norme di rinvio “inseriranno nel loro ordinamento delle norme che sono desunte da quelle che hanno valore giuridico nell'ordinamento designato, cioè da norme che in questo ordinamento sono state inserite. L'esistenza nell'ordinamento straniero delle norme regolatrici di una certa categoria di fatti è il presupposto del funzionamento della norma di diritto internazionale privato, che produce nell'ordinamento italiano norme ricalcate su quelle” (tutti i passaggi riportati sono tratti da PERASSI, *Lezioni...*, cit., pp. 65-66, in nota).

ordinamenti per quanto concerne il contenuto delle norme che in esso regolano certe categorie di fatti”⁹⁵. Si vede qui chiaramente, dal confronto – per ora sommario – tra le due opposte concezioni dell’istituto, come, nell’approccio dogmatico, la scelta del punto di vista interno, radicata nelle premesse metodologiche e condizionata dall’affermazione del principio di esclusività, operi nel senso di escludere ogni dinamica di relazione. L’esclusività dell’ordinamento considerato impone di non riconoscere l’altro ordinamento come avente pari dignità, ma lo degrada a mero fatto, impedendo di configurare il rinvio internazionalprivatistico come strumento di collaborazione tra ordinamenti in sede applicativa: con l’affermazione dell’esclusività si nega il riconoscimento stesso dell’alterità, coesistente alla relazione, poiché l’altro, in questo caso, può essere accettato solo in quanto, snaturato nella sua propria identità, risulti condizionato nella sua essenza dalla mediazione dell’identità dell’ordinamento rinviate, la quale si manifesta nella forma della produzione giuridica.

1.5 Rilievi conclusivi.

Risulta così ulteriormente confermata la constatazione da cui si erano prese le mosse: l’approccio dogmatico al sistema delle fonti accetta di confrontarsi con la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, accogliendola a livello di premesse teoriche, ma ne depotenzia le virtualità anti-, o *praeter*-, statalistiche – cui già si è accennato e sulle quali meglio si tornerà – attraverso la decisa riaffermazione, sul piano conoscitivo, della rilevanza esclusiva delle valutazioni dell’ordinamento considerato, con conseguente esclusione delle relazioni. Simile atteggiamento rivela – specie all’osservatore che si ponga dal punto di vista dell’ordinamento statale – la stretta funzionalità dell’approccio dogmatico alla conservazione della centralità statale. Non mancano temperamenti, certo, ma essi finiscono per confermare le ultime affermazioni: può notarsi, ad esempio, che lo stesso Perassi – quando affronta dommaticamente il solo ordinamento internazionale e muove, da quel punto di vista, all’analisi delle relazioni⁹⁶ - non

⁹⁵ Ivi, pp. 65-66, corsivo mio.

⁹⁶ Cfr. il primo volume delle *Lezioni di diritto internazionale*, specie pp. 34 ss.

esclude forme di rilevanza degli ordinamenti statali in quanto tali⁹⁷, come risulta dall'elenco delle varie figure di presupposizione, o rilevanza incidentale del diritto interno ai fini delle valutazioni operate dal diritto internazionale⁹⁸. Sembrerebbe addirittura di poter cogliere echi della posizione degli iniziatori del dualismo, quando affermavano che il diritto internazionale ha bisogno del diritto statale per “compiere la sua missione”⁹⁹, ma senza porre l'accento su quelle virtualità collaborative che pure si è creduto di poter ascrivere all'affermazione nel corso del capitolo precedente.

Sul piano operativo, pertanto, le virtualità pure insite nella compiuta ricostruzione di un modello che saldamente fonda, sul piano dogmatico, l'autonomia

⁹⁷ Con effetti sulla stessa formulazione delle nozioni generali, e conseguenze indirette sulla stessa fisionomia del principio di esclusività: cfr. ad esempio, PERASSI, *Lezioni...*, cit., I, p. 37: “Il carattere di esclusività, inerente ad ogni ordinamento giuridico originario, ed inteso nel senso che per esso sono giuridiche soltanto le valutazioni date da sue norme, non implica che un ordinamento giuridico non possa considerare, *per effetti che esso stesso determina*, altri ordinamenti in quanto sono dotati di una loro propria giuridicità, e dei fatti in quanto hanno una determinata valutazione giuridica da un altro ordinamento, cioè consistono in fatti giuridici di un altro ordinamento. L'ordinamento giuridico internazionale, pur essendo distinto dagli ordinamenti interni degli Stati, dimostra di non ignorarne l'esistenza” (corsivi miei).

⁹⁸ Esse non si allontanano, a ben vedere, dalle fattispecie che, in Anzilotti, radicavano l'applicabilità in via pregiudiziale del diritto internazionale (pur mancando quelle aperture che Anzilotti, come vedemmo, poteva ricavare dal suo personale approccio alla teoria organica, o meglio al rapporto Stato – organo nei rapporti con il diritto internazionale, e che gli valse la severa critica del Donati). Nello specifico si tratta (cfr. PERASSI, *Lezioni...*, cit., I, pp. 37-43): a) della considerazione generale secondo cui “l'ordinamento interno di uno Stato è [...] rilevante per il diritto internazionale come una manifestazione dello Stato quale soggetto di questo diritto” (pp. 37-38); b) di “norme che presentano il carattere comune di stabilire un allacciamento del diritto internazionale col diritto interno di determinati Stati”, vale a dire, si badi, di “norme di diritto internazionale il cui funzionamento in concreto, in tanto si ha in quanto esse siano allacciate ad uno o più ordinamenti interni da esse stesse determinati” (p. 38, alla definizione segue l'elencazione di una serie di figure di presupposizione); c) casi – che, a ben vedere, integrano una sottospecie dell'ipotesi a) - in cui l'ordinamento internazionale crei verso gli Stati degli obblighi “il cui contenuto consiste nel fatto che nell'ordinamento giuridico interno di esso si realizzino determinate situazioni giuridiche” (p. 41) sia sotto forma di attribuzione di determinate posizioni soggettive, sia, soprattutto, attraverso l'adozione di determinate norme; d) infine, ipotesi in cui l'ordinamento internazionale contenga “delle norme, per effetto delle quali esso «incorpora» nel suo sistema dei principi o norme che vigono negli ordinamenti interni” (segue l'esempio dell'art. 38 dello Statuto delle Corti internazionali di giustizia secondo cui costituiscono Per l'ipotesi simmetrica – considerazione, agli stessi fini, dell'ordinamento internazionale da parte di quello statale - vedi *Lezioni...*, cit., II, pp. 12 ss.; l'elencazione appare invero alquanto circoscritta, limitandosi ad ipotesi di presupposizione classica (cfr. il caso dell'immunità dell'agente diplomatico, che presuppone la correlativa nozione internazionalistica) accanto alle norme interne sul procedimento di ratifica dei trattati che hanno “come presupposto l'esistenza di norme del diritto internazionale contenenti un riferimento al diritto interno di detto Stato” (e dunque a ben vedere, costituiscono niente più che un adempimento richiesto dal diritto internazionale nel caso ricordato *supra*, sub c) e all'importante principio dell'interpretazione del diritto interno “in quanto è possibile, nel senso che esse non siano in contrasto con gli obblighi internazionali dello Stato” concernenti l'assetto dell'ordinamento interno (ivi, pp. 13-14).

⁹⁹ Cfr. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, cit., p. 268.

dell'ordinamento internazionale, non riescono a dispiegarsi completamente: la costruzione dogmatica dell'autonomia, in altre parole, chiude il discorso sulla separazione portato avanti dagli iniziatori del dualismo nel senso di una decisa torsione verso l'introversione dei singoli ordinamenti considerati.

Solo la revisione critica del principio di esclusività che si condurrà più oltre potrà rivelare le profonde interconnessioni tra simili esiti e le premesse di metodo della dogmatica giuridica, aprendo la strada a tutta una serie di domande che investono il senso attuale dell'astrazione dogmatica nel metodo giuridico, la sua potenzialità epistemologica, nella misura in cui essa ha rivelato un legame indissolubile con l'affermazione del principio di esclusività. L'analisi sin qui svolta ha tentato di mostrare come solo con estrema difficoltà l'approccio dogmatico possa considerarsi realmente neutrale rispetto alle concezioni teorico generali, e come invece l'astrazione dogmatica sia risultata coesistente – specie nell'ambito della teoria delle fonti - ad un ben preciso modello storico e culturale. In altre parole, la dogmatica giuridica, in ossequio alle proprie premesse metodologiche, declina la sovranità statale – concetto eminentemente storico politico – nei termini di esclusività della produzione giuridica, risolvendo gli elementi di ambiguità presenti nelle costruzioni dualistiche originarie in un approfondimento della separazione tra ordinamenti. Centrale risulta, tuttavia, la separazione tra piani metodologici, tra ordini della conoscenza: proprio l'affermazione dell'inconoscibilità del fondamento della norma postulato rivela i limiti dello stesso metodo dogmatico¹⁰⁰, nella misura in cui essa – come si è visto - appare strettamente dipendente dall'erezione di barriere epistemologiche, quelle stesse barriere da cui deriva l'affermazione del principio di esclusività, fonte a sua volta di barriere. Negando l'apertura ad altri ordini di conoscenze, si nega la

¹⁰⁰Si è, in altre parole, di fronte al paradosso di una costruzione che non riesce a fornire una soluzione soddisfacente secondo i propri canoni di metodo, al problema stesso da cui ha preso le mosse, vale a dire la determinazione del concetto di fonte: riesce a dare risposta solo in senso logico, erigendo una barriera tra dogmatica e diritto come esperienza, così scontando la limitatezza del punto di vista "interno". Sul punto, v. efficacemente ZICCARDI, *Introduzione...*, p. 141: "Ogni dottrina che assuma quel caratteristico atteggiamento della scienza giuridica che si può rettamente indicare come dogmatico, che accetti cioè di porre i problemi della conoscenza giuridica entro i limiti di una esperienza riferita ad un ordinamento determinato, non è in grado di superare nella conoscenza del diritto i limiti che essa stessa si è posti, ed è in errore quando vuole attribuire ai principi che pone dogmaticamente un valore più ampio, in particolare elevarli a criteri per una conoscenza teorica, ossia tendente ad una rappresentazione del diritto intrinsecamente illimitata nelle sue fonti e nei suoi riferimenti".

permeabilità dell'esperienza giuridica rispetto alla storia e alla società – nonostante le contrarie affermazioni che sembrerebbero riconoscerne una limitata rilevanza – ed in conseguenza si negano spazi di comunicazione o di relazione tra ordinamenti: non stupisce, in altri termini, che un approccio dogmatico non riesca a vedere le interconnessioni tra ordinamenti, chiudendosi in una esclusività/separazione/irrilevanza reciproca che deriva dalla stessa introversione del metodo, dal momento che dette interconnessioni si manifestano proprio in quel territorio dei principi supremi che la dogmatica esclude dai propri orizzonti¹⁰¹. L'esigenza è allora quella di giuridicizzare il fondamento, non nel senso che il fatto sociale, l'adesione morale, o la consuetudine di osservanza divengano improvvisamente fatti giuridici (vedendo così mutare la propria natura) ma nel senso di un allargamento della prospettiva metodologica.

L'esclusività rivela così la propria contiguità con un orizzonte storico ed ideale in cui lo Stato riveste ancora un ruolo centrale, ed in cui i confini mantengono la loro impenetrabilità, come dimostrato proprio dallo studio dell'approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti giuridici.

Ne consegue che assai spesso – come meglio vedremo trattando dell'esperienza costituzionale italiana e di quella spagnola - il giurista assista ancora oggi alle mutazioni della sovranità – o meglio alle loro proiezioni sul piano della produzione giuridica – con strumenti ormai imperfetti sullo stesso piano dogmatico, tentando di ricondurre al principio di esclusività dinamiche di produzione giuridica che si sviluppano in un contesto segnato dal mutuo riconoscimento di centri di normazione strettamente interdipendenti, e su dinamiche applicative strettamente legate a contesti comunicativo-dialogici che, dal canto loro, arricchiscono proprio le dinamiche di riconoscimento.

¹⁰¹ Cfr. i passi di Crisafulli richiamati *supra* in tema di effettività e riconoscimento delle fonti *extra ordinem natae*, specie per l'affermazione della necessità per la dogmatica di ricorrere in tali casi a principi teoretici proprio per conoscere il dato positivo. Cfr. anche BERNARDINI, *La produzione...*, cit., p. 15: “il rapporto dialettico norma-fatto” - che corrisponde peraltro, secondo l'A. a quello tra “momento formale e momento materiale” della norma – “non è un vuoto schema formalistico, puramente logico, ma riflette, secondo un discorso già svolto, la reale ed effettiva dinamica delle forze sociali e dei rapporti reali fra gli uomini. Con le cosiddette norme primarie degli ordinamenti giuridici positivi la visibile coincidenza dei due termini del segnalato rapporto dialettico risponde al fatto che quelle norme [...] sono la traduzione ideologica, in termini valutativo-prescrittivi ed in funzione tipizzante, di modelli fondamentali e primigeni di rapporti su cui una determinata società è costituita”.

L'inidoneità del principio di esclusività a fondare soddisfacenti criteri di analisi del fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici, sotto il profilo delle relazioni, giunge ad investire, pertanto, la tenuta delle premesse metodologiche dell'approccio dogmatico, essenzialmente nella misura in cui lo stesso principio di esclusività concorre, in quanto derivante dalla posizione della norma postulato sulla produzione, con la scelta del punto di vista interno, a descrivere un sistema impermeabile alla comunicazione tra ordinamenti, perché indifferente alle relazioni che intercorrono, sul piano giuridico, tra fatto e norma, tra storia e diritto.

Ciò determina - in virtù delle posizioni più volte ripetute nel corso della ricerca in merito al rapporto tra costruzione della parametricità degli obblighi internazionali e apertura di spazi di comunicazione e relazione tra ordinamenti - l'impossibilità di procedere alla costruzione della parametricità del diritto internazionale, mantenendo ferme le tradizionali premesse metodologiche della dogmatica giuridica, ed in particolare il principio di esclusività. Come si è cercato di dimostrare, infatti, anche l'eventuale previsione della parametricità in sede positiva non basta, di per sé sola, a fondare un concetto che preservi intatte virtualità di relazione tra ordinamenti, in chiave integrante, nella misura in cui l'analisi della previsione positiva - condotta, dogmaticamente, attraverso il prisma del principio di esclusività - imporrebbe di ritenere istituito il confronto tra contenuti normativi promananti dal medesimo ordinamento e non invece tra contenuti promananti da ordinamenti distinti; ciò conduce, come evidente, a negare la relazione, mortificando tutta una serie di potenzialità integranti ascrivibili all'istituto della parametricità, solo ponendosi in una diversa prospettiva metodologica. Ora, se è vero che, con Pugliatti, si deve avvertire che "la constatata inidoneità logica del concetto fa sorgere la necessità di tentare una diversa spiegazione e sistemazione dei fenomeni giuridici in questione"¹⁰², l'analisi sin qui condotta mostra con sufficiente chiarezza l'esigenza di far passare la verifica logica dei concetti attraverso una revisione delle stesse premesse di metodo, procedendo senz'altro ad integrare nel discorso giuridico le interrelazioni tra diritto e storia, abbandonando la separazione tra la dogmatica e le altre scienze

¹⁰² PUGLIATTI, *La logica...*, cit., p. 9.

del diritto, così contribuendo, in definitiva, ad un necessario allargamento degli orizzonti metodologici, che corrisponde, a sua volta, ad un profondo ripensamento del ruolo dell'interprete, e del giurista (Cervati, Ascarelli, Paresce, Mengoni).

La critica del principio di esclusività, pertanto, dovrà svolgersi su un duplice piano: da un lato, si dovrà verificare, recuperando l'approccio istituzionistico alla pluralità degli ordinamenti giuridici, se diverse premesse teoriche, maggiormente attente al dato sociale nella costruzione del fenomeno giuridico, facilitino, sul piano metodologico, aperture anche sotto il profilo di un superamento della distinzione tra punto di vista dogmatico ed extradogmatico. D'altro canto, sul piano del metodo, dovranno verificarsi attentamente le interconnessioni tra premesse teoriche e revisione del metodo dogmatico stesso in vista dell'apertura al ruolo dell'interprete.

2. Istituzionalismo e pluralità degli ordinamenti: alla ricerca della relazione

2.1 *La definizione romaniana del principio di esclusività.*

Nell'approccio dell'istituzionalismo romaniano alla pluralità degli ordinamenti possono essere colte suggestioni importanti in vista dell'apertura di spazi per la relazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, che consentano di superare i limiti insiti nella costruzione dogmatica del principio di esclusività. Purtroppo, il recupero della prospettiva istituzionistica non può prescindere da tutta una serie di precisazioni che ne sottolineino tanto i condizionamenti storici, quanto taluni limiti connaturati alla stessa elaborazione del concetto di istituzione. Se, da un lato, si ritiene non condivisibile l'autorevole affermazione dell'indipendenza tra teoria dell'istituzione e teoria della pluralità degli ordinamenti¹⁰³ – dovendone piuttosto essere segnalata la stretta embricazione¹⁰⁴ – d'altro canto, la costruzione di un sistema di relazioni nell'ottica della riflessione

¹⁰³ Formulata, come noto, dal BOBBIO, *Teoria e ideologia...*, cit., pp. 143 ss.

¹⁰⁴ Colta, ad esempio, dal CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in Riv. int. fil. dir. 1939, pp. 9 ss., specie pp. 13-14 e pp. 19 ss.; ma anche ID., *L'ultimo libro di Santi Romano*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1951, pp. 46 ss., p. 53.

sulla parametricità degli obblighi internazionali rischia di entrare in conflitto con il carattere “massiccio” dell’istituzione.

Come meglio si vedrà, infatti, l’apertura di Romano alla socialità del diritto, che direttamente conduce all’affermazione della pluralità degli ordinamenti, arresta, per altro verso, le proprie virtualità nella misura in cui sembra sigillare l’istituzione agli apporti vivi del lavoro degli interpreti, risolvendo lo stesso nelle dinamiche interne all’istituzione medesima¹⁰⁵.

Più in generale, l’opera di Romano, almeno nei suoi sviluppi essenziali, appare infatti attraversata dalla tensione tra le implicazioni pluralistiche della teoria istituzionale – profondamente avvertite anche sul piano storico, come dimostrano le due prolusioni del 1909 e del 1918¹⁰⁶ - ed una costante tendenza a tornare a guardare allo Stato “moderno”¹⁰⁷ come ad una realtà suscettibile di governare il nascente pluralismo¹⁰⁸: simile tensione, peraltro, è figura di conflitti più profondi,

¹⁰⁵ Cfr. sin d’ora la fondamentale voce *Interpretazione evolutiva*, in ID. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano Giuffrè 1983 (ma 1947), pp. 119 ss., si cui si tornerà diffusamente *infra*, al par. 3.1.

¹⁰⁶ *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1908) e *Oltre lo Stato* (1918), entrambe raccolte in ROMANO, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, rispettivamente alle pp. 379 ss. e 419 ss.

¹⁰⁷ Sulla base della più generale premessa metodologica, di chiara ispirazione storicistica (ma sul punto si dovrà, evidentemente, ritornare) secondo cui lo studio delle istituzioni politiche è governato da “leggi, a capo delle quali sta quella, per cui il diritto e la costituzione di un popolo rappresentano sempre il genuino prodotto della sua vita e della sua intima natura” (ROMANO, *Lo Stato moderno...*, cit., p. 379), Romano accoglie un concetto di Stato moderno che, sulla scia della definizione orlandiana (a sua volta ripresa dal Mosca; cfr. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1912, pp. 45-46, ma anche pp. 50 ss.), appare imperniato sul duplice elemento dell’impersonalità del potere pubblico (cui fa da contraltare la personalità dello Stato) e della sua realtà, intesa come storicità (mentre resta più sfumato il profilo della rappresentatività, centrale in Orlando): “il principio fondamentale del diritto pubblico moderno” consiste pertanto in questa “impersonalità del potere pubblico, o meglio, personificazione del potere per mezzo dello Stato, concepito esso stesso come persona”, una persona “immateriale, ma pur reale [...] non ombra o spettro, ma vero principio di vita, operante, se non per mezzo di un organismo, nel senso vero e stretto della parola, col sussidio di un insieme di istituzioni atteggiate ed armonizzate a questo scopo [...] stupenda creazione del diritto, che ad una facile critica è sembrato che non abbia altra consistenza che quella di una fantasia poetica, ma che invece, *frutto di un lungo e sicuro processo storico*, ha dato vita ad una grandezza sociale, per esprimerci alla meno peggio, maggiore di ogni altra e più di ogni altra attiva e potente” (cfr. *ivi*, p. 380, corsivo mio).

¹⁰⁸ Emblematici in questo senso, alcuni passaggi delle due prolusioni. Nella prima, che affronta l’emersione del pluralismo nella dimensione interna, la lucida coscienza della crisi – che è caratterizzata, secondo Romano, dalla convergenza tra il “progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico e la deficienza dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato” (*Lo Stato moderno...*, cit., pp. 393-394) – sbocca nella fondamentale affermazione della persistente necessità del “principio [...] di un’organizzazione superiore che unisca, contemperì e armonizzi le organizzazioni minori in cui

la prima va specificandosi” che “potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede” (*Lo Stato moderno...*, cit. p. 395). La consapevolezza della pressione del pluralismo sociale alle soglie della statualità, pertanto, non esclude, almeno nella prolusione del 1908, la possibilità che esso venga organizzato e governato nella cornice dello Stato moderno: “maggiori saranno i contrasti che dalla specificazione delle forze sociali e dalla loro cresciuta e organizzata potenza deriveranno, più indispensabile apparirà l’affermazione del principio, che il potere pubblico non potrà considerarsi che come indivisibile nella sua spettanza, per quanto più larga e più confacente possa rendersi la partecipazione delle varie classi sociali al suo esercizio [...] e non soltanto il simbolo, ma l’ente reale, in cui tale principio si affermerà sempre maggiormente, non può essere che lo Stato, reso ancora più saldo nella sua potenza e più attivo, vera personificazione di quella collettività ampia e integrale, che una crisi momentanea può mostrare in eclissi, ma che è destinata ad acquistare coerenza e consistenza sempre maggiore” (*ibidem*). L’esperienza della guerra, e la proiezione della crisi della statualità sul piano esterno, implicheranno un ammorbidimento di simili posizioni, evidenziando la diversità di soluzioni per il caso di concorso tra ordinamento statale ed altri ordinamenti originari (altri Stati, ma anche l’ordinamento internazionale e la Santa Sede), rispetto al caso di concorso con ordinamenti autonomi: accenni in tal senso possono cogliersi lungo tutta la riflessione sulla pluralità degli ordinamenti nella seconda parte dell’Ordinamento giuridico, incentrata sulla critica delle concezioni che avevano sostenuto la corrispondenza biunivoca tra Stato e diritto: particolarmente evocativo il §26 (pp. 88- 92), nel quale il Romano ricostruisce il percorso che ha condotto ad una simile “illusione” (p. 89), collegandolo, sul piano storico, all’ “affermarsi del c.d Stato moderno” e all’ “allargarsi della sua forza e del suo predominio su altre comunità, fino allora indipendenti e ad esso, talvolta antagonistiche” (*ibid.*), e riconoscendone, sul piano teorico, la stretta interdipendenza con le concezioni naturalistiche, alle quali è coesenziale “raffigurare il diritto come l’attuazione concreta, che dovrebbe essere unica e uniforme, di un principio trascendente ed assoluto, della giustizia astratta ed eterna, e in conseguenza di negare il carattere di diritto a tutti gli ordinamenti sociali che non si possano considerare almeno come tentativo, sia pure imperfetti, di tale attuazione, o che, peggio ancora, si affermano ribelli a quell’idea di giustizia” (*ibid.*). La corrispondenza biunivoca tra Stato e diritto – *rectius*, la riconduzione necessaria della giuridicità alla statualità – viene risolutamente negata, dal momento che “mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto: esso non è un’unione materiale di uomini, un aggregato di fatto e casuale, ma una comunità organizzata, cioè un ente giuridico, uno dei vari ordinamenti giuridici che la realtà ci presenta” (ivi, p. 91). Ci si limita ad accennare, in questa sede – ma il profilo sarà ripreso diffusamente *infra*, nel testo e nelle note – alle implicazioni che l’affermazione della precedenza (o dell’alterità) del diritto rispetto allo Stato può presentare nell’ottica di una declinazione della teoria romaniana in termini garantistici (in tale ottica rivelando, peraltro, un più profondo nesso di derivazione dall’eredità liberale, con un recupero, se si vuole più autentico, rispetto alle introversioni statualistiche maturate nell’ambito dello *Staatsrecht* tedesco e dello stesso insegnamento orlandiano – da cui Romano, su questo punto, non può che discostarsi – del principio dello Stato di diritto: sul punto vedi ad esempio le profonde considerazioni dello stesso ORLANDO, *Ancora sul metodo in diritto pubblico, con particolare riguardo all’opera di Santi Romano*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, CEDAM, 1940, pp. 3 ss., p. 11). Ma è l’osservazione della crisi della statualità sul piano internazionale che spinge Romano ad interrogarsi nuovamente sulle virtualità della forma Stato nella gestione del pluralismo, stavolta esterno: proprio al termine della guerra, ed in un momento non facile per l’Italia (si tratta della prolusione all’anno accademico 1917-1918, in prossimità, pertanto della disfatta di Caporetto), egli senza “distogliere lo sguardo dallo spettacolo [...] di tanta storia che si svolge sotto i nostri occhi sgomenti” intende “tornare a contemplarlo da un punto di vista che ce ne permetta la visione meno confusa e imprecisa che ci sia possibile” (*Oltre lo Stato*, cit., p. 419). Solo così è possibile avvedersi che la crisi dello Stato moderno è anche un “fenomeno concernente le relazioni interstatuali” (ivi, p. 421), che Romano passa attentamente ad analizzare (pp. 421-430) chiedendosi, in particolare, se l’unico sbocco della crisi possa davvero passare attraverso il pieno compimento delle tentazioni imperialistiche delle grandi potenze: l’attenzione romaniana alle identità statuali, nella coscienza di “una certa tendenza alla formazione di alcune ampie strutture superstatuali” non ha, comunque, il senso di una introversione, bensì, sembra di poter affermare, quello di preparare una declinazione delle relazioni internazionali

che coinvolgono le stesse premesse di metodo, ed in particolare il rapporto tra l'attenzione al dato sociale come esperienza concreta e vitale e la risoluzione delle dinamiche dell'esperienza nell'unità dell'istituzione, che rischia di assorbire il soggetto ed ogni possibilità di un suo ruolo propulsivo nella vita dell'istituzione medesima¹⁰⁹.

Non è evidentemente possibile, con tanto sintetiche affermazioni, dar conto in maniera esaustiva di aspetti indubbiamente problematici del pensiero romaniano, che hanno stimolato un dibattito ricco ed articolato, nel quale si sono di volta in volta sottolineate le potenzialità preter-statalistiche della teoria della pluralità degli ordinamenti¹¹⁰, ma anche gli indubbi condizionamenti – che avrebbero operato, come si è sostenuto, prevalentemente sul piano ideologico¹¹¹ - derivanti

consapevole della necessità di bilanciare “individualismo” e “cosmopolitismo” (p. 421). Se è vero, pertanto, che anche nella trattazione del pluralismo “esterno”, Romano torna allo Stato, è altrettanto vero che egli afferma che “in nessun caso esso deve chiudersi in se medesimo” (p. 431), che “ogni Stato, per mantenersi, deve espandere la propria vita anche oltre se stesso” e lo stesso principio di nazionalità – che è per Romano, “ancora mezzo di superamento e di sviluppo” – non deve trasformarsi in “causa di arresto e debolezza”: nello stesso senso, l'espansione non può ridursi a quella coloniale, dal momento che lo “lo Stato colonizzatore [...] finché rimane tale, non esce dai propri confini, per quanto continuamente li allarghi” (*ibid.*). Romano si riferisce, insomma, ad una forza espansiva diversa, ad “una forza di penetrazione, s'intende pacifica [...] entro la compagine di altri Stati”, attraverso cui “forse [...] la natura tende ad una maggiore cospirazione e cooperazione dei vari Stati nei comuni intenti di civiltà e quindi a rendere più saldo e meno fragile di quanto adesso purtroppo non sia il loro consorzio (p. 432).

¹⁰⁹ Alla voce *Interpretazione evolutiva*, cit., si aggiunga la voce *Norme giuridiche (destinatari delle)*, in *ID. Frammenti...*, cit., pp. 135 ss., su cui si tornerà *infra*, al par. 3.1.

¹¹⁰ Sulle quali insiste particolarmente il GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 80-81, ma anche pp. 109 ss., 123 ss., efficacemente riorganizzandole attorno alla “riscoperta della complessità dell'universo giuridico” (p. 109), strettamente vincolata al “salvataggio di una precisa e perenne sensibilità storicistica”, unito al recupero del “rigore tecnico appreso alla scuola di Orlando” (p. 80). Si è parlato nel testo di virtualità preter- e non anti- statualistiche, per dare conto delle tensioni interne al pensiero romaniano tra coscienza della complessità, storicità del diritto e ritorno allo Stato: come afferma Grossi, “questo Romano, che scruta a fondo dentro lo Stato, ma anche ai margini e al di là dello Stato, non è in contrasto con il solido costruttore di un edificio statale, dello Stato persona” in quanto al giurista pratico si affianca, ed in parte si sovrappone, assai produttivamente, il teorico generale, “nel cui osservatorio la singola figura statale viene a complicarsi e a rarefarsi in un paesaggio straordinariamente aperto e vario” (p. 110). Vale rilevare peraltro che proprio la valenza progressista del superamento della statualità del diritto è sottolineato anche da chi, per altro verso, tende a mettere in luce piuttosto l'orientamento conservatore delle teorie romane: cfr. SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore teorico progressista*, in AA. VV., *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè 1977, pp. 45 ss., specie 60-63.

¹¹¹ È questa, ad esempio, la nota posizione del BOBBIO, *Teoria e ideologia...*, cit., pp. 154 ss., il quale risolve le tensioni interne alle teorie romane nella affermazione che il Romano, teoricamente pluralista, sarebbe stato ideologicamente un monista – essendo giunto ad affermare la necessità di una ricomposizione delle istanze pluralistiche nello Stato. Si è visto, tuttavia, nella precedente nota 109, come il “ritorno allo Stato” di Romano non implichi affatto un superamento delle premesse pluralistiche, ma anzi ne costituisca una riconferma, profondamente condizionata da un approccio con ascendenze storicistiche: ma simile aspetto non poteva essere colto dal

dall'eredità dello statualismo liberale: un dibattito, peraltro, largamente condizionato dalle diverse proiezioni della teoria della pluralità degli ordinamenti sul piano delle relazioni con gli ordinamenti "minori", da un lato, e con altri ordinamenti originari, dall'altro¹¹². Appare piuttosto necessario procedere per

Bobbio che, per un verso, si è fatto assertore della irrelazione tra teoria istituzionale e pluralità degli ordinamenti – mentre, al contrario, solo il legame con le premesse istituzionali può giustificare, come meglio vedremo, quella sensibilità storica che correttamente qualifica il rapporto tra statalismo e pluralismo in Romano – e, per altro verso, ha sostenuto il "formalismo" romaniano, come vedremo in seguito, giungendo ad affermare che l'Ordinamento giuridico sarebbe opera "senza data, fuori dal tempo" (p. 151), giustamente criticato, in questo, dal GROSSI, *Scienza giuridica...*, cit., p. 111. In altre parole, come è stato autorevolmente affermato, la riflessione romaniana sulla crisi dello Stato, più che poter essere ridotta alla sterile dicotomia tra eclissi dello Stato e sua nostalgica difesa, appare pervasa in profondità dalla "constatazione di una realtà alla quale [lo Stato] avrebbe dovuto adeguare i suoi istituti tradizionali, una realtà che non lo avrebbe necessariamente travolto, quando, attraverso il riconoscimento del diritto prodotto dalle organizzazioni sociali, fosse stata indirizzata a «completarne le deficienze e le lacune», nascenti dalle premesse individualistiche dello Stato moderno" (RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 136). La coscienza della storicità del pensiero romaniano pervade anche la fondamentale opera di CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quad. fior.*, 1972, pp. 243 ss., con spunti assai suggestivi – con riguardo all'ideologia di Santi Romano – che ne mettono in luce, per un verso, il profilo complesso del legame con il fascismo, e, d'altro canto, quel caratteristico tratto di distacco, tipico della figura romaniana, che non coincide con un mero "vivere fuori dal tempo" (si potrebbero citare decine di passi che, nell'opera romaniana, lasciano intendere la profonda coscienza della pressione dei tempi sul pensiero) e che si salda, piuttosto, con la stessa sua declinazione del ruolo del giurista (cfr. ROMANO, *Giuristi e Glissez, mortels, n'appuyez pas*, in *ID. Frammenti...*, cit., rispettivamente p. 117 ss.). Radicalmente diversa, come ricorda in parte lo stesso Cassese, è l'interpretazione che del pensiero romaniano dà il PANUNZIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato in Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, Società Tipografica modenese, 1931, pp. 179 ss., e che evidenzia, per contrasto, le virtualità antistatualistiche della teoria romaniana, asserendone al tempo stesso il carattere "contro corrente" per essere stata formulata quando "si era già usciti dall'ambiente del ritornato Medio Evo [la crisi degli anni antecedenti il primo conflitto mondiale, caratterizzata dalla lacerazione dello Stato monoclasse per la progressiva emersione delle masse sulla ribalta della scena politica, NdA] e lo Stato, nell'esperimento cruciale della guerra, andava ricostituendosi nella sua unità" (p. 197). Il Panunzio, guardando all'evoluzione dello Stato nel primo trentennio del XX secolo, nel prisma dell'affermazione del fascismo come definitiva realizzazione della forza statale come veicolo di unità, è evidentemente portato a negare la portata innovativa della teoria istituzionale e della declinazione romaniana della pluralità degli ordinamenti, classificandola "teoria ritardataria ed in contrasto evidente con la realtà attuale dello Stato" (p. 198) costruendo piuttosto la pluralità degli ordinamenti nel quadro di una loro necessaria riconduzione allo Stato garante della loro effettività.

¹¹² Il problema dei rapporti tra lo Stato e gli ordinamenti minori rinvia più in generale alla riflessione romaniana sulle autonomie e sulle libertà individuali, anche in rapporto con l'evoluzione del suo pensiero all'epoca della costruzione dello Stato corporativo. Alla base della costruzione romaniana del concetto di autonomia (cfr. voce *Autonomia* in *ID. Frammenti...*, cit., pp. 14 ss.) sta infatti – sulla base di una puntuale ricostruzione storica del concetto – la netta distinzione rispetto agli ordinamenti originari, per i quali, invero, il "carattere di autonomia è a ritenersi implicito in quello della sovranità" (ivi, p. 17). La riflessione s'intreccia – e simile aspetto merita di essere segnalato in questa sede – con la critica del principio di esclusività degli ordinamenti (cfr. ivi, pp. 19 ss.), su cui torneremo oltre; infatti, Romano sottolinea la stretta interconnessione tra le teorie che negano il carattere autonomo degli ordinamenti derivati alla premessa dogmatica dell'esclusività, alla quale ripugnerebbe l'idea di un ordinamento derivato da un ordinamento superiore, e tuttavia da questo distinto: tutto al contrario, sostiene Romano "un ordinamento che si costituisce in base ad un ordinamento superiore non si confonde e si

approssimazioni, in funzione dello scopo specifico della ricerca, segnalando certo, ove necessario, la complessità dei percorsi romaniani.

Fin d'ora deve tuttavia essere messo in luce il richiamato profilo di tensione, che, oltre a rifrangersi sugli esiti pratici della teoria degli ordinamenti, chiede di essere affrontato anche e soprattutto sul piano del metodo, interrogandosi sull'incidenza dell'eredità statualistica – ed in particolare del metodo giuspubblicistico maturato in tale contesto¹¹³ – sulla stessa costruzione del concetto di istituzione, specie con riguardo al rischio di assorbimento in esso del momento soggettivo. Allo stesso tempo, non dovranno essere persi di vista – sempre in questa prospettiva di analisi – gli elementi di modernità della teoria romaniana, talvolta poco sottolineati – si pensi, solo per fare un esempio, al rapporto tra dimensione istituzionale e limitazione del potere – i quali appaiono in grado di mettere in crisi le interpretazioni “autoritarie” del pensiero del fondatore dell'istituzionalismo in Italia.

Anche in questo caso, in particolare, l'elaborazione del principio di esclusività si pone come momento di intersezione tra i piani segnalati, costituendo un efficace banco di prova per la tenuta delle premesse metodologiche e la concreta articolazione delle soluzioni operative.

Deve essere ricordato, anzitutto, che Romano affronta il problema del principio di esclusività in maniera per così dire “riflessa”; assente ogni riferimento esplicito ad

amalgama, almeno sempre e necessariamente con quest'ultimo, ma può restare ben distinto da esso”, laddove le forme di collegamento tra gli ordinamenti non mettono in discussione la loro fondamentale alterità (ivi, 16).; Pertanto, il nesso di derivazione, istitutivo della dimensione dell'autonomia, non esclude di per sé esiti relazionali, fondati proprio sulle conseguenze dell'autonomia medesima. Fin qui, peraltro, il discorso romaniano sull'autonomia ha riguardo esclusivamente ad ordinamenti pubblici, mentre più complessa appare la riflessione sugli ordinamenti privati che assumono, in linea di principio, carattere di originarietà (cfr. ivi, p. 24). Sul versante delle autonomie pubbliche, in ogni caso, deve essere segnalato che, fermo restandone il carattere derivato dall'ordinamento statale, il Romano era cosciente – già dal saggio sul *Decentramento amministrativo* (in ID. *Scritti minori*, cit., vol. II. *Diritto amministrativo*, pp. 7 ss. – della complessità degli intrecci tra costituzione dell'ente decentrato e dimensionamento degli interessi, anche sul piano storico sociale (cfr. le pp. 32 ss., specie pp. 37-39, ma anche pp. 59-60). Sulle questioni legate al rapporto tra ordinamento statale e ordinamenti autonomi, anche per un completo inquadramento storico e dottrinale, vedi ancora RIDOLA, *Democrazia pluralistica...*, cit., pp. 122 ss.

¹¹³ Attorno, come noto, alla scuola “nazionale” fondata da Vittorio Emanuele Orlando: sul tema, oltre a GROSSI, *Scienza giuridica...*, cit., pp. 28 ss., LANCHESTER, *Pensare lo Stato: i giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Bari-Roma, Laterza, 2004.

esso nella prima edizione dell' *Ordinamento giuridico* (1918)¹¹⁴, sarà l'esigenza di una reazione critica all'uso della teoria della pluralità degli ordinamenti da parte dei dogmatici – secondo i canoni di cui si è detto ampiamente – a suscitare considerazioni in merito, tanto nella seconda edizione dell' *Ordinamento* (1945)¹¹⁵ e nei *Principi di diritto costituzionale* (1946), quanto nei *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), mentre un'importante anticipazione è già contenuta nella quarta edizione del *Corso di diritto internazionale* (1939). La formulazione del principio, ripresa in egual tenore nei diversi luoghi richiamati, comporta un profondo ripensamento della stessa comprensione della pluralità degli ordinamenti diffusa nella dottrina coeva: e se, nel *Corso*, la formulazione è, tutto sommato, scarna, riducendosi all'essenziale affermazione – poi sempre ripresa – secondo cui “il principio che ogni ordinamento originario – e tali sono così quello internazionale come quello dello Stato – è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso *può*, non che *deve necessariamente* negare il valore di ogni altro ordinamento”¹¹⁶, la trattazione del problema nella seconda edizione dell' *Ordinamento* - ribadita, con alcune significative precisazioni, nei *Frammenti*, e nei *Principi* – viene contestualizzata, anche con riferimento al contesto dottrinale. Invariata resta, in tutte le definizioni, l'attenzione alla proiezione operativa del principio sul piano della concreta articolazione delle relazioni interordinamentali: già nel *Corso*, infatti, l'innovativa declinazione del principio di esclusività viene ancorata direttamente al problema della rilevanza di un ordinamento per un altro, come cardine di una decisa critica – su cui meglio torneremo a soffermarci – alla degradazione a mero fatto dei contenuti normativi degli ordinamenti con cui un altro ordinamento entri in relazione, e, più in particolare, alla stessa impostazione produttivistica delle dinamiche di relazione. Peraltro, più sfumato appare questo profilo nella formulazione del principio di

¹¹⁴ Ma cfr. gli accenni rinvenibili nei §§ 26 e 27 (pp. 88 ss.), in sede di critica della corrispondenza biunivoca Stato-diritto, specie nei passaggi citati *supra*, alla nota 109.

¹¹⁵ Nella quale, a testo invariato, Romano inserisce numerose note a piè di pagina (riconoscibili, almeno nell'edizione Sansoni, perché numerate con la tecnica dell'iterazione ed inserite tra parentesi quadre) ed integra il testo di talune note originariamente ricomprese nella prima edizione (anche le integrazioni si riconoscono perché inserite tra parentesi quadre), facendo riferimento a propri lavori successivi e agli sviluppi della dottrina. Quanto alla datazione della seconda edizione, il volume di Sansoni è senza data, ma reca una prefazione dell'Autore, datata novembre 1945.

¹¹⁶ ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1939, p. 51.

esclusività accolta nella seconda edizione dell'*Ordinamento*¹¹⁷, ferma restando la critica alle posizioni “esclusiviste”. Il nucleo problematico della questione rimane, infatti, la rilevanza di un ordinamento per un altro “in quanto tale, cioè come ordinamento giuridico”, negata dall’opinione – qui, foriera di “gravi contraddizioni”, altrove definita “arbitraria ed aberrante”¹¹⁸ - che considera gli ordinamenti originari “per loro natura esclusivi e, se considerati dal proprio interno, unici”; il Romano precisa, tuttavia, di non ritenere inutile la mediazione normativa dell’ordinamento richiamante: “che in un dato ordinamento originario le norme di un secondo ordinamento non possano aver valore se non in base a norme del primo, è esatto, ma, secondo noi, è viceversa inesatto ritenere che ogni ordinamento consideri giuridiche soltanto le sue norme e irrilevanti tutte le altre in quanto tali: ciò è non soltanto arbitrario, ma in contrasto con la realtà”¹¹⁹.

Proprio la portata di simile mediazione normativa deve essere chiarita, specie in ordine ad una sua declinazione in termini produttivi: essa, ove confermata, condurrebbe l’approccio romaniano alle medesime conseguenze descritte per il modello dogmatico della teoria degli ordinamenti. A ben vedere, tuttavia, l’affermazione che l’ordinamento possa, ma non debba *necessariamente* disconoscere la giuridicità di ogni altro ordinamento si muove in una prospettiva – teorica, metodologica, ma anche operativa - del tutto diversa rispetto a quella in cui opera l’approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti. La pluralità, in Romano, si lega infatti strettamente alle premesse teoriche dell’istituzionalismo: da ciò deriva che l’accettazione, pure comune all’approccio dogmatico, di ordinamenti giuridici diversi da quello statale, è condotta coerentemente alle sue conseguenze. Ne consegue che, nella prospettiva dell’istituzionalismo, *non è necessario postulare correttivo alcuno alla pluralità*, ed in particolare, non è

¹¹⁷ ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1945, p. 119, nota 95 bis. La critica di Romano si appunta in particolare sul Kelsen – del quale dà, a quanto sembra, una lettura “dogmatizzante”, e sugli autori che in Italia, alle sue teorizzazioni hanno fatto riferimento (e richiama, tra gli altri, Ago, Ballardore Pallieri, Morelli, Piccardi).

¹¹⁸ Cfr. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffrè, 1946, p. 59; ID. *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), cit., p. 213 (alla voce *Realtà giuridica*).

¹¹⁹ ROMANO, *L’ordinamento...*, loc. ult. cit.: segue la definizione già richiamata del principio di esclusività e l’ulteriore precisazione che “un ordinamento può ignorare o anche negare un altro ordinamento; può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo come un mero fatto; ma non si vede perché non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pure in certa misura e per certi effetti, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli”.

necessario affermare il nesso tra pluralità ed esclusività: come afferma significativamente lo stesso Romano, “in base ai due principi della pluralità degli ordinamenti giuridici e della possibile loro non esclusività, lo Stato è da considerarsi e, di regola, si considera da sé, non come il solo ordinamento giuridico esistente, ma come uno degli ordinamenti che costituiscono il mondo giuridico e fra di loro vivono in relazioni di socievole coesistenza, ora in lotta, ora ignorandosi l’un l’altro”¹²⁰. In altri termini, la coesistenza è la regola, mentre la chiusura e l’esclusione della giuridicità costituiscono l’eccezione, e ciò tanto sul piano teorico, quanto su quello storico-positivo: anche l’osservazione del dato positivo, infatti, conduce Romano ad escludere che “lo Stato attuale sia dal diritto positivo atteggiato in modo da escludere che esso sia divenuto l’unico ente che *decida* del carattere giuridico degli altri ordinamenti sociali”¹²¹. Il nesso tra simile rovesciamento di prospettiva e le premesse istituzionalistiche dovrà ancora essere sottolineato, così come meritano di essere approfondite le proiezioni sul piano operativo. Già da queste prime notazioni emerge tuttavia con chiarezza che la mediazione normativa – cui pure Romano si riferisce – non può operare in funzione produttiva della rilevanza dell’altro ordinamento, con conseguente esclusione della relazione stessa, bensì in funzione di riconoscimento – certo solo possibile, e necessitato solo in alcune significative ipotesi limite, come vedremo a proposito del rinvio internazionalprivatistico - di una istanza di relazione che deriva dalla consapevolezza della coesistenza di ordinamenti, la cui giuridicità

¹²⁰ ROMANO, *Principi...*, p. 59.

¹²¹ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 92: “l’opinione contraria trae profitto e argomenti in suo favore da un fatto storicamente vero, che però non si deve esagerare e neppure generalizzare. È vero che molti enti, che prima erano verso lo Stato indipendenti o, almeno, più indipendenti, sono stati adesso attratti nella sua orbita o, se già c’erano, in un’orbita ancora più ristretta. È altresì vero che, in conseguenza di ciò, il loro ordinamento giuridico si è talvolta fuso con quello statale, più o meno completamente. *Ma è da negarsi, nel modo più reciso, che il sistema statale sia divenuto l’unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile*” (corsivi miei). In uno dei suoi ultimi scritti (*Osservazioni sulla efficacia della legge*, in ID. *Scritti minori*, cit., I, pp. 479 ss.), risalente al maggio del 1947, Romano affronta il problema della universalità dell’ordinamento statale dal punto di vista del problema dell’efficacia della legge, in polemica con l’Esposito, ammettendo che “ogni ordinamento statale moderno ha un certo carattere di universalità, per cui esso vale per tutti gli individui, oltre che per una serie indefinibile in astratto di persone giuridiche nazionali e non nazionali” (p. 481) e avverte (senza soffermarsi peraltro specificamente sul punto) che, in dottrina “è rimasto [...] del tutto indeterminato e spesso frainteso il concetto e il calore dell’universalità che deve riconoscersi all’efficacia dei moderni ordinamenti statali, che, da un lato, sembra abbia una portata più larga di quella che le si attribuisce e, dall’altro lato, risulta limitata e circoscritta nei modi e nei sensi più svariati, senza che ciò legittimi l’opinione che, generalizzando siffatte limitazioni, è stata talvolta sostenuta, venendo alla conclusione della sua inesistenza” (p. 482).

rileva in via autonoma. Se, infatti, la pluralità degli ordinamenti deriva dalla pluralità di istituzioni, ciascuna delle quali ritrova in se stessa – in conseguenza delle premesse teoriche - il fondamento della propria giuridicità, la coesistenza è un dato che si impone all'ordinamento, nel momento in cui esso si pone il problema della relazione. Così, il momento della mediazione normativa denota l'esigenza di un centro di disciplina della relazione, che non può tuttavia essere declinato in termini produttivi, senza negare le stesse premesse teoriche, nell'ottica delle quali il termine della relazione non può essere prodotto, ma solo ricevuto. Non stupisce, in questo senso, che la trattazione del principio di esclusività nell'*Ordinamento* si collochi al principio della seconda parte, e proprio laddove Romano introduce il discorso sul *titolo giuridico* della relazione tra ordinamenti. Il problema dell'esclusività si sposta così, decisamente, dal piano della produzione normativa al piano della relazione tra ordinamenti, vale a dire dal piano che potremmo definire dell'introversione, della chiusura *a priori*, al piano del *limite* degli ordinamenti medesimi.

La differenza tra approccio dogmatico e approccio istituzionale alla teoria degli ordinamenti risiede dunque in una interpretazione del riferimento romaniano alla mediazione normativa, che correttamente la riconduca alle premesse dell'istituzionalismo, e ne riveli le potenzialità in ordine all'articolazione di un sistema di relazioni tra ordinamenti. Si tratta, in altre parole, di valutare in che misura simile costruzione del consenso come strumento di definizione dell'identità dell'ordinamento, riconoscimento del limite e apertura alla relazione possa essere inquadrata nelle premesse dell'istituzionalismo, al fine di verificare, in particolare, se il consenso dell'ordinamento richiamante - cui Romano si riferisce, richiamando il profilo della sovranità dell'ordinamento originario¹²² - valga a riconoscere un limite, accettando l'istanza di una relazione tra eguali.

D'altro canto, l'aggancio alle premesse rivela significative implicazioni sul piano metodologico, dischiudendo la possibilità di individuare un nesso tra inclusione

¹²² Cfr. *ibid.*, quando, criticando il necessario disconoscimento del valore giuridico di altri ordinamenti – coesistente alle declinazioni dogmatiche del principio di esclusività, significativamente sostiene (e cfr. anche, *Principi...*, p. 59): “dove mai deriverebbe questa necessità e, quindi, questa limitazione, che sarebbe poi incompatibile col carattere stesso degli ordinamenti originari che, perché tali, sono sovrani e non conoscono altre limitazioni se non quelle poste o riconosciute da essi stessi?”.

del dato sociale nell'orizzonte della giuridicità e costruzione di un sistema di relazioni tra ordinamenti, fondato sull'autonoma giuridicità dei medesimi. Nella medesima ottica, appare evidente come la fondazione a livello teorico generale della possibilità di riconoscere autonoma rilevanza giuridica a contenuti normativi di fonte diversa da quella statale costituisce la premessa irrinunciabile per ammettere l'assunzione a parametro, o l'integrazione nel parametro stesso, in via interpretativa, di contenuti normativi di fonte internazionale.

Allo stesso tempo, tuttavia, il recupero, ai nostri fini, del pensiero romaniano non può perdere di vista taluni elementi di complessità, profondamente radicati nell'orizzonte storico in cui maturò la teoria istituzionale, specie con riguardo al profilo – ricordato - della tensione tra pluralità degli ordinamenti ed eredità dello statalismo liberale.

2.2 La costruzione del concetto di istituzione, tra superamento della dimensione normativa ed apertura al dato storico-sociale.

Appare pertanto necessario soffermarsi, al fine di meglio chiarire quanto si è fin qui affermato, sulla costruzione del concetto di istituzione, che costituisce il fulcro della prima parte dell'*Ordinamento giuridico*, tenendo ben presente che gli sforzi del Romano, apparentemente rivolti ad una revisione critica, sul piano strettamente teorico, delle contemporanee concezioni del diritto (ed in particolare, della riduzione del diritto alla norma, o al rapporto giuridico), nascondono ben più profonde implicazioni di carattere metodologico, specie per ciò che riguarda, da un lato, il confronto con il metodo orlandiano, e d'altro canto la stessa autonomia del metodo del diritto pubblico.

I due profili, peraltro, appaiono strettamente interconnessi sin dalle prime pagine dell'opera: il profilo dell'autonomia metodologica del diritto pubblico si intreccia infatti con il superamento della concezione normativa che appare a Romano strettamente legata alle elaborazioni giusprivatistiche¹²³.

¹²³ Romano riconosce infatti che “le correnti definizioni del diritto” rinvengono la propria origine nell'ambito delle elaborazioni giusprivatistiche “o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina, la quale, “per la massima parte dei suoi principii e dei suoi problemi, non [...] sente il bisogno di raffigurare il diritto altrimenti che come norma” (*L'ordinamento...*, cit., p. 7).

Alla critica della concezione normativa del diritto corrisponde, poi, su un diverso piano, la domanda essenziale, formulata sin dal principio e ripresa costantemente, se non si possa o non si debba mettere in evidenza “qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e soprattutto antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto, sia per l’esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca”¹²⁴, che sia in grado di dare conto, in sede definitoria, delle peculiarità di tutti i “rami speciali” del diritto.

Così, se da un lato l’attenzione ai profili di struttura, o organizzativi, del fenomeno giuridico, sembra derivare dall’esigenza di costruire una definizione del diritto che tenga conto dello sviluppo di un’autonoma elaborazione del diritto pubblico, d’altro canto il superamento della dimensione esclusivamente normativa del diritto – proprio nel suo legame con la prospettiva pubblicistica – comporta l’apertura del concetto di diritto, sul piano dei presupposti metodologici della sua elaborazione, al dato storico e sociale.

L’intuizione fondamentale del pensiero di Romano – come riconosciuto, ad esempio, anche da chi, come Bobbio¹²⁵, si muoveva in una prospettiva teorica e metodologica profondamente diversa - consiste pertanto nel passaggio dalla norma all’ordinamento nella ricerca del fondamento della giuridicità; vale sottolineare, ad integrazione di quanto si è sin qui accennato sulle implicazioni metodologiche del concetto di istituzione, che già in questo primo momento della sua costruzione è particolarmente evidente *l’esigenza di apertura del concetto di diritto*. Fondamentali, in tal senso, le pagine sul problema dell’obiettività del diritto, che è quanto dire il problema della sua imperatività¹²⁶: a tale proposito, il Romano sostiene che l’obiettività del diritto non possa costruirsi se non includendo nell’analisi il momento della produzione giuridica, giacché “il processo di obiettivazione, che dà luogo al fenomeno giuridico, non si inizia con l’emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa

¹²⁴ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 5.

¹²⁵ Cfr. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento...*, cit., pp. 3 ss., specie pp. 5-6.

¹²⁶ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., pp. 15 ss.: l’obiettività del diritto nasce dalla premessa che esso “consta di norme, le quali si siano affatto staccate dalla coscienza di chi deve osservarle ed abbiano acquistato un’esistenza propria ed autonoma”, di modo che il diritto stesso si pone come “l’intervento di una coscienza superiore, che sia il riflesso e rappresenti l’unificazione” dei contrapposti interessi individuali (p. 15).

valere il potere [dell'] *io sociale*"¹²⁷. Allo stesso tempo, l'anteriorità non può significare non giuridicità, ma anzi il potere sociale che pone la norma esige di essere ricompreso negli orizzonti della giuridicità: "la sua esistenza e la sua struttura, che segnano al massimo grado quell'esigenza dell'obiettività che si afferma propria e caratteristica del diritto, si debbono comprendere nella linea che circoscrive il confine di un ordinamento giuridico"¹²⁸. Il legame tra obiettività del diritto ed impersonalità del potere è pertanto chiarito attraverso la ricomprensione nel concetto di ordinamento dello stesso potere che pone il diritto, con l'apertura, peraltro, di prospettive davvero affascinanti sulla relazione tra diritto e potere nella teoria istituzionale, e sulla possibile valenza garantistica dell'istituzione che verranno riprese incidentalmente nel corso della trattazione. È a questo punto che emerge con forza l'esigenza di precisare ulteriormente il concetto di ordinamento giuridico, al fine specifico di descrivere, già in sede definitoria, da un lato il superamento della natura esclusivamente normativa del diritto e, d'altro canto, l'inclusione del dato sociale: il riferimento all'istituzione nasce così da un'esigenza solo apparentemente nominalistica¹²⁹, che racchiude in sé tutta l'originalità metodologica e teorica del pensiero di Romano. La ricerca di una più precisa definizione dell'ordinamento coincide in effetti con un itinerario che fissa gli stessi elementi essenziali del concetto da definire. Così, anzitutto, il concetto di diritto deve poter essere ricondotto al concetto di società, ma la ripresa del brocardo "*ubi societas, ibi jus; ubi jus, ibi societas*" è arricchita dalla precisazione del concetto stesso di società rilevante ai fini della definizione del concetto di diritto, con l'affermazione che essa non consiste in un qualsiasi "rapporto tra individui", ma in "un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si

¹²⁷ Ivi, p. 16.

¹²⁸ Ivi, pp. 16-17.

¹²⁹ Cfr. ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., pp. 20-21: il "significato eccessivamente letterale" solitamente attribuito all'espressione ordinamento giuridico, infatti, "richiama alla mente l'idea di regola e di norma, in modo che non può riuscire agevole immaginare un ordinamento che non si riduca tutto a quell'idea. La difficoltà non è però, come si vede sostanziale, ma ha un'origine estrinseca e, quasi esclusivamente, verbale [...] per eliminarla, basterebbe sostituire alla parola «ordinamento» qualche altra, che non richiamasse, così insistentemente e per così inveterato abito mentale, l'idea di norma, pur senza escluderla: il che sarebbe, per altro verso, non meno inesatto".

comprendono” e che sia “effettivamente” costituita¹³⁰. Tale precisazione reca in sé, come corollario, un’istanza di ordine sociale che “serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata”; un ordine, tuttavia, e qui torna l’elemento innovativo, che non risiede nell’esistenza di norme che disciplinino i rapporti sociali, o almeno non in maniera esclusiva¹³¹. L’accentuazione degli elementi di struttura del fenomeno giuridico – condizionata dall’osservazione del reale e, come si è visto, dalla stessa sensibilità per la costruzione di un concetto di diritto suscettibile di soddisfare le esigenze metodologiche di tutti i “rami speciali” – unitamente alla coerente ripresa del suo essere “posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante”¹³² conduce infine al concetto di istituzione, non come fonte del diritto, ma come ordinamento giuridico essa stessa, in relazione di “perfetta identità”¹³³. La giuridicità dell’ordinamento risiede pertanto nella sua natura istituzionale, nel suo essere cioè compresente – “così come non si può distinguere la vita dal corpo vivente”¹³⁴ – ad un “corpo sociale” qualificato da un’essenziale funzione di organizzazione sociale e pertanto caratterizzato da una autonoma individualità, che non si traduce tuttavia automaticamente in chiusura¹³⁵.

¹³⁰ Ivi, pp. 21-22. L’affermazione della socialità del diritto non si traduce pertanto in un pangiuridicismo privo di limiti, nella misura in cui il discrimine è costituito proprio dalla presenza di una organizzazione suscettibile di individuare un’entità autonoma rispetto ai suoi membri. Così, per quanto esteso possa essere il concetto romaniano di diritto, esso non si estende ad ogni forma della convivenza umana, come testimonia il riferimento critico all’Orlando alla nota 29 *ter* di p. 29 (“per quanto si vogliano adottare dei criteri molto larghi nel ravvisare i caratteri dell’istituzione in certe forme molto semplici e poco sviluppate di società, non crediamo che possa giungersi sino a ravvisare il fenomeno giuridico in tutti gli «stati di convivenza umana», come crede invece l’Orlando).

¹³¹ Ivi, p. 22: “esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera”.

¹³² Ivi, p. 22.

¹³³ Ivi, p. 28.

¹³⁴ Ivi, p. 39.

¹³⁵ Ivi, pp. 31-32. La qualificazione dell’istituzione alla stregua di un ente chiuso (cfr. p. 30) non esclude infatti che – sulla base della premessa della socialità del diritto – Romano possa affermare la possibilità di correlazioni tra l’istituzione ed altri enti, “in modo che [una istituzione], d’altro punto di vista, faccia parte più o meno integrante di altri enti”: la correlazione tra istituzioni, d’altro canto, ha la sua fonte in una rete di interdipendenze possibili tra i corpi sociali, giacché “ci sono istituzioni che s’affermano perfette, che bastano, almeno fondamentalmente, a se medesime, che hanno pienezza di mezzi per conseguire scopi che sono loro esclusivi” mentre “ce ne sono altre imperfette, o meno perfette, che si appoggiano ad istituzioni diverse” (p. 32).

L'elaborazione del concetto di istituzione appare così strettamente collegato ad un significativo allargamento degli orizzonti della giuridicità, rispetto al quale appare decisivo il superamento dell'esclusiva dimensione normativa. L'inclusione dell'aspetto istituzionale nell'indagine giuridica denota inoltre un'importante aggiornamento del metodo, nella misura in cui essa appare funzionale alla comprensione *giuridica* del diritto anche nel suo aspetto fondazionale. Ciò appare con particolare evidenza nella critica che il Romano muove – nell'edizione del 1945 – a quanti avevano definito come pregiuridiche le sue teorizzazioni: se infatti, egli richiama l'attenzione sul fatto che – già nell'edizione del 1918 – aveva posto l'accento sulla circostanza che l'inclusione dell'elemento strutturale nella definizione del diritto implicava una sua comprensione in termini giuridici¹³⁶ (e qui torna con forza il legame, che si è tratteggiato, tra elaborazione dell'istituzione e sensibilità giuspubblicistica), la maturazione del pensiero gli consente di chiarire di aver “precisamente mirato ad includere nel mondo giuridico quel *fatto* dell'ordinamento sociale che generalmente si riteneva che fosse un antecedente del diritto”¹³⁷.

Simile inclusione, tuttavia, non può essere ricondotta acriticamente ad una “giuridicizzazione” forzata del dato sociale, con esiti sostanzialmente autoritari. Certo, rimane in sospeso il profilo, cui già si è accennato, della problematica posizione, nella teoria istituzionale, del momento soggettivo, ma sembra possibile tentare una lettura diversa del pensiero romaniano, con riferimento ai rapporti tra società e diritto. Particolarmente suggestiva, in tal senso, la questione dei limiti al potere, vale a dire, più specificamente, del rapporto tra Stato e diritto: si è visto, infatti, che la definizione del concetto di istituzione passa attraverso l'inclusione del momento potestativo nell'ordinamento giuridico. Da ciò deriva che il potere

¹³⁶ Cfr. *ivi*, p. 34: “è da osservare (e questo è per noi essenziale) che il concetto di organizzazione non può servire per il giurista finché non si riduca a concetto giuridico. E per far ciò, non basta certamente parafrasarlo o accennarvi con altre parole di significato identico o affine. Finché si parla di «corpus mysticum», di struttura o edificio o sistema sociale, o anche di meccanismo per differenziare l'organizzazione dall'organismo naturale, si usa una terminologia che può essere anche esatta, che può servire per rendere immaginosa e plastica l'idea, ma che non è giuridica, e quindi, se può aiutare il giurista, non lo libera dall'obbligo di sostituirla con un'altra che abbia nel medesimo tempo la forma e la sostanza necessarie per assumere quel concetto nel mondo che è il suo e che non è, viceversa, quello della sociologia”; tale revisione terminologica, che come si è visto più che semplicemente nominalistica, conduce al concetto di istituzione, giacché “i caratteri essenziali del diritto coincidono con quelli dell'istituzione” (*ivi*, p. 35).

¹³⁷ *Ivi*, p. 34, nota 30 *ter*.

statale nasce sempre limitato dall'istituzione: infatti, dal momento che "Stato e ordinamento giuridico statale non sono [...] due diversi fenomeni, e neppure diverse manifestazioni di un medesimo fenomeno, ma viceversa sono l'identica cosa [...] un attributo essenziale dello Stato, qual è la sua potestà, non è mai extra o pregiuridico, ma nasce con esso e col suo ordinamento, *che sempre la disciplina e la regola*"¹³⁸. Il momento potestativo, il potere statale di porre diritto, si presenta pertanto come originariamente e intrinsecamente giuridico, poiché non esiste alcun momento in cui lo Stato non sia limitato "appunto perché, sin dalla sua origine, esso è ordinamento"¹³⁹: vengono così condotte a maturo svolgimento le suggestioni già contenute nel fondamentale lavoro giovanile sui limiti della funzione legislativa¹⁴⁰. La giuridicità del limite così posto risulta dalle stesse premesse metodologiche, ed in particolare dall'istanza di inclusione del momento fondazionale nell'analisi giuridica, giacché "sarebbe illogico cercare un elemento

¹³⁸ Cfr., *ivi*, p. 67.

¹³⁹ *Ivi*, p. 68.

¹⁴⁰ Il lavoro sui limiti della funzione legislativa (*Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1901), in *ID. Scritti minori*, cit., I., pp. 217 ss.) è tutto pervaso, infatti, dall'idea che il fondamento istituzionale del diritto costituzionale integri la prima ed essenziale garanzia della sua piena giuridicità: simile consapevolezza peraltro, veniva a Romano, specie se si considera la collocazione cronologica dell'opera, dalla riflessione, indotta dall'insegnamento orlandiano e che verrà via via sempre più sviluppata nelle sue conseguenze, fino all'*Ordinamento*, dell'autonomia del diritto pubblico rispetto al diritto privato e della inevitabile diversità di garanzie da ritrovare in questo e in quello. Da simili premesse deriva la profonda consapevolezza, magistralmente resa dall'Esposito nel suo fondamentale saggio su Vittorio Emanuele Orlando (cfr. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pp. 69 ss.) che il rispetto dei limiti del potere non è "condizione per la legalità dell'esercizio del potere, quanto condizioni per l'esistenza stessa e la permanenza del potere [...] i limiti non procedono da una volontà superiore, né dalla libera decisione di autolimitarsi, ma dalla circostanza che la trasgressione di essi impedirebbe al potere di realizzarsi" (*ivi*, pp. 78-79). Ora, nel saggio romaniano del 1901, l'assenza di una sanzione esterna, nel diritto costituzionale, non implica infatti, automaticamente, l'illimitatezza del potere degli organi soggetti a tale diritto, dal momento che la giuridicità della regola affonda le proprie radici – può affermarsi alla luce dell'elaborazione successiva del pensiero romaniano – proprio nell'elemento istituzionale/organizzativo: le norme del diritto costituzionale, afferma Romano, "hanno raggiunto il massimo, per dir così, della raffinatezza e dell'efficacia di cui l'imperativo giuridico può essere suscettibile: si sono foggiate, cioè i subietti passivi degli obblighi che ne derivano in modo che essi non possano non ottemperarvi senza ledere sé stessi negli elementi vitali della loro costituzione: il dovere ha assunto il carattere di una funzione essenziale" (p. 225). Se, per un verso, appare evidente l'influenza del costituzionalismo inglese, ed in particolare dell'esperienza legata alle *conventions of the constitution* – e sarebbe interessante, segnalare, a questo proposito, la possibilità di ricostruire un itinerario dei rapporti tra Romano ed il costituzionalismo d'Oltremania, che parzialmente s'intreccia, peraltro, con la sensibilità storicistica appresa alla scuola orlandiana: si pensi, per un momento, all'interessante prolusione modenese del 1906 su *Le prime carte costituzionali*, in *ID., Scritti minori*, cit. I., pp. 317 ss., su cui v., *amplius, infra*, alla nota 151 - d'altro canto non possono tacersi le profonde assonanze con tante delle formulazioni definitive contenute nell'*Ordinamento*. Sul punto, interessanti considerazioni in PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 28 ss.

essenziale del diritto fuori dal diritto”¹⁴¹, con la conseguente necessaria integrazione tra punto di vista istituzionale e punto di vista normativo¹⁴². Più che di “giuridicizzazione” della società, sembra pertanto possibile parlare di socializzazione del diritto, certo attraverso il riconoscimento della mediazione fondamentale del momento organizzativo. Della nozione di diritto sono in tal modo rivendicati i “giusti” confini¹⁴³, in un’analisi che - pure spingendosi sino alle “ultime regioni, in cui è dato respirare l’atmosfera giuridica” - non le oltrepassa, dal momento che “l’istituzione non è un’esigenza della ragione, un principio astratto, un *quid* ideale” ma “un ente reale, effettivo”¹⁴⁴.

È l’attenzione alla realtà, dunque, a condurre Romano ad un concetto più comprensivo di diritto, un profilo che sarà sempre sottolineato, anche sul piano del metodo - si pensi all’intreccio tra andamento logico dell’analisi giuridica e percezione della realtà ancora descritto nei *Frammenti*¹⁴⁵ - come messo in luce, tra gli altri, dal Capograssi¹⁴⁶.

¹⁴¹ Ivi, p. 20.

¹⁴² Cfr. ivi, pp. 79-81: “il concetto, che abbiamo formulato, del diritto obiettivo, non vuole eliminare [...] quello per cui esso si raffigura come norma o complesso di norme”, ma semplicemente “integrare” una “concezione unilaterale” del diritto, inadatta a fondarne una definizione che tenga conto delle diverse forme di manifestazione del diritto stesso (ed in particolare delle sue manifestazioni nel campo del diritto pubblico).

¹⁴³ ...”che, dopo tutto, sono quelli che la tradizione gli ha sempre materialmente assegnato, pur senza averne tentato l’esatta definizione teorica [...] di fronte ad una tendenza che troppo lo depauperava e, per giunta, lo svisa in quel ristretto campo che gli accorda” (ivi, pp. 78-79).

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Nella voce *Giurisprudenza scolastica*, in *ID. Frammenti...*, cit., pp. 111 ss., mette in guardia dall’ “abuso della logica”, che può condurre a “costruzioni complicate che impediscono o allontanano l’esatta percezione della realtà concreta, esagerazione, in una parola, di quella «giurisprudenza dei concetti», che era già stata fatta oggetto di critiche non sempre giuste, ma che adesso si spinge ad eccessi sempre più manifesti” (p. 112). Il metodo romaniano appare così sospeso tra senso della realtà e uso della logica che, per il giurista, “deve essere, almeno potenzialmente, così rigorosa come quella dei matematici, ma deve operare in una sfera molto più vasta e ricca di elementi, senza l’aiuto di rotaie fisse e di tecniche assolutamente rigide” (*ID., Giuristi*, ivi, p. 115). L’apertura del concetto di diritto, segnalata nel testo, s’intreccia così con un’apertura del metodo alla considerazione della realtà, che interagisce con gli strumenti forniti dalla logica, dal momento che “le operazioni logiche dirette a scoprire le verità giuridiche possono essere fine a se stesse, ma anche e soprattutto debbono mirare a conseguire scopi pratici” (*ibid.*). L’orientamento necessariamente pratico del metodo giuridico appare così strettamente collegato alla descrizione di una logica che poggia solidamente sull’osservazione della realtà, giacché, come avvertirà nel frammento *Glissez, mortels, n’appuyez pas*, cit., non sempre l’analiticità è garanzia di chiarezza: “l’analisi microscopica può essere utile o necessaria, ma non deve mai sostituirsi alla visione sintetica o integrale, che è quella macroscopica”. In altre parole, “il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente, finché la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare” (ivi, 118). Un’altra conseguenza, sul piano del metodo, dell’apertura del concetto di diritto, è il riconoscimento dell’utilità per il giurista - ed in particolare, per il costituzionalista -

Sempre nella medesima prospettiva, può essere chiarita la portata della polemica sui rapporti tra momento istituzionale e normativo, solitamente declinata nei termini – invero fuorvianti – della precedenza dell’uno rispetto all’altro profilo. Tali critiche, portate avanti, ad esempio, dal Bobbio - muovono dal rilievo preliminare del carattere vago della definizione di istituzione, per concludere che, una volta accettata la rilevanza del momento organizzativo ai fini della definizione del diritto, questa può essere agevolmente spiegata prendendo in considerazione

delle elaborazioni delle altre scienze sociali, che, tuttavia, non pregiudica l’autonomia metodologica dell’analisi giuridica: se è vero, infatti, che “la scienza giuridica è scienza formale” e l’espressione, “equivoca, ma esatta” vuole significare che “essa non deve ristabilire la sostanza delle cose, che il diritto positivo può anche aver falsato, ma deve riprodurla nella forma, qualunque sia, che questo le ha dato”, è altrettanto vero - ed è esclusivamente in questi termini, che, come vedremo, può parlarsi di un Romano formalista – che “la conoscenza della realtà vera gli è indispensabile per comprendere la realtà formale, che l’ordinamento giuridico gli presenta”; ne consegue che, nell’opera di osservazione della realtà, il giurista dovrà necessariamente tenere presenti le acquisizioni delle altre scienze sociali. Ciò vale, in particolare, per il diritto costituzionale poiché esso è “il cominciamento, la prima posizione del diritto e, quindi, è in più immediato contatto col mondo pregiuridico ed extragiuridico, dal quale è separato da confini spesso non precisi e molto variabili” (ROMANO, *Principii...*, cit., p. 22).

¹⁴⁶ La recensione di Capograssi ai *Frammenti (L’ultimo libro di Santi Romano, cit.)* è decisamente orientata alla sottolineatura dell’approccio realistico del Maestro, con sfumature – se è lecito – vicine alla sensibilità fenomenologica. L’attenzione di Romano all’essere fa sì che “criterio generale e generatore del suo pensiero è la realtà vista appresa cercata e trovata dovunque in tutto il mondo dell’esperienza inventariata e continuamente presente” (p. 49): ne consegue che “la legge, a cui obbedisce tutto il suo lavoro, si impone a lui, perché nasce dall’intrinseco del suo lavoro stesso” (p. 60), il metodo, in altre parole, è ricevuto dall’osservazione della realtà, e non sovrapposto ad essa, con il corollario fondamentale dell’ “assoluto diritto di precedenza della realtà sul concetto, del diritto positivo sulla teoria”: “l’esattezza e la precisione” non consistono, secondo Capograssi, nella trasparente logicità delle costruzioni in sé considerata, ma nell’apertura di quella razionalità alla realtà, “nella perfetta adesione all’oggetto” (p. 60). Adesione all’oggetto che non dimentica la visione d’insieme, “l’intuizione immediata e diretta”, perché non dimentica l’esigenza di “mettersi dentro all’ordinamento, adottare la sua logica, e guardarsi come dalla maggior colpa che il ricercatore può commettere, dal sostituire a questa logica il proprio dedurre e il proprio teorizzare”: in altre parole, afferma Capograssi, “per vedere quello che è dentro debbo star dentro; per conoscere la vita debbo vivere la vita” (p. 61). Intuizione, visione d’insieme e logica debbo rimanere strettamente collegate, quest’ultima rimanendo continuamente “sorvegliata” dalla prima: è necessario, cioè, “mettere insieme lo slancio della vita l’intuire il non scostarmi dagli scopi pratici, e lo staccato procedere del pensiero discorsivo” (p. 62). La grandezza di Romano, la sua capacità di trovare il punto di equilibrio tra andamento logico della riflessione giuridica e prudente apprezzamento della realtà risiede proprio, secondo Capograssi, dal suo “aver avuto l’occhio aperto sopra il proprio oggetto, come se lo vedesse per la prima volta” (p. 63), dalla sua attenzione all’ “immediata fenomenalità del diritto” (p. 66), alla “logica obiettiva del dato” (p. 70) per lasciarla coincidere con la realtà stessa del giuridico, senza necessità di mediazioni logiche «a priori». Di qui, l’apparente paradosso di un pubblicista che è stato in grado di resistere alla “quasi universale credenza della statalità del diritto” (p. 63): “proprio la profonda osservazione della vita dello Stato, nel suo interno, nella sua struttura, nel suo funzionare, lo ha portato a rendersi conto di tutte le altre realtà di cui lo Stato non è che una delle più appariscenti” (*ibid.*). La ricchezza di orizzonti che si dischiude all’osservatore non lo spinge tuttavia, osserva Capograssi, ad andare “oltre il dato”, il giurista non dimentica mai i confini del proprio campo di indagine, e tuttavia “la realtà del diritto è colta nel suo essere se stessa, e quindi anche in quelle connessioni suture e aperture che ha col restante mondo del reale e verso il restante mondo del reale” (p. 69).

esclusivamente l'evoluzione del concetto di norma giuridica: “solo attraverso un recupero e un approfondimento della teoria normativa” – maturato attraverso la “scoperta”, accanto alle norme primarie, delle norme di secondo grado, o di organizzazione¹⁴⁷ - “si sarebbe risolta la maggior difficoltà della dottrina istituzionale, derivante dal fatto che il concetto di diritto era stato definito risolvendolo nel concetto di organizzazione, ma il concetto di organizzazione non era stato ultimamente chiarito”¹⁴⁸. Ne consegue, inevitabilmente, che l'istituzione, dall'essere sistema giuridico, ma “pre-normativo”, assumerebbe le sembianze di un “sistema normativo complesso”¹⁴⁹. Ma in Romano, come si è più volte accennato, momento istituzionale e momento normativo non sono in tensione tra di loro, bensì in relazione di reciproca integrazione, che si giustifica, sul piano metodologico, proprio alla luce della peculiare attenzione al dato reale. Essa, se consente di operare la distinzione tra i due momenti, non appare suscettibile di fondare la precedenza del momento normativo, ma piuttosto la sua immanenza all'istituzione: ciò è dimostrato, con particolare evidenza, già nel saggio sull'*Instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), per essere ribadito sino alla fondamentale voce *Rivoluzione e diritto*¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Cfr. BOBBIO, *Teoria e ideologia...*, cit., pp. 145-146: “Il concetto di organizzazione era rimasto non chiarito, perché l'unico modo per fare un passo avanti nella sua determinazione era di ricorrere alle norme di secondo grado, cioè a quelle norme che regolano il riconoscimento, la modificazione, la conservazione delle norme di primo grado, e che fanno di un insieme di rapporti intrecciatisi fra individui conviventi un tutto ordinato, appunto un ordinamento, o un sistema, se pure non nel senso di un sistema logico o etico, ma nel senso kelseniano del sistema dinamico, mentre era chiaro che le norme che aveva in mente Romano quando respingeva la teoria normativa erano le norme primarie”. Sul punto, cfr. anche i rilievi svolti *supra*, alla nota 15.

¹⁴⁸ Ivi, p. 145.

¹⁴⁹ Ivi, p. 146.

¹⁵⁰ Cfr. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID. *Scritti minori*, cit., I, pp. 131 ss., nonché ID. *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti...*, cit., pp. 220 ss. Lungo tutto il corso della sua riflessione, Santi Romano ribadisce l'impossibilità di disciplina normativa del processo attraverso cui sorge un ordinamento originario; nell'*Ordinamento giuridico*, peraltro, proprio a simile impossibilità riconduce la falsità delle concezioni che identificano l'istituzione con “complesso delle norme per cui essa esiste e funziona” (p. 42); l'origine degli ordinamenti è, in altre parole, un fatto che si muta in diritto non appena è compiuto, non appena si ha una istituzione effettiva, viva e vitale, da cui, in un secondo momento potranno essere emanate norme (*ibid.*): la stessa giuridicità della norma così posta riposa sull'originaria giuridicità dell'istituzione che non potrà proprio per questo fondarsi su una norma preesistente, ma sulla realtà dell'intervenuta sua formazione (p. 43). Centrale appare, in questo contesto, l'emersione di una organizzazione, sia pure embrionale, come risulta con particolare chiarezza dal frammento su *Rivoluzione e diritto*: “una rivoluzione che sia veramente tale, e non un semplice disordine, una rivolta o sedizione occasionale” (vale a dire, un moto che contenga in

Nella medesima prospettiva, si pone il problema della declinazione della posizione di Romano in termini formalistici, che si deve soprattutto al Bobbio, il quale nega, in particolare, che, in Romano, “la contrapposizione tra istituzionalismo e normativismo” corrisponda “alla contrapposizione tra formalismo e realismo giuridico”¹⁵¹: a tale conclusione egli giunge sulla base

sé il germe per la sua affermazione e trasformazione in ordinamento vigente) afferma Romano, “è sempre un movimento organizzato” e, di conseguenza, “esso si traduce in un vero e proprio ordinamento, sia pure imperfetto, fluttuante, provvisorio [...] ogni rivoluzione implica varie istituzioni, collegate fra loro in una organizzazione unitaria, che, qualora si consideri in sé e per sé, indipendentemente dalla valutazione che ne fa il diritto statale, ha tutti i caratteri di un ordinamento giuridico” è un “movimento ordinato e regolato dal suo proprio diritto”, un ordinamento “originario” (p. 224). I momenti di crisi dell’ordinamento (“non meno interessanti per lo storico o per il politico che per il giurista”, affermava ROMANO, *Instaurazione di fatto...*, cit., p. 135) sono così ricondotti non ad una frattura, resa evidente, ad esempio dall’adozione di una nuova carta costituzionale, ma all’interazione tra due ordinamenti – quello precedente e quello rivoluzionario – entrambi vigenti nella propria orbita, che si fronteggiano fino a prevalere l’uno sull’altro. La sensibilità realistica – e, vorremmo dire, storicistica – di Romano lo spinge naturalmente a prediligere forme di transizione fondate sul trapasso – anche violento – più che sulla frattura; e se, da un lato, sarebbe interessante ripercorrere la riflessione romaniana sulle teorie della sovranità popolare come strumento di legittimazione dell’ordinamento nuovo (cfr. *Instaurazione di fatto...*, cit., parte II), può d’altro canto rilevarsi come simili posizioni risentano del fascino esercitato sul Romano dall’esperienza del costituzionalismo inglese. Ferma restando l’affermazione della giuridicità dell’ordinamento della rivoluzione, infatti, al Romano non sfuggono certo i rischi legati ad un fenomeno che “rade al suolo interi ordinamenti giuridici senza salvarne troppo spesso quelle parti che invece gioverebbe conservare” (*Rivoluzione...*, cit., p. 228); già nella citata prolusione del 1906 su *Le prime carte costituzionali*, Romano aveva lasciato indovinare la sua preferenza per ordinamenti che, come quello inglese, vedono la propria storia costituzionale svolgersi e maturare “in virtù di forze quasi sottratte all’arbitrio dell’uomo” (*Le prime carte...*, cit., p. 319): quando, in altre parole, un popolo ha “l’inapprezzabile fortuna” di trarre le norme fondamentali della propria convivenza “dalla sua storia e dalle sue tradizioni, il che vuol dire da tutte le facoltà, che abbiano avuto modo di equilibrarsi e di temprarsi, della sua stessa anima” – e qui appare particolarmente evidente l’influsso della Scuola storica, mediato dall’insegnamento orlandiano – esso è preservato dal rischio di doversi affidare “alle incertezze e all’arbitrio” del momento di rottura rivoluzionaria, “se non al capriccio del razionalismo, di supplire con l’arte e, più spesso con l’artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo ed involontario processo naturale” (ivi, p. 320). L’immagine di un Romano moderato che emerge da questa breve rilettura, non è in contrasto con il teorico della «instaurazione di fatto», proprio nella misura in cui le forme di quella instaurazione prescindono dal momento volontaristico della posizione normativa di una nuova costituzione, accentuando piuttosto le vicende storiche reali della transizione come trapasso; e ne esce confermata, peraltro, la stessa posizione di partenza in merito all’immanenza del momento normativo nel fatto dell’affermarsi dell’istituzione.

¹⁵¹ Cfr. BOBBIO, *Teoria e ideologia...*, cit., p. 147, nt. 23: significativamente, Bobbio prosegue affermando che “la dottrina di Romano non ha e non vuole avere niente a che vedere con la dottrina realistica, né con la sociologia giuridica. Romano è, nel senso proprio della parola, un «formalista», perché considera il diritto come la forma dei rapporti sociali che, in quanto tale, può e deve essere studiato indipendentemente dai suoi rapporti con la sottostante società”. L’opinione contraria è sostenuta, come già si è ricordato, dal Capograssi; più avanti nel testo, si cercherà di dimostrare che l’attenzione di Romano al dato storico sociale assume rilevanza in relazione all’individuazione dei contenuti dell’ordinamento, specie al livello dei principi fondamentali che ne descrivono l’esistenza, nonché, più in generale, che lo stesso Romano ebbe coscienza, specie nell’ultima fase della sua opera – cui si riferiscono, peraltro, parte delle richiamate posizioni di Capograssi – delle implicazioni realistiche del suo pensiero, specie nella ripresa della dialettica tra essere e dover essere, e nella sua risoluzione a favore del primo. Tali suggestioni vengono colte,

dell'analisi di alcuni luoghi (specie dell'*Ordinamento*) in cui il «regolamento di confini» tra indagine giuridica e indagine sociologica sul concetto di istituzione lascerebbero intravedere un disinteresse dell'Autore per i contenuti materiali dell'ordinamento. Ora, se è vero che Romano afferma di considerare l'istituzione “in sé e per sé” e non nelle sue interazioni con le “forze materiali” che la sostengono, o “in rapporto all'ambiente in cui si sviluppa e vive come fenomeno interdependente con altri”, o ancora con riguardo “ai nessi di cause ed effetti che vi si ricollegano”¹⁵², è altrettanto vero che non mancano, nell'*Ordinamento* e, soprattutto, negli sviluppi successivi dell'opera romaniana diffusi riferimenti, non solo al carattere “reale” ed “effettivo” dell'istituzione¹⁵³, ma anche alla *funzione* del diritto, che solo con fatica possono essere inquadrati in una declinazione formalistica del concetto di istituzione. Anzi, la mediazione tra istituzione e diritto è data proprio dallo scopo dell'organizzazione sociale¹⁵⁴, dal fatto cioè che il

pur nel contesto di una riflessione più articolata e diretta al tentativo di una mediazione tra istituzionalismo e normativismo, dal Crisafulli (*Lezioni...*, cit., vol. I, p. 37).

¹⁵² ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 79.

¹⁵³ Ivi, p. 96.

¹⁵⁴ Cfr. ivi, p. 35: “l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa diritto obiettivo [...] che questa sia un ordinamento non è dubbio: le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc., con cui la si qualifica, tendono per l'appunto a mettere in vista questo concetto [...] che poi tale ordinamento sia sempre necessariamente giuridico, risulta dall'osservazione che scopo caratteristico del diritto è per l'appunto quello dell'organizzazione sociale”. Lo scopo dell'organizzazione, come tratto teleologico, o meglio funzionale, dell'istituzione, non andrebbe confuso con l'organizzazione quale elemento *materiale* caratterizzante l'istituzione, contribuendo piuttosto a delineare, ancora una volta, il carattere dinamico dell'istituzione medesima che, ponendosi come organizzazione, persegue lo scopo dell'organizzazione sociale. Nel senso contrario, proprio con riferimento al passo citato, cfr. BOBBIO, *op. loc. ult. cit.*: “Ma se l'organizzazione non è il diritto, ma lo scopo del diritto, che cosa è allora il diritto? In altre parole, il diritto è organizzazione o è qualcosa che sta dietro e prima l'organizzazione? Ma se sta prima dell'organizzazione, non ne segue che il diritto... viene prima del diritto? Non vorrei sbagliarmi, ma ho l'impressione che questa difficoltà sia una spia della mancata risoluzione del concetto di organizzazione in quello di sistema normativo (intendo del concetto «giuridico» di organizzazione, cioè del concetto di organizzazione cui intende riferirsi esclusivamente Romano). In realtà, ciò che viene prima dell'organizzazione o è qualche cosa di pregiuridico – come potere, volontà concorde, idea direttiva, forze sociali – e allora è giocoforza immergere il diritto nella società da cui nasce (ma è proprio l'operazione che Romano si rifiuta di compiere), oppure è e non può essere altro che il sistema normativo complesso, di cui ho parlato. Ma se è così, lo sbocco dell'istituzionalismo giuridico è ancora una volta il normativismo se pure un normativismo più consapevole e più progredito”. A simili domande aveva già risposto lo stesso Romano, sia nella sua peculiare declinazione del momento genetico degli ordinamenti, sia più in generale, tutte le volte in cui aveva lasciato intravedere una profonda coscienza dell'unità del reale (se non fosse parallelo troppo ardito, si vorrebbero richiamare le premesse metodologiche della *Staatslehre* helleriana, su cui a lungo ci siamo soffermati alla fine del I capitolo; per un interessante rassegna degli elementi di contatto tra Heller e S. Romano, cfr. Pomarici, *Oltre il positivismo...*, cit., pp. 110 ss.), come quando, nella seconda edizione dell'*Ordinamento*, afferma, proprio rispondendo a quanti sostenevano la precedenza del concetto di diritto su quello di

diritto “non consacra soltanto il principio della coesistenza degli individui, ma si propone soprattutto di vincere la debolezza e la limitazione delle loro forze, di sorpassare la loro caducità, di perpetuare certi fini al di là della loro vita naturale”¹⁵⁵: ne consegue, da un lato, che “il diritto è il principio vitale di ogni istituzione” e, “reciprocamente”, che “l’istituzione è sempre un regime giuridico”¹⁵⁶, e, da’altro canto, che l’antigiuridicità consiste nell’antisocialità. Lo stesso carattere intrinsecamente sociale del diritto fornisce però allo stesso tempo un (debole quanto si voglia) criterio *materiale*, oltre che meramente *funzionale*, per l’identificazione del diritto.

La compiuta affermazione della socialità del diritto si lega infatti indissolubilmente – con chiarezza sempre crescente negli sviluppi del pensiero romaniano, come risulta con particolare evidenza dai *Frammenti* - al superamento del dogma volontaristico e, dunque, al passaggio dall’attenzione esclusiva alla dimensione del dover essere, ad una presa in considerazione della dimensione dell’essere¹⁵⁷, cui non è estranea, sul piano metodologico, l’integrazione – già richiamata – tra rigore logico e *prudentia* derivante dalla continua osservazione del dato storico e sociale¹⁵⁸: ora, se si pone mente a questo dato, appare evidente come le ricordate posizioni critiche non colgano pienamente nel segno, pur mettendo in luce aspetti significativi, e tensioni profonde del sistema romaniano. In una prospettiva realistica, infatti, la funzione del diritto appare pertanto

istituzione: “in vero, se si deve dire che un ordinamento giuridico è una istituzione e una istituzione è un ordinamento giuridico, si può anche dire che una istituzione *ha* un diritto, cioè un ordinamento, se per questo si intendono soltanto i principi e le norme che ne fanno parte o ne emanano, così come si dice che un tutto ha questo o quell’elemento fra gli altri che lo compongono. Analogamente si può anche dire: «io ho un’anima», se per un momento chi parla si concepisce come un corpo animato, o viceversa si può anche dire «io ho un corpo» se si concepisce come un’anima che ha preso corpo, ma *la verità è che egli è un essere corporale e spirituale nel medesimo tempo*”. Rispondendo poi al rimprovero di incoerenza, legato all’altra affermazione secondo cui il diritto costituisce il principio vitale dell’istituzione (§13) sostiene, con sagacia, che “l’affermazione che la gallina nasce dall’uovo non è in contraddizione con l’altra che l’uovo nasce dalla gallina: tutto sta a vedere a che proposito e in che senso si afferma l’una e l’altra cosa, che sono entrambe vere, come è vera l’affermazione che uovo e gallina sono due aspetti dello stesso fenomeno” (ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., pp. 39-40, nt. 33 *bis*, aggiunta nell’edizione del 1945).

¹⁵⁵ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., pp. 35-36.

¹⁵⁶ Ivi, pp. 38-39

¹⁵⁷ ROMANO, *Frammenti...*, cit., p. 70, alla voce *Diritto e morale*: “se il diritto vige anzitutto nelle istituzioni, non solo sarà necessario, quando si vuole definirlo, andare oltre il dogma volontaristico [...] ma occorrerà altresì risalire dalla sfera del dover essere a quella dell’essere” Cfr. anche p. 80, alla voce *Diritto (funzione del)*.

¹⁵⁸ Cfr. *supra*, alla nota 146.

strettamente legata, da un lato, alla struttura dell'ordinamento¹⁵⁹ e, d'altro canto, all'esigenza di "ricollegare meglio in una superiore unità le due sfere che troppo si tengono separate e distinte l'una dall'altra quella dell'essere e [...] quella del dovere"¹⁶⁰. Proprio la prospettiva realistica, tuttavia, impedisce di interpretare in termini di conservazione l'affermata interrelazione tra essere e dover essere: se, dunque, al diritto va ascritta la funzione di "stabilizzare, normalizzare, fissare taluni momenti e movimenti della vita sociale", ciò non implica immutabilità dell'ordinamento, conservatorismo, assenza di impulsi riformatori, dal momento che l'ordinamento "ha sempre la possibilità di rinnovarsi e di far posto a modificazioni anche radicali e profonde della sua struttura e del suo funzionamento" ed esso "pur restando identico a sé stesso, finché ha vita si rinnova continuamente in tanti suoi elementi con processi ora lenti ora rapidi"¹⁶¹. Si ripropone così il dilemma dell'interpretazione del pensiero del Romano: teorico progressista o teorico conservatore, osservatore attento del pluralismo sociale, o sostenitore del suo imbrigliamento nell'ambito delle strutture statali?¹⁶² Da un

¹⁵⁹ Ivi, p. 83.

¹⁶⁰ Ivi, pp. 85-86.

¹⁶¹ Ivi, p. 86.

¹⁶² L'interrogativo sulla natura conservatrice o progressista dell'orientamento romaniano risale, tra gli altri, all'omonimo saggio dello SCARPELLI, *Santi Romano, teorico conservatore teorico progressista*, cit., e si è posto con particolare forza in relazione alla vicenda umana del Romano, alla sua discussa partecipazione al fascismo, con l'accettazione della carica di Presidente del Consiglio di Stato, il subingresso nella cattedra di Diritto costituzionale lasciata vacante da Orlando, dopo aver rifiutato di prestare giuramento al regime (lo ricorda lo stesso ORLANDO, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, in ROMANO, *Scritti minori*, cit. I., pp. V ss., p. XIII), o ancora la nomina a Senatore del Regno (ove fu relatore del progetto di legge istitutiva della Camera dei Fasci e delle Corporazioni). In che termini, simili vicende personali ed umane possano gettar luce sull'interpretazione del pensiero del Romano, è stato pertanto una domanda centrale nella letteratura che di Romano si è occupata, specie con riferimento alla rilevata tensione tra statalismo e pluralismo. Osserva CASSESE, *Ipotesi...*, cit., pp. 282-283, proprio in merito all'evoluzione del pensiero romaniano nel corso degli anni '20: "«ritirata» del pluralismo di Santi Romano e «ritorno» dogmatico o smentita che le vicende storiche danno al pluralismo e che il nostro autore si limita a registrare? Certo è che l'accento non è più sulle istituzioni ma sullo Stato. E questo fa pensare che il motivo pluralistico nel Romano non era riferito alla vicenda interna del potere pubblico – che anzi negli anni '30, accentua la diversificazione, il policentrismo, la fuga dallo Stato – quanto al livello più alto, della storia costituzionale e quindi dei rapporti tra il potere pubblico e le strutture associate della società civile – che segnano, invece, un netto regresso verso il predominio del potere pubblico. Quanto alle evoluzioni del pluralismo romaniano nell'epoca fascista, bisogna però distinguere. Da una parte, egli tiene fermo l'istituzionalismo come formulazione di teoria generale. Dall'altra, attenua la portata del pluralismo nelle analisi di diritto positivo. Un atteggiamento complesso, che è però lineare, in quanto prende atto della smentita che le istituzioni vigenti all'epoca danno delle premesse pluralistiche, ma non manca di ricordare queste quando non del diritto positivo si tratta, bensì della teoria generale [...] in questo atteggiamento [...] v'è anche un segno del distacco con cui Santi Romano guardava alle istituzioni del fascismo, quasi che volesse prenderne le distanze e sottolinearne la temporaneità. Chiusa

lato, diversi sono gli accenti, ove si guardi alle applicazioni della teoria istituzionale all'interno o all'esterno dell'ordinamento statale, ma d'altro canto, si deve ripetere che "la pluralità di utilizzazioni dell'ipotesi metodologica dell'ordinamento giuridico" ha ben precise ragioni storiche - rimontando anzi alla piena storicità dell'opera romaniana - denotando "l'istanza politica essenzialmente compromissoria" da cui essa era mossa, che rispecchiava la "tendenza culturale a conciliare lo statalismo con quell'esigenza pluralista prepotentemente affacciatasi in Italia nei primi decenni del nuovo secolo"¹⁶³.

Centrale appare, in ogni caso, l'orientamento realistico del pensiero romaniano: è in questa prospettiva, anzi, che possono essere colte significative chiarificazioni sul legame tra carattere reale dell'istituzione, limitazione del potere e, infine, superamento della dimensione esclusivamente statale del diritto.

2.3 Il problema del diritto internazionale e la storicità dei principi istituzionali.

Una "pietra di paragone" per la tenuta della definizione istituzionale del diritto è proprio il "problema" del diritto internazionale¹⁶⁴, vale a dire la verifica, con gli strumenti forniti dalla prospettiva istituzionalista, della piena e autonoma giuridicità del diritto internazionale: la formulazione del concetto di diritto – cui la scienza giuridica non può rinunciare "senza rinnegare se medesima"¹⁶⁵ – deve infatti essere funzionale a riconoscere la giuridicità di ciò che viene considerato diritto "non soltanto per tradizione scientifica, ma per sentimento comune e soprattutto per pratica costante"¹⁶⁶. Problema centrale appare a Romano quello di conciliare il carattere istituzionale della comunità internazionale con l'assenza, nel suo seno, di un potere in grado di imporsi ai singoli Stati in vista della garanzia

l'esperienza del fascismo, come riprendevano vita le istituzioni del vecchio Stato liberale democratico, Santi Romano riprendeva in mano e ripubblicava tale e quale, salvo minori variazioni lessicali e la aggiunta di note di aggiornamento bibliografico, «l'ordinamento giuridico» che di quello Stato aveva dato per primo una ricostruzione giuridica. Non va vista in questa decisione un ulteriore segno della storicità dell'opera?"

¹⁶³ I passi citati tra virgolette sono tratti da RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, cit., p. 138, nt. 91.

¹⁶⁴ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., pp. 44 ss. (le parole tra virgolette sono citate da p. 44).

¹⁶⁵ Ivi, p. 16, nt. 4.

¹⁶⁶ Ivi, 44: sullo sfondo, la più generale posizione metodologica, cui si è fatto riferimento, secondo cui "non la realtà si deve, dal giurista, subordinare al concetto, ma questo a quella".

dell'osservanza del diritto internazionale¹⁶⁷. La questione classica della vincolatività del diritto internazionale riceve per tale via una risposta del tutto diversa rispetto a quelle – di cui già ampiamente si è detto – formulate dai fondatori del dualismo e dall'approccio dogmatico. Per ragioni cronologiche¹⁶⁸, Romano si confronta prevalentemente con le teorie della volontà collettiva, sottolineando – come già si accennava in sede di critica della teoria anzilottiana – che la stessa concezione di una volontà unica, risultante dalla fusione delle volontà statali e suscettibile di imporsi ad esse, “postula un'organizzazione, sia pure semplice, della comunità internazionale”¹⁶⁹, che sia compatibile con il suo carattere a un tempo impersonale e paritario. La praticabilità di tale concezione, nelle sue formulazioni rigorose (che, come si è visto a suo tempo, disconoscono anche un *minimum* di organizzazione alla base della volontà collettiva) si scontra, tuttavia, con alcuni intrinseci limiti metodologici, specie con riferimento all'*identificazione* tra volontà collettiva e accordo, la quale riproduce il vizio della

¹⁶⁷ La presenza di un rapporto di “superiorità” e di “correlativa subordinazione” non è tuttavia necessario – afferma Romano – affinché si dia una istituzione, fondamentale rimanendo a tale scopo, esclusivamente la presenza di una organizzazione, che, tuttavia, ben può strutturarsi secondo canoni paritari (cfr. *L'ordinamento...*, cit., 45, ma anche Corso di diritto internazionale, cit., pp. 17 ss., specie pp. 18-19).

¹⁶⁸ Seguendo la documentata ricostruzione di CASSESE, *Ipotesi...*, cit., pp. 257 ss., l'*Ordinamento* sarebbe stato terminato nei primi mesi del 1917; è pertanto possibile che Romano non avesse potuto leggere, prima della chiusura dell'opera, la *Teoria dogmatica delle fonti di diritto internazionale* del Perassi, che, come noto, venne pubblicata nel 1917, in due distinti fascicoli della Rivista di diritto internazionale: le posizioni in essa sostenute, infatti, non vengono trattate nella prima edizione dell'opera. Essa, tuttavia, non risulta citata nemmeno nella seconda edizione dell'opera, benché sia ragionevole ritenere che l'Autore ne avesse avuto conoscenza (come di buona parte della restante opera di Perassi, se si considera che vengono citate tanto l'Introduzione alle scienze giuridiche – p. 114, per l'accoglimento della concezione pluralista – quanto le Lezioni di diritto internazionale – ed in particolare l'edizione del 1937/1938, cit. a p. 133, per la ripresa della partizione del diritto interno in vietato, imposto o permesso dal diritto internazionale, e a p. 152, in sede di critica della costruzione della norma internazionalprivatistica di rinvio come norma sulla produzione giuridica): sembra piuttosto possibile ipotizzare che la mancata critica della teoria dogmatica delle fonti di diritto internazionale (si noti che non vengono citate neanche i corrispondenti luoghi delle Lezioni di diritto internazionale), sia da spiegarsi attraverso una precisazione dello stesso Romano sull'ambito della propria opera, laddove a p. 127, in chiusura del §36, in materia di rapporti tra fonti internazionali e fonti interne, avverte che “un maggiore svolgimento di tali principii si potrebbe ottenere solo dopo aver tracciato una teoria delle fonti degli ordinamenti giuridici, il che non può essere compiuto dal presente capitolo: essa darà materia ad uno studio apposito, compreso nella serie di quelli che costituiranno il seguito del presente lavoro”. È noto, infatti (e Romano lo chiarisce nella prefazione all'edizione del 1945) che l'*Ordinamento* era stato scritto “col proposito di farlo seguire da altri studii di teoria generale”, e nel corso dell'opera vari sono gli accenni agli itinerari di questo seguito; cfr. ad esempio, p. 23, in cui Romano rinvia a successiva opera la trattazione organica dei principii istituzionali (ma numerosi accenni al tema sono presenti, incidentalmente, nell'opera). Sulla genesi dell'*Ordinamento*, v. ancora CASSESE, *Ipotesi...*, cit., *passim*.

¹⁶⁹ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 46.

concezione normativa del diritto, nella misura in cui esclude dall'orizzonte della giuridicità il momento produttivo dell'accordo medesimo: secondo le concezioni in parola, infatti, "gli accordi internazionali [...] starebbero [...] ciascuno per sé, ciascuno trarrebbe da sé la sua efficacia e costituirebbe il primo principio del diritto di cui è fonte"¹⁷⁰, con l'inevitabile conseguenza della parzialità del diritto internazionale così prodotto e, in buona sostanza, la riconduzione della sua giuridicità alla volontà del singolo Stato che vi ha dato vita¹⁷¹.

Nella prospettiva romaniana, al contrario, "il principio per cui ogni Stato non può essere obbligato se non da norme che esso medesimo contribuisce a formare con la propria volontà, è un principio di diritto internazionale positivo, che presuppone quindi già costituito e in vigore quest'ultimo"¹⁷²: se, ad una lettura superficiale, simile affermazione sembra prefigurare l'impostazione che del problema della vincolatività dei trattati darà Perassi, va subito messa in luce la radicale differenza tra le soluzioni formulate dai due Autori. Mentre Perassi, come si è visto, risolve la questione sul piano logico, identificando nel principio della vincolatività dei trattati la norma base da assumere quale postulato nella ricostruzione dogmatica del sistema delle fonti del diritto internazionale, la soluzione romaniana si muove su un piano del tutto diverso che risente, evidentemente, delle diverse premesse di metodo. Il principio della vincolatività dei trattati, in simile prospettiva, si fonda sulla natura istituzionale della comunità internazionale, e trae la propria giuridicità dall'istituzione stessa, non in senso formale, ma *quale portato del procedimento storico della sua formazione*: l'efficacia vincolante degli accordi internazionale è pertanto contemplata da "un principio che si è posto col porsi della comunità internazionale e si è connaturato con la sua costituzione, con i suoi attuali caratteri istituzionali" imperniati sulla condizione di "eguaglianza e indipendenza degli Stati" che, a sua volta, non è pregiuridica, ma "determinata dalla struttura della loro comunità"¹⁷³, nella sua evoluzione storica dal modello medievale, caratterizzato da "un rapporto di subordinazione" degli Stati rispetto

¹⁷⁰ Ivi, p. 47.

¹⁷¹ Per maggiori approfondimenti sul punto, si rinvia alla trattazione svolta, *supra*, nel Cap. II.

¹⁷² ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., pp. 48-49.

¹⁷³ Ivi, p. 51.

all'imperatore e al papa, al modello moderno (il c.d. modello Westfalia), essenzialmente paritario¹⁷⁴.

L'identità dell'ordinamento internazionale – ma il discorso vale senza dubbio per tutti gli ordinamenti originari, mentre più complessa appare la posizione degli ordinamenti “minori”¹⁷⁵ – è pertanto definita attraverso il ricorso ai suoi principi c.d. istituzionali, vale a dire a “quei principi fondamentali che costituiscono l'essenza stessa e la struttura”¹⁷⁶ della comunità internazionale, con il significativo corollario che di simili principi è avvertita la matrice storica: *l'identità stessa viene così declinata in senso storico, non logico (come avveniva per la norma base dei dogmatici)*. Detti principi si pongono, cioè, con la stessa esistenza dell'ordinamento internazionale, il quale si è formato non “mediante un contratto o un patto sociale, ma per un procedimento storico complesso che si è imposto alla volontà degli Stati e non può dirsi che sia la conseguenza di tale volontà”¹⁷⁷.

Nonostante l'affermazione del carattere pregiuridico della domanda sulle ragioni e sulle forme dell'evoluzione storica della struttura dell'istituzione¹⁷⁸, sembra così di poter istituire un nesso, senza dubbio assai suggestivo, tra la conformazione storica dell'istituzione e la sua struttura giuridica, anche a livello di articolazione del sistema delle fonti.

L'apertura del concetto di diritto, condotta attraverso l'assunzione del dato sociale ad elemento essenziale nella fondazione della giuridicità, rivela così le proprie virtualità – con riferimento alle istituzioni singolarmente considerate, ed in particolar modo agli ordinamenti originari (Stato, comunità internazionale, ordinamento canonico) – proprio sul piano storico. Le dinamiche interne

¹⁷⁴ *Ibidem*. Nel *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 39 significativamente affermerà, sempre con riferimento al principio *pacta sunt servanda*, che esso è “uno di quei principi fondamentali o costituzionali, diversi da quelli consuetudinari, che derivano la loro giuridicità dal fatto che sono connaturati e immanenti alla struttura della comunità internazionale: poiché questa è società paritaria e non autoritaria, il suo diritto volontario non può derivare da una volontà superiore a quella dei suoi membri, ma dalla loro volontà comune con effetti limitati a coloro che vi partecipano”.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, alla nota 113.

¹⁷⁶ ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 5.

¹⁷⁷ *Ivi*, pp. 31-32.

¹⁷⁸ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., pp. 51-52: “il domandarsi poi perché quest'ultima si è attualmente costituita, affermando il principio dell'accordo degli Stati necessario per la posteriore regolamentazione ad essi speciale, è davvero un'indagine estranea al diritto, come l'altra analoga, relativa al perché in uno Stato il potere legislativo è affidato a certi organi piuttosto che ad altri”.

all'ordinamento, ed in primo luogo la produzione giuridica sono infatti ricondotte, *per il tramite dei principi istituzionali*, alla storicità delle istituzioni, con significative implicazioni anche sul piano dell'affermazione della pluralità degli ordinamenti, e della peculiare declinazione del principio di esclusività. L'affermazione – di per sé ovvia conseguenza della teoria istituzionale – che “ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni”¹⁷⁹ appare infatti arricchita, proprio sul piano delle relazioni, dall'apertura dell'istituzione alle dinamiche storiche, dalle rilevate interrelazioni tra evoluzione storica e conformazione della struttura degli ordinamenti. In quest'ottica, i principi istituzionali svolgono la funzione di attuare l'orientamento realistico della dottrina romaniana anche sul piano operativo descrivendo, *storicamente e giuridicamente*, il legame tra ordinamento e sviluppo storico del corpo sociale.

Sono presenti, evidentemente, vive tracce dell'orientamento storicistico dell'insegnamento di Orlando¹⁸⁰, ma lo spostamento dell'analisi sul piano teorico

¹⁷⁹ Ivi, p. 86.

¹⁸⁰ Il legame tra Orlando e la Scuola storica risulta con evidenza, oltre che dalle celebri prolusioni degli anni '80 del XIX secolo (su cui vedi, oltre allo stesso ORLANDO, *Ancora sul metodo in diritto pubblico*, cit., ESPOSITO, *La dottrina del diritto...*, cit., 74 ss.; GROSSI, *Scienza giuridica...*, cit., pp. 28 ss.), ancora dai *Principii...*, cit., specie laddove Orlando riconduce alla “coscienza popolare” il fondamento della sovranità statale (cfr. §§ 62 ss., pp. 56-59). Lo storicismo s'intrecciava peraltro, in Orlando, con l'intento di dar vita ad una Scuola nazionale di diritto pubblico, che fosse in grado di fornire una cornice scientifica appropriata – specie sul piano del rigore metodologico, con tutti i problemi derivanti dal rapporto con il metodo maturato in ambito giusprivatistico (cfr. ESPOSITO, *La dottrina...*, cit., pp. 76 ss.; AMBROSINI, *Diritto, stato e comunità superstatale nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 785 ss., p. 795, specie per il passaggio dalla prolusione del 1885 a quella del 1901) – alla costruzione dello Stato unitario; eppure non deve assolutamente essere persa di vista – soprattutto nell'ottica del rapporto tra Orlando e l'allievo Romano – la matrice potente rappresentata dalla sensibilità per la storia, per il diritto inteso come realtà vivente, in quanto espressione di una comunità. Sul punto, v. ad esempio CROSA, *Orlando maestro e scienziato: i suoi contributi al diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pp. 22 ss., 27 ss., specie 29, per l'affermazione che la “concezione storicistica” dell'Orlando “è essenzialmente positività della scienza, che della tradizione e dello svolgimento dell'istituto non fa oggetto di ricerca particolare, ma di questa formazione si vale per comprendere l'istituto nella sua realtà attuale, per chiarire ed intendere il valore delle formule costituzionali, nelle quali gli elementi sia storici sia politici oscurano la redazione stessa della norma”. Ancora, come afferma Esposito, Orlando prende nettamente posizione per “una concezione storicistica che si contenta di quei relativi lenti progressi onde norme ed istituti vengono adattandosi alla realtà immediata” di fronte alla “tendenza razionalistica anelante a quella perfezione ideale, che sembra assicurata da una libera facoltà di concezione e di attuazioni” (ESPOSITO, *op. ult. cit.*, p. 92). Proprio simile approccio, se non andiamo errati, consente ad Orlando di concentrarsi sulla funzione di “organizzazione della collettività” come elemento caratteristico del diritto, aspetto colto magistralmente dall'Esposito, che lo mette in relazione diretta, tanto con l'eredità della Scuola storica, quanto con la successiva accettazione (con “generosa umiltà”, afferma Esposito) della “profonda verità della concezione istituzionale del diritto, che considera essenziale al diritto di essere principio di organizzazione” (ESPOSITO, *op. ult. cit.*, pp. 84-85); ma cfr. ancora ivi, p. 92: “tra la tendenza normativistica, che ritiene di poter creare attraverso regole le istituzioni, e la

generale consente a Romano di prefigurare sviluppi, che culminano nel superamento della premessa, cara ad Orlando, della statualità del diritto¹⁸¹. Più complesso appare, in quest'ottica, il rapporto con l'organicismo tedesco; se, da un lato, Romano accosta direttamente la teoria della pluralità degli ordinamenti – nel suo legame con la matrice istituzionale del diritto – alla “dottrina, che ha il suo più strenuo difensore nel Gierke [...] secondo la quale è «capace di produrre il diritto ciascuna comunità organica»”¹⁸², altrettanto espressa appare, d'altro canto, la presa di distanza da numerosi profili della teoria gierkiana, in particolare per ciò che concerne la distinzione tra comunità organica e istituzione – concetto che a Romano sembra “più completo, oltre che più intrinsecamente giuridico” – ma soprattutto in relazione all'indagine sul “fondamento del diritto”¹⁸³.

Quanto ai rapporti con l'insegnamento orlandiano, il recupero della dimensione non normativa del fenomeno giuridico facilita il pieno svolgimento delle premesse storicistiche del metodo inaugurato da Orlando stesso, nel senso di una sua apertura alle dinamiche sociali, profondamente condizionata dalla “crisi” di quello “Stato moderno” che aveva fornito la cornice alle costruzioni dei giuspubblicisti della “scuola nazionale”.

tendenza istituzionistica che sa invece che la realtà storica degli istituti impone ad essi modi di essere che sfuggono al potere della volontà normativa” Orlando prende posizione per la seconda. Particolarmente suggestivo, sempre a tale proposito, il seguente passo di AMBROSINI, *op. ult. cit.*, p. 802, laddove sottolinea che è proprio “il modo in cui Orlando concepisce il diritto, considerandolo nella sua evoluzione, storicamente e concettualmente collegato alle più svariate forme di associazioni sociali” a consentirgli di accogliere le teorie istituzionali. Attorno alla tensione tra storicità e certezza del diritto – e alla ricerca di un punto di equilibrio - ruoterebbe poi, secondo CAPOGRASSI, il problema di Vittorio Emanuele Orlando (cfr. lo scritto omonimo, in CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. V, pp. 357 ss.).

¹⁸¹ Anche lo statualismo orlandiano deve tuttavia essere inquadrato nell'ambito delle premesse storicistiche dell'Autore. La statualità del diritto, infatti, non è affrontata, da Orlando in termini dogmatici, ma costituisce il portato dell'osservazione dell'evoluzione storica dello Stato moderno, che è giunto ad assumere un ruolo preponderante nella funzione di organizzazione della convivenza sociale. Simile aspetto, che ritroviamo anche nei passi dell'Ordinamento giuridico romaniano (ai §§26 ss., cit. *supra* alla nota 109), è stato colto dai commentatori: cfr. infatti AMBROSINI, *op. ult. cit.*, p. 800 ss. specie 801, ma soprattutto p. 805, per l'affermazione che “nel tenere ferma l'antica sua concezione sul rapporto tra Stato e diritto e nell'adottare e difendere la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, Orlando però non si irrigidì fermandosi alle formulazioni originarie, ma venne adeguandole alla realtà, arrivando a riconoscere esplicitamente [...] che, nell'attuale stadio storico dell'evoluzione, l'organizzazione sociale chiamata Stato si è affermata su tutte le altre organizzazioni sociali, e che è assunta di fronte ad esse ad una posizione di completa ed assoluta superiorità, di sovranità”. Sul punto, cfr. anche CAPOGRASSI, *Il problema di Vittorio Emanuele Orlando*, cit., pp. 366-369.

¹⁸² ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., 107 (la citazione è tratta da GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, I, pp. 119-120).

¹⁸³ Ivi, 108. Sull'organicismo gierkiano, v. la ricostruzione di RIDOLA, *Democrazia pluralistica...*, cit., pp. 9 ss.

Proprio qui sembra di poter ravvisare le radici del nesso profondo che lega teoria istituzionale e pluralità degli ordinamenti – per il tramite dell’inclusione negli orizzonti della giuridicità del dato sociale – nella misura in cui la coscienza della crisi si manifesta, in Romano, essenzialmente attraverso il superamento del dogma della statualità del diritto, come rivela la nota affermazione secondo cui “la così detta crisi dello Stato moderno implica per l’appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno in una cerchia giuridica indipendente”¹⁸⁴. Al tempo stesso, simile allargamento di orizzonti – che si rifrange, come subito si preciserà – sulla stessa declinazione del principio di esclusività – rimane profondamente legato all’eredità dello statualismo liberale; ed anche se la centralità dello Stato non è declinata – come in Orlando e nella maggioranza dei giuspubblicisti della “scuola nazionale” – nel senso dell’esclusiva statualità del diritto, è pur sempre lo Stato a rimanere al centro di una trama di relazioni fitta e complessa, che, se per un verso non può prescindere dalla manifestazione di un consenso statale alla relazione medesima, riceve d’altro canto dalle premesse istituzionalistiche una maggiore ariosità che impedisce di ridurre il consenso in termini produttivistici. È vero, pertanto, che Romano resta legato all’eredità dello Stato liberale (dello Stato moderno, come tende ad affermare sulla scia dei *Principii* di Orlando¹⁸⁵) – istituzione centrale tra le istituzioni, istituzione *di* istituzioni alla quale pertanto affida, almeno ottativamente, il compito di contenere e disciplinare l’incipiente pluralismo interno ed esterno – ma è proprio la profonda coscienza del pluralismo istituzionale (emergente come elemento di crisi di quella stessa forma di Stato), approfondita dal peso specifico delle premesse storicistiche, a condurre Romano su percorsi nuovi, come rivela la lettura della produzione romaniana anteriore all’*Ordinamento*¹⁸⁶. Tra dimostrazione giuridica del pluralismo e confronto

¹⁸⁴ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 93.

¹⁸⁵ Cfr. ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 89.

¹⁸⁶ Oltre alle due prolusioni più volte citate, appaiono fondamentali, in questo senso, i lavori sull’*Instaurazione di fatto...*, cit., le *Osservazioni preliminari su una teoria dei limiti della funzione legislativa...*, cit., *Il diritto pubblico italiano*, (Milano, Giuffrè, 1988), nonché il saggio *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, cit., o l’importante prolusione su *Diritto e correttezza costituzionale* (in ID. *Scritti minori*, cit., I, pp. 331 ss.) – tutti lavori che, come colto efficacemente da Pinelli, descrivono il progressivo avvicinamento di Romano alla concettualizzazione dell’istituzione, passando attraverso la

serrato con la storia delle istituzioni, Romano rivela così una complessità profonda, che solo a fatica può essere ricondotta nell'ambito delle grandi polarizzazioni del pensiero giuridico del Novecento.

Sembra tuttavia possibile tracciare un nesso di continuità tra apertura del metodo giuridico alla considerazione del dato sociale e storico – attraverso la considerazione dell'elemento organizzativo, che conduce al concetto di istituzione, ma anche attraverso una rinnovata attenzione ai dati provenienti dalle altre scienze sociali¹⁸⁷ – apertura dello stesso concetto di diritto e, soprattutto, declinazione del principio di esclusività in senso non produttivistico: una volta riconosciuta la rilevanza della matrice istituzionale, e della sua evoluzione storica, non può infatti disconoscersi l'esistenza di spazi di collegamento tra le istituzioni medesime, mediate dalla stessa realtà storica e sociale delle interdipendenze e delle interconnessioni tra istituzioni. Si comprende così come la trattazione del principio di esclusività muova non dall'esigenza di affermare l'unicità dell'ordinamento (statale) – a livello teorico (come nel monismo kelseniano) o a livello metodologico (come nell'approccio dogmatico) – bensì dall'esigenza di dare conto della complessità delle relazioni che possono instaurarsi in un sistema che riconosca la pluralità degli ordinamenti giuridici; ma si comprende anche il motivo più profondo dell'esclusione di soluzioni produttivistiche - come esito inevitabile della compresenza di più ordinamenti autonomamente legittimati – e della conseguente declinazione della mediazione normativa dello Stato nei termini di una manifestazione di consenso funzionale al riconoscimento (o al disconoscimento) di una dimensione di relazione.

Certo, il consenso sembra rimanere legato alla discrezionalità dell'ordinamento considerato, e con ogni probabilità ciò non era estraneo alle intenzioni del Romano, che si pongono al crocevia, come si è accennato, tra coscienza del pluralismo ed eredità dello statualismo liberale. Allo stesso tempo, tuttavia, la rilevata storicità dei principi istituzionali non esclude che, mutate le condizioni storiche e definitivamente consolidata l'apertura dello Stato costituzionale ad esperienze di cooperazione (esterna e interna), possano darsi ordinamenti

riflessione profonda sui rapporti tra fatto e diritto (cfr. PINELLI, *Costituzione...*, cit., pp. 34-48). Sul punto, cfr. anche CASSESE, *Ipotesi...*, cit., *passim*.

¹⁸⁷ Cfr. ancora ROMANO, *Principi...*, p. 22, cit. *supra*, alla nota 146.

istituzionalmente aperti al riconoscimento, per i quali cioè, la negazione della relazione integri una violazione degli stessi propri principi di struttura, sanzionata anche attraverso specifiche garanzie, quale, in primo luogo, il controllo giurisdizionale di costituzionalità.

Fondamentale appare, in questo senso, il ruolo della costituzione, e, d'altro canto, già lo stesso Romano – nella prolusione del 1903 sui rapporti tra il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche – risolveva il rapporto tra diritto costituzionale e diritto internazionale constatando che, nella misura in cui “il diritto costituzionale consegue [...] l'effetto di rendere lo Stato un ordinamento essenzialmente giuridico, il quale ha per scopo specifico e per funzione indispensabile il mantenimento del diritto, anche nelle relazioni con gli altri Stati”, ogni violazione del diritto internazionale “si traduce in un mancato esercizio di questa funzione costituzionale e, perciò, in una violazione del diritto costituzionale”¹⁸⁸. Se, in altre parole, la costituzione – definita quale “complessa e reale organizzazione in cui lo Stato effettivamente si concreta”¹⁸⁹, spesso dichiarata o risultante da norme, e tuttavia ad esse non riducibile – assolve alla funzione fondamentale di garantire e limitare “dal di dentro”, cioè istituzionalmente, l'esercizio del potere da parte dello Stato¹⁹⁰, ciò deve avvenire tanto all'interno quanto all'esterno. Ma, se la garanzia del diritto è istituzionale, appare altrettanto chiaro che i principi istituzionali, storicamente condizionati, non potranno non riflettere l'assetto delle relazioni tra i singoli Stati e tra lo Stato e la comunità internazionale, nella loro evoluzione storica.

Non è possibile, evidentemente, ascrivere *direttamente* al pensiero di Romano sviluppi che andrebbero troppo al di là dei confini storici e teorici della sua opera, come risulterà con particolare evidenza dall'analisi degli esiti operativi della

¹⁸⁸ ROMANO, *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in ID., *Scritti minori*, cit., I, pp. 245 ss., 255.

¹⁸⁹ ROMANO, *Principi...*, cit., p. 57.

¹⁹⁰ “il diritto costituzionale è quella parte del diritto dello Stato, in cui meglio si rivela l'esattezza del concetto sopra fugacemente accennato sulla garanzia del diritto. L'opinione comune che ripone questa garanzia in una norma che dovrebbe farsi valere da una potestà sopraordinata ai soggetti vincolati ad essa o in altra norma, cui la prima servirebbe da di sanzione, nel campo del diritto costituzionale è manifestamente inammissibile. Se la costituzione è l'ordinamento supremo dello Stato, non ci può essere una norma ancora superiore che la protegga e quindi essa deve trovare nei suoi stessi elementi e atteggiamenti istituzionali la propria garanzia: i freni dei poteri più alti non possono essere esteriori, ma debbono essere immanenti e connaturati con essi, ed operano in modo anche indiretto, con coercizioni morali e spesso solo preventive” (ivi, pp. 57-58).

teoria istituzionale sul piano delle relazioni, specie tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, laddove infatti, come vedremo nel successivo paragrafo, suggestioni statualistiche continuano a condizionare – sia pure con alcuni fondamentali aggiustamenti, derivanti dalle premesse teoriche – la costruzione delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, mentre esse sembrano meno presenti in ambito internazionalprivatistico, specie con riguardo alla costruzione del rinvio.

Allo stesso tempo, l'attenzione che si è rivolta alla declinazione storica dei principi istituzionali – come esito specifico delle aperture riscontrate sul piano del metodo e, conseguentemente, della definizione del diritto - consente di tracciare un'interpretazione, per così dire, “evolutiva” del pensiero di Romano che, senza dimenticarne i precisi condizionamenti storici, riveli le possibilità di un suo (parziale) utilizzo per la descrizione delle dinamiche di relazione tra ordinamenti che si sono andate sviluppando a partire dal secondo dopoguerra. Così, in particolare, l'individuazione di un principio istituzionale di *apertura* dell'ordinamento statale all'ordinamento internazionale – unitamente alla coscienza dell'autonoma giuridicità degli ordinamenti considerati, e del mantenimento della loro distinzione al fine dell'istituzione di una relazione – potrebbe consentire, opportunamente integrata sul piano degli apporti dell'attività interpretativa, di fondare la ricostruzione della parametricità degli obblighi internazionali quale strumento di relazione tra ordinamenti, incidente prevalentemente sul piano dell'applicazione del diritto e delle interazioni tra contenuti materiali degli ordinamenti coinvolti.

2.4 *Le relazioni tra ordinamenti giuridici.*

S'impone ora, a conferma di quanto si è sin qui sostenuto, una breve panoramica sugli assetti dati da Romano al problema delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale e alla peculiare ricostruzione del rinvio internazionalprivatistico, sulla falsariga dell'analisi già condotta in merito alle soluzioni tracciate, nel medesimo ambito, da Perassi e, più in generale, in sede di approccio dogmatico. La riflessione sulle soluzioni romane ai problemi richiamati appare infatti

funzionale ad una più esatta comprensione dell'incidenza della teoria istituzionale sul piano operativo, ma allo stesso tempo rivela nuovamente la presenza di profili controversi del pensiero di Romano, specie sul piano della rilevata tensione tra statualismo e pluralismo, contribuendo a chiarirne i condizionamenti storici.

Ciò risulta con particolare evidenza, come si accennava, dalla trattazione relativa ai rapporti tra ordinamento interno e internazionale; infatti, all'affermazione della natura istituzionale dell'ordinamento internazionale, che aveva risolto talune contraddizioni delle costruzioni dualistiche¹⁹¹, si affiancano – nella seconda parte dell'*Ordinamento giuridico*¹⁹², così come nel *Corso di diritto internazionale*¹⁹³ – elementi problematici, che lasciano intravedere un parziale recupero, almeno in linea di principio, delle posizioni dei fondatori del dualismo in merito all'autonomia materiale tra ordinamento internazionale e ordinamento interno.

La trattazione delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale si inserisce nel più ampio contesto della teoria della relazioni tra ordinamenti nel modello pluralista, tracciato dal Romano nella seconda parte dell'*Ordinamento giuridico*. Occorre pertanto precisare, in via preliminare e anche al fine di riprendere considerazioni sinora svolte “in ordine sparso”, quale sia, nel discorso romaniano, la declinazione del concetto di relazione tra ordinamenti giuridici. Questo, in particolare, appare strettamente legato all'altro di “rilevanza giuridica”, in stretta connessione con le premesse istituzionalistiche: nell'affermazione che la rilevanza giuridica “non è da confondersi con l'importanza *di fatto*, che un ordinamento può avere per un altro, e nemmeno con l'uniformità materiale di più ordinamenti, che non sia *voluta* oppure sia determinata da un'esigenza *non giuridica*, ma soltanto politica, di convenienza o di opportunità”¹⁹⁴, è possibile cogliere, infatti, echi significativi di quanto si è segnalato in merito alle interconnessioni tra fondamento dell'autonoma giuridicità degli ordinamenti sul piano istituzionale e impostazione del principio di esclusività in termini non

¹⁹¹ Legate, in particolare, all'origine volontaristica delle medesime, secondo cui sul fondamento della volontà statale si sarebbe dovuto costruire un diritto che al tempo stesso dipendesse e s'imponesse alla volontà statale (cfr. ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 94).

¹⁹² Cfr., *ivi*, p. 94.

¹⁹³ Cfr. il cap. VI.

¹⁹⁴ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 118, corsivi miei.

produttivistici, ma, appunto, di relazione tra istituzioni giuridicamente autonome¹⁹⁵.

La relazione tra ordinamenti (cioè la rilevanza giuridica di un ordinamento per un altro) è subordinata all'esistenza di un *titolo giuridico* che condizioni "l'*esistenza*, o il *contenuto*, o l'*efficacia*" di un ordinamento rispetto ad un altro¹⁹⁶, laddove il senso specifico di questo nesso di condizionamento si è già precisato, sul piano teorico generale, escludendone la funzione produttiva: lo stesso titolo giuridico, più che alla presenza di puntuali manifestazioni normative dirette alla disciplina della relazione tra ordinamenti, rinvia alla *posizione* che un ordinamento assume, nei confronti di un altro, sul piano istituzionale. Così, la rilevanza giuridica potrà sussistere sulla base di un titolo fondato sulla posizione di "subordinazione" di un ordinamento rispetto ad un altro¹⁹⁷, su un nesso di presupposizione – intercorrente, ad esempio, tra un'istituzione singola ed un'istituzione complessa (istituzione di istituzioni), con una diversità di sfumature attinente essenzialmente all'incidenza del nesso di presupposizione su elementi essenziali o meno al fine dell'esistenza dell'istituzione complessa¹⁹⁸ - per effetto del "coordinamento" da parte di un ordinamento sovraordinato¹⁹⁹: ancora, si ha "rilevanza unilaterale" nel caso – particolarmente significativo ai nostri fini - in cui "un ordinamento

¹⁹⁵ Non stupisce, pertanto, che il luogo della citazione svolta nel testo preceda di poche righe il rinvio alla richiamata nota 95 *bis* (aggiunta nel 1945) che contiene proprio l'enunciazione romania del principio di esclusività.

¹⁹⁶ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., pp. 118-119.

¹⁹⁷ "Ciò avviene quando un'istituzione è compresa in un'altra e concorre a costituirla, in modo che l'ordinamento della prima è, in un certo senso, accerchiato dall'ordinamento della seconda; oppure quando ambedue fanno parte di una terza istituzione, che pone l'una nella condizione di sovrastare all'altra. Questa supremazia e la correlativa subordinazione, che ne deriva, non hanno sempre, come del resto si è rilevato, la stessa misura e non si esplicano con i medesimi effetti. Talvolta l'ordinamento superiore può determinare le stesse condizioni di esistenza e di validità di quello inferiore, come fa lo Stato, che domina così estesamente gli enti pubblici e privati che da esso dipendono. Altre volte la sfera di questa signoria può essere più ristretta. *Così il diritto internazionale sta sopra il diritto statale, ma non può né sopprimerlo né dichiararlo invalido.* Comunque, quando due ordinamenti stanno in siffatta posizione, è evidente che essa è un *titolo giuridico*, per cui l'uno è rilevante per l'altro, in vario grado e con vari effetti" (ivi, p. 120, corsivi miei).

¹⁹⁸ "Così, la comunità internazionale ha per presupposto gli Stati che ne fanno parte, il che vuol dire che il diritto internazionale presuppone il diritto statale, come il diritto di uno Stato federale quello degli Stati membri, e così via. Occorrerà però distinguere fra presupposto necessario ed essenziale, il cui venir meno determina la fine dell'altro ordinamento, e presupposto che influisce solo sul contenuto o su altri suoi momenti" (*ibidem*).

¹⁹⁹ "Una terza figura è data dall'ipotesi, che due o più ordinamenti siano l'uno indipendente dall'altro, nei loro diretti rapporti, ma dipendano insieme da un ordinamento a tutti essi superiore: in modo che possono essere reciprocamente rilevanti per il tramite di quest'ultimo, in quanto esso li coordina" (*ibidem*).

subordini, senza esservi costretto e per sua spontanea determinazione, qualche punto del proprio contenuto o della propria efficacia ad un ordinamento, dal quale è affatto indipendente, ma che così diventa per esso rilevante”²⁰⁰, senza che in ordine a ciò assuma importanza l’eventuale assenza di reciprocità o, infine, il titolo giuridico può risiedere nella successione tra ordinamenti²⁰¹.

Orbene, al di là dell’importanza delle singole figure di titoli di rilevanza, sembra importante sottolineare e mantenere fermo il radicale mutamento di prospettiva implicato dallo spostamento dell’attenzione dalle dinamiche di produzione giuridica – come avviene, tipicamente, nell’approccio dogmatico, in chiave *correttiva* degli effetti della pluralità degli ordinamenti sull’assunzione del punto di vista interno – agli assetti delle relazioni positivamente osservabili tra ordinamenti, in quanto descritte dai principi istituzionali compresenti ai medesimi, e declinabili sul piano storico per il tramite della rilevata storicità dei principi stessi. Ovviamente, diversa sarà la portata di simile affermazione, a seconda del momento sul quale incida il titolo giuridico della relazione, e cioè esistenza, contenuto o efficacia.

2.4.1 *Segue: le relazioni tra ordinamento internazionale e ordinamento interno.*

Venendo ora, molto rapidamente, al profilo delle relazioni tra ordinamento internazionale e ordinamento interno, esse vengono analizzate prevalentemente in quanto incidenti sull’esistenza e sul contenuto dei due ordinamenti, mentre è assente ogni trattazione riguardante le relazioni incidenti sull’efficacia, giacché su questo profilo specifico il Romano, come meglio preciserà nel *Corso di diritto internazionale*, rimane assai legato alle posizioni degli iniziatori del dualismo in merito alla separazione tra ordinamenti sul piano formale e materiale²⁰²: ne deriva una certa difficoltà, al momento di inquadrare gli esiti operativi delle relazioni nell’ambito delle premesse istituzionistiche. Si tratta, insomma, di uno dei profili

²⁰⁰ Ivi, p. 121: “il così detto diritto internazionale privato – in quanto non è che un diritto iperstatale o vi si ricollega – si ha per l’appunto quando uno Stato, da sé o per sua propria volontà, fa un certo posto nel suo ordinamento all’ordinamento degli Stati stranieri”.

²⁰¹ In base al quale “un ordinamento può essere rilevante per un altro, perché si è trasfuso in quest’ultimo, cessando di esistere da per sé, ma determinando la struttura di quello in cui si è compenetrato” (*ibidem*).

²⁰² Cfr. analogamente, BERNARDINI, *La produzione...*, cit., p. 243.

dell'opera romaniana in cui più evidente appare la tensione già richiamata tra pluralismo e statualismo: in particolare, la proclamazione del principio di separazione sembra, ad una prima lettura, molto netta, rimanendo assente ogni apertura ad una diversa declinazione storico-positiva dell'assetto delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Dall'affermazione secondo cui "il diritto internazionale si rivolge agli Stati, ciascuno considerato nella sua unità" e non ai loro organi o ai loro cittadini, discende infatti che le sfere di efficacia dei due ordinamenti restano distinte, con il corollario che l'ordinamento internazionale non può contrastare l'efficacia delle statuizioni interne ad esso contrarie²⁰³: un simile atteggiamento, che richiama posizioni già criticate, sia anteriori che successive, ha, tuttavia, una evidente spiegazione storica. Le ragioni profonde di una resistenza all'apertura dell'ordinamento statale all'ordinamento internazionale – vissuta come momento di subordinazione dell'uno all'altro – risiedono infatti, più ancora che nel peso dell'eredità dello statualismo liberale, nel contesto storico in cui Romano formula la propria teoria (gli anni dal 1910 al 1920), ancora saldamente ancorato al paradigma statale: così, se i condizionamenti della sovranità statale sul piano interno – si pensi al già maturo movimento operaio, all'esperienza dell'associazionismo cattolico, o, su un piano diverso, ai partiti politici e agli stessi rapporti con l'ordinamento canonico – appaiono come fenomeni di incisività maggiore (e pure Romano, con l'unica eccezione dell'ordinamento canonico²⁰⁴, tenta di inquadrali nel contesto di un ripensamento del ruolo dello Stato, ma non in chiave anti-statualistica), sul versante esterno, le esperienze ancora embrionali di cooperazione non dovevano apparire suscettibili – sul piano di una rigorosa osservazione storico-giuridica che,

²⁰³ ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 46, con la consueta precisazione, secondo cui "in linea di fatto, una contraddizione fra il diritto internazionale e il diritto interno è possibile" però essa "non toglierà efficacia né all'uno né all'altro. Uno Stato continuerà ad avere verso un altro Stato diritti o doveri, anche se non risulteranno dalle sue leggi o saranno a queste contrari; viceversa un cittadino o un organo avrà i poteri, i diritti e i doveri che gli deriveranno dal diritto interno, anche se esso non è conforme al diritto internazionale. Cosicché può darsi che uno Stato agisca in un modo che potrà essere legittimo per il suo ordinamento, ma antigiuridico per l'ordinamento internazionale, e viceversa: nell'una e nell'altra ipotesi sorgeranno le responsabilità sancite dall'ordinamento violato, che così potrà manifestare la sua efficacia senza tener conto di quello contrario".

²⁰⁴ Sulla specificità della concezione romaniana dei rapporti con l'ordinamento canonico, e più in generale sul Romano ecclesiasticista, v. FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, in AA. VV. *Le dottrine giuridiche di oggi...*, cit., pp. 163 ss.

di nuovo, molto è in grado di dire sul metodo romaniano - di declinare le relazioni tra ordinamento interno e internazionale in termini molto diversi da quelli di una reciproca indipendenza/indifferenza²⁰⁵.

Il peso specifico delle premesse istituzionalistiche – che interviene a bilanciare le risultanze dell’osservazione storica – consente, tuttavia, che il principio di separazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale non venga costruito in modo rigido: esso, afferma significativamente Romano – proprio grazie ad uno sguardo più profondo sulle dinamiche di relazione tra istituzioni – “non è [...] così assoluto da escludere un altro principio, che può dirsi di *collegamento* fra i due ordinamenti e che deriva dal fatto che essi si *presuppongono* a vicenda”²⁰⁶. Esiste dunque un nesso di presupposizione, che costituisce un titolo giuridico di relazione tra gli ordinamenti: esso, tuttavia, non si estende sino al punto di considerare l’ordinamento presupposto come fonte dell’altro ordinamento, secondo quanto Romano chiarisce già nell’*Ordinamento*, il che implicherebbe una rottura del principio di separazione, incompatibile con la premessa della originarietà di ordinamento interno e ordinamento internazionale²⁰⁷. Se l’ordinamento internazionale “ha per contenuto rapporti fra gli Stati” esso “si risolve necessariamente in rapporti fra gli ordinamenti giuridici statali”, che però vengono per esso in considerazione “non nelle loro singole parti, e perciò non nelle norme e nei precetti di cui constano” ma ciascuno nella sua unità “come chiusi, a somiglianza di ciò che avviene in certe operazioni

²⁰⁵ Cfr. ancora la prolusione del 1918 (*Oltre lo Stato*, cit.) – idealmente collegata (cfr. p. 421) alla prolusione del 1909 (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit.) - in cui la cautela è molta, e strettamente legata all’osservazione del dato storico (pp. 430-431): il “prudente osservatore della storia” (tanto più se istituzionalista) non può dimenticare le “troppe forze ideali e materiali, prima fra tutte il sentimento della nazionalità di ciascun popolo” che “si dovrebbero distruggere” per giungere alla formazione di ampie strutture superstatuali, suscettibili di inverare prospettive universalistiche o di federalismo mondiale.

²⁰⁶ Ivi, p. 47 (corsivi originali).

²⁰⁷ Cfr. ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 125: “il diritto internazionale” afferma chiaramente Romano, “ci offre l’esempio di un ordinamento superiore a quello dei singoli Stati, che tuttavia non ne dipendono né per la loro esistenza complessiva, né per la validità delle loro singole estrinsecazioni. Da questo principio discende il corollario della c.d. separazione dei due ordinamenti giuridici, cioè del diritto internazionale e del diritto interno statale. E perché esso non sia frainteso e condotto ad applicazioni *esagerate e inesatte*, occorre tener presente il *reale fondamento* del principio da cui deriva” e che consiste nella duplice precisazione: a) che l’ordinamento statale mantiene il proprio carattere originario e b) che “il diritto internazionale si rivolge soltanto agli Stati, considerati ciascuno nella sua propria unità, non ai loro organi o sudditi, in modo che esso non ha il potere di invalidare di fronte a quest’ultimi l’ordinamento statale, che fosse eventualmente in opposizione ai suoi principi o alle sue norme”.

matematiche, fra parentesi”²⁰⁸. La stessa attribuzione agli Stati di diritti ed obblighi da parte del diritto internazionale impone di ritenere che l’organizzazione interna degli Stati, che rende possibile “loro attribuire una volontà” costituisca un presupposto dell’ordinamento internazionale: “presupposto, si noti bene, non soltanto di fatto, ma anche giuridico”²⁰⁹. Il carattere *giuridico* dell’ordinamento statale come presupposto del diritto internazionale è poi ulteriormente chiarito dal Romano, anzitutto escludendo che il titolo giuridico della relazione possa in tal caso essere costituito, in luogo della presupposizione, dal rinvio, tanto materiale o ricettizio, da parte dell’ordinamento internazionale, dal momento che il rinvio, in questo caso, è impedito dalla già richiamata radicale distinzione delle sfere di efficacia dei due ordinamenti²¹⁰. In secondo luogo, criticando espressamente la posizione di Marinoni, secondo cui l’organizzazione statale sarebbe per l’ordinamento internazionale un semplice *dato di fatto*, Romano afferma chiaramente che “essa è invece un dato giuridico, cioè un ordinamento che viene in considerazione come tale”, proprio perché, da un lato, il diritto non è solo norma e, d’altro canto, perché la giuridicità dello Stato *non può essere mai negata*, neanche quando esso venga in considerazione dal punto di vista dell’ordinamento internazionale”²¹¹: da simile affermazione discendono due corollari importanti.

²⁰⁸ Ivi, p. 128: ne consegue, pertanto, che “il principio della c.d. separazione del diritto interno statale e del diritto internazionale è esatto, in quanto quest’ultimo non penetra in questa parentesi: tuttavia il numero complessivo, per dir così, che è da questa rappresentato, è un suo presupposto, e l’insieme degli ordinamenti statuali è una condizione della sua stessa esistenza”.

²⁰⁹ *Ibidem*. La posizione contraria, afferma infatti Romano alla nota 99 di p. 130, “muove sempre dall’opinione che lo Stato sia un ente di fatto, che diventa ente giuridico per ciascun ordinamento. Invece, noi diciamo: lo Stato non può concepirsi in nessun momento se non come ente giuridico. Ciò non esclude che la sua figura giuridica sia, per il diritto internazionale, diversa da quella che esso dà per il suo diritto interno: però quest’ultima non può non essere giuridicamente rilevante per la prima, almeno come suo presupposto”.

²¹⁰ Cfr., ivi, pp. 128-129: “si dice comunemente che il diritto internazionale rinvia al diritto costituzionale, per quanto concerne la competenza dell’organo che deve formare o esprimere la volontà dello Stato rilevante nei rapporti internazionali”; il ricorso alla figura del rinvio è tuttavia escluso, tanto declinando lo stesso in termini materiali, cioè come rinvio ricettizio – giacché “la norma di diritto costituzionale, che stabilisce la competenza di un organo, concerne un rapporto fra lo Stato e questo organo e non può essere assunta nel diritto internazionale, che concerne solo rapporti fra Stati” – quanto declinandolo in termini di rinvio formale, dal momento che “tale specie di rinvio [...] implica la possibilità giuridica che la materia, per cui si richiama il diritto di un altro ordinamento, sia regolata dall’ordinamento che opera il rinvio e che così rinuncia a regolarla da sé: ora, questa possibilità manca nel caso di cui facciamo parola, trattandosi di materia che, necessariamente, rientra nel diritto costituzionale e a cui il diritto internazionale è estraneo”. Nello stesso senso, cfr. anche *Corso...*, cit., pp. 48-50.

²¹¹ Ivi, p. 130.

In primo luogo, evidentemente, si ha l'affermazione della possibile coesistenza di due ordinamenti, la cui giuridicità appare fondata in modo autonomo e che, soprattutto, possono essere oggetto di simultanea considerazione da parte del giurista, in una prospettiva radicalmente diversa da quella che sarà assunta dai dogmatici, legati al punto di vista interno all'ordinamento considerato, la quale, d'altro canto non può essere ricondotta alla differenza di premesse metodologiche (dogmatica vs. teoria generale), ma alle implicazioni più profonde di un approccio realistico alla teoria degli ordinamenti giuridici.

In secondo luogo, mantenere la giuridicità dell'ordinamento statale anche a livello internazionale rivela un'ulteriore dimensione della portata garantistica delle teorie istituzionali – per le già rilevate interconnessioni tra premesse istituzionistiche e limitazione del potere – che si estendono in tal modo sul piano delle relazioni internazionali, contribuendo a depotenziare, almeno in linea di principio, spunti arbitrari nella loro gestione da parte degli Stati: la giuridicità dell'ordinamento statale anche dal punto di vista dell'ordinamento internazionale – che deriva dalla sua autonoma matrice istituzionale – costituisce in altre parole un presupposto dell'esistenza stessa dell'ordinamento internazionale, nella misura in cui la piena giuridicità di esso può poggiare esclusivamente su garanzie di carattere giuridico, e non meramente politico o materiale. In questa prospettiva, dunque, si può comprendere l'affermazione secondo la quale è sulla costituzione interna dello Stato che, “in parte, il diritto internazionale fa assegnamento perché le sue norme siano osservate”: “questo può essere, come è, un diritto fra soggetti uguali, perché l'ordinamento interno di ciascuno Stato *ricosciuto* contiene, *implicitamente o esplicitamente*, la norma fondamentale che impone ai suoi organi, almeno come regola, il rispetto del diritto internazionale e l'emanazione di quegli atti che valgano a farlo rispettare dai sudditi”²¹². Anche al di là di una vincolatività diretta del diritto internazionale nell'ordinamento interno – che Romano, come si è visto, esclude, riprendendo la premessa dell'autonomia materiale tra i due ordinamenti – pertanto, la relazione tra di essi si gioca sul titolo della presupposizione²¹³, con la

²¹² Ivi, p. 131, corsivi miei.

²¹³ Cfr. *ibidem*: “il diritto internazionale non è certo obbligatorio direttamente per gli organi e i cittadini dello Stato, ma *presuppone* una norma di diritto interno che assicuri, in massima parte e sia pure in modo relativo e condizionato, che quest'ultimo non si atteggi così da rendere

significativa conseguenza che l'ordinamento statale, nel momento in cui entra a far parte dell'ordinamento internazionale – accettando di entrare in relazione con esso – viene cambiato intimamente nella sua struttura. In quest'ottica, da un lato, assumono rilevanza giuridica – sulla base di quanto si è detto in merito ai principi istituzionali – le dinamiche storiche sottese alle relazioni internazionali e, d'altro canto, lo stesso contrasto puntuale tra singole norme o istituti riceve una collocazione più ariosa, che tiene conto di un sistema di relazioni articolato in maniera flessibile, fondato sul principio che “della società degli Stati, regolata dal diritto internazionale, non è possibile che faccia parte uno Stato, il quale non è organizzato o costituito in modo da assicurare – ripetiamo: in massima e per principio generale - la conformità della sua condotta alle regole di quella società”²¹⁴. Un'ultima precisazione sul punto: il fatto che il diritto internazionale trovi “una parte notevole” delle sue garanzie nel diritto interno non pregiudica l'autonomia della matrice istituzionale dell'ordinamento internazionale – che, ad esempio, possiede pur sempre un proprio autonomo, per quanto imperfetto e primitivo, sistema di sanzioni – bensì include in essa, come presupposto, la garanzia rappresentata dall'*apertura* degli ordinamenti statali²¹⁵.

Quanto alla rilevanza per contenuto, vanno segnalati essenzialmente due profili, strettamente collegati alle segnalate interconnessioni fra ripresa dell'autonomia materiale tra ordinamento interno e ordinamento internazionale e declinazione non rigida del principio di separazione. Anzitutto, dall'incidenza dell'appartenenza all'ordinamento internazionale sulla struttura dello Stato deriva il principio generale dell'interpretazione dell'ordinamento interno in senso conforme all'ordinamento internazionale, proprio perché “non si deve presumere che uno

inosservabili da parte dello Stato i suoi impegni verso gli altri membri della comunità internazionale” (corsivo mio).

²¹⁴ Ivi, p. 132.

²¹⁵ Cfr. *ibidem*: “certo, se la garanzia si concepisce come sanzione o coazione, che debba risolversi in una norma che protegga l'osservanza di un'altra, tale norma non può appartenere che al medesimo ordine giuridico di cui fa parte la norma protetta. Ma se per garanzie s'intendono anche quelle indirette e relative, su cui un ordinamento può fare assegnamento, esse possono ben trovarsi nella struttura interna dei suoi subietti, nella loro stessa organizzazione, e, quindi, nei presupposti dello stesso ordinamento. Anzi, come si è visto e com'è intuitivo, non solo le garanzie, ma anche l'esistenza del diritto internazionale si fondano su questi presupposti”.

Stato abbia un diritto interno che, essendo in contrasto con quello internazionale, lo ponga in condizione di venir meno ai suoi impegni all'estero"²¹⁶.

In secondo luogo, viene in rilievo, la problematica dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, dal Romano declinata proprio come caso di rilevanza dell'ordinamento internazionale quanto alla determinazione del contenuto dell'ordinamento interno. Non sembra che, a questo proposito, Romano si discosti particolarmente dalla partizione triepeliana del diritto interno imposto, permesso, o vietato dal diritto internazionale, e ciò essenzialmente in virtù della ripresa del principio di separazione. In altre parole, dal momento che la superiorità dell'ordinamento internazionale rispetto all'ordinamento interno è "limitata, non solo dai suoi stessi caratteri o dalle stesse sue norme, ma anche da un'indipendenza propria e originaria dell'ordinamento inferiore"²¹⁷, deve essere escluso che l'ordinamento internazionale possa determinare *direttamente* il contenuto dell'ordinamento interno; d'altro canto, coerentemente con il carattere "massiccio" dell'istituzione – evidente nel discorso richiamato sulla considerazione dello Stato "fra parentesi" da parte dell'ordinamento internazionale - Romano esclude, come già Donati in polemica con la diversa posizione di Anzilotti²¹⁸, che l'ordinamento internazionale possa rivolgersi direttamente agli organi dello Stato, imponendo direttamente ad essi l'obbligo di adottare o non adottare determinati precetti. Giuridicamente rilevante è pertanto il diritto o l'obbligo spettante allo Stato, che lo esercita *per mezzo* dei propri organi, mentre i rapporti che derivano dall'ordinamento internazionale "sono da considerarsi come giuridicamente rilevanti anche per il diritto interno, non come sua fonte, ma in quanto possono *metterlo in movimento* e determinare l'ulteriore applicazione o osservanza di norme in esso già contenute", quali, in primo luogo, quella che dispone la generale apertura dell'ordinamento interno all'osservanza del diritto internazionale²¹⁹. La declinazione istituzionistica delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, fa sì, pertanto, che anche il problema

²¹⁶ ROMANO, *Corso...*, cit., p. 46.

²¹⁷ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 133.

²¹⁸ Cfr. *supra*, cap. II.

²¹⁹ ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 134: cfr. anche, *ibidem*: "l'ordinamento internazionale può influire sul contenuto dell'ordinamento statale, non per forza immediata delle sue disposizioni, *ipso iure*, ma solo in conseguenza e a motivo dell'esercizio di un diritto subbietivo o dell'osservanza di un dovere subbietivo, che allo Stato deriva, di fronte agli altri Stati".

dell'adattamento si sposti dal piano normativo a quello della considerazione della posizione dell'ordinamento statale nella più vasta comunità internazionale: in questa prospettiva, infatti, assumono rilievo non tanto le puntuali previsioni normative di fonte internazionale, e la loro eventuale, diretta o indiretta, incidenza sul contenuto dell'ordinamento interno, quanto piuttosto la *posizione* di quest'ultimo nell'ordinamento internazionale, che lo rende soggetto di diritti ed obblighi. In questo senso, separazione e collegamento vanno di pari passo, ed anche la ripresa della posizione di Donati sulla soggettività internazionale dello Stato nel suo complesso – che senza dubbio segna un momento di irrigidimento della separazione – non può far dimenticare che l'ordinamento giuridico statale è unico, tanto ove lo si consideri sul versante interno, quanto ove si abbia riguardo al suo *status* rispetto all'ordinamento internazionale. La prospettiva realistica non poteva cioè eliminare, in Romano, la consapevolezza che lo Stato che assume l'obbligo internazionale è *lo stesso Stato* che tale obbligo provvede ad attuare nel diritto interno. Così, se resta ferma la premessa della separazione materiale dei due ordinamenti – con il corollario dell'impossibilità per il diritto internazionale di spiegare efficacia diretta all'interno dell'ordinamento statale, per inidoneità materiale – d'altro canto la previsione di obblighi e diritti da parte dell'ordinamento internazionale è *direttamente efficace* anche all'interno dell'ordinamento statale, allo scopo di provocarne la conformazione alla posizione che ad esso deriva dalla sua appartenenza alla comunità degli Stati: in questo senso, può comprendersi l'importante affermazione secondo cui “è sempre lo Stato che determina il contenuto del proprio ordinamento, ma ciò non toglie che su questa determinazione possa influire il diritto internazionale”²²⁰, e può affermarsi che si raggiunga un equilibrio tra identità dei termini della relazione ed apertura alla relazione medesima.

Particolare conferma di simili affermazioni, si ha nella interpretazione romaniana dell'ordine di esecuzione del trattato, ricostruito come comando rivolto direttamente all'interprete: l'emanazione della norme necessarie all'attuazione del trattato non avviene, infatti, “mediante la loro espressa formulazione, ma

²²⁰ *Ibidem.*

lasciandole desumere dall'interprete"²²¹. Sembra infatti che tale ricostruzione delle dinamiche di adattamento al trattato descriva bene tanto il legame delle elaborazioni romane sul punto con le parallele conclusioni della Scuola di diritto internazionale – si ricordi l'analogica ricostruzione di Anzilotti – quanto l'originalità della prospettiva istituzionistica. Ancora una volta vale infatti sottolineare lo spostamento del punto di osservazione dall'esclusiva considerazione delle dinamiche di produzione giuridica ad un approccio più comprensivo, che ha riguardo alle vicende dell'istituzione nel suo complesso, ed in particolare alla dimensione applicativa. Si ha, in particolare, una integrazione delle due prospettive, evidente nel momento in cui all'astratta emanazione delle norme da parte dell'ordine di esecuzione si affianca la coscienza – che pare condizionata dalle premesse realistiche – della centralità del ruolo dell'interprete, chiamato, in questo caso, a costruire la dimensione operativa dell'adattamento al trattato: accanto alla mediazione normativa statale – costruita con tratti di minore rigidità sia rispetto alle precedenti elaborazioni del dualismo, sia con riguardo ai futuri sviluppi delle concezioni produttivistiche maturate in ambito dogmatico – che mantiene il ruolo di momento *propulsivo* della relazione, emerge in altre parole la proiezione operativa delle dinamiche istituzionali di relazione. Lo scenario che così si apre è indubbiamente affascinante, e risulta ulteriormente avvalorato dalla costruzione del rinvio internazionalprivatistico.

2.4.2 *Segue: relazioni tra ordinamenti, principio di esclusività e rinvio internazionalprivatistico.*

La costruzione del rinvio internazionalprivatistico costituisce un momento essenziale dell'elaborazione romana del principio di esclusività e dell'articolazione del sistema di relazioni tra ordinamenti, alla luce delle premesse

²²¹ Ivi, p. 135. Sembra possibile cogliere suggestive ripercussioni della costruzione romana dell'ordine di esecuzione in due delle più importanti teorizzazioni di questo strumento, formulate dalla dottrina italiana del secondo dopoguerra, vale a dire FABOZZI, *L'attuazione dei trattati mediante ordine di esecuzione*, cit. e D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, cit., su cui vedi infra, cap. IV.

istituzionistiche²²². L'istituto del rinvio, infatti, da un lato conferma le precedenti affermazioni in merito alla possibile coesistenza, e contemporanea considerazione di più ordinamenti e, d'altro canto, chiarisce ulteriormente la posizione della "determinazione unilaterale" dello Stato rinviante – che costituisce il titolo giuridico della relazione, tanto con riguardo alla rilevanza giuridica per contenuto, quanto a quella per efficacia – rispetto all'instaurazione della relazione medesima. In altre parole, anche in questo ambito si manifesta la più volte richiamata tensione tra pluralismo e statalismo, sotto il profilo specifico dell'apparente contraddizione tra determinazione unilaterale dell'ordinamento rinviante e autonoma giuridicità dell'ordinamento richiamato; inoltre, la configurazione della norma di rinvio (anche) come norma di applicazione sembra aprire spazi per una considerazione del momento applicativo nelle dinamiche di relazione tra ordinamenti, che saranno sviluppati dalle dottrine successive, e di particolare dalla posizione di Betti.

Assai suggestivo appare, in particolare, il percorso attraverso il quale Romano giunge all'originale elaborazione della categoria, ancorandola al problema dei limiti dell'ordinamento statale, in conseguenza della sua condizione di membro della comunità internazionale. Senza infatti superare il profilo dell'originarietà – e della rilevanza dell'autonoma matrice istituzionale – dell'ordinamento statale, Romano riconosce che, in quanto appartenente all'ordinamento internazionale, lo Stato viene automaticamente a trovarsi in una condizione peculiare per ciò che concerne le proprie relazioni con gli altri ordinamenti statali. Al di là dell'eventuale presenza di una norma internazionale che imponga agli Stati "l'obbligo preciso e tassativo di coordinare [...] i rispettivi ordinamenti", Romano segnala il momento "logicamente anteriore" che consiste nella definizione, da parte dell'ordinamento internazionale (*rectius*: in considerazione degli assetti organizzativi concretamente osservabili, ed espressi nei principi istituzionali di quest'ultimo), di una "posizione generale", di uno "*status*" giuridicamente

²²² Sulla costruzione romaniana del rinvio formale, v. BERNARDINI, *La produzione...*, cit., pp. 242 ss., il quale, alle pp. 245-246, espressamente afferma che "non può disconoscersi la discendenza di questa concezione dalle premesse istituzionistiche del Romano. Ciò è reso particolarmente chiaro dal fatto che le idee del Romano hanno certamente contribuito al passaggio dalle teorie recezionistiche a quelle produttivistiche, in quanto esse hanno contribuito a porre in luce l'autonomia, rispetto alla norma di rinvio, delle norme richiamate, ma si sono svolte in senso opposto alle teorie produttivistiche, inserite invece ovviamente in un alveo normativistico".

rilevante per lo Stato, dal quale esso “resta, per così dire, *affetto* [...], non ne può e anche non ne vuole prescindere e ne tiene conto nel suo ordinamento interno”²²³.

Di nuovo, le relazioni tra ordinamenti si giocano sul piano istituzionale, prima e più che sul piano normativo: le manifestazioni normative – e, come vedremo, applicative – in cui le dinamiche di relazione si esprimono, vengono opportunamente contestualizzate con riferimento alla posizione reciproca degli ordinamenti nel “complesso dell’istituzione in cui si concreta la *societas gentium*”²²⁴.

Il rinvio internazionalprivatistico – tanto recettizio, quanto formale – si inserisce in simile quadro, in quanto esplicazione dello *status* istituzionale dello Stato come socio della comunità internazionale, qualità che lo conduce a “limitare la sfera, non già della semplice applicazione [...] ma dell’*effettivo contenuto* del proprio ordinamento” e contemporaneamente a stabilire che “nel campo in cui questo, per dir così, si arretra, subentri il contenuto di un ordinamento straniero, *scelto e determinato* con criteri che possono variare”²²⁵; e, mentre la trattazione del rinvio recettizio – consistente nell’assunzione di un contenuto normativo promanante da un ordinamento straniero, che diviene parte integrante dell’ordinamento richiamante²²⁶ – rimane sullo sfondo, l’analisi del rinvio formale costituisce un banco di prova importante per la verifica delle proiezioni operative della teoria istituzionale, nella misura in cui esso si dà quando “lo Stato, pur trattandosi di una materia che esso vuole sia regolata, crede di limitare la propria competenza legislativa, escludendo la materia stessa dalla serie di quelle che formano oggetto della sua competenza e, viceversa, riconoscendo il regolamento che essa riceve da un altro ente originario, in modo che le norme di quest’ultimo vengano ad

²²³ ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 138.

²²⁴ *Ivi*, p. 139.

²²⁵ *Ibidem*, corsivi miei.

²²⁶ Cfr. *Principii...*, cit., p. 95: “Se le leggi dello Stato si richiamano alla norma di un diverso ordinamento con l’intenzione di farla propria, in modo che essa diventa parte integrante dello stesso ordinamento statale, ossia si trasforma in una norma di quest’ultimo «nazionalizzandosi», come talvolta si dice, si ha un rinvio ricettizio o materiale. Esso implica che lo Stato, per ragioni di opportunità, voglia avere una norma uguale a quella contenuta in un altro ordinamento, p. es., di un altro Stato, e, per raggiungere più facilmente tale scopo e specialmente per non dover emanare una nuova legge propria quando quest’altro Stato cambia la sua, non ne ripete il contenuto, ma emana, come si suol dire, una «norma in bianco» da riempirsi col contenuto della norma estranea cui si rinvia, sia quella attuale, siano quelle future”.

acquistare una qualche efficacia per lo stesso Stato, pur rimanendo leggi ad esso estranee”²²⁷.

La natura istituzionale delle stesse relazioni si impone dunque allo Stato, descrivendo la possibilità di riconoscimento del limite derivante dalla coesistenza con altri Stati in una istituzione più comprensiva, che non si atteggia, tuttavia, a fonte dell’ordinamento statale medesimo: il riconoscimento del confine si apre così, proprio in conseguenza delle premesse istituzionistiche, all’apertura alla relazione con l’altro attraverso il rinvio, avendosi con ciò conferma di quanto si è sostenuto in merito alla diversa declinazione che, nel modello istituzionalista, riceve la mediazione dell’ordinamento statale, come momento appunto di riconoscimento, e non di “produzione” dell’altro ordinamento. Da simile posizione discende il significativo corollario che l’ordinamento “straniero” non resta estraneo all’ordinamento richiamante, non assume in relazione a questo la natura di mero fatto, ma, a seguito del riconoscimento, viene in rilievo nella sua giuridicità: la critica della degradazione a mero fatto dell’ordinamento riconosciuto²²⁸ – che va di pari passo con la critica delle costruzioni produttivistiche del rinvio²²⁹ – s’intreccia con la costruzione romaniana del principio di esclusività, e pone ulteriori interrogativi sulla natura della determinazione unilaterale di rinvio. Il diritto straniero, infatti, che rimane di per sé giuridico in ragione della matrice istituzionale, viene in rilievo *come tale* all’atto della determinazione unilaterale da parte dell’ordinamento rinviante, che, tuttavia, svolge la funzione di *attribuire efficacia* al diritto straniero richiamato nell’ambito dell’ordinamento rinviante, come conseguenza del limite che esso riconosce: la considerazione del “fatto reale che una persona, una cosa, un rapporto qualsiasi, possono ricadere contemporaneamente nell’ambito di parecchi ordinamenti”²³⁰ induce cioè lo Stato a limitare l’ambito di efficacia del proprio diritto, riconoscendo, in determinati ambiti materiali, l’efficacia dell’ordinamento straniero, che continua a valere come tale, con il solo limite del rispetto

²²⁷ *Ibidem.*

²²⁸ Cfr. ROMANO, *Principii...*, cit., p. 59.

²²⁹ Cfr. ROMANO, *L’ordinamento...*, cit., p. 151, nt. 120 *ter.*

²³⁰ *Ivi*, p. 141.

dell'ordine pubblico interno²³¹. L'ordinamento straniero diviene così rilevante per l'ordinamento rinviate per effetto del riconoscimento, così conciliandosi alterità e relazione²³². Al tempo stesso, tuttavia, l'esigenza di riconoscimento non è del tutto arbitraria, fondandosi, al contrario, sullo *status* istituzionale di appartenenza alla comunità internazionale così come sulla considerazione della reale necessità del coordinamento; d'altro canto, il diritto straniero continuerà a fondare la propria giuridicità sulla propria matrice istituzionale – e non sul riconoscimento – venendo in rilievo come tale. In altre parole, il riconoscimento incide sull'efficacia, non sulla validità del diritto richiamato, e non assume pertanto funzione produttiva: l'altro ordinamento viene accettato in considerazione di esigenze reali, e ad esso è riconosciuta una sfera di efficacia nell'ambito dell'ordinamento richiamante. Il rinvio al diritto straniero “è infatti da ricollegarsi al principio, che lo Stato ha limitato se stesso”²³³, aprendosi all'efficacia del diritto straniero – senza incorporarlo, e senza trasfigurare la sua originaria giuridicità attraverso congegni produttivi - in un ambito materiale per l'innanzi disciplinato alla propria competenza legislativa²³⁴: ne consegue che, più che di norma di conflitto, possa parlarsi della determinazione di rinvio come “norma di diritto interno, che tende, in questo senso, non a risolvere (guardando sempre al

²³¹ Il limite dell'ordine pubblico opera, infatti, proprio nel senso di circoscrivere l'efficacia del diritto straniero determinata dal riconoscimento: “l'ordinamento straniero non potrà conseguire gli effetti che siano per esso ammissibili, se si dimostrano contrari all'ordine pubblico, al buon costume, alle leggi proibitive dell'altro Stato: in quest'ipotesi, la sua efficacia resterà quindi diminuita, se non esclusa, nonostante il suo generico riconoscimento” (ivi, p. 151). Peraltro, come è stato efficacemente affermato, “l'esistenza stessa di questo principio, limitato e negativo, di armonizzazione è espressione di quell'insuperabile estraneità del diritto straniero rispetto a quello del foro che esclude una effettiva coordinazione, e con essa quell'incorporazione che la postulerebbe” (cfr. ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, cit., p. 91, ma anche pp. 120 ss.).

²³² Come sarà affermato dallo Ziccardi, pur da premesse diverse da quelle romane, sul piano teorico – ma a partire da una concezione analoga del rinvio formale, tutta incentrata sul superamento delle concezioni produttivistiche e della degradazione a mero fatto: “il diritto straniero è reso rilevante nella sua stessa estraneità, e non come risultato di una trasformazione di norme straniere in norme interne, e quindi nei suoi originari caratteri e nel contenuto che esso stesso si dia, senza che su quei caratteri influiscano le norme che fanno ad esso richiamo nel senso del diritto internazionale privato” (*op. ult. cit.*, p. 128).

²³³ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 142.

²³⁴ In questo caso, afferma Romano (ivi, pp. 139-140), “la materia [...] è considerata giuridicamente rilevante per l'ordinamento dello Stato e quindi per tutte le sue funzioni che possono aver qualche rapporto con essa: per la funzione giudiziaria, per quella amministrativa, ed anche per quella legislativa. Senonché, in riguardo a quest'ultima, lo Stato non fa uso del potere che avrebbe di regolarla nel suo contenuto: la legge se ne occupa sempre, ma solo negativamente e per far posto all'ordinamento di un altro Stato, che la regola positivamente”.

momento posteriore dell'applicazione) ma ad impedire i c.d. conflitti o concorsi delle potestà legislative di più ordinamenti, che possono avere in comune la medesima materia”²³⁵.

Se è poi vero, d'altro canto, che Romano insiste nell'affermare che la norma di rinvio dispiega efficacia – e ha valore, com'è d'altronde ovvio – esclusivamente per l'ordinamento rinviante, e che, di conseguenza, questo non entra in “rapporto” con l'ordinamento richiamato – limitandosi ad istituire un nesso di “coordinamento unilaterale” – non può al tempo stesso dimenticarsi che il richiamo all'ordinamento straniero discende dall'esigenza di relazione obiettivamente sussistente tra le istituzioni, vale a dire, di nuovo, dalla *posizione che le istituzioni assumono l'una rispetto all'altra*²³⁶, o meglio, esso riproduce all'interno dell'ordinamento richiamante la dinamica di relazione esistente a livello degli obiettivi assetti interistituzionali.

In tale prospettiva, può invero ritenersi che si riproduca in questo modo, ad un livello più alto, la più volte richiamata relazione tra natura istituzionale del diritto e limitazione dell'arbitrarietà delle manifestazioni del potere: nella misura in cui, infatti, la relazione con un altro ordinamento – anche originario - si presenta come un'esigenza istituzionale, la determinazione unilaterale assume le vesti non tanto di un arbitrario atto di relazione, quanto piuttosto di un necessario “intervento personale” in una relazione già strutturata a livello di assetti obiettivi – in questo senso il limite non è *posto*, ma *riconosciuto* dalla “determinazione unilaterale” - ferma restando la possibilità di una sua esclusione, che tuttavia si porrebbe in radicale contrasto con le stesse esigenze istituzionali, potendo addirittura assumere i tratti di un atto rivoluzionario²³⁷.

Romano sposta così decisamente il problema del rinvio sul piano delle relazioni tra ordinamenti, riconducendo la determinazione unilaterale dello Stato (pure condizionata dall'esigenza *reale*, istituzionale, della relazione), coerentemente con

²³⁵ Ivi, p. 140.

²³⁶ Per i passi citati tra virgolette, cfr. ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 143.

²³⁷ Si muove in senso diverso PINELLI, *Costituzione...*, cit, 57-58, laddove afferma che “nella misura in cui vengono postulati ordinamenti originari, che, perché tali, sono sovrani e non conoscono altre limitazioni se non quelle poste o riconosciute da essi stessi, scompare l'idea di ordinamento oggettivamente e sempre limitato, mentre quella di «autolimitazione», districata dal dilemma «fatto/diritto» che aveva accompagnato il problema delle origini, mantiene aperto l'arco teorico di possibilità rimesse al solo elemento della normazione”.

il proprio sistema, al titolo giuridico in base al quale assumere la rilevanza di un ordinamento per un altro: non ci si muove, cioè, né sul piano della produzione, ma neanche, è bene sottolinearlo, sul piano dell'applicazione: "si tratta di un conflitto, che non si presenta primieramente davanti al giudice, come [la] dottrina riteneva, muovendo dal concetto giusnaturalistico che i vari ordinamenti stranieri potessero avere valore, nello Stato, da sé, indipendentemente dal riconoscimento fattone dal legislatore di questo"²³⁸. Le premesse istituzionistiche implicano la necessità del riconoscimento da parte dell'istituzione rinviante, nella misura in cui la relazione tra istituzioni si articola attorno alla posizione di un limite, derivante dalla consapevolezza della coesistenza con altre istituzioni originarie, che si traduce in un'apertura alle medesime: ma questo riconoscimento, come più volte si è affermato, ed in linea con la costruzione romaniana del principio di esclusività, non si traduce né in un momento di produzione dell'altro in quanto termine della relazione – dal momento che la giuridicità dell'altro, vale a dire la sua stessa possibilità di esistenza come termine della relazione, resta autonomamente fondata sulla matrice istituzionale di questo – né, tantomeno, in una decisione arbitraria, nella misura in cui essa appare profondamente condizionata da esigenze reali di relazione, e dallo *status* istituzionale di membro della comunità internazionale: piuttosto, "l'efficacia di una legge straniera è determinata dalla legge nazionale, senza che la legge straniera cessi, per quest'ultima, di esistere come tale e si trasformi anch'essa in legge nazionale [...] principio, questo, che è vero non solo quando l'efficacia che le è consentita è uguale a quella sua originaria; ma anche quando è diversa, maggiore e minore"²³⁹.

In conclusione, l'analisi del rinvio giusprivatistico – caso di rilevanza per efficacia a titolo di riconoscimento da parte dell'ordinamento rinviante – ha confermato come la differenza tra approccio dogmatico e modello istituzionale non sia riconducibile alla differenza di punti di vista (declinando come extradogmatico l'approccio teorico generale), e che anzi proprio la differenza di punti di vista viene a perdere ogni importanza nel quadro di un approccio realista orientato a condurre le premesse alle proprie adeguate conseguenze (ed essenzialmente, alla possibilità di ammettere che un ordinamento dispieghi la propria efficacia, in

²³⁸ Ivi, p. 141.

²³⁹ ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 153.

quanto tale, in un altro ordinamento, a seguito di riconoscimento da parte di quest'ultimo). Non è possibile quindi contrapporre *sic et simpliciter* un Romano «teorico generale» ai giuristi «dogmatici», risolvendo così sul piano della diversità dei punti di vista adottati le radicali innovazioni contenute nella teoria istituzionale della pluralità degli ordinamenti giuridici; deve piuttosto essere sottolineata la naturale tensione tra un approccio realista – attento come tale alle dinamiche di relazione positivamente osservabili tra ordinamenti, al di là, *o prima*, delle valutazioni normative dei medesimi al riguardo – e l'adozione del punto di vista interno, coesistente all'astrazione, tipica delle premesse dogmatiche, che proprio in tale prospettiva rivela profili di inadeguatezza.

3. Relazioni tra ordinamenti e applicazione del diritto: il problema del momento soggettivo nella teoria istituzionale e la necessaria apertura alle teorie ermeneutiche.

3.1 Obiettività del diritto e momento soggettivo in Santi Romano

La fondazione del rinvio su esigenze obiettive di relazione – pure attraverso la mediazione decisiva del riconoscimento del limite da parte dell'ordinamento rinviante – s'intreccia con la problematica proiezione del rinvio stesso sul piano applicativo. La posizione dell'interprete, in questo caso, resta infatti sullo sfondo, a differenza di quanto si era osservato a proposito dell'ordine di esecuzione, e sembra possibile affermare che una prima ragione di simile differenza risieda nel carattere ben più pressante rivelato, in quel caso, dall'esigenza di relazione, al punto tale da prescindere addirittura dal momento del riconoscimento.

Il discorso si apre così alla considerazione del profilo, altamente problematico, della posizione del momento soggettivo nell'ambito della teoria istituzionale. Se, infatti, il recupero del carattere globale dell'esperienza giuridica, come si è visto, si apre naturalmente alla coscienza della coesistenza tra più ordinamenti – ed alla rinuncia all'unicità del punto di vista nella loro considerazione, che potrà così essere simultanea – individuando spazi per la costruzione di un sistema di relazioni tra i medesimi, d'altro canto il carattere “massiccio” dell'istituzione, già

messo in luce, fa' sì che quelle stesse relazioni finiscano per giocarsi interamente sul piano degli obiettivi assetti istituzionali, assente qualunque riferimento al ruolo propulsivo del momento interpretativo. Questo, d'altro canto, assume, nel sistema di pensiero di Santi Romano, una posizione senza dubbio subordinata all'istituzione, proprio come conseguenza del più generale ammonimento con cui Egli, già dalle prime pagine dell'*Ordinamento*, sottolineava la scarsa attenzione della dottrina agli elementi non normativi (organizzativi) del fenomeno giuridico, denunciandone l'esclusiva propensione allo studio del diritto "che si applica nei tribunali"²⁴⁰, con ciò non volendo fondare una posizione di astrazione dalle concrete dinamiche di vita del diritto, bensì volendo ricondurre le stesse al fenomeno istituzionale in cui sono immerse, al fine della formulazione – come già si è sottolineato – di un concetto di diritto non esclusivamente normativo, ed idoneo a descrivere i percorsi di tutte le scienze giuridiche (ed in particolare di quella giuspubblicistica). Particolarmente significative, in quest'ottica, appaiono le pagine dei *Frammenti* dedicate, rispettivamente, all'*Interpretazione evolutiva* e ai *Destinatari delle norme giuridiche*²⁴¹, dalle quali emerge con estrema chiarezza, nella fase forse più matura della riflessione romaniana, l'assorbimento del momento interpretativo – e della stessa applicazione del diritto – nelle dinamiche interne all'istituzione. Così, con riguardo all'interpretazione evolutiva, l'affermazione del carattere esclusivamente dichiarativo dell'interpretazione – consistente in una "semplice cognizione" del diritto vigente, nel suo "riflettersi [...] nella mente di chi vuole conoscere tale diritto", come in uno "specchio"²⁴² – implica la netta distinzione tra fenomeni di applicazione/interpretazione del diritto e fenomeni di creazione, erroneamente qualificati come interpretazione evolutiva²⁴³: la qualifica «evolutiva» è infatti incompatibile con il concetto di

²⁴⁰ "I giuristi" afferma infatti Romano (*L'ordinamento...*, cit., p. 17), "si sono formati una nozione del diritto che non va' al di là del diritto che si applica, o altrimenti si prende in considerazione dai tribunali".

²⁴¹ Rispettivamente alle pp. 119 ss. e 135 ss.

²⁴² Cfr. *Frammenti...*, cit., p. 120.

²⁴³ L'interpretazione evolutiva andrebbe ricondotta, secondo Romano, ad una "competenza a porre una norma nuova, sia pure per il singolo caso su cui il giudice deve pronunciarsi, alla quale si è dato il nome di interpretazione forse perché non risultando altrimenti il suo fondamento, si è creduto di poterla giustificare convogliandola di contrabbando nei comuni poteri che ogni autorità giurisdizionale non può non avere" (ivi, p. 119). Gli spazi per un ruolo attivo dell'interprete debbono infatti essere limitati, secondo Romano, alle operazioni strettamente funzionali al "corretto rifrangersi" del diritto vigente nello specchio della mente (cfr. p. 121), e non già alla

interpretazione, dal momento che l'evoluzione del diritto non avviene per opera, o per effetto dell'interpretazione, bensì consiste nell'evoluzione dello stesso ordinamento considerato nel suo complesso²⁴⁴. Il momento interpretativo rimane così assorbito nelle dinamiche evolutive interne all'istituzione, che può solo rispecchiare, ma non contribuire ad inverare. Da un lato, infatti, Romano riconosce che l'istituzione consta anche di "uomini, di persone, che lo reggono e lo governano" e che da ciò deriva il suo carattere di realtà viva che "continuamente si modifica, si rinnova, si evolve, pur rimanendo fermo nella sua identità continuativa e durevole"²⁴⁵: d'altro canto, le dinamiche vitali dell'istituzione non passano per il momento interpretativo, che può limitarsi esclusivamente a registrarle, nella misura in cui, peraltro, l'interpretazione abbia ad oggetto norme che si pongano "in stretto e indissolubile rapporto con l'essenza della vita istituzionale - il cui evolversi si riverbera su di essi - e quindi con l'intero ordinamento dal quale dipendono", con la significativa conseguenza che le dinamiche evolutive dell'istituzione sarebbero maggiormente avvertite con riguardo alle norme del diritto pubblico e costituzionale, rispetto al diritto privato, le cui norme rimarrebbero, secondo Romano, "più lontane e quasi distaccate dai

posizione di un contenuto normativo nuovo. D'altro canto, già nelle prime pagine dell'*Ordinamento*, Romano aveva chiaramente espresso la sua posizione, in sede di critica delle concezioni normative del diritto, laddove si era occupato della decisione giudiziale in caso di lacune dell'ordinamento: "è ripiego suggerito dalla nostra mentalità moderna, ma non corrispondente alla realtà, il dire che in questo caso il giudice, nel medesimo tempo in cui decide il caso concreto, pone la norma che presiede al suo giudizio. La verità è, invece, che questo può essere determinato dalla c.d. giustizia del singolo caso, dall'equità o da altri elementi che sono qualche cosa di ben diverso dalla norma giuridica vera e propria, che, per sua natura, concerne una serie o classe di azioni ed è quindi astratta e generale. Se così è, il momento giuridico nell'ipotesi accennata, deve rinvenirsi non nella norma, che manca, ma *nel potere, nel magistrato*, che esprime l'obiettiva coscienza sociale, con mezzi diversi da quelli che son propri di ordinamenti più complessi e più evoluti" (ROMANO, *L'ordinamento...*, cit., p. 17, corsivi miei).

²⁴⁴ Cfr. *Interpretazione evolutiva*, cit., p. 122: "ciò che si evolve, e non può non evolversi, che si deve evolvere, non è l'interpretazione, ma l'ordinamento giuridico che è oggetto della interpretazione, ed è un'erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve invece riferirsi al primo". D'altro canto, benché la legge possa subire vicende modificative od estintive di varie genere, "queste diverse fasi della sua esistenza, in quanto determinate da cause ad essa esterne e che restano tali, non si possono propriamente considerare come una sua evoluzione": e ciò poiché "la legge [...] sempre quando la si consideri in sé e per sé, è del tutto inerte, non ha una sua «voluntas» o «mens» diversa da quella che in essa si è, per dir così, cristallizzata e immobilizzata perché dura, e, quindi, non ha nemmeno una propria «vita». *Essa, in certo senso, è materia, non anima*. Un'anima ha invece l'ordinamento giuridico, di cui la legge, o meglio, le leggi in esso coordinate e fuse sono elementi integranti, appunto come espressioni in continuo movimento delle sue forze vitali" (ivi, p. 123, corsivi miei).

²⁴⁵ Ivi, p. 124.

centri più vitali ed essenziali dell'istituzione"²⁴⁶. Vale sottolineare a questo proposito, ancora una volta, lo stretto legame intercorrente tra carattere massiccio dell'istituzione ed attenzione giuspubblicistica nella formazione del relativo concetto.

Ciò è ancora più evidente, quando dall'interpretazione si passa alla controversa questione relativa ai destinatari delle norme giuridiche; attraverso la revisione della concezione imperativistica del diritto – e, nuovamente, della concezione del diritto come rapporto – Romano giunge a ribadire il carattere essenzialmente obiettivo del fenomeno giuridico – ponendo l'accento, come di consueto, sulla dimensione istituzionale. La precettività delle norme giuridiche deriva dalla loro “compenetrazione” con l'ordinamento giuridico: esclusa ogni rilevanza del momento del «comando», si supera altresì l'autonoma considerazione del destinatario del comando stesso, con la significativa conseguenza che “i singoli soggetti non sono che elementi subordinati al tutto”, le posizioni giuridiche che li riguardano “dipendono precisamente dall'ordinamento che è come l'aria che respirano e a cui sono avvinti in tutti i momenti della loro vita giuridica”²⁴⁷ e, in definitiva, si riconosce l'insussistenza di qualunque problema relativo ai “destinatari” delle norme, poiché l'ordinamento giuridico non ne ha²⁴⁸.

Il problema della rilevanza del momento applicativo nella costruzione del sistema di relazioni tra ordinamenti rinvia pertanto al più generale profilo di tensione – riscontrabile nell'opera di Romano – tra obiettività del diritto e momento soggettivo²⁴⁹. In simile prospettiva, l'assetto obiettivo delle relazioni

²⁴⁶ Ivi, pp. 124-125.

²⁴⁷ Ivi, p. 142, anche per il passo seguente: “anche quando le norme che costituiscono questo ordinamento derivano da una volontà o da più volontà, siano esse superiori o paritarie, tale carattere delle norme stesse non ha più importanza e può essere quasi obliterato in seguito al loro assorbimento dell'unità di cui fanno parte. In siffatta unità c'è, per così dire, una specie di forza di attrazione cui non è possibile sottrarsi: essa è un centro di gravità che funziona con leggi che, in un certo senso, e da un certo punto di vista, presentano qualche analogia con le leggi naturali. Non per nulla, le norme giuridiche vengono designate, nonostante le loro profonde differenze, con lo stesso nome di quelle”.

²⁴⁸ Ivi, p. 138.

²⁴⁹ Particolarmente suggestive, a questo proposito, le considerazioni di FINOCCHIARO, *Il diritto ecclesiastico*, cit.; l'intreccio, nell'approccio al diritto ecclesiastico, della dimensione istituzionale del fenomeno religioso (in particolare con riferimento al diritto canonico) con la propria funzionalizzazione – nel momento del suo riconoscimento da parte dello Stato – alla garanzia della libertà religiosa, conduce il Finocchiaro a porre in una luce diversa la teoria della pluralità degli ordinamenti, affermando, da un lato, che “il Romano, cogliendo dal dato sociale e dalla storia quel che l'uno e l'altra potevano offrire al giurista, in un'epoca in cui il dogmatismo sembrava dovesse

interistituzionali, se pure può contribuire a giustificare – sul piano teorico, ma anche su quello storico, per il tramite della rilevata storicità dei principi istituzionali – l'emersione di un principio di apertura degli ordinamenti alla relazione, d'altro canto ne mortifica le virtualità evolutive, allontanando la portata concreta e reale dei problemi sottostanti alle dinamiche di relazione: il caso internazionalprivatistico è particolarmente rappresentativo in tal senso²⁵⁰.

Allo stesso tempo, l'assunzione del momento applicativo ad elemento in qualche modo propulsivo – nel necessario coordinamento con i principi istituzionali – delle dinamiche di relazione, conduce inevitabilmente, nella misura in cui riproduce la tensione tra momento soggettivo ed obiettività del diritto, a considerare quell'orientamento della critica a Romano, che si inserisce in contesti teorici particolarmente attenti all'inclusione – a vario titolo e con conseguenze diverse – del momento spirituale/soggettivo nell'esperienza giuridica, le quali potrebbero gettare, peraltro, un ponte verso le stesse teorie ermeneutiche²⁵¹.

ridurre il diritto a mera forma, seppur inquadrare nello schema dell'ordinamento giuridico e della pluralità degli ordinamenti quelle istanze di autonomia – e perciò di libertà – che venivano dai corpi sociali organizzati” (cfr. p. 171, corsivi miei); d'altro canto, pur segnalando la natura meramente ipotetica delle proprie conclusioni (alla luce dell'evoluzione del pensiero di Romano dopo l'affermazione del fascismo), Finocchiaro osserva che “la prevalenza oggettiva data, nell'opera del nostro autore, alla trattazione riguardante l'istituzione, se sembra mettere in ombra il diritto di libertà religiosa individuale, non è una scelta arbitraria, ma trova spiegazione, oltre che nel declino dei valori di libertà, presente anche nella cultura giuridica italiana di inizio secolo, nella sensibilità del Romano nei confronti del constatato frazionamento neo-corporativista della società, causa e sintomo della crisi dello Stato moderno [...] può sembrare che, approssimandosi l'eclisse della libertà, il giurista identificasse nella pluralità delle istituzioni l'estremo rifugio dell'individuo” (ivi, p. 172, corsivi miei).

²⁵⁰ È questa, ad esempio, la critica del rinvio formale espressa dallo ZICCARDI, *Introduzione...*, cit., p. 176, laddove afferma che il rinvio inteso quale “delimitazione della sfera di efficacia della legge interna seguita da un abbandono ad altre leggi della valutazione dei rapporti giudicati estranei” comporta una “deformazione del funzionamento reale delle norme di diritto internazionale privato, che non operano su classi astratte di rapporti distribuendone sottoclassi altrettanto astratte tra i diversi ordinamenti, ma operano collegamenti concreti e caso per caso”.

²⁵¹ Al di là della complessa posizione del Betti, di cui non è possibile dare qui conto, se non limitatamente alle questioni strettamente internazionalistiche (v. *infra*, nel testo e nelle note), può ricordarsi, nell'ambito delle critiche al Romano, quella formulata dal Pierandrei nel saggio su *La Costituzione ed il potere costituente*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 5 ss., 11, laddove, interrogandosi sul fondamento della giuridicità, dopo aver riconosciuto l'importanza della dottrina istituzionistica – per aver mostrato la natura non esclusivamente normativa del diritto – sottolinea come essa manchi di delineare “il criterio che caratterizza come giuridica una determinata organizzazione sociale e che la contraddistingue dalle altre”, cioè di spiegare in concreto come dal fatto dell'organizzazione sorga il diritto. Al di là della fondatezza o meno della critica – utili considerazioni in merito possono trarsi dalla lettura del saggio romaniano sull'*Instaurazione di fatto di un ordinamento giuridico e la sua legittimazione* (cfr. *supra*, alla nota), ma anche dalla reiterata affermazione romaniana della giuridicità *intrinseca* dell'istituzione, più volte sottolineata nel testo – vale sottolineare come il Pierandrei prosegua, sviluppando il profilo della necessaria volontarietà del fatto dal quale sorge il diritto, intendendo l'esperienza

giuridica come “squisita esperienza spirituale”, ricollegandosi alla considerazione che “nel momento spirituale della *convinzione* o dell’«*opinio*» della collettività è il fattore della trasformazione del fenomeno meramente sociale in fenomeno giuridico” (pp. 9-10): analoghe considerazioni svolge nel *Saggio sulla teoria della Costituzione* (in ID., *Scritti...*, cit., pp. 27 ss.), specie alle pp. 54-61. Anche il CAPOGRASSI, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in Riv. int. fil. dir. 1939, pp. 9 ss. – dopo aver riconosciuto che “l’intuizione profonda del Romano” consiste “nell’aver visto che il diritto è essenzialmente realtà, che è tale solo in quanto si fa realtà si realizza e si organizza in una realtà umana (e quindi coincide con tutta l’esperienza)” (p. 14) - muove al Romano la critica, di aver lasciato in ombra il passaggio dal mero fatto all’ordinamento (cfr. pp. 13-14), sulla base del rilievo che “se si confonde l’esistenza del gruppo come fatto con l’ordinamento, la funzione, l’autonomia, la imprescindibilità del soggetto sono destinate a rimanere sempre più sepolte” (p. 16), peraltro nel contesto di una complessa teoria dell’esperienza giuridica, intesa quale momento di realizzazione della “vita profonda del soggetto” (p. 13): in quest’ottica, il fatto si trasforma in ordinamento “in quanto i singoli soggetti riconoscono una legge o principio di verità inerente alla loro propria attività” (p. 12) e “il gruppo, il fatto, si pone come ordinamento proprio in quanto il soggetto realizza nella sua azione, con una profonda e obiettiva affermazione di volontà, il principio di verità che regge questa forma della sua esperienza” (p. 15). Il recupero del momento spirituale si traduce qui molto chiaramente in una affermazione del ruolo costitutivo del soggetto, in una vera e propria interiorizzazione dell’esperienza giuridica: significative assonanze si ritrovano nelle lezioni di filosofia del diritto di Aldo Moro (ora pubblicate in MORO, *Lo Stato il diritto*, Bari, Cacucci, 2006, specie pp. 110 ss., per la trattazione del momento-politico umanistico dello Stato). La risposta del Romano (alla voce *Diritto e morale*, cit., p. 68) è tutta incentrata sulla distinzione di piani: alla riflessione di Capograssi, intesa ad “affermare, in sede filosofica, il principio che ogni ordinamento «è tale e si realizza in quanto si riporta a un principio costitutivo dell’azione»”, il Romano ribatte che la propria teoria generale dà conto, invece, di un indirizzo antivolontaristico asseritamente ricavabile dall’osservazione del dato positivo (“in sede di verità e storia”, *ibid.*): dal punto di vista filosofico il giurista potrebbe in altre parole prescindere, “giacché per lui un ordinamento c’è perché c’è e quando c’è, senza che ciò significhi, come crede il Capograssi, confondere fatto e ordinamento, giacché il fatto che costituisce il punto di partenza delle indagini del giurista è per l’appunto l’ordinamento in quanto esiste e non occorre risalire oltre per ricercarne il fondamento, il perché e il valore della sua efficacia” (*ibid.*). Senonché, come abbiamo visto, l’eclissi del momento soggettivo – anche, al limite, prescindendo dalle ragioni metodologiche – ha in Romano un peso specifico peculiare, che si riflette su tutta una serie di soluzioni operative ai problemi che animano l’opera del Maestro. In una prospettiva profondamente diversa, ma ugualmente orientata al recupero del carattere globale dell’esperienza giuridica, anche sotto il profilo della sua dimensione spirituale, cfr. ZICCARDI, *La costituzione...*, cit., pp. 99 ss., laddove afferma, nell’analisi della relazione normativa fatto/effetto, la centralità della mediazione dell’attività umana: la “ragione efficiente” del rapporto tra fatto ed effetto deve essere cioè ricercata, necessariamente “in un fattore che agisca attraverso il necessario termine intermedio dello spirito umano”, vale a dire in un giudizio “intorno alla connessione obbligatoria tra i fatti”, il quale, in quanto “fatto psicologico” può costituire “oggetto immediato di esperienza”, e pertanto essere ricondotto ai canoni metodologici di un’indagine positivista. “Aver rilevato”, afferma Ziccardi, “che la scienza giuridica può basarsi anche sull’esperienza immediata di valutazioni, consente infatti di intendere come le valutazioni constatate dalla scienza medesima non siano necessariamente tutte riducibili a quel tipo elementare i cui due termini siano dei fatti materiali; ma come, invece, ne esistano di assai numerose in cui non possa scorgersi altro che l’attribuzione ai fatti ed alle situazioni della vita sociale di un certo valore convenzionale” (pp. 99-102). La critica di Ziccardi a Romano, tuttavia, si gioca su un piano diverso, affrontando il problema dell’integrazione del momento soggettivo sul piano della polarizzazione tra oggettività del diritto e soggettività della sua conoscenza, alla posizione cioè del diritto come “una realtà rispetto alla quale la scienza non ha compiti di elaborazione critica né di costruzione sistematica, ma di pura descrizione dall’esterno, a tanto venendo ridotta l’interpretazione giuridica” (cfr. ZICCARDI, *Il diritto internazionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l’insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 147 ss., 160), profilo peraltro colto dal Capograssi (*L’ultimo libro di Santi Romano*, cit., specie per la descrizione del carattere realistico – ove non addirittura fenomenologico – del metodo romaniano, cfr. *supra*, alla nota 147).

Senza potersi diffondere su simili profili, è necessario sottolineare la necessità di comprendere il momento applicativo nella costruzione di un sistema di relazioni tra ordinamenti, come specifica dimensione di operatività del principio istituzionale di apertura eventualmente emergente dall'osservazione del dato storico e del dato positivo, in chiave di integrazione della teoria romaniana.

In questo senso può essere utile recuperare – proprio come tentativi, alquanto suggestivi, di integrazione della posizione romaniana – tanto l'elaborazione del principio di apertura formulata dallo Ziccardi nell'ambito di una serrata critica del principio di esclusività, quanto, soprattutto, la ricostruzione del rinvio formale tracciata dal Betti nella *Problematica del diritto internazionale*, peraltro nel contesto di una significativa sistemazione delle principali questioni poste dalla teoria degli ordinamenti.

3.2 *Principio di esclusività, apertura degli ordinamenti ed applicazione del diritto in Ziccardi.*

Muovendo dalla constatazione che il principio di esclusività degli ordinamenti giuridici dovrebbe essere posto come problema, e non come assioma, Ziccardi afferma infatti l'inerenza alla riflessione internazionalprivatistica di una riflessione critica sulle “proprietà con cui ogni sistema si caratterizzi sotto il profilo della sua apertura o della sua esclusività verso gli altri, tenendo conto del suo modo di essere attraverso il diritto internazionale privato, e cioè delle sue relazioni con gli altri sistemi giuridici nel campo del diritto privato”²⁵².

La conseguenza del superamento del principio di esclusività è, anche in questo caso, l'affermazione della “intrinseca e necessaria giuridicità delle norme straniere, come *valore che si impone al riconoscimento* degli altri ordinamenti”²⁵³. Ziccardi, in particolare, giunge a simile risultato scindendo il profilo della separazione degli ordinamenti da quello della loro esclusività, e legandolo piuttosto al dato dell'apertura dell'ordinamento, nel “riconoscimento della comune appartenenza ad un ambiente più ampio di vita giuridica”²⁵⁴.

²⁵² ZICCARDI, *Introduzione...*, cit. p. 153.

²⁵³ Ivi, p. 155, corsivi miei.

²⁵⁴ Ivi, p. 165, ma cfr. anche p. 152.

Il dato della separazione tra ordinamenti giuridici, in altre parole, non esprime la loro reciproca indifferenza, bensì dà conto unicamente della “unità sistematica interna”²⁵⁵ di ciascun ordinamento, vale a dire - riprendendo suggestioni derivanti dalla lettura di Romano tracciata nei paragrafi precedenti - dell’esistenza necessaria di un nucleo identitario, che tuttavia si apre alla relazione: ne consegue che “il carattere limitato della separazione non è esclusività di ciascun ordinamento, quando la coordinazione sia basata sulla premessa che le norme estranee al sistema siano riconosciute *perché* giuridiche, e non già *affinché* diventino giuridiche”²⁵⁶. La “relatività dei valori giuridici” viene pertanto scissa dall’esclusività degli ordinamenti²⁵⁷, apparendo anzi coesistente a configurare un modello nel quale proprio l’alterità di contenuti normativi di diversa provenienza – e il mantenimento di tale loro condizione – diviene premessa necessaria per la costruzione di un sistema di relazioni rappresentato, in ultima analisi, dalla stessa operatività del diritto internazionale privato: “affermare”, sostiene Ziccardi, “che un ordinamento è esclusivo, quando l’assunzione di valori estranei sia oggetto di sue norme, e che quindi la stessa esistenza del diritto internazionale privato sia la prova dell’esclusività, costituisce una petizione di principio, in quanto occorrerebbe dare prima la dimostrazione che la giuridicità delle norme straniere è una conseguenza della loro assunzione, e non ne è invece la ragione o condizione”²⁵⁸.

Simili considerazioni rinviano nuovamente, peraltro, alla coscienza di quel più vasto ambiente di vita giuridica, di cui ogni ordinamento costituisce una “realizzazione storica particolare ed anche ben distinta, ma non isolata ed esclusiva”²⁵⁹. Il legame tra simili affermazioni e una prospettiva universalistica può essere compiutamente inquadrato solo tenendo presente che, nella costruzione ziccardiana dell’apertura degli ordinamenti, un ruolo decisivo è giocato dall’assunzione del punto di vista del diritto privato. Più che un *principio* di

²⁵⁵ Ivi, p. 165.

²⁵⁶ Cfr. *ibidem*, corsivi miei, ed anche per il passaggio immediatamente successivo, laddove, con estrema chiarezza si afferma che “il carattere della separazione, intesa come unità sistematica di ordinamenti non esclusivi, si esprime dunque nella qualifica di un ordinamento come aperto”.

²⁵⁷ Cfr., ivi, p. 166: “l’affermazione dogmatica della esclusività non è affatto giustificata come carattere necessario degli ordinamenti originari, mentre la relatività dei valori giuridici non ha bisogno di fondarsi sull’esclusività”.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ Cfr., ivi, p. 155.

apertura, infatti, Ziccardi sembra descrivere una *condizione* di apertura reciproca degli ordinamenti giuridici, derivante dall'universalità dei sistemi di diritto privato, e deducibile dalla stessa previsione, da parte degli ordinamenti considerati, di un sistema di diritto internazionale privato²⁶⁰.

Ne consegue che il rinvio viene costruito come scelta non della norma ma, innanzitutto, dell'ordinamento *applicabile al caso concreto*, "tra tutti i sistemi giuridici"²⁶¹, con l'effetto di escludere posizioni produttivistiche e di temperare, al tempo stesso, gli esiti della stessa affermazione dell'universalità del diritto privato, mantenendo e riaffermando il profilo della scelta, specie per ciò che riguarda i suoi effetti sul piano applicativo: se si riconosce, in altre parole, che "il diritto internazionale privato di per sé attesta negli ordinamenti che lo accolgono un carattere aperto, riesce perfettamente comprensibile la funzione di designazione esplicita dalle norme di collegamento nei confronti dei sistemi giuridici ai quali un sistema dato voglia coordinarsi, come designazione dell'originaria validità giuridica delle sue valutazioni per tutte le ipotesi in cui il riferimento sia effettuato"²⁶².

Così configurato il rinvio – nella sua connessione necessaria con l'apertura dell'ordinamento ad esperienze di coordinamento e relazioni con altri ordinamenti – è evidente la rilevanza centrale del momento della concreta individuazione della norma applicabile al caso concreto, sulla base della previa scelta dell'ordinamento designato: le norme di diritto internazionale privato operano infatti "nel senso di designare un ordinamento o un altro, in tutto il suo originario vigore" – senza intaccare la "sfera effettiva delle valutazioni operate dalle norme sostanziali di un determinato ordinamento" – e da ciò consegue la possibilità di "assicurare, in ogni sistema, una valutazione unica di una questione concreta indicando il sistema di

²⁶⁰ Afferma infatti, *ibidem*, che "l'esistenza stessa del diritto internazionale privato è di per sé dimostrazione del carattere aperto di quel sistema di diritto privato che ne accoglie i principi e se ne adegui", nella misura in cui è lo stesso sistema internazionalprivatistico che provvede alla definizione del carattere aperto o chiuso dell'ordinamento; sull'universalità del diritto privato cfr. la suggestiva affermazione di p. 157, in nota: "la vita giuridica privata ricostituisce un'unità sostanziale del mondo al di fuori delle suddivisioni statalistiche, e che l'universalità del diritto privato, assai prima di essere un principio dommatico nei vari ordinamenti statuali, è un fatto presente che, come tale, si impone allo stesso riconoscimento degli Stati".

²⁶¹ Cfr., *ivi*, p. 163.

²⁶² Cfr. *ivi*, p. 164.

norme da cui desumerla, anziché la norma sostanziale, anziché la norma sostanziale che, unica fra tutte, dovrebbe valutare la questione controversa”²⁶³.

La posizione dello Ziccardi – pure riportata sinteticamente, e senza un’adeguata esposizione delle premesse teoriche e metodologiche da cui prende le mosse²⁶⁴ - può così essere assunta quale utile integrazione della posizione romaniana, nella misura in cui, salvaguardando di essa il superamento del principio di esclusività e la combinazione tra separazione, limite ed apertura, offre di questa stessa apertura una compiuta declinazione operativa, chiarendone le conseguenze sul piano applicativo.

3.3 *La costruzione bettiana del rinvio internazionalprivatistico: il ruolo dell’interprete nelle relazioni tra ordinamenti.*

La centralità del momento interpretativo-applicativo²⁶⁵ costituisce il cardine attorno al quale ruota, poi, l’intera ricostruzione bettiana del rinvio internazionalprivatistico, nel contesto di un più generale ripensamento delle relazioni tra ordinamenti giuridici, alla luce delle prospettive aperte dalla teoria ermeneutica. La ripresa esplicita delle posizioni romaniane sul principio di esclusività²⁶⁶ - e della configurazione del rinvio quale attribuzione di rilevanza

²⁶³ Cfr., *ivi*, p. 164, anche per il passo successivo: “una tale norma sostanziale unica in realtà non esiste, salvo che nei sistemi perfettamente chiusi. Le norme sostanziali, sia nel sistema interno del foro, sia di quelli stranieri, restano quello che sono e svolgono completamente ciascuna l’intera loro attitudine ad operare valutazioni concrete, ciascuna nel sistema cui appartiene. E così ciascuna è, per il proprio sistema, altrettanto universale quanto effettiva, e con tali caratteri essa viene riconosciuta anche negli altri sistemi, quando venga da essi fatto riferimento al sistema cui quella norma appartenga”.

²⁶⁴ Sulle quali vedi, peraltro, BERNARDINI, *La produzione...*, cit., pp. 463-485. Andrebbe chiarito, in particolare, che il concetto di ordinamento da cui muove Ziccardi non è il medesimo da cui muove Romano (cfr. ZICCARDI, *La costituzione...*, cit., pp. 70 ss., e, sul piano metodologico, i rapporti tra Ziccardi e la tradizione dogmatica: su quest’ultimo punto, v. lo stesso ZICCARDI, *Introduzione...*, cit., pp. 140 ss., nonché ID., *La costituzione...*, cit., pp. 78 ss., ma anche il capitolo II, *passim*).

²⁶⁵ Sul rapporto tra interpretazione ed applicazione in Betti, v. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971 (seconda edizione riveduta ed ampliata, a cura di G. Crifò, dell’ed. or. del 1949), pp. 96 ss. L’applicazione, intesa da Betti nella triplice dimensione di “osservanza spontanea”, “accertamento vincolante” e “realizzazione coattiva” della norma – consistendo nel necessario riferimento del precetto giuridico alla realtà nella quale deve dispiegare i suoi effetti (attualizzazione/concretizzazione) – implica necessariamente il momento interpretativo, quale antecedente necessario, indispensabile premessa, dal momento che “la retta intelligenza garantisce anche la retta applicazione della norma al caso concreto” (p. 97, ma cfr. anche 73).

²⁶⁶ Cfr. sin d’ora BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956, pp. 11 ss.

all'ordinamento straniero, che tuttavia mantiene la propria autonoma giuridicità – s'inserisce in un discorso più ampio, che tiene conto delle acquisizioni delle teorie ermeneutiche e si impernia sulla fondamentale considerazione che i procedimenti attraverso i quali si inverte la relazione tra ordinamenti giuridici (quali il rinvio o lo stesso adattamento) “si rivelano semplici categorie ermeneutiche” e che, in conseguenza, “i relativi fenomeni si svolgono non già sul piano nomogenetico di produzione del diritto, ma sul piano interpretativo”²⁶⁷: ne deriva il superamento della prospettiva produttivistica e di ogni automatismo, mentre resta aperta – proprio per il tramite dello spostamento della questione sul piano interpretativo/applicativo – la strada alla “ponderata valutazione comparativa degli interessi che sono in giuoco nei vari casi controversi”²⁶⁸.

Le premesse del discorso bettiano operano pertanto su due piani distinti, che variamente interagiscono tra loro: da un lato, la più generale costruzione dell'attività ermeneutica; d'altro canto, la peculiare elaborazione della teoria degli ordinamenti giuridici che, particolarmente debitrice alle teorie romaniane, provvede ad integrarle sul piano strettamente operativo, proprio in virtù della prospettiva ermeneutica.

Sul primo profilo, l'analisi non potrà che essere, in questa sede, alquanto sintetica, limitandosi a raccogliere alcune suggestioni derivanti dalla concezione bettiana dell'interpretazione giuridica come “interpretazione in funzione normativa”, da intendersi non come attività avente effetti normativi, bensì come processo conoscitivo finalizzato alla formulazione di una regola di condotta²⁶⁹.

²⁶⁷ BETTI, *Interpretazione...*, cit., p. 81.

²⁶⁸ Cfr. *ibidem*. La valutazione comparativa degli interessi rappresenta in Betti, come meglio vedremo, un passaggio fondamentale del processo interpretativo, contribuendo a radicarne il carattere essenzialmente valutativo: cfr. sin d'ora, sul punto, BETTI, *Interpretazione...*, cit. pp. 108 ss., anche per i rapporti con la *Interessenjurisprudenz* di Heck.

²⁶⁹ “L'interpretazione giuridica” sostiene Betti, “contiene bensì, come ogni altra interpretazione, un momento conoscitivo, cioè ricognitivo del pensiero (della legge o di altra fonte del diritto), ma ha inoltre *funzione normativa*: la funzione cioè di desumerne in definitiva massime di decisione e di azione pratica (ancorché non immediata), da osservare e da applicare: la funzione di svilupparne criteri direttivi, ai quali il prender posizione e l'agire nel mondo sociale debban conformarsi” (*op. ult. cit.*, pp. 33-34): preciserà in altro luogo (pp. 84-85), in aperta polemica con le posizioni espresse da Gorla nella monografia del 1941 – vicine alla scuola della *«freie Rechtsfindung»* – la necessità di non confondere tra la “destinazione normativa, che l'interpretazione giuridica ha per la stessa natura del suo soggetto e del suo problema, e l'efficacia vincolante (normativa in questo altro senso) che le può spettare in virtù della specifica competenza e autorità di cui è investito chi, per il suo particolare ufficio, è chiamato ad emetterla”. Si permetta di richiamare – nella consapevolezza della diversità di contesto – il richiamato passo dell'*Ordinamento giuridico* (p.

L'orientamento normativo – così chiarito – dell'interpretazione giuridica, comporta che il processo conoscitivo che ne è alla base viva della tensione tra ricorso necessario allo strumentario concettuale fornito dalla dogmatica giuridica ed esigenza di una compiuta storicizzazione dell'operazione interpretativa²⁷⁰, nel quadro dell'affermazione dell'indirizzo “valutativo e teleologico” in virtù del quale “non operazioni sillogistiche o logiche di carattere quasi aritmetico sono quelle che all'interprete giurista si richiedono, bensì *apprezzamenti* interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sua sensibilità dei valori giuridici, nella percezione degli interessi protetti dal diritto, il suo occhio clinico e diagnostico, *la sua esperienza di giurista*”²⁷¹; problema che rinvia, almeno in parte, all'altro,

17), in cui Romano, ponendosi il problema delle decisioni equitative del giudice, suggeriva di ricercare il fondamento della loro legittimità nel potere istituzionalmente attribuito al magistrato.

²⁷⁰ L'affermazione della necessità del ricorso allo strumentario dogmatico si accompagna, in Betti, alla netta consapevolezza che “essendo un istrumentario rappresentativo, la dogmatica deve bensì mettersi in stretta aderenza con al fenomeno studiato, quindi adeguarvisi; ma essa è altresì in funzione dell'osservatorio storico dell'interprete, ed è comandata dal suo orizzonte spirituale [...] onde egli deve serbarsi costantemente consapevole del fatto che la sua visione dipende da una prospettiva condizionante, la quale è essa stessa condizionata” (*op. ult. cit.*, p. 70): particolarmente suggestiva, a tale riguardo, la trattazione complessiva svolta sui rapporti tra attività interpretativa dello storico del diritto e ricorso alla dogmatica (che rispecchia la polemica sull'uso della dogmatica nello studio del diritto romano, richiamata e sintetizzata alle pp. 66-73, nota 10) che si chiude con la significativa affermazione che “in ossequio al canone dell'autonomia ermeneutica, la preparazione dogmatica del giurista storico non deve sopraffare, col suo istrumentario, gli istituti e gli ordinamenti studiati, non deve prevenirli e quasi soffocarli, ma deve, per quanto è possibile, *andar loro incontro e lasciarli parlare da sé*” (ivi, p. 72, corsivo mio). Altrettanto significativa la trattazione della questione della precedenza della qualificazione dell'atto sulla sua interpretazione, laddove Betti afferma che “l'interpretazione degli atti anche rilevanti per il diritto coglie l'atto nella sua concreta individualità, nel suo contenuto di spirito e di pensiero e nel senso che ha nell'ambiente sociale, spoglio ancora di ogni qualificazione giuridica definitiva” (ivi, p. 100). Lo strumentario dogmatico, insomma, deve costituire un mezzo non per isolare l'interprete dalle dinamiche storico-sociali in cui è immerso, bensì per aiutarlo a comprenderne il senso, proprio in virtù di detta immersione, *andando incontro* al fenomeno giuridico, lasciandone emergere (CERVATI, *A proposito...*, cit.) le caratteristiche ed il senso: all'interpretazione giuridica “la costruzione dogmatica deve portare il suo contributo non con vuoti e rigidi schemi inadatti alla realtà sociologica e refrattari alla dinamica storica del diritto, bensì illuminando nella loro intima coerenza logica le valutazioni che determinano e giustificano le soluzioni legislative dei problemi” (BETTI, *op. ult. cit.*, p. 105); si tratta, insomma, “non solo e non tanto di far muovere il soggetto incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto *nel primitivo storico collocamento*, quanto soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica della vita storica del diritto” (ivi, p. 27). Sull'esigenza di una storicizzazione del metodo e delle categorie dogmatiche, fondamentali le considerazioni del PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, in Enc. dir., Milano, Giuffrè, 1964, vol. XIII, pp. 678 ss., p. 689.

²⁷¹ Cfr. per quest'ultimo passo BETTI, *Interpretazione...*, cit., p. 134 (primo corsivo originale, secondo aggiunto), mentre per il precedente, p. 75. Il carattere inevitabilmente storico e valutativo dell'operazione interpretativa contribuisce, secondo Betti, a chiarire fenomeni complessi quali la *duplex interpretatio* (eterogenesi di funzione degli istituti, in costanza di ordinamento) e la conversione interpretativa (a seguito di un mutamento ordinamentale, rimanendo immutato il dato positivo), che costituiscono, in estrema sintesi, casi in cui all'esito dell'interpretazione si fanno

assai suggestivo del rapporto tra interprete, dato positivo ed evoluzione storico-sociale, cui Betti fornisce peraltro una soluzione affascinante, tutta incentrata sull'esigenza di "bilanciare giustamente l'interesse statico alla stabilità, conservazione e certezza con l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale"²⁷².

Particolarmente evocativo appare, ai nostri fini, l'indirizzo polemico rivolto alla costruzione romaniana dell'interpretazione evolutiva, esaminata in precedenza quale segno del problematico rapporto tra momento soggettivo e momento oggettivo nell'ambito della teoria istituzionale. Ora, la prospettiva ermeneutica ha l'effetto di ribaltare l'elaborazione romaniana, senza per questo dimenticare la rilevanza del momento istituzionale nelle dinamiche di sviluppo del fenomeno giuridico. Criticando radicalmente la stessa concezione romaniana dell'attività conoscitiva – colpevole di "concepire la conoscenza come una recezione passiva di una verità già sussistente e in sé compiuta prima della elaborazione del

discendere dalla norma significati che non erano in essa ricompresi, nel momento storico della sua formazione, e il cui riconoscimento rinvia direttamente alla dimensione storico-evolutiva dell'attività interpretativa (cfr. pp. 76 ss.). Detto carattere "valutativo e assiologico" appare a Betti altresì "immanente alla norma stessa da interpretare", dovendosi tuttavia necessariamente comunicare alla "specificazione e applicazione" che della norma stessa deve farsi; ne viene che le due operazioni di "ricognizione «storica» del contenuto della legge" e della sua "integrazione che, ricollegandosi alla nomogenesi, assume rispetto ad essa carattere complementare [...] *in concreto* s'intrecciano e si fondono in un processo unitario, di cui esse sono semplici momenti, *il secondo dei quali reagisce necessariamente sul primo*" (pp. 111-112, corsivi miei). La tensione dialettica tra ricognizione e integrazione ruota pertanto attorno a quegli "apprezzamenti o giudizi di valore, la cui formazione è compito di quel criterio o intuito assiologico il quale attinge alla nostra sensibilità per i valori e in essa ha la sua fonte", in virtù dei quali "il giudizio di valore in sé non è che il riconoscimento di un valore che ci illumina e ci convince e che riscontriamo nel dato fenomenico" (pp. 130-131).

²⁷² Cfr. ancora pp. 112 ss. Il senso originario della norma deve essere infatti continuamente riportato, in sede interpretativa, alla considerazione dell'evoluzione storico-sociale, nella consapevolezza che "solo la lettera della legge è afferrata e pervasa dalla potenza normativa della legislazione, perché essa sola resta formalmente immutata, ma s'integra e si riempie di uno spirito diverso conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere non già, ben s'intende, secondo il talento soggettivo dell'interprete" (p. 114-115): il passaggio peraltro, rinvia al più vasto problema della relazione intercorrente in Betti, tra elemento spirituale oggettivo (e, di conseguenza, influenza dell'idealismo) e mediazione soggettiva dell'attività interpretativa. Non si deve dimenticare, peraltro, a proposito dell'intreccio tra momento teleologico, responsabilità dell'interprete e oggettivazione della regola, l'importante citazione da Nietzsche alla nota 64 di p. 119, e soprattutto il commento di Betti: richiamando infatti l'avvertimento di non rimanere immemori della "finalità sottostante o retrostante alla regola (del suo momento teleologico)" ["Vom Zwecke hinter der Regel abzuziehen", cit. da *Morgenröte*, 322], l'A. precisa che simile evenienza, la quale comporta, peraltro, un "indebolimento del nostro senso di responsabilità (che sarebbe alimentato dalla consapevolezza di quel momento teleologico), costituisce una "conseguenza psicologica del fatto stesso della formulazione di regole che si sostituiscono alla discrezionalità".

pensiero”²⁷³ – Betti riafferma il principio che “proprio l’interpretazione adempie il compito di tenere in efficienza le leggi e di farle vivere nella realtà storica e sociale”²⁷⁴, negando la possibilità di scindere l’evoluzione dell’ordinamento, non tanto dall’evoluzione di sue singole norme (oggetto specifico della polemica con Romano), quanto piuttosto dal processo rivolto alla conoscenza, interpretazione ed applicazione delle medesime. Quest’ultimo, infatti, non può che essere animato dalla coscienza dell’integrazione sistematica delle norme nell’ordinamento ma, d’altro canto – afferma, riferendosi al Romano – l’assolutizzazione dell’oggettività dell’ordinamento²⁷⁵, e la risoluzione in essa, e nella sua evoluzione, delle dinamiche evolutive che sono rinvenibili nelle norme per mezzo di interpretazione, comporta una “visione deformante” dell’interpretazione medesima²⁷⁶. La vita – o, in termini romaniani l’anima - dell’ordinamento non può dunque acquistare una concreta dimensione di esistenza se non attraverso la mediazione dell’attività interpretativa, momento centrale in questa “comunione di vivente spiritualità”²⁷⁷: l’ordinamento, in altre parole, non è “né qualcosa di bell’e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l’ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d’interpretazione”²⁷⁸. La composizione dialettica tra momento oggettivo e momento soggettivo in sede interpretativa – qui sinteticamente tratteggiata quale *incontro* tra l’interprete e l’ordinamento²⁷⁹ - assume così una profondità del tutto particolare, senza che ne derivi necessariamente

²⁷³ BETTI, *op. ult. cit.*, 123 (richiama peraltro, l’immagine romaniana del riflettersi della norma nella mente dell’interprete, come in uno specchio), laddove si tratterebbe piuttosto, per Betti, di por mente alla “consapevolezza oggi raggiunta anche dai giuristi, che nell’interpretazione giuridica non si tratta di un procedimento puramente intellettuale paragonabile a quello delle scienze matematiche o naturali, ma di un procedimento ricognitivo diretto a identificare e a riprodurre negli apprezzamenti dell’interprete la valutazione comparativa degli interessi in conflitto contenuta nelle norme di legge” (p. 124).

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ Altrove (*Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, ivi, pp. 3 ss., 35, in nota) parla di una “visione ingenuamente oggettivistica” la quale non si avvede “che, proprio in virtù dell’interpretazione l’ordine giuridico non è qualcosa di bell’e fatto, ma che si fa di continuo”.

²⁷⁶ Cfr., ivi, pp. 125-126.

²⁷⁷ Cfr. ivi, p. 126.

²⁷⁸ Cfr. *ibidem.*

²⁷⁹ Vedi anche *Le categorie civilistiche...*, cit., pp. 11 ss.

l'affermazione della capacità normativa dell'attività interpretativa²⁸⁰, ed essendo piuttosto possibile declinare la funzione di quest'ultima – rispetto all'integrazione/evoluzione dell'ordinamento, in termini *collaborativi*²⁸¹, come ben risulta, ad esempio, dalla trattazione del problema delle lacune²⁸².

In questa prospettiva può essere efficacemente inquadrata la centralità del momento applicativo, che caratterizza la teoria bettiana del rinvio internazionalprivatistico ed il recupero, in tale contesto, dell'elaborazione

²⁸⁰ “Ben s'intende” precisa infatti Betti, p. 126-127, “che la portata o efficienza evolutiva è solo un risultato consequenziale e magari inconsapevole del processo ermeneutica [...] essa non deve essere un fine che l'interprete consapevolmente si prefigge in violazione del canone «*sensus non est inferendus*» [...] se l'interprete se lo prefiggesse, ricadrebbe nell'errore della «*freie Rechtsfindung*», che consiste nel discostarsi dal retto procedimento ermeneutica dimenticando la subordinazione dell'interprete alla norma”.

²⁸¹ Nel senso che l'attività interpretativa sia animata da “un'esigenza che sollecita la spontaneità spirituale di chi è chiamato ad intendere e che non può essere soddisfatta senza la sua attiva *collaborazione* [...] esigenza che parte da un *oggetto*, costituito da forme rappresentative, nelle quali lo spirito si è oggettivato [anche in questo caso, il riferimento all'oggettivazione dello spirito, di chiara ascendenza idealista, non tiene conto – come a noi sembra invece necessario, secondo premesse filosofiche diverse, di ascendenza personalista, che non è possibile in questa sede approfondire compiutamente (ma v. ancora MORO, *Lo stato il diritto*, cit., *passim*, specie i capitoli introduttivi; STEIN, *Una ricerca sullo Stato*, Roma, Città Nuova 1999; WOJTYLA, *L'uomo nel campo della responsabilità* (1974), Milano, Bompiani, 2002, nonché ID. *Persona e atto* (1969), Milano, Bompiani, 2001) - della necessaria mediazione soggettiva nell'elaborazione della forma rappresentativa oggetto di interpretazione, NdA], e perviene ad un *soggetto*, che è spirito attuale, vivente e pensante, spronato e mosso ad intendere da interessi della vita presente, che possono essere variamente orientati”, cfr. BETTI, *Le categorie civilistiche...*, cit., p. 10, nonché pp. 21 ss., 35 ss.

²⁸² Proprio la trattazione del problema delle lacune, infatti, offre a Betti la possibilità di tornare sul profilo della creatività dell'interpretazione, nella sua dimensione integrativa dell'ordinamento. “In quanto *collaborazione*” sostiene Betti, “l'interpretazione è necessariamente creazione, come è creazione ogni attività spirituale che, pur riferendosi ad un atto precedente, non ne è una semplice reazione passiva né una pura ripetizione meccanica, ma «rifacendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa» (BETTI, *Interpretazione...*, cit., pp. 140-141; la citazione è di Bobbio); tale elemento creativo, tuttavia, nel caso dell'integrazione di norme lacunose non assume il carattere di una “nomogenesi libera, spontanea e, in questo senso, arbitraria” bensì di una operazione “subordinata e vincolata così alla totalità del sistema giuridico, quale organica concatenazione di norme, come alle esigenze dell'ambiente sociale e de' rapporti in questione” (ivi, p. 141); pertanto, “anche dove serve a colmare deficienze di norme e a rinvenire per analogia la massima della decisione, l'interpretazione rimane sempre soggetta alle valutazioni immanenti e latenti nell'ordine giuridico, inquadrato esso stesso nell'ambiente storico e sociologico in cui vive” (*ibid.*). Nella misura in cui, insomma, l'attività di interpretazione giuridica ha come scopo quello di ricavare massime di decisione – per il doppio tramite della ricognizione del senso storico originario della valutazione normativa, e della sua attualizzazione alla luce delle dinamiche evolutive del contesto storico e sociale - “siffatto vivificare, aggiornare e rimettere a nuovo, essendo sempre legato da un nesso di stretta dipendenza e subordinazione col sistema vigente nella sua intrinseca coerenza [senza poter dimenticare il passo richiamato in precedenza, in cui detta intrinseca coerenza è riportata non all'essere, ma al farsi dell'ordinamento per mezzo della stessa attività interpretativa, NdA], non è che un attualizzare una sua virtualità, un rinvenire in esso la sostanza di quelle massime, che ora vengono *per la prima volta formulate* [...] così che tale formulazione ha naturalmente vigore retroattivo rispetto al concreto rapporto litigioso, cui la decisione si riferisce, ed è suscettiva di controllo per cassazione o revisione” (ivi, p. 142, corsivi miei, ma v. anche pp. 143-144).

romaniana del rinvio formale. La costruzione di Betti si colloca, per altro verso, nell'ambito di una visione delle relazioni internazionali imperniata sull'affermazione della "necessità della convivenza"²⁸³ – la quale informa, ad esempio, la concezione bettiana della guerra²⁸⁴ – e, al tempo stesso, sulla decisa difesa della struttura paritaria dell'ordinamento internazionale, quale portato dell'evoluzione storica²⁸⁵ ed in chiave polemica tanto nei confronti delle tentazioni egemoniche risorgenti nel contesto della «guerra fredda», quanto con riguardo a rischi di omogeneizzazione²⁸⁶.

Simili considerazioni sembrano descrivere un approccio realistico – orientato al tempo stesso in senso assiologico – al problema del diritto internazionale, che chiarisce, specie sul piano delle premesse metodologiche, la costruzione bettiana del principio di esclusività: la ripresa della formula romaniana²⁸⁷ è infatti inquadrata, da Betti, nella cornice – metodologica e sostanziale – di una "dottrina di umiltà, dottrina di apertura mentale, che riconosce come dato fenomenico una pluralità di sfere statali e di corrispondenti ordini giuridici [e], come massima assiologica, l'esigenza di una distribuzione paritaria della competenza normativa",

²⁸³ BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, cit., p. 8.

²⁸⁴ Ivi, p. 9, ma anche pp. 95 ss.

²⁸⁵ Cfr. ivi, p. 23, specie per la critica delle teorie dogmatiche (profondamente condizionata, a parer nostro e sia pur con talune sfumature, dalla costruzione romaniana dei principi istituzionali e della loro rilevata storicità, intrecciata con la struttura dell'ordinamento): in particolare, il principio «*pacta sunt servanda*» rappresenta, secondo Betti, una "formulazione a posteriori di un presupposto assiologico rispondente all'etica del diritto, e pertanto di carattere metagiuridico, che, ben lungi dal dar fondamento alla efficacia vincolante degli atti di autonomia, non fa che descriverla, traducendola in termini deontologici di dover essere"; detta efficacia vincolante, tuttavia, non è che un "aspetto di tutto l'ordinamento" legato al riconoscimento di competenza normativa agli Stati – in ambito internazionale – che "si afferma con la nascita della stessa comunione internazionale ed è connaturato con la sua costituzione paritaria [...] esso nasce con la sua struttura e resta da essa inseparabile; e prima che in norme poste da particolari accordi, bisogna ricercarlo nella forma di convivenza in cui si concreta la comunione"; sul punto, cfr. anche ivi, pp. 62 e 77.

²⁸⁶ Sul primo profilo, cfr. l'introduzione dell'opera; sul secondo, cfr. p. 44, laddove, a proposito del ricorso all'interpretazione analogica con riguardo alle consuetudini internazionali (ed a margine di una affascinante ricostruzione delle stesse, cfr. il cap. III), afferma, significativamente che "l'estensione analogica" non deve significare che si instauri o si acceleri, fra i vari popoli, un processo di livellamento o di standardizzazione, che è sempre deprecabile di per sé, e non è punto richiesto per promuovere la comprensione reciproca: la quale resta affidata ad intime forze spirituali, massimamente all'educazione del senso di continuità e dello spirito di tolleranza [...] siamo convinti che «nel poco spazio di questa vecchia e piccola Europa, avviata a perdere, dicono, ogni suo privilegio, ne rimane pur sempre uno, grande come un primato, tragico come un destino: una varietà di culture, di spiritualità, di sensibilità, sempre irriducibili sempre le une alle altre quanto sempre tra loro interferenti e qualche volta per inafferrabili processi capillari» (la citazione è da Toffanin, in *Delta* 1955, nn. 7-8, p. 40).

²⁸⁷ Cfr. ivi, p. 11.

rifiutando “ogni astrattismo concettuale che perda di vista il fenomeno”²⁸⁸. Tali rilievi si intrecciano peraltro con l’approccio ermeneutico, che conduce Betti a sottolineare la distinzione tra vigore (*Geltung*) e applicazione (*Anwendung*), concludendo che – in caso di rinvio – ad essere riguardata è solo quest’ultima, senza necessità di postulare un “dispositivo il quale, richiamando il diritto, farebbe sorgere in modo automatico (e diciamo pure fantomatico) altrettante norme interne modellate su quelle straniere”²⁸⁹. Mediante il rinvio, al giudice è affidato, in altre parole, il compito di desumere dall’ordinamento richiamato non già la norma, ma la massima di decisione: “meditata con le categorie della teoria dell’interpretazione tutta la problematica del diritto internazionale appare in una nuova luce”²⁹⁰.

²⁸⁸ Postulando “stampelle concettuali per affermare il vigore virtualmente illimitato delle norme statali; ma non afferra la realtà del fenomeno per cui il loro vigore, cioè la effettiva attuabilità, si arresta alla sfera di controllo dello stato che le ha emanate” (ivi, p. 13; le citazioni nel testo sono tratte dalle pp. 11 e 12). Viceversa, la posizione esclusivista pare a Betti riconducibile, sul piano conoscitivo, al “solipsismo”, situazione per cui “il soggetto psichico singolo fa di sé il centro dell’universo, centro del cosmo della conoscenza, ed a ciò che gli si contrappone *non riconosce altra dignità che quella di oggetto, di mero fatto, oggetto che non ha propria consistenza in sé, ma in tanto sussiste in quanto il soggetto lo conosce*”; sul piano politico, “l’indirizzo rigorosamente formalistico degli autori richiamati corrisponderebbe alla posizione politica di un gretto ed angusto nazionalismo, il quale non riconosca pari dignità a comunità etniche o nazionali diverse da quelle dello stato da esso rappresentato” (ivi, p. 129, corsivi miei). Si tratta di considerazioni senza dubbio affascinanti, specie per il profilo, attorno a cui ha ruotato tutta la lettura della concezione romaniana dell’esclusività e del rinvio, dell’intreccio tra identità, alterità e relazione; per altro verso, si deve notare come, a differenza che in Kelsen - dal quale, come si è visto nel primo capitolo, al solipsismo/soggettivismo/nazionalismo è contrapposto un oggettivismo/internazionalismo/pacifismo slegato dall’osservazione dell’esperienza giuridica – qui l’alternativa al solipsismo è la coesistenza, la relazione, nell’ambito di premesse di principio altrettanto pacifiste di quelle kelseniane.

²⁸⁹ Cfr. ivi, p. 15: detto dispositivo coincide con una di quelle “stampelle concettuali” delle quali “non v’è nessunissimo bisogno [...] perché una cosa è l’applicazione, la quale può bene desumere la propria massima da un ordinamento straniero, e tutt’altra cosa è il vigore delle norme: vigore, il quale necessariamente postula di essere ricompreso nella sfera di controllo dello stato che le ha emanate, data l’indefettibile correlazione tra norma, sanzione, apparato esecutivo”. In altre parole, afferma Betti, “mettendoci su questo, che è il terreno della realtà, non abbiamo nessunissimo bisogno di postulare degli ippogrifi come una pretesa norma di produzione giuridica o un dispositivo che creerebbe con procedimento automatico (e fantomatico) norme conformi”.

²⁹⁰ Cfr., ivi, p. 16: allo stesso tempo, Betti rende “ragione del dovere del giudice di tener conto di tali norme, nel senso di desumere dall’ordinamento straniero cui è riconosciuta la competenza normativa in materia, la massima della decisione” nella misura in cui ritiene (e qui Betti si rifa, implicitamente, alla teoria di Zitelmann, su cui v. BERNARDINI, *La produzione...*, cit., pp. 68 ss.) “che si tratti di riconoscere ad ordinamenti diversi da quello della *lex fori* la competenza a regolare rapporti in quanto presentano momenti di collegamento con ordinamenti stranieri [...] *il che non significa neanche per sogno conferire vigore all’ordinamento straniero nell’orbita del nostro ordinamento: significa semplicemente dovere di compiere l’operazione intellettuale della interpretazione tenendo conto della norma dell’ordinamento straniero che disciplina quella tipica fattispecie*” (*ibid.*, corsivi miei); attribuzione di competenza che opera non già riconoscendo alla norma straniera una “sfera di vigore proprio e originario” bensì una “cerchia di applicazione

Centrale appare, anche in Betti (che sul punto segue esplicitamente Romano), il “fatto reale” che una fattispecie ricada contemporaneamente nell’ambito di più ordinamenti²⁹¹, da cui discende un “ideale concorso”, una “virtuale collisione”²⁹² tra ordinamenti, risolta proprio attraverso il rinvio, da intendersi quale operazione di limitazione/attribuzione di rilevanza. La novità, rispetto a Romano, consiste tuttavia nel chiarimento – condizionato dall’affermazione, *medio tempore*, delle teorie esclusiviste – che il superamento della concezione produttivistica delle dinamiche di relazione può passare esclusivamente attraverso la corretta comprensione dell’incidenza della rilevanza dell’altro ordinamento sul piano ermeneutico/applicativo. La “trasformazione” pure implicata dall’assunzione di contenuti normativi di fonte diversa da quello di appartenenza dell’interprete non richiede cioè la “finzione di norme tacitamente formulate”, veri e propri “fantasmi di norme”²⁹³: la norma è sempre la stessa – nella propria autonoma giuridicità – ma assume, a seconda dell’ordinamento in cui venga in rilievo, un “riferimento” e un “senso” diversi, ai quali è tuttavia possibile giungere per via di interpretazione: “tutto questo fenomeno di trasposizione, con le sue varie sfumature, rimane sul terreno ermeneutica, e non esce dal terreno ermeneutica”²⁹⁴. In definitiva, afferma Betti, “tutto il problema del diritto internazionale privato si svolge sul piano interpretativo”, nella misura in cui l’applicazione del diritto “non presuppone in nessun modo che la regola, la massima di condotta, il criterio di decisione della cui applicazione si tratta, abbia la sua fonte nello stesso ordinamento”²⁹⁵.

3.4. Relazioni tra ordinamenti, apertura, ruolo dell’interprete, parametricità degli obblighi internazionali ed integrazione materiale.

È a questo punto possibile domandarsi se sia consentito - una volta mostrata la necessità di integrazione delle teorie romane sul piano “soggettivo” (e il modo in cui essa è stata affrontata dalla posizione ermeneutica di Betti - desumere

nell’ordinamento interno della *lex fori*, sulla scorta di taluni elementi di estraneità, valutati siccome indici di viciniorità di quella legge” (ivi, p. 161); sul punto, v. anche le pp. 18 e 19.

²⁹¹ Cfr., ivi, p. 127.

²⁹² Cfr., ivi, p. 128.

²⁹³ Cfr. ivi, p. 133.

²⁹⁴ Cfr., ivi, pp. 133-134.

²⁹⁵ Cfr., ivi, p. 141.

dall'evoluzione storica delle relazioni tra ordinamenti l'*emersione* di un sesto titolo giuridico di relazione (in senso romaniano, come *posizione* delle istituzioni, rilevabile sul piano storico), consistente nell'*apertura* dell'ordinamento statale all'ordinamento internazionale e ad esperienze di integrazione sopranazionale, e poggiante sul doppio pilastro del contenuto di principio di molte Costituzioni del secondo dopoguerra, e del progressivo mutamento di contenuto del diritto internazionale, sempre più difficilmente riconducibile – in ragione dell'approfondimento della cooperazione – al paradigma interstatualistico: sembra possibile dare una risposta positiva, a condizione di definire le forme di operatività di tale principio, proprio tenendo a mente le acquisizioni maturate dalle concezioni attente al ruolo dell'interprete, che si sono appena viste.

L'apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento internazionale, infatti, nella misura in cui determina il superamento definitivo della declinazione produttivistica del principio di esclusività, appare suscettibile di riportare le dinamiche di relazione tra ordinamenti al momento dell'applicazione del diritto, consentendo all'interprete di assumere ad elemento della propria decisione un contenuto normativo di fonte diversa da quella statale.

Così, nel caso del giudice costituzionale, l'esistenza di un principio costituzionale di apertura – storicamente determinata dall'evoluzione delle forme di cooperazione internazionale - consentirebbe l'assunzione a parametro di contenuti normativi di fonte internazionale, variamente combinati con la determinazione costituzionale dell'apertura. Sul punto, si tornerà diffusamente, anche nel capitolo successivo: per ora, è importante aver sottolineato che la prospettiva istituzionale necessita di una integrazione sul piano soggettivo.

Se, in altre parole, essa fornisce profondità teorica alla possibilità di costruire la parametricità degli obblighi internazionali come strumento di relazione tra ordinamenti, d'altro canto, la sua proiezione operativa impone di affermare l'importanza del ruolo dell'interprete come attivo "costruttore" del sistema di relazioni, con il contestuale recupero di posizioni teoriche che affermano il carattere storico e valutativo dell'operazione interpretativa, di fronte a concezioni

formalistiche e astratte, come segno del passaggio dallo Stato “monoclasse” allo Stato pluralista²⁹⁶.

²⁹⁶ Simile posizione s’inserisce, come evidente, nel discorso più generale, accennato più volte nel corso del primo paragrafo, sulla tenuta delle stesse premesse tradizionali della dogmatica giuridica come sistema logico astratto, a favore di una sua storicizzazione, che passa necessariamente per una valorizzazione della mediazione soggettiva nell’elaborazione dei concetti e nella stessa ricostruzione delle dinamiche applicative. In questo senso potrebbe leggersi il legame tra dogmatica giuridica e «autocoscienza» in una visione più comprensiva dell’esperienza giuridica tracciato dal PARESCHE, voce *Dogmatica giuridica*, cit.: alla “deficienza fondamentale della dogmatica giuridica” mostrata dal contrasto tra “normativismo, dogmatico e filosofico, e teleologismo di varia natura”, Paresce oppone una visione in cui la dogmatica non costituisce che un momento dell’esperienza giuridica, senza poterne esaurire gli orizzonti di studio: in particolare, di fronte ad una configurazione astratta della scienza giuridica, l’esperienza si pone come “aspetto attivo della vita del diritto [...] modo concreto col quale «emergono» i valori giuridici e si pongono come «modelli» per l’azione del singolo ed è anche questa stessa azione del singolo in quanto li rende, con la concreta attuazione, vigenti e li modifica”. In quest’ottica, se l’esperienza è il “campo in cui si attua l’«epifania» dei valori e la loro «dialettica» nei confronti dell’azione concreta”, la dogmatica “mentre da un lato è il luogo in cui i valori, per quanto in se stessi irrelativi ed assoluti, vengono relativizzati e razionalizzati, dall’altro, così operando, si storicizza [...] essa, accettando il principio apportato dal nuovo valore, accetta, dalla creatività dell’esperienza giuridica, i nuovi valori ed in base a questi rifà le sue sistemazioni, ritesse la sua tela che la tela del diritto e che, nella sua duplice razionalità e storicità, costituisce un momento ineliminabile della vita del diritto, ossia, dell’esperienza giuridica: il momento dell’autocoscienza del diritto come «totalità attuale»” da intendersi, precisa Paresce, come “processo oggettivo di storicizzazione del «sistema» normativo nella sua più vasta accezione [...] che rende possibile ai soggetti della esperienza giuridica, legislatori, giudici operatori giuridici, di avere la nozione esatta di ciò che è il diritto guardato nella sua «totalità» in un momento dato della storia” (pp. 688-689). La consapevolezza dell’immersione della dogmatica nell’esperienza giuridica, e dunque della sua piena storicità, conduce Paresce a sottolineare il nesso di circolarità tra «sistema» e «problema»: “l’attualità del diritto, cioè il suo farsi operante nella qualificazione di una concreta azione presuppone il dato conoscitivo” ma, al tempo stesso, “la dogmatica nei suoi dati conoscitivi [...] non ci dà un complesso di verità certe ed immutabili, ma soltanto sistemazioni provvisorie e mutevoli”: essa, tutto al contrario “si presenta come un momento problematico che per la sua stessa interna struttura, non riesce mai a liberarsi della sua problematicità ed a raggiungere una «reale certezza» [...] l’attualità della sua certificazione ne rivela la storicità e la pone, ad un tempo, come sistema e come problema: sistema in rapporto all’azione giuridica che ad essa guarda come a guida per la sua determinazione, problema in quanto l’azione giuridica, se guarda al passato suo, se «ricorda» i «modelli» che si è costruita, nello stesso istante guarda al futuro, alla sua nuova affermazione della realtà storica e rende, perciò, problema attuale, quella che era mera conoscenza sistematica” (pp. 690-691). Per questa via passa il recupero della storicità dell’esperienza giuridica, che viene declinata quale storicità di questo tessuto connettivo dell’azione, nella duplice dimensione strumentale e materiale (cfr. p. 691, ultima colonna): storicità che si manifesta nel momento applicativo, quale luogo di emersione della complessità, delle interpretazioni contrapposte, e, conseguentemente, dei nuovi valori giuridici (p. 693), passando per il momento della concettualizzazione, nell’ambito del quale, alla logica formale deve necessariamente affiancarsi la “logica dell’esperienza” (cfr. la ripresa della polemica sui concetti giuridici alle pp. 694-695). “La dogmatica” afferma Paresce, “dogmatizzando storicizza” (p. 695). L’esigenza di “integrazione del pensiero problematico nel pensiero sistematico” (che peraltro riprende tratti di una questione che attraversa in profondità la storia del pensiero giuridico lungo i secoli XIX e XX; cfr. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *ID. Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 11 ss.; FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970, vol. III. *Ottocento e Novecento*, specie pp. 53 ss e pp. 217 ss., rispettivamente per la tensione interna alla Scuola storica tra storicità e sistematicità, e per la suggestione di una linea di continuità tanto con la *Begriffs-* quanto con la *Interessen- Jurisprudenz*) percorre tutta l’opera di MENGONI (la cit. è tratta dalla *Prefazione a Diritto e valori*, cit., 1985, p. 7), il quale, significativamente,

Allo stesso tempo attribuire all'interprete il ruolo di propulsore delle relazioni interordinamentali presenta tutta una serie di vantaggi, quale, ad esempio, quello di riconoscere l'integrazione tra ordinamenti sul piano che più di tutti è da essa segnato, vale a dire quello materiale, riconoscendo allo stesso tempo la capacità dell'interprete di incidere concretamente sui percorsi dell'integrazione materiale medesima. In questo senso, l'integrazione internazionalistica del parametro di costituzionalità descrive efficacemente – anche nel segno linguistico utilizzato – la corrispondenza tra relazioni interistituzionali e percorsi di decisione del giudice, andando ad incidere direttamente, nel caso del giudice costituzionale, sulla stessa conformazione del contenuto normativo che verrà applicato nel giudizio *a quo* (nel caso di giudizio incidentale di costituzionalità), ma anche della stessa conformazione del contenuto di un determinato istituto (ad esempio, la determinazione del contenuto di un diritto fondamentale, nel caso del *recurso de amparo*). Ne consegue che è lo stesso ordinamento ad essere modificato per effetto della relazione, nella misura in cui essa si traduce, a livello applicativo, nell'apertura del parametro di costituzionalità al diritto internazionale.

Se è la Costituzione, in altre parole, a *riconoscere e disciplinare* il sistema di relazioni (non già a *produrre* l'altro ordinamento), il giudice costituzionale – ma anche, in diversa forma, il giudice ordinario – è chiamato a svolgere un ruolo che va ben oltre quello di garante della gerarchia delle fonti, ed appare ormai decisamente arricchito, se non del tutto trasfigurato, in quello di garante della

afferma che “il formalismo della giurisprudenza dei concetti e la sua «non razioinante presunzione di verità fatte» non si superano con l'anticoncettualismo, ma acquistando una maggiore consapevolezza dei problemi e una più raffinata capacità di analisi delle loro connessioni di valore, e poi tornando, come dice Hegel, a «prendere su di sé la fatica del concetto»” (ivi, p. 8): d'altro canto, simile posizione si accompagna alla netta riaffermazione dell'essenzialità del momento valutativo nell'operazione interpretativa, come portato specifico del passaggio da ordinamenti emanazione di società omogenee ad ordinamenti complessi, specchio di società pluraliste (cfr. *Problema e sistema...*, cit., pp. 21 ss., specie p. 27), tracciando suggestive interazioni tra valore garantistico delle generalizzazioni dogmatiche ed apporti vivi del pensiero problematico, che “corregge la tendenza universalistica della dogmatica giuridica, che può tradursi in forme di irrigidimento concettuale” (pp. 53-55): “lo spirito sistematico” deve essere insomma aperto “a rivedere, per correggerle o sostituirle, le proprie concettualizzazioni nella misura necessaria per conservare la comunicazione del sistema con la dinamica sociale” (p. 59). L'affermazione dell'essenzialità del momento valutativo nell'operazione interpretativa, quale momento specifico di composizione della tensione tra sistema e problema, non coincide necessariamente con un'apertura a posizioni giusnaturalistiche (ma per MENGONI, cfr. ad esempio, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 115 ss.), rivelando piuttosto una stretta embricazione con la piena coscienza della storicità delle costruzioni giuridiche (cfr. ancora, in questo senso, CERVATI, *A proposito...*, cit.).

posizione dell'ordinamento statale rispetto a quelle stesse relazioni, con la traduzione e l'impulso, sul piano operativo, della tendenza all'integrazione materiale tra gli ordinamenti. Come – in chimica – gli elementi, per l'energia di cui sono espressione e che ne anima le dinamiche di azione, entrano in relazione tra loro, la relazione crea il legame e il legame dà luogo ad una sostanza nuova, così anche gli ordinamenti – in virtù della reazione del principio istituzionale sull'attività dell'interprete, per mezzo della mediazione costituzionale – sono in relazione tra loro, e dal legame che ne deriva nascono – o emergono, senza voler prendere qui posizione netta sul problema della produttività dell'attività interpretativa²⁹⁷ - contenuti normativi nuovi, i quali descrivono l'esito della

²⁹⁷ Può essere suggestivo richiamare, a tale proposito, e con riferimento specifico alla posizione del giudice costituzionale, le belle pagine di Ascarelli, nella polemica che lo vide contrapposto al Carnelutti (tra il 1957 e il 1958) proprio sul rapporto tra giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione (ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.* 1957, pp. 351 ss.; F.C., *Postilla*, ivi, pp. 363-364; ASCARELLI, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, *Riv. dir. proc.* 1958, pp. 14 ss.; CARNELUTTI, *Risposta al prof. Ascarelli*, ivi, pp. 22-23). Ascarelli descrive, in maniera davvero affascinante, come il momento interpretativo/applicativo costituisca un momento di “necessaria conciliazione tra passato e futuro” (questo passaggio, si noti, è particolarmente apprezzato dal Carnelutti nella *Postilla*, che vi vede aleggiare “la cara ombra del Capograssi” sotto forma di quella “riconciliazione tra la scienza e la filosofia del diritto”, p. 363, che prepara aperture nel metodo e nei concetti), giacché “la norma vive come «norma» solo nel momento nel quale viene applicata, e perciò appunto ogni applicazione di una norma richiede l'interpretazione di un testo (o di un comportamento) e cioè in realtà la formulazione (ai fini dell'applicazione) della norma” (*Giurisprudenza costituzionale...*, cit., p. 352): il superamento della rigidità testuale, ai fini di un suo adeguamento alle peculiarità del caso concreto, poi, non avviene esclusivamente attraverso “un'indagine «storiografica» del testo” ma implica al tempo stesso una scelta valutativa dell'interprete (p. 353), con, sullo sfondo, tutta la questione del carattere non univoco delle formulazioni normative nelle società complesse (sul punto, v., ad esempio, da una prospettiva diversa, la bella indagine di CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, pp. 3 ss., specie pp. 10 ss., anche per la significativa affermazione che “estudiar los votos particulares es también, en alguna manera, hacer balance de por donde discurre la tensión permanente entre el Derecho constitucional y la realidad”, dal momento che l'opinione dissenziente testimonia, in sé, la rottura della “tradizionale idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta”, pp. 10 e 11): “l'equivocità del testo” afferma Ascarelli, “è superata solo nel momento dell'applicazione della norma all'uopo formulata; norma che torna a sua volta a essere «testo» per le applicazioni successive” (p. 355) e “la norma non è «racchiusa» nel testo sì da poter essere ivi scoperta e l'interpretazione non è «lo specchio» di quanto è racchiuso nel testo; il testo è se mai un seme per quella sempre rinnovata e transitoria formulazione della norma che per ogni applicazione compie l'interprete” (p. 356). Ora, proprio le sentenze del giudice costituzionale, secondo Ascarelli, mostrano al sommo grado questa virtualità di sviluppo insita nell'operazione interpretativo/applicativa, ed il suo intrinseco carattere valutativo (sul punto v. anche MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit.), con particolare riguardo alle sentenze interpretative, nelle quali vengono naturalmente ammesse “quelle possibilità di interpretazioni diverse che invece le sentenze di tutte le magistrature del mondo generalmente tendono a negare”: Ascarelli, peraltro, precisa che il problema non nasce dalla prospettazione delle diverse interpretazioni ad opera del giudice ma dalla loro “obiettiva presenza” e dalla conseguente

relazione sul piano dell'integrazione materiale. Questo esito di integrazione, tuttavia, mantiene, proprio per effetto del principio istituzionale di apertura, compiutamente storicizzato per effetto della mediazione della Costituzione e dell'intervento successivo dell'interprete in sede applicativa, un carattere dinamico, aperto a nuove esperienze di dialogo tra interpreti. L'intero integrato non si chiude, pertanto, in senso statico – simile esito finirebbe per negare la stessa premessa della relazione – ma resta aperto a dinamiche di relazione che continuano a descrivere il punto di equilibrio tra identità, apertura, relazione e integrazione²⁹⁸.

“inevitabilità in qualunque interpretazione di una scelta [...] che non può mai prescindere da una valutazione dell'interprete” (p. 358).

²⁹⁸ Appare necessario, a questo punto, il riferimento a SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, (1928), tr. it. a cura di Fiore e Luther, Milano 1988, ed in particolare ad un'interpretazione del pensiero smendiano che ne accentui, di fronte alle posizioni di quanti sottolineano il carattere statico – almeno rispetto agli esiti - del concetto di integrazione (cfr. ITZCOVICH, *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in Dir. pubbl. 2005, pp. 749 ss.), il carattere dinamico e aperto ad esiti sempre nuovi (*immer wieder*) del processo di integrazione. Se, in altre parole, l'integrazione è una *funzione* delle Costituzioni del pluralismo, che si articola attorno ad una “tavola di valori ordinativi di un processo di integrazione” (cfr. RIDOLA, *I diritti...*, cit., p. 110, corsivo mio), essa rinvia necessariamente ad una struttura aperta, pluridimensionale e disponibile all'integrazione di sempre nuove istanze emergenti nel tessuto pluralistico. Simile approccio può essere dedotto da una rapida rilettura di alcuni significativi passaggi dell'opera smendiana (ma v. anche HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, Baden Baden, Nomos, 2004, specie p. 7 e p. 248: “*der Staat ist nur in immer neuer Integration*”); così, con riguardo alla responsabilità degli attori del processo di integrazione, cfr. p. 219: “dal momento che l'adempimento del dovere deve essere sempre nuovamente rimesso alla buona volontà e all'obbligo di intesa e cooperazione costituzionali, anche la giurisdizione – perlomeno nei casi più gravi – può essere soltanto uno strumento e uno stadio dell'intesa di quelle parti, presumibilmente dotate di buona volontà, che a loro volta, devono servirsi, anche solo in questo senso, di tale strumento” (corsivi miei). Si noterà che, significativamente, simile affermazione è contenuta nel capitolo della parte terza del volume, relativo alla “*interpretazione della costituzione come intero*” (pp. 211 ss.). L'insistenza smendiana sulla responsabilità degli attori del processo di integrazione (cfr anche le considerazioni sulla centralità delle intese, alle pp. 226 ss) sembra discendere primariamente dalle stesse premesse filosofiche dell'opera (cfr. pp. 65-66), ed in particolare dalla concezione eminentemente relazionale dell'io, particolarmente condizionata da un approccio fenomenologico di matrice cristiana: l'incidenza di simili premesse sulla complessiva articolazione del modello ricostruttivo della *Integrationslehre* ben può essere dedotta dall'elaborazione smendiana del concetto di intero (“l'intero è e resta soltanto la «*struttura unitaria*» delle singole partecipazioni all'esperienza vissuta complessiva”, 71, corsivo mio), che si ripercuote sulle stesse definizioni di costituzione (la costituzione “è nello stesso tempo un ordine vitale che comprende anche il processo di vita politico fondamentale dello Stato, in cui esso diviene reale attraverso l'*inclusione continua e dinamica del singolo*”, 285, corsivo mio) e di Stato (“lo Stato riposa [...] sulla *sempre nuova e volontaria adesione dei suoi appartenenti* [...] attraverso la partecipazione dotata di senso al gioco politico costituzionale”, 286, corsivo mio). L'unità, in definitiva, e anche l'unità statale come esito di processi integrativi, non sembra in Smend un punto di arrivo in equilibrio statico, quanto piuttosto un'immagine istantanea dell'assetto interno del processo di integrazione; nello stesso concetto di integrazione convivono unità e molteplicità, equilibrio momentaneo e rinnovamento. Radicalmente diverso da quello qui sostenuto è l'approccio di quanti, peraltro proprio con riferimento ai processi di integrazione sovranazionali, sembrano privilegiare, nell'analisi del pensiero smendiano, il profilo dell'unità dell'intero integrato, per concludere nel senso dell'inutilizzabilità, o comunque

3.5. Segue: dal paradigma internazionalprivatistico allo Stato costituzionale aperto: l'interprete e la comparazione costituzionale.

A livello metodologico, rimane tuttavia aperto – proprio se si declina l'apertura degli ordinamenti sul piano applicativo - il problema più generale della possibilità di trasferire le suggestioni derivanti dalle costruzioni internazionalprivatistiche del rinvio in ambito costituzionalistico, in particolare al fine della costruzione teorica della parametricità degli obblighi internazionali, specie laddove, come si è visto in Ziccardi, l'affermazione dell'apertura degli ordinamenti appare legata a doppio filo alla prospettiva giusprivatistica. D'altro canto, non può dimenticarsi che lo stesso Ziccardi – rivedendo proprie precedenti posizioni, nettamente orientate ad escludere possibilità di apertura nel campo del diritto pubblico²⁹⁹ – riconosce che “la stessa chiusura dello Stato nell'ambito esclusivo del suo diritto pubblico è un principio dogmatico, privo di valore teorico assoluto”³⁰⁰.

In simile ottica, il recupero del momento applicativo nelle costruzioni del rinvio internazionalprivatistico in Betti e Ziccardi – nella misura in cui descrive la dimensione operativa dell'apertura degli ordinamenti – sembra offrire, trasferito in ambito giuspubblicistico ed opportunamente combinato con il superamento del principio di esclusività nella prospettiva istituzionalistica, una base sufficientemente solida per l'individuazione di circuiti comunicativi tra ordinamenti che solo nel

della scarsa utilità, delle categorie smendiane a fini di comprensione dei processi medesimi (cfr. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su “L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali”, Catania 14-15 ottobre 2005, versione provvisoria).

²⁹⁹ Cfr. ZICCARDI, *Introduzione...*, cit., pp. 156-157, in nota (laddove riporta passi di propri precedenti lavori): “il diritto privato e il diritto pubblico si riconducono [...] a principi completamente antitetici: l'uno considera quegli interessi che siano propri di ciascun uomo, qualunque ne sia l'appartenenza politica, variando piuttosto in relazione all'appartenenza ai diversi ambienti sociali; l'altro considera gli interessi propri di quegli organismi che rappresentano l'isolamento e la contrapposizione di una data società di individui rispetto ad ogni altra. Il diritto pubblico è quindi limitato, oltre che perché condizionato nella sua validità al *fatto* del potere effettivo, anche per la sua stessa essenza logica che lo riconduce al «particolare»; il diritto privato è invece logicamente incomprimibile nei limiti di un ambiente statale” (corsivo originale). Allo stesso tempo, tuttavia, si delineano significative aperture, nella misura in cui riconosce che “l'ordinamento giuridico statale, limitato quanto alle norme che corrispondono al fatto materiale, storicamente determinato, dell'organizzazione del potere statale, non lo è punto in quelle altre norme con cui l'ordinamento provveda a determinare i criteri in base ai quali l'organizzazione stessa dello Stato, *quella giudiziaria in particolare*, darà atto del carattere giuridico di determinate situazioni”.

³⁰⁰ Cfr., *ivi*, p. 167.

momento dell'applicazione del diritto trovano la propria concreta proiezione: come è stato efficacemente affermato, infatti, le dinamiche di costituzionalizzazione dell' "universo di valori articolato e composito" che anima le realtà costituzionali complesse, investono "ormai decisamente il campo dell'applicazione del diritto", con esiti che lasciano "intravedere con chiarezza il distacco dalla (e secondo alcuni, l'inadeguatezza della) prospettiva del positivismo giuridico, in quanto essa ha preteso dal giurista di non schierarsi sui conflitti etici di volta in volta in gioco, arrestandosi ad una descrizione avalutativa del diritto positivo"³⁰¹.

In sostanza, ferma la premessa della pluralità degli ordinamenti, la sua compiuta declinazione in termini relazionali denota un diverso approccio alla pluralità dei centri di normazione che ne riconosca, a un tempo, la possibile coesistenza e la necessaria riconduzione ad un momento di *scelta* – che coincide con quello dell'interpretazione ed applicazione del diritto – idoneo a fondarne la dimensione relazionale³⁰².

Proprio muovendo da simile prospettiva, e considerando l'evoluzione storica del costituzionalismo nella seconda metà del XX secolo – che si è andato sempre più aprendo al recupero della proiezione transnazionale di taluni istituti, quali la tutela

³⁰¹ Così RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 55-56; nel medesimo senso – peraltro richiamato dallo stesso Ridola – v. CERVATI, *A proposito di metodi valutativi...*, cit., *passim*.

³⁰² In questo senso, può richiamarsi la costruzione di OST – DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour un théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint- Louis, 2002. La sostituzione della rete alla piramide, come strumento concettuale idoneo a svelare la complessità delle interazioni riscontrabili tra ordinamenti (centri di normazione) nel contesto contemporaneo di fonda su un'opzione metodologica anch'essa complessa, uno dei cui tratti fondamentali risiede nel ripensamento delle forme dialettiche che "conduit a penser l'interaction des termes habituellement distingués": si tratta, in altre parole, di mantenere in tensione i termini della relazione dialettica e "montrer [...] que chaque terme contient virtuellement son «autre», et que, dès lors, ils ont «partie liée»; suivre les jeux de leurs enchevêtrement, et, littéralement, de leurs trans-formations" (pp. 37-38). Su queste basi, la ripresa del concetto di *rizoma* - originariamente formulato da Deleuze - sul piano giuridico (suggerimento ripresa dalla Delmas-Marty, cfr. p. 19), conduce ad una costruzione complessa della stessa relazione di validità, che, non promanando più da un unico centro di normazione, si apre alle dinamiche di relazione secondo un "processus de validation *pluriel* (basée sur des critères formels, ultrasystémiques, mais aussi des critères empiriques ou axiologiques, méta-positifs), *relatif* (susceptible de recevoir des intensités et donc des effets très variables) et *recursif* (non pas seulement produit d'en haut, par le législateurs, ou d'en bas, par le sujets de droit, mais *résultant d'une interaction continue de l'ensemble des acteurs*)" (p. 309), che vede nel momento applicativo la sede di gestione e sviluppo delle relazioni interordinamentali, dal momento che nella rete "la validité du droit demandera à être reconnue et sans cesse reconfirmée" (ivi), secondo i canoni di un pluralismo di interazione (p. 316) inteso in senso dinamico.

dei diritti fondamentali³⁰³ - appare possibile gettare un “ponte” tra discipline, specie attraverso la ripresa di talune suggestioni derivanti da recenti importanti interpretazioni della comparazione costituzionale, particolarmente attente alla sua incidenza sul piano applicativo e che arrivano a definirla quale “quinto criterio interpretativo”³⁰⁴.

Secondo tali ricostruzioni, il ruolo della comparazione costituzionale non si arresta alla constatazione di differenze o analogie, così come non ci si può limitare ad affermare un suo ruolo ancillare rispetto alla costruzione di modelli teorico-generalmente capaci di trascendere la molteplicità delle esperienze³⁰⁵. La comparazione

³⁰³ V. sul punto PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, saggio introduttivo dell'omonimo volume, curato dallo stesso Panunzio, Napoli, Novene, 2005, pp. 1 ss., specie per l'impostazione metodologica di fondo, particolarmente attenta a cogliere i riflessi dei processi di integrazione sul piano della tutela giurisdizionale, e della stessa interazione/integrazione tra Corti; CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in RIDOLA – NANIA (a cura di), *I diritti fondamentali*, Torino Giappichelli 2006, vol. I, pp. 229 ss.; nella letteratura spagnola, cfr. CÁMARA VILLAR, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, in *Rev. Der. Const. Eur.*, n. 4, Julio-Diciembre 2005, pp. 9 ss.; RUBIO LLORENTE, *"Divide et obtempera?"*. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 2003, pp. 49 ss.; CRUZ VILLALÓN, *I diritti e i rapporti tra le Corti*, in PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali...*, cit., pp. 735 ss.

³⁰⁴ Fondamentale, sul punto, HÄBERLE, *Europäische verfassungslehre*, cit., pp. 250 ss., peraltro nel più ampio contesto della nota costruzione dell'A. della *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (tr. it., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, a cura di J. Luther, Roma, Carocci, 2001) che mostra le proprie virtualità sul piano interpretativo aprendo la stessa comparazione alla considerazione di elementi ultratestuali quali il contesto storico o culturale.

³⁰⁵ Può essere interessante – rimanendo nell'ambito degli Autori analizzati nella seconda parte di questo capitolo – richiamare, in questo senso, il ruolo limitatissimo attribuito alla comparazione dallo stesso Santi Romano, nei *Principii...*, cit., p. 10, laddove afferma il carattere essenzialmente descrittivo del diritto costituzionale comparato, scienza priva di un “fine specificatamente proprio”, che costituisce soltanto un “metodo o un mezzo utile per fornire a parecchie altre scienze, così teoriche che pratiche, dei dati di cui possono aver bisogno” arrivando ad escluderla dal novero delle scienze giuridiche: tuttavia, allorché si muove sul piano della definizione metodologica del diritto costituzionale generale, afferma, da un lato, che “la costruzione di un diritto costituzionale generale avviene sulla base comparativistica” (p. 12, pur sostenendo, al contempo, che ciò non è necessario in via assoluta, poiché “l'occhio acuto di un giurista molto esperto potrebbe sia pure faticosamente e con maggiore probabilità di errori, quanto in tale costituzione c'è di particolare e contingente e quanto, invece, c'è dei caratteri che ogni costituzione o, almeno, ogni costituzione di un certo tipo deve possedere”) e, d'altro canto, affrontando il profilo delle scienze “ausiliarie” del diritto costituzionale generale, torna a sostenere che “può essere molto utile usufruire le dottrine relative al diritto costituzionale comparato, che, nel senso e nei limiti accennati, è la base del diritto costituzionale generale” (p. 24). Si pensi, ancora, ai *Principii...*, cit. di Orlando, specie laddove egli avvertiva – proprio in sede di fondazione del proprio metodo «rigorosamente giuridico» - di aver cercato di eliminare dalla propria trattazione “tutti quei paragoni con altee costituzioni, anche attuali, *i quali direttamente o indirettamente non servissero all'esplicazione di un concetto*” (p. 19, corsivi miei). Per una panoramica storica e metodologica dei principali problemi posti dalla comparazione cfr. almeno DAVID – JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, CEDAM, 2004;

presuppone, piuttosto, un radicale mutamento di prospettiva nell'osservazione del fenomeno giuridico, implicando un arricchimento dell'*identità* dell'interprete, anche sul piano metodologico, attraverso l'apertura alla relazione con esperienze costituzionali diverse³⁰⁶: si muove cioè dal presupposto che “la comparazione attinga il livello più profondo dell'interpretazione, nel senso che essa dilata le opzioni argomentative del giudice ed amplia il raggio delle esperienze che egli prende in considerazione di fronte ad alternative di decisione”³⁰⁷.

Questo legame tra identità e relazione – vissuto nella sua dinamicità, come strumento di conoscenza in chiave evolutiva - rappresenta pertanto uno snodo fondamentale per la comprensione dell'approccio comparatistico, atteso che l'arricchimento del bagaglio concettuale e metodologico dell'interprete rispecchia le stesse dinamiche di relazione tra gli ordinamenti e si rifrange su di esse.

La comparazione rivela così una doppia virtualità, nel momento in cui la coscienza delle relazioni tra ordinamenti, implicando un'opzione metodologica di apertura, incide sul patrimonio concettuale dell'interprete, condizionando lo stesso approccio all'ordinamento di origine. L'apertura metodologica dell'interprete – determinata dall'opzione per la comparazione, implicata a sua volta, in un nesso di circolarità, dalla consapevolezza della “rete delle interdipendenze che condizionano in misura crescente lo stato costituzionale contemporaneo”³⁰⁸ – si traspone, cioè, sul piano delle relazioni tra ordinamenti. L'interprete, nel trattare l'altro da sé, vale a dire il contenuto normativo procedente da altra realtà ordinamentale, aprendosi ad esso e lasciando che la propria identità metodologico-concettuale ne venga continuamente e silenziosamente sollecitata, non fa altro che riconoscere le dinamiche di apertura e relazione tra gli ordinamenti, contribuendo a determinarne gli sviluppi.

Si tratta d'altro canto, se non andiamo errati, di una ulteriore applicazione di quell'insegnamento bettiano che vedeva già in ogni atto di interpretazione un momento di necessaria e “abnegazione di sé”, come “apertura mentale” all'altro

nonché COSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, tr. it. a cura di Procida Mirabelli di Lauro, Torino, Giappichelli, 2003.

³⁰⁶ RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA (a cura di) *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffé 2006, pp. 15 ss.

³⁰⁷ RIDOLA, *op. ult. cit.*, p. 21.

³⁰⁸ *Ivi*, p. 18.

da sé³⁰⁹. Allo stesso modo, la delineata corrispondenza tra aperture interpretative e relazioni interordinamentali, tra “foro interno” del soggetto interpretante e dimensione istituzionale sembra tradurre ad un livello pratico la suggestione del parallelismo tra evoluzione delle forme spirituali e “sviluppo dello spirito sul piano soggettivo delle personalità individuali”³¹⁰, nella misura in cui, nell’incontro tra il soggetto interpretante e le esperienze giuridiche oggetto di osservazione, si realizza la concreta partecipazione alla determinazione delle dinamiche istituzionali.

L’ultima affermazione risulta sensibilmente arricchita e approfondita se inquadrata nell’opzione, a livello teorico generale, a favore di una ricostruzione in termini istituzionistici delle dinamiche ordinamentali, come segno ulteriore della necessità di una loro integrazione sul piano soggettivo: la più volte richiamata storicità dei principi istituzionali mostra in tale prospettiva un legame suggestivo con il ruolo dell’interprete, nella consapevolezza che solo “vivendo nella tradizione della giurisprudenza [i giuristi] possono realizzare in sé la continuità nella vita del diritto”³¹¹.

Conferma di quanto si è sin qui venuto affermando in ordine alla doppia virtualità della comparazione deriva dall’analisi di due ambiti tematici assai rilevanti. Il riferimento va innanzitutto, al legame tra metodo comparatistico e superamento del principio di esclusività dell’ordinamento statale, declinato in termini di monopolio statale della produzione giuridica. La comparazione costituzionale, infatti, pur essendo strettamente dipendente dal “modello Westfalia”, contiene in sé il germe del suo superamento, almeno nella misura in cui alla dimensione della statualità si è storicamente accompagnato il corollario del monopolio della produzione giuridica e, in tempi più recenti, l’idea del controllo accentrato di costituzionalità³¹². L’opzione metodologica per la comparazione implica infatti il riconoscimento di altre esperienze giuridiche, diverse ed ulteriori rispetto a quelle

³⁰⁹ BETTI, *Interpretazione della legge...*, cit., p. 24.

³¹⁰ Ivi, p. 45. Per l’ascendenza vichiana di simile posizione, cfr. p. 43.

³¹¹ Ivi, p. 66.

³¹² Afferma infatti RIDOLA, *La giurisprudenza...*, cit., pp. 17-18, che “la comparazione costituzionale, invece, quando venga trasferita dal piano dell’ispirazione e dell’ausilio nei processi di riforma costituzionale su quello dei canoni di interpretazione del testo costituzionale, scardina sia il «sistema Westfalia» e le gerarchie interne alla statualità che le consolidate certezze sul ruolo del giudice costituzionale e sui confini della sua attività interpretativa”.

dell'ordinamento statale di appartenenza e la conseguente attribuzione di rilevanza che, nel nostro caso, investe il campo delle relazioni tra ordinamenti. Un'altra riflessione assai rilevante per la nostra analisi è quella che ha ad oggetto l'incidenza della comparazione sulla tenuta e sul ripensamento degli strumenti concettuali forniti dalla dogmatica giuridica. Simile relazione opera almeno su due livelli. In primo luogo, non può dimenticarsi che, nell'approccio tradizionale al metodo dogmatico, è molto forte, se non esclusivo, il legame tra strumenti concettuali e osservazione di un solo ordinamento - che di norma, ma non necessariamente, coincide quello statale - sicché l'apertura alla comparazione rivela un'influenza dirompente sulla tenuta delle categorie dogmatiche elaborate in ambito nazionale, come dimostra, ad esempio - in ambito internazionalprivatistico - il dibattito sulle qualificazioni nella ricostruzione dell'operatività della norma di rinvio³¹³. D'altro canto, il rapporto dialettico tra comparazione e dogmatica è chiamato a misurarsi, inevitabilmente, con nuove sfide, legate alla sempre più diffusa coscienza delle conseguenze operative della pluralità degli ordinamenti giuridici, al di là della tradizionale riconduzione del fenomeno alla volontà statale o, nelle ricostruzioni più avanzate, alla sistemazione operata in sede costituzionale³¹⁴. Così ad esempio, con particolare

³¹³ Cfr. BETTI, *Problematica...*, cit., pp. 183 ss.; ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in ID. *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 3 ss., pp. 5 ss.; tracciando un confronto tra uso della comparazione e rinvio internazionalprivatistico al diritto straniero, Ridola avverte, tuttavia, che quest'ultimo "si colloca nello stesso solco tracciato dalla statualità, è perfettamente coerente con il sistema Westfalia" (p. 17).

³¹⁴ In questo senso, v. l'impostazione di BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos*, in Rev. Esp. Der. Const. 2003, pp. 181 ss.: l'apertura della Costituzione alla pluralità degli ordinamenti giuridici ("que no está en la propia Constitución sino que es el fruto de la remisiones que se producen en el texto constitucional", p. 181), da un lato implica, secondo Balaguer, l'apertura del sistema delle fonti ma, al tempo stesso "supone ya un problema de envergadura [...] para la normatividad de su norma de cabecera" (p. 182) spostando il problema sul piano della giurisdizione costituzionale ("la normatividad de la Constitución como fuente del Derecho está profundamente imbricada con la labor del Tribunal constitucional", p. 183): "la relación entre los espacios constitucionales y los ordenamientos que confluyen en el territorio nacional a partir de la Constitución", afferma Balaguer, "ha sido, a la vez que un factor de impulso y de desarrollo del sistema de fuentes, un elemento debilitador de la normatividad de la Constitución [...] lo primero es una consecuencia natural del pluralismo ordinamental [...] lo segundo es un efecto patológico que sólo se explica por las peculiaridades de nuestro sistema constitucional y por las dificultades que se han planteado para la reforma constitucional" (p. 185); simile costruzione si inserisce nel quadro di una posizione che vede nella Costituzione la norma fondativa del sistema, funzionale alla garanzia del principio di unità dell'ordinamento, alla quale cioè il pluralismo ordinamentale deve poter essere ricondotto (cfr. pp. 188 e 192, laddove l'A. postula la necessità dell'adozione di una Costituzione europea "que haga posible la conformación en torno a ella del principio de unidad del ordenamiento"). In simile contesto le interazioni tra

attinenza al tema che ci occupa, la sensibilità per la comparazione presenta strette implicazioni con il ripensamento dello stesso approccio dogmatico alla tematizzazione del sistema delle fonti del diritto - che si è tentato nel corso del capitolo, attraverso il superamento del principio di esclusività dell'ordinamento statale - ed incide sulla conseguente necessità di una teoria delle fonti che rispecchi ed organizzi il pluralismo ordinamentale. Come evidente, ne esce profondamente ridisegnato lo stesso metodo dogmatico, che non potrà più prescindere dalla molteplicità delle esperienze giuridiche, canalizzate in sistemi di relazioni interordinamentali che non si lasciano costringere in concettualizzazioni rigide, tutte incentrate su imperativi di carattere logico. Si tratta, in altre parole, di favorire il passaggio da categorie dogmatiche che si impongono logicamente a categorie dogmatiche "lasciate emergere" dall'esperienza giuridica, frutto di una osservazione svolta al riparo da condizionamenti metodologici legati all'ordinamento di appartenenza, che tuttavia non può essere dimenticato nella coscienza della relazione profonda tra identità e apertura. Si tratta, in altre parole, di riscoprire un approccio alla scienza giuridica come scienza della realtà ed aver presente, sino in fondo, l'opzione metodologica di chi, come Hermann Heller, invitava a lasciarsi interrogare dalla complessità della realtà osservata (in Heller, come ovvio, la realtà statale), ripensando in profondità il rapporto tra soggetto e oggetto della conoscenza³¹⁵. Appare evidente che, in simile quadro, l'interprete assume un ruolo fondamentale; profonde le suggestioni che in tal senso

Corti sembrano costituire un momento intermedio, sia pure della massima importanza, che prelude ad un consolidamento degli esiti dell'integrazione, da realizzarsi anche sul piano della revisione costituzionale: cfr. in questo senso la corposa relazione presentata dal Balaguer al Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 2006 (La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa), *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea* (tr. it. di A. Schillaci), consultabile all'indirizzo

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/balaguer1.html>; dello stesso A., v. inoltre *Fuentes del derecho*, cit., pp. 138 ss., ma anche, più di recente, ID. (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 190 ss.

³¹⁵ Cfr. HELLER, *Dottrina dello stato*, Napoli, ESI, 1988, pp. 54-55, quando, interrogandosi sul metodo della dottrina dello stato come scienza della realtà - che non rinuncia "all'interpretazione del senso" nella sua unità dialettica con l'atto che lo realizza (cfr. p. 81) - prende decisamente posizione "contro la concezione che sostiene l'origine anarchico-soggettivistica della ricerca [...] non solo perché la vediamo contraddetta dai problemi storici concreti, ma perché siamo costretti a constatare che alla base di questo modo di vedere c'è un impressionante misconoscimento della funzione sociale vitale di ogni scienza, un'idea sbagliata del rapporto fra pensare e volere, fra soggetto e oggetto della conoscenza [...] ogni conoscenza dello Stato deve dunque prendere le mosse dal fatto che la vita statale comprende sempre in sé chi la interroga". Su Heller, vedi in ogni caso le considerazioni più ampie che si sono svolte alla fine del primo capitolo.

provengono, ancora una volta, dalla cd. “polemica sui concetti giuridici” ed in particolare, ora, dalla complessa posizione di Guido Calogero, particolarmente attenta al profilo della responsabilità dell’interprete che “costruisce i concetti giuridici” nella consapevolezza che la “validità teorica” della qualificazione giuridica di una fattispecie attraverso il ricorso a strumenti dogmatici “è proporzionale al grado di aderenza all’oggetto dell’indagine [...] e non già all’astratta rispondenza di questi ultimi alle norme e agli schemi formali di una «logica» preconcetta”³¹⁶. Come è stato efficacemente osservato, l’indicazione al giurista dei “rischi dell’astrattezza e dell’isolamento dalla realtà”, nata come critica “sul terreno degli strumenti della conoscenza della scienza giuridica, [...] coinvolge in pieno la responsabilità *etica* del giurista”³¹⁷, con una ripresa dell’ammonimento hegeliano a prendere su di sé la fatica del concetto.

³¹⁶ CALOGERO, *La natura dei concetti giuridici*, in CALOGERO–CESARINI SFORZA–JEMOLO–PUGLIATTI, *La polemica...*, cit., pp. 71 ss., p. 83 e p. 79.

³¹⁷ RIDOLA, *Guido Calogero...*, cit., p. 398. Sul punto, v. anche CALOGERO, *La libertà e il diritto*, in *Riv. int. fil. dir.* 1939, pp. 45 ss., pp. 63-64: la “totale praticità” dell’esperienza giuridica, imperniata sulla centralità dell’elemento volontaristico, è ostacolata dal “miraggio di una globale sistemazione teorica, in una gerarchia di enti o in una piramide platonico-aristotelica di concetti”, mentre “qualsiasi tentativo di costruire il sistema universale dei diritti, e di cercare il suo fondamento in un mondo di concetti oggettivamente e teoricamente determinabile, naufraga contro l’elementare dato di fatto che non c’è al mondo nessun diritto se nessuno vuole che ci sia”: e se, da un lato, questo “volontarismo giuridico” può impressionare coloro che, “nella presunta metapoliticità ed oggettività «dogmatica» del diritto sono inclini a vedere una garanzia della sua indipendenza dagli urti innovatori della politica”, d’altro canto, “*chi ha paura della volontà, ha paura della storia: e, come sempre chi ha paura, finisce per restare sconfitto, giacché i valori sono eterni solo se si opera perché siano eterni, non già se si sta seduti a teorizzare che sono eterni*” (corsivi miei).

Si tratta in altre parole, di ripensare in profondità gli equilibri tra logica ed esperienza, tra sistematicità astratta e concreta problematicità del diritto – particolarmente accentuata già al momento dell’emersione del pluralismo, ed oggi ancor più pressante, considerata la proiezione anche esterna del pluralismo medesimo - recuperando il ruolo decisivo dell’interprete. Può essere utile, a questo punto, tornare ad Ascarelli, e alla ricordata polemica con Carnelutti: nella risposta a Carnelutti (ASCARELLI, *In tema di interpretazione...*, cit.) infatti, appare con particolare evidenza il nesso tra rivalutazione del momento interpretativo, sensibilità comparatistica dell’Autore – che, altrove (*Premesse...*, cit.), ad esempio, aveva affermato che la comparazione è “mezzo per allargare la nostra esperienza giuridica nello spazio” e “ci permette di intendere e valutare meglio i diversi sistemi giuridici [...] ci aiuta a comprendere le relazioni che corrono fra le norme giuridiche e la sottostante realtà sociale; ci induce a quella modestia e tolleranza che nascono sempre dall’allargamento della nostra esperienza” - e profondo ripensamento della natura delle categorie dogmatiche. Al Carnelutti, che si domandava (*Postilla*, cit., p. 364) se andar contro la dogmatica non significasse andar contro la scienza, Ascarelli risponde che “le categorie giuridiche che il pensiero giuridico viene elaborando sono [...] strumenti di intelligenza del dato, di formulazione della norma in via interpretativa, ed è così che in esse [...] si riflettono valutazioni e concezioni di singoli e di ambienti, traducendosi nelle diverse categorie giuridiche una effettiva storia del pensiero giuridico ed un’effettiva storia del diritto e non già un succedersi di più o meno adeguate rappresentazioni (ed ho ritenuto poter riportare proprio alla differenza delle categorie giuridiche una sistematica dei vari ordinamenti giuridici in sede comparativistica)” (p. 16, corsivi

È necessaria, a questo punto, un'ultima precisazione di ordine metodologico, con riferimento al problema del rapporto tra comparazione costituzionale e studio delle relazioni con il diritto internazionale. Potrebbe infatti sostenersi l'assoluta inutilità della comparazione costituzionale in uno studio come il nostro, incentrato sulla proiezione in sede interpretativa delle dinamiche di relazione tra ordinamento interno e internazionale. Ciò sarebbe tuttavia profondamente errato, in quanto la comparazione mantiene intatta la propria rilevanza, almeno su un triplice ordine di livelli. In primo luogo, a livello generalissimo, va riconosciuto che la sostanza dell'operazione interpretativa che conduce al riconoscimento della rilevanza del contenuto di fonte internazionale nella conformazione del parametro di costituzionalità è analoga a quella implicata dall'uso dell'argomento comparativo: in entrambi i casi, infatti, si tratta di assicurare un'apertura alla relazione con un ordinamento diverso che presuppone quella "abnegazione di sé" di cui si è detto in precedenza.. In secondo luogo, va ricordato che l'emersione, nelle relazioni con l'ordinamento internazionale, di processi di integrazione sopranazionale ha complicato il quadro, con il sorgere di una importante trama di relazioni che esige una combinazione sempre nuova tra comparazione costituzionale e strumenti tradizionalmente sviluppatasi nell'ambito del sistema delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale³¹⁸. Infine, la comparazione costituzionale appare funzionale alla comprensione dei diversi modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale, attraverso il confronto tra le soluzioni adottate nelle singole esperienze costituzionali.

miei); si notino, peraltro, le assonanze con le considerazioni del Paresce, riportate *supra*, alla nota 296. Per altro verso, alla possibile obiezione relativa ai rischi per la certezza del diritto, Ascarelli rispondeva che "se l'opera dell'interpretazione è quale a me sembra, legalità e continuità e la certezza del diritto (e quale che sia la nostra coscienza al riguardo) è quella sola che è compatibile con l'umanità del diritto stesso, frutto storico che storicamente si svolge, degli uomini e per gli uomini; l'affermazione della certezza del diritto sulla base di una negazione, invece facilmente smentibile, del momento pratico dell'interpretazione, rischia proprio essa di suscitare, in via di reazione, il sovversivismo di una mistica del decisionismo [...] ché, alla fine, le mie convinzioni possono ridursi a quella della storicità e così appunto della umanità del diritto, diuturna creazione dell'uomo nel suo operare e non predisposto sistema" (p. 21).

³¹⁸ Cfr. ancora RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale...*, cit., p. 30: "i processi di integrazione sopranazionale, quanto più esigono il mantenimento di raccordi più flessibili e dinamici fra i diversi ordinamenti, lasciano spazio all'uso di canoni comparativi sul terreno dell'interpretazione".

Così inteso, un modello fondato sull'*apertura*, la *comprensione* e la *relazione* con la *differenza* – rispetto a concezioni rigidamente appiattite su uno dei termini della relazione (come quella monista, o quella elaborata dall'approccio dogmatico alla pluralità degli ordinamenti) o naturalmente refrattarie all'idea stessa di relazione (si pensi alle più antiche costruzioni dualistiche) – si apre naturalmente, ed anzi appare per più versi coesenziale, alla complessità dell'oggetto della conoscenza giuridica, che non si lascia costringere entro schemi logici preconcepiuti e, semmai, stimola la costruzione di nuovi apparati concettuali, funzionali alla miglior comprensione delle questioni che sorgano in sede applicativa, e, come ovvio, idonei a fornire adeguata risposta alla domanda di giustizia da esse sottesa.

IV CAPITOLO

L'INTEGRAZIONE INTERNAZIONALISTICA DEL PARAMETRO NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE SPAGNOLA ED IN QUELLA ITALIANA

1. Il modello di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale nella Costituzione spagnola del 1978, tra monismo, dualismo e apertura. **1.1.** L'art. 96 della Costituzione: il rapporto fra i trattati e le fonti interne. **1.2.** Il controllo di costituzionalità dei trattati: l'art. 95 della Costituzione e l'art. 27, comma 2, lett. c) della LOTC. **1.3** *Segue:* l'art. 93 della Costituzione **2. L'art. 10, comma 2 della Costituzione spagnola e l'integrazione interpretativa del parametro di costituzionalità.** **2.1** Il dibattito in sede costituente e le virtualità integrative dell'art. 10, comma 2. **2.2** L'art. 10, comma 2, nella giurisprudenza del *Tribunal constitucional*: mandato interpretativo e conformazione del parametro. **2.2.1.** L'esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte di Strasburgo a carico dell'ordinamento spagnolo. **2.2.2.** La portata dell'art. 10, comma 2, nella giurisprudenza costituzionale. **2.2.3** L'ambito oggettivo dell'art. 10, comma 2: testi utilizzati e diritti tutelati. **2.2.4** L'integrazione materiale in alcune decisioni del *Tribunal constitucional*. **2.2.5** Rilievi conclusivi. **3. Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità nell'esperienza italiana.** **3.1.** Il problema dell'adattamento al diritto internazionale pattizio nell'esperienza costituzionale italiana. **3.2** Trattati internazionali e parametro di costituzionalità fino alle sentenze n. 348 e 349 del 2007: i trattati come parametro interpretativo. **3.2.1** L'uso dei trattati, oltre le costruzioni dogmatiche. **3.2.2** Uso dei trattati ed integrazione interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti. **3.2.3** *Segue:* uso dei trattati per la definizione del contenuto di principi costituzionali **3.2.4** *Segue:* uso dei trattati e sentenze interpretative di rigetto. **3.3** Le sentenze nn. 348 e 349 e il problema della portata dell'art. 117, comma 1, Cost.: prospettive di irrigidimento o possibilità di apertura? **3.3.1** Il riferimento all'interposizione normativa. **3.3.2** L'art. 11 e il principio istituzionale di apertura. **3.3.3** *Segue:* l'interposizione normativa come strumento di apertura.

1. Il modello di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale nella Costituzione spagnola del 1978, tra monismo, dualismo e apertura.

1.1. *L'art. 96 della Costituzione: il rapporto fra i trattati e le fonti interne.*

L'apertura all'ordinamento internazionale è senza dubbio uno dei caratteri salienti della Costituzione spagnola del 1978: essa si ricollega strettamente, per un verso, all'intento di legittimare le istituzioni democratiche dopo la parentesi autoritaria, con l'inserimento del sistema costituzionale spagnolo nel contesto della tradizione del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, ma, d'altro canto, appare strettamente legata alla ripresa di elementi già presenti nella tradizione costituzionale iberica, con particolare riferimento all'eredità della costituzione

repubblicana del 1931¹. Quest'ultima, infatti, sulla scia del modello weimariano, conteneva significative disposizioni di apertura al diritto internazionale – in particolare, l'art. 7, in materia di adattamento al diritto internazionale generale, e l'art. 65, in materia di adattamento ai trattati, con il riconoscimento della loro superiorità rispetto alle leggi², oltre alla disposizione generale dell'art. 6, concernente il ripudio della guerra³ - che sollecitarono, all'epoca, l'interesse della dottrina europea⁴.

¹ Sul punto, v. in particolare, PÉREZ GIL, *Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores en la Constitución española de diciembre de 1931*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2001, pp. 129 ss., nonché CORCUERA ATIENZA, *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, in *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.2/2000, pp. 629 ss. A questo proposito, v. inoltre, anche per una panoramica sulla storia costituzionale spagnola – oltre a TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 2007 e ID., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996 - tra i manuali, BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2007, vol. I, pp. 40 ss., specie pp. 43 ss., APARICIO PÉREZ (coord.), *Temas de derecho constitucional* Barcelona, CEDECS, 1998, pp. 85 ss., specie pp. 117 ss., SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho constitucional*, Madrid, Dickinson, 2004, pp. 231 ss.

² Art. 1: “El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo”; art. 65: “Todos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga. Una vez ratificado un Convenio internacional que afecte a la ordenación jurídica del Estado, el Gobierno presentará, en plazo breve, al Congreso de los Diputados, los proyectos de ley necesarios para la ejecución de sus preceptos. No podrá dictarse ley alguna en contradicción con dichos Convenios, si no hubieran sido previamente denunciados conforme al procedimiento en ellos establecido. La iniciativa de la denuncia habrá de ser sancionada por las Cortes”.

³ Cfr. art. 6: “España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional”, mentre l'art. 77 subordinava la dichiarazione di guerra ad autorizzazione legislativa, restringendone peraltro le fattispecie con riguardo alle ipotesi previste dall'ordinamento internazionale, ed in particolare dallo Statuto della Società delle Nazioni. Cfr. comunque il testo dell'art. 77: “El Presidente de la República no podrá firmar declaración alguna de guerra sino en las condiciones prescritas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y sólo una vez agotados aquellos medios defensivos que no tengan carácter bélico y los procedimientos judiciales o de conciliación y arbitraje establecidos en los Convenios internacionales de que España fuere parte, registrados en la Sociedad de las Naciones. Cuando la Nación estuviere ligada a otros países por Tratados particulares de conciliación y arbitraje, se aplicarán éstos en todo lo que no contradigan los Convenios generales. Cumplidos los anteriores requisitos, el Presidente de la República habrá de estar autorizado por una ley para firmar la declaración de guerra”.

⁴ In tema, CORCUERA ATIENZA, *La Constitución...*, cit., par. 2.3; nella letteratura europea, cfr. ad esempio MIRKINE GUETZEVICH, *Droit international et droit constitutionnel*, in RCADI, 1931, pp. 311 ss, specie pp. 396-397, a proposito del primato dei trattati di cui all'art. 65, nonché p. 417 e pp. 427 ss, a proposito degli artt. 6 e 77 relativi al ripudio della guerra; nella letteratura italiana, cfr., ad esempio PERASSI, *La nuova Costituzione spagnola e il diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.* 1932, pp. 453 ss., ora in ID. *Scritti giuridici*, Milano Giuffrè 1958, vol. I, pp. 409 ss., nonché PIERANDREI, *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931 e l'evoluzione costituzionale della Spagna*, in ID. *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, Torino, Giappichelli 1965, vol. III, pp. 303 ss.

Le disposizioni internazionalistiche della Costituzione del 1978, se si eccettua il riferimento, nel Preambolo, all'intento di "fondare una società democratica avanzata, e collaborare al rafforzamento di relazioni pacifiche e di efficace cooperazione tra tutti i popoli della terra"⁵, sono concentrate nel Cap. III del Titolo III (artt. 93-96), ed attengono alle modalità di stipula e ratifica dei trattati internazionali, nonché al loro inserimento nell'ordinamento interno, mentre una speciale menzione merita l'art. 10, comma 2, che istituisce una clausola di interpretazione delle "norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione"⁶ in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, nonché agli altri trattati ed accordi internazionali in materia; a differenza della Costituzione del 1931, è assente ogni riferimento al diritto internazionale generale, se si eccettua l'accenno, nell'art. 96, comma 1, al diritto internazionale generale in materia di abrogazione, modifica e sospensione di disposizioni contenute in trattati internazionali.

Come evidente, particolare rilievo riveste, ai fini della ricerca qui condotta, la disposizione dell'art. 10, comma 2: la definizione della sua portata - sebbene necessiti di essere precisata in relazione ai suoi rapporti con il complesso delle altre disposizioni "internazionalistiche", ed in particolare con i principi, da esse desumibili, in materia di efficacia e rango dei trattati nell'ordinamento interno -

⁵ Considerata peraltro da MANGAS MARTÍN, *Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978*, in *Rev. Fac. Der. Univ. Compl.* 1980, pp. 143 ss., insufficiente ad imprimere una direttrice assiologica efficace alla "acción exterior" dello Stato (pp. 144 ss.).

⁶ Cfr. l'art. 10, comma 2: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Su questa disposizione, v. sin d'ora SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo general del Poder Judicial, 1999, PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional y tratados de derechos humanos*, Zaragoza, Egido Editorial 2002, RODRÍGUEZ, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas 2003, nonché GARRIDO FALLA, *Art. 10.2*, in ID. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid Civitas 2001, pp. 200 ss. e RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, *Artículo 10*, in ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, EDERSA, 1997, vol. II, pp. 37 ss., specie pp. 79 ss.; LIÑÁN NOGUERAS, *La protección internacional de los derechos humanos en la Constitución española*, in International Law Association - Sección Española, *Boletín Informativo* n. 9/1982, pp. 3 ss., e ID., *La aplicación en España de los Tratados relativos a derechos y libertades fundamentales*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 1995, pp. 269 ss.; DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales*, in *Rev. Fac. Der. Univ. Compl.* 1980, pp. 129 ss.; APARICIO PÉREZ, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la democracia*, n. 6/1989, pp. 9 ss.

appare davvero centrale al fine di chiarire il rapporto tra giudice costituzionale e diritto internazionale, con riguardo alla conformazione del parametro di costituzionalità. Benché infatti il giudice costituzionale spagnolo - in armonia con la lettera dell'art. 10, comma 2 - abbia sostenuto, sin dalle sue prime decisioni⁷, che la clausola si riferisce a *tutte* le norme dell'ordinamento in materia di diritti fondamentali, in questa sede si approfondirà – come richiesto dall'ambito della presente ricerca – il profilo dell'incidenza del mandato interpretativo sul catalogo costituzionale dei diritti e, di conseguenza sul parametro di costituzionalità, con riferimento tanto ai giudizi di legittimità costituzionale, quanto ai giudizi di *amparo*.

L'art. 10, comma 2 costituisce, dunque, un tassello importante per la comprensione la ricostruzione del modello di disciplina delle relazioni tra diritto interno e diritto internazionale accolto dalla Costituzione spagnola. Benché, infatti, parte della dottrina⁸, abbia sostenuto che la disposizione in esame nulla innovi rispetto ai principi desumibili dall'art. 96, comma 1⁹, in tema di rango dei trattati nell'ordinamento interno – in ciò riprendendo, peraltro, tendenze emerse in sede costituente¹⁰ - simile posizione non sembra confermata da un'osservazione degli assetti risultanti dal testo costituzionale, meditata alla luce della

⁷ Cfr. la sentenza n. 78/1982, in materia di libertà sindacale, al F. J. 4: “Como ya señalábamos en la anterior Sentencia núm. 62/1982, de 15 de octubre [...] la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y, añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del Ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental” (corsivi miei).

⁸ Così, ad esempio, GARRIDO FALLA, *op. cit.*, pp. 202-203: sul punto, per una rassegna dei primi orientamenti dottrinali in materia, LIÑÁN NOGUERAS, *La protección internacional...*, cit.

⁹ Che recita: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹⁰ V. in particolare l'intervento al *Congreso* di Peces Barba, il quale osservava che “dire che il *Tribunal constitucional* deve prendere in considerazione testi normativi che fanno parte dell'ordinamento interno [in virtù dell'art. 96 Cost.] è come dire che il *Tribunal constitucional* deve prendere in considerazione l'ordinamento giuridico spagnolo”, sottolineando l'inutilità di simile riferimento: il passo è riportato da PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, cit., p. 53. Peraltro, lo stesso Ponce Martínez ricorda, a p. 51, che Peces Barba, tornando anni dopo sulla questione, rivide la propria posizione in merito. Tra le opere citate, il volume di Ponce Martínez è senza dubbio quello che fa riferimento con maggior dettaglio ai lavori preparatori dell'art. 10, comma 2. Per questo, quando si affronteranno questioni attinenti al dibattito, si ricorrerà prevalentemente a questa opera.

giurisprudenza costituzionale e del quadro di riferimento teorico tracciato nei primi tre capitoli del presente studio.

In particolare, può fin d'ora anticiparsi che l'art. 10, comma 2, lungi dal ripetere, in un ambito materiale specifico (tutela dei diritti fondamentali), principi ricavabili dall'art. 96 della Costituzione, provvede a descrivere in maniera del tutto originale rispetto al panorama comparatistico, il rapporto tra (alcuni) trattati internazionali e la Costituzione, articolando in tal modo l'apertura dell'ordinamento interno a quello internazionale al livello costituzionale.

Ma vi è di più: l'art. 10, comma 2, ponendo un vincolo interpretativo a carico del giudice chiamato ad applicare il testo costituzionale – non necessariamente o non sempre il giudice costituzionale – contribuisce a declinare la relazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale – e dunque fra trattati e fonti interne – sul piano applicativo, con ciò chiarendo un profilo del modello spagnolo di disciplina delle relazioni con l'ordinamento internazionale che per lo più rimane in ombra.

Sarebbe infatti alquanto affrettato desumere dalla lettura degli artt. 93-96 della Costituzione spagnola l'opzione del Costituente a favore di un modello monista di derivazione kelseniana¹¹. Se infatti è innegabile, da un lato, che nell'ordinamento spagnolo la pubblicazione del trattato è sufficiente a garantirne l'ingresso nell'ordinamento interno, ciò non implica automaticamente né la scelta di un modello monista, né tantomeno che il rapporto fra il trattato e le fonti interne debba essere impostato in termini di validità. La questione è più complessa – come risulta dallo stesso esame della giurisprudenza – e ricorda l'esperienza maturata all'ombra della Costituzione francese del 1958¹².

¹¹ Come ritiene ad esempio parte della dottrina: cfr., tra i manuali, SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho constitucional*, cit., p. 207, ma anche, seppure in forma più sfumata, OLIVERAS JANÉ, *Los Tratados internacionales y las fuentes del Derecho comunitario*, in APARICIO PÉREZ (coord.), *Temas...*, cit. pp. 633 ss., p. 636, nonché MANGAS MARTÍN, *Cuestiones de Derecho internacional público...*, cit., specie pp. 172 ss. In senso contrario, per l'affermazione che la Costituzione spagnola avrebbe accolto un modello dualista moderato, v. LIÑÁN NOGUERAS, *La aplicación en España de los Tratados...*, cit., p. 269, nonché PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2002, pp. 831 ss., p. 833, almeno nella misura in cui afferma che, in virtù della pubblicazione, le norme del trattato si trasformano automaticamente in norme di diritto interno.

¹² Sul punto, si consenta il rinvio a SCHILLACI, *Limitazioni di sovranità e modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario: il caso francese*, in *Dir. pubbl.* 2006, pp. 539 ss.

Da un lato, infatti, ai sensi dell'art. 96, comma 1, della Costituzione e dell'art. 1, comma 5 del Codice civile, la pubblicazione integrale del trattato nel Bollettino ufficiale dello Stato è necessaria, in primo luogo, affinché il trattato *entri a far parte dell'ordinamento interno*¹³ e, di conseguenza, le norme in esso contenute divengano direttamente applicabili dagli operatori giuridici interni; benché, in altre parole, la pubblicazione non integri una condizione di validità, ma di applicabilità del trattato¹⁴, è innegabile che la perfezione formale dell'atto nell'ordinamento internazionale sia insufficiente, prima della sua incorporazione, alla produzione di effetti da parte di questo nell'ordinamento interno, ma si limiti a radicarne la validità nell'ordinamento internazionale, che dunque rimane distinto dall'ordinamento interno (d'altronde, è lo stesso art. 96, comma 1, della Costituzione a distinguere, al primo periodo, tra valida celebrazione del trattato nell'ordinamento internazionale e ingresso nell'ordinamento interno)¹⁵.

Simile conclusione è confermata da una significativa decisione (STC n. 141/1998, ripresa dalla STC n. 292/2005, F.J. 4), che esclude l'applicabilità interna di una clausola internazionale pattizia in materia di estradizione, divenuta valida per l'ordinamento spagnolo a seguito del ritiro di una riserva al trattato, non pubblicata ai sensi dell'art. 96: infatti, afferma il *Tribunal constitucional* (STC n. 141/1998, F.J. 6) dal momento che l'art. 96, comma 1, della Costituzione sancisce che entrano a far parte dell'ordinamento interno solo i trattati, validamente celebrati, dopo la loro pubblicazione in Spagna “una clausola di un trattato – come

¹³ Cfr. art. 96, comma 1, primo periodo, Cost. Sp.: “Los tratados internacionales *válidamente celebrados, una vez publicados* oficialmente en España, *formarán parte del ordenamiento interno*”. Cfr. anche l'art. 1, comma 5 del Codice civile: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España *en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra* en el Boletín Oficial del Estado”. Sull'art 96, comma 1, v., oltre a MANGAS MARTÍN, *Cuestiones...*, cit., OLIVERAS JANÉ, *Los Tratados...*, cit., ma soprattutto REMIRO BROTONS, *Art. 96, Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VII, Madrid, EDERSA, 1998, pp. 625 ss.

¹⁴ Cfr. OLIVERAS JANÉ, *Los tratados...*, cit., p. 638.

¹⁵ Con la significativa conseguenza - sottolineata da OLIVERAS JANÉ, *Los tratados...*, cit., p. 638 (nonostante, peraltro, la precedente affermazione relativa alla declinazione monista del modello spagnolo di disciplina delle relazioni con l'ordinamento internazionale) - che l'indefinito differimento della pubblicazione varrebbe ad escludere l'efficacia stessa del trattato, e l'adempimento degli obblighi internazionali ivi previsti: il modello di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, in altre parole, non esclude la necessaria mediazione di un atto di volontà statale ai fini della produzione di effetti interni ad opera del trattato, con ciò confermandosi che la Costituzione spagnola non è ignara, anzi riconosce, l'autonomia dell'ordinamento internazionale. Nello stesso senso, cfr. REMIRO BROTONS, *op. cit.*, pp. 631-632.

il ritiro della riserva – non entra a far parte dell’ordinamento spagnolo se non è stata previamente pubblicata in forma ufficiale”; di conseguenza, “i Tribunali spagnoli non possono applicare un precetto convenzionale che *non si è integrato* nel nostro diritto, specie se lo stesso precetto incida su un diritto fondamentale, come quello di libertà”¹⁶.

D’altro canto, l’ipotesi di una superiorità gerarchica del trattato sulla legge interna (organica e ordinaria) viene desunta, in particolare – con la correlativa affermazione dell’opzione del costituente a favore di un modello monista con primato del diritto internazionale – dalla previsione dell’art. 96, comma 1, secondo periodo, il quale – prevedendo la resistenza del trattato all’abrogazione da parte della legge, attraverso il rinvio alle forme previste dall’ordinamento internazionale¹⁷ - radicherebbe quella disposizione di forme aggravate, idonea a distinguere il tipo di fonte e a fondarne la superiorità gerarchica, secondo il modello della costruzione gradualistica dell’ordinamento giuridico¹⁸.

Simile lettura non sembra tuttavia condivisibile, specie alla luce di quanto si è affermato a proposito della pubblicazione e dell’*ingresso* del trattato nell’ordinamento interno, e si scontra, d’altro canto, con la declinazione della relazione fra trattato e legislazione interna elaborata in sede di giurisprudenza costituzionale.

Quest’ultima, infatti, ha affermato, sin dalla seconda metà degli anni ’80, che il rapporto fra trattati e leggi interne non si articola sul piano della validità, bensì su quello dell’applicazione del diritto¹⁹.

¹⁶ Cfr. il testo spagnolo: “el art. 96.1 C.E. determina que formarán parte del ordenamiento interno aquellos Tratados Internacionales, válidamente celebrados, una vez que hayan sido publicados oficialmente en España. Luego una cláusula de un Tratado -y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es- no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho, especialmente si con él resulta afectado un derecho fundamental de los particulares como es el de la libertad”.

¹⁷ Art. 96, comma 1, secondo periodo, secondo cui le disposizioni di un trattato “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. In conseguenza di simile previsione, l’art. 96, comma 2, rinvia all’art. 94 – il quale a sua volta detta la disciplina della formazione del consenso dello Stato al fine di stipulare e ratificare un trattato, prevedendo, in particolare, singole ipotesi in cui è a tal fine necessaria l’autorizzazione parlamentare – per il caso di denuncia di un trattato internazionale: cfr. art. 96, comma 2, Cost.: “para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

¹⁸ In questo senso, SANTAOLALLA LÓPEZ, *Derecho constitucional*, cit., p. 208.

¹⁹ Sul punto, v. ancora OLIVERAS JANÉ, *Los tratados...*, cit., pp. 640-641.

In particolare, come sostenuto sin dalla sentenza n. 49/1988 (F.J. 14), e come sempre ribadito, il conflitto fra il trattato e la legge non deve essere risolto dal giudice costituzionale, dal momento che esso si traduce in un problema di scelta del diritto applicabile, la cui soluzione è affidata al giudice comune, chiamato a decidere sul caso concreto.

La violazione del trattato, in altre parole, non integra una violazione mediata dell'art. 96, comma 1, della Costituzione, ma radica un conflitto tra norme infracostituzionali, risolubile secondo i criteri ordinari: di conseguenza, non se ne deduce alcuna forma di superiorità gerarchica del trattato rispetto alla legge, ma più semplicemente, il concorso tra fonti. Come afferma il *Tribunal constitucional* nell'importante decisione n. 28/1991, “nessun trattato internazionale riceve dall'art. 96, comma 1, una qualifica diversa da quella di norma che, dotata della peculiare forza passiva che la disposizione le riconosce, entra a far parte dell'ordinamento interno; di modo che il conflitto fra i trattati e le leggi, o altre disposizioni normative posteriori non è questione che riguardi la costituzionalità di queste ultime e che, pertanto, debba essere risolto dal Tribunale costituzionale bensì, come puro problema di scelta del diritto applicabile al caso concreto, la sua risoluzione spetta agli organi giudiziari nelle controversie affidate alla loro decisione”²⁰.

Quanto ai criteri di risoluzione dell'antinomia, va sottolineato che – al di là di un riferimento, nella sentenza n. 36/1991, al FJ 5, al criterio della *lex posterior* – il *Tribunal constitucional* non detta criteri alla scelta del diritto applicabile, ma si limita ad escludere – nella misura in cui declina la propria competenza in materia

²⁰ STC n. 28/1991, F.J. 5: “Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”. Cfr. anche, nel medesimo senso, il F.J. 3 della STC n. 180/1993, laddove si afferma: “como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre éstos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores -por lo que aquí interesa también las anteriores- no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”. Cfr. inoltre le SSTC nn. 84/1989 (F.J. 5), 254/1993 (FJ 5), 37/1994 (F.J. 2), nonché 253/2000 (F.J. 11).

– la possibilità di ricorrere al criterio gerarchico. Sembra tuttavia possibile affermare che dovrebbe dedursi, dall’art. 96, comma 1 – il quale, come ricorda il *Tribunal constitucional*, istituisce a favore del trattato una peculiare forma di resistenza all’abrogazione da parte di fonti interne - la prevalenza applicativa del trattato, almeno finché l’ordinamento spagnolo non mostri l’intenzione di privarlo di efficacia, attivando gli opportuni procedimenti a livello internazionale.

Rinviando per un momento la riflessione su una prima obbligata conclusione che deve trarsi da simile giurisprudenza – vale a dire, che il trattato internazionale *non può costituire*, nell’ordinamento spagnolo, *parametro di costituzionalità* delle leggi nel senso di criterio alla luce del quale valutarne la *validità* – non può non osservarsi che la definizione data dal *Tribunal constitucional* al problema del contrasto tra diritto internazionale e diritto interno si pone in netto contrasto con un modello di tipo monista: il fatto che i rapporti tra le fonti si giochino non sul piano della validità, ma su quello dell’applicabilità, testimonia infatti l’impossibilità di ricondurre il trattato e la legge alla medesima “concatenazione produttiva” – e dunque ad uno stesso ordinamento giuridico – con la conseguente insostenibilità dell’idea che l’uno costituisca diretta condizione di validità dell’altra.

Con ciò resta indirettamente confermata, peraltro, la lettura che si è fornita degli artt. 96, comma 1, Cost., e 1, comma 5 Codice civile, ed in particolare la possibilità di desumere il superamento del monismo dalla distinzione, ivi presupposta, tra validità – come categoria riferibile all’ordinamento di appartenenza - ed applicabilità – come condizione ascrivibile nell’ordinamento interno alla fonte proveniente da altro ordinamento.

La declinazione della relazione fra trattato e legge sul piano applicativo appare pertanto strettamente connessa al riconoscimento di una pluralità di ordinamenti giuridici, ed in tal senso può leggersi tutto l’insieme delle disposizioni internazionalistiche della Costituzione spagnola del 1978.

In particolare, il riconoscimento della sussistenza dell’ordinamento internazionale accanto a quello interno – con propri procedimenti di normazione, e di conseguenza, con autonomi contenuti normativi – non si traduce nell’affermazione di una separazione rigida – che avrebbe implicato il ricorso a

strumenti interni di “adattamento” intesi come mezzi di produzione di diritto interno materialmente conforme al diritto internazionale – bensì in un’*apertura all’autonoma capacità di produrre diritto propria dell’ordinamento internazionale*: ciò risulta con evidenza, per un verso, dalla sufficienza della pubblicazione del trattato ai fini dell’applicabilità interna quanto, soprattutto, dal rinvio operato dall’art. 96 ai procedimenti di produzione normativa propri dell’ordinamento internazionale, al fine specifico di sancire, a favore del trattato, la resistenza all’abrogazione da parte di fonti interne²¹.

Come già intuito in sede di ricostruzione teorica, lo spostamento delle relazioni – e della soluzione dei conflitti – sul piano applicativo appare strettamente legato alla definizione di un modello che unisce al riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici l’apertura dei medesimi alla relazione.

1.2. Il controllo di costituzionalità dei trattati: l’art. 95 della Costituzione e l’art. 27, comma 2, lett. c) della LOTC.

D’altro canto, l’eventualità dell’applicazione da parte del giudice comune, di un trattato internazionale contrario alla Costituzione, è esclusa dalla previsione di specifici strumenti atti a garantire la compatibilità fra i trattati e la Costituzione, senza che, tuttavia il rapporto tra le due fonti possa essere qualificato in termini di superiorità gerarchica della Costituzione rispetto al trattato. È il caso, da un lato, dell’art. 95, comma 2 della Costituzione che, analogamente all’art. 54 della Costituzione francese del 1958 – prevede il coinvolgimento del *Tribunal Constitucional* nel processo di ratifica del trattato, al fine di verificarne – su richiesta del Governo o di una delle Camere, e prima che il trattato, con la ratifica, sia entrato in vigore nell’ordinamento internazionale – la compatibilità con la

²¹ Cfr. in questo senso, la chiara affermazione di BALAGUER CALLEJÓN (F.) *Tratados internacionales y fuentes legales*, in ID. (coord.) *Manual...*, cit., vol. I, p. 142: “comoquiera que el tratado no es sólo una fuente del ordenamiento interno, sino que procede también de otro ordenamiento, no puede hablarse de relación jerárquica entre los preceptos del tratado y las normas internas, sea cual sea la posición de estas últimas en el sistema jurídico español. Todos los tratados deben ser cumplidos porque implican obligaciones internacionales del Estado que no se pueden eludir sin incurrir en responsabilidad”. Analogamente, cfr. LÓPEZ GUERRA – ESPÍN – GARCÍA MORILLO – PÉREZ TREMPES – SATRUSTEGUI, *Derecho constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, vol I, pp. 117 ss. In senso contrario, cfr. l’importante opera di REQUEJO PAGÉS, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, Mc Graw Hill 1995, *passim*, che combina modello monista e declinazione delle relazioni tra fonti sul piano dell’applicabilità.

Costituzione, segnatamente con riferimento alla necessità di una revisione costituzionale previa rispetto all'eventuale ingresso del trattato nell'ordinamento interno, conformemente a quanto previsto dall'art. 95, comma 1²². D'altro canto, deve farsi riferimento all'art. 27, comma 2, lett. c), della *Ley orgánica* n. 2/1979, del 3 ottobre, sul *Tribunal constitucional* che prevede la possibilità di sottoporre il trattato a controllo di costituzionalità²³.

Nessuna delle due norme appare suscettibile di modificare le conclusioni formulate a proposito della impossibilità di ricondurre il modello spagnolo di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale ad assetti monistici. In particolare, né il controllo preventivo di compatibilità costituzionale del trattato, né la possibilità di sottoporlo ad una dichiarazione di incostituzionalità successiva, appaiono suscettibili di fondare una qualificazione in termini gerarchici della relazione intercorrente fra trattato e Costituzione, con conseguente esclusione della loro riconducibilità ad un unico procedimento di produzione normativa, coesistente al modello monista.

Quanto al controllo preventivo di compatibilità costituzionale dei trattati internazionali, il *Tribunal constitucional* – nelle due occasioni in cui è stato chiamato a pronunciarsi ex art. 95, comma 2 della Costituzione, vale a dire nella *Declaración* n. 1/1991 (dell'1 luglio 1992), relativa al Trattato di Maastricht, e nella *Declaración* 1/2004, del 13 dicembre, relativa al Trattato istitutivo di una Costituzione europea siglato a Roma il 29 ottobre 2004 – ha chiarito che il compito ad esso affidato è duplice, consistendo, per un verso, nella garanzia della Costituzione e, per altro verso, nella garanzia della stabilità degli impegni internazionalmente contratti dalla Spagna²⁴: come ulteriormente precisato nella

²² Cfr. il testo dell'art. 95 Cost. spagnola: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción". Su questa norma, v. REMIRO BROTONS, *Art. 95. Inconstitucionalidad en tratado internacional*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios...*, cit., pp. 595 ss.; tra i manuali, v. BALAGUER CALLEJÓN (M. L.), *Organización y competencias del Tribunal constitucional*, in BALAGUER CALLEJÓN (F.), *Manual de derecho constitucional*, cit., Vol I, pp. 239 ss., p. 281 ss.

²³ Cfr. art. 27, comma 2, lett. c) della citata Legge organica: "Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: [...] c) los Tratados Internacionales".

²⁴ Decl. 1/1991, F.J. 1. Sulla Decl. 1/1991, vedi RUBIO LLORENTE, *La Constitución española y el Tratado de Maastricht*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 1992, pp. 253 ss. Nel senso che "el control previo de tratados internacionales se justifica en buena medida per permitir compaginar la supremacía constitucional con la responsabilidad internacional del Estado", v. LÓPEZ GUERRA – ESPÍN –

Decl. 1/2004, alla funzione di difesa giurisdizionale della Costituzione si affianca, ai sensi dell'art. 95, comma 2, un compito di natura cautelare "al servizio della salvaguardia della responsabilità internazionale dello Stato"²⁵. Attraverso il controllo preventivo di cui all'art. 95, comma 2, si mira, in altre parole, ad allontanare l'eventualità che, una volta ratificato il trattato, sorgano conflitti tra questo e la Costituzione, potenzialmente suscettibili di pregiudicare l'osservanza degli obblighi internazionali dello Stato: questi ultimi, in ogni caso, sarebbero affidati alla stessa cognizione del giudice costituzionale attraverso lo strumento del controllo successivo ex art. 27, comma 2, lett. c) LOTC, che, in questo senso, funziona in termini residuali. In definitiva, mediante il combinato operare di controllo preventivo e controllo successivo, si mira ad evitare quelle conseguenze "mutuamente perturbadoras" derivanti dall'inadempimento degli obblighi internazionali conseguente al contrasto fra trattato e Costituzione²⁶.

GARCÍA MORILLO – PÉREZ TREMPs – SATRUSTEGUI, *Derecho constitucional*, cit., vol II, pp. 257 ss. p. 272.

²⁵ Cfr. Decl. 1/2004, F. J. 1: "con el procedimiento establecido en el art. 95. 2 de la Constitución se confía a este Tribunal un doble cometido, pues al general o común, consistente en la defensa jurisdiccional de la Constitución, se suma el de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales que España pueda contraer. Si se prefiere, al cometido jurisdiccional propio de este Tribunal se le añade, en virtud de su ejercicio preventivo, una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado. Se trata, en definitiva, de asegurar la supremacía de la Constitución sin perjuicio alguno para esos compromisos, procurando evitar que la posible contradicción entre una y otros haya de resolverse una vez integradas en el Ordenamiento las normas pactadas; esto es, cuando de la lógica de la supremacía de la Constitución puedan derivar consecuencias incompatibles con la lógica del respeto a lo internacionalmente acordado". Sulla Decl. 1/2004, v. LÓPEZ CASTILLO, SAIZ ARNAIZ, FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, CEPC, 2005; RODRÍGUEZ, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, in *Rev. Der. Const. eur.* n. 3/2005, pp. 327 ss.; ALONSO GARCÍA, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2005, pp. 339 ss.; DE AREILZA CARVAJAL, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)*, ivi, pp. 365 ss.; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Der. Com. Eur.*, 2005, pp. 5 ss.; HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, *Desde el ¿mientras que? hasta el ¿sí, salvo? (la jurisprudencia constitucional ante el derecho europeo)*, in *Rev. Esp. Der. Int.* 2005, pp. 89 ss.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, *La Constitución Española "frente" al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Eur.*, 2005, pp. 297 ss.; DEL VALLE GÁLVEZ, *Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen - La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004*, in *Cah. Dr. Eur.* 2005, pp. 705 ss.

²⁶ Particolarmente significativo, a tale proposito, il seguente passaggio della Decl. 1/2004: "Con esta defensa jurisdiccional anticipada la Constitución ve asegurada su supremacía frente a las normas internacionales desde el momento mismo de la integración de éstas en el Derecho nacional, tratándose de obviar "la perturbación que, para la política exterior y las relaciones

Se, tuttavia, i rapporti tra controllo preventivo e controllo successivo rivelano la centralità della Costituzione nella gestione delle relazioni dell'ordinamento spagnolo con l'ordinamento internazionale, non se ne potrebbe dedurre, come accennato, la declinazione in termini gerarchici della relazione tra la Costituzione ed il trattato.

Ciò risulta con particolare chiarezza, in primo luogo, dall'esame del concreto atteggiarsi del controllo successivo ex art. 27, comma 2, lett. c) della LOTC, in particolare per ciò che riguarda gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale del trattato. Se, infatti, l'art. 39 della LOTC dispone che all'atto della dichiarazione di incostituzionalità, il *Tribunal constitucional* provvede altresì all'annullamento della disposizione impugnata²⁷, la recente decisione n. 38/2007 – nella quale era in questione la legittimità costituzionale dell'Accordo tra lo Stato e la Santa Sede in materia di insegnamento e affari culturali²⁸ – ha provveduto a scindere, con riferimento alle questioni riguardanti trattati internazionali, la declaratoria di incostituzionalità del trattato dal suo annullamento, riservando tale effetto, coerentemente con l'art. 96, all'attivazione del procedimento di denuncia. In altre parole, è lo stesso disposto dell'art. 96, comma 1 – con il più volte richiamato rinvio alle forme previste dall'ordinamento internazionale per privare di efficacia un trattato – a radicare la possibilità di una deroga all'art. 39, comma 1, della LOTC: nel caso di questione di legittimità costituzionale che investa un trattato internazionale, afferma il *Tribunal Constitucional*, il disposto dell'art. 96, comma 1, implica che la dichiarazione di

internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada" (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1) si el juicio de contraste se verificase una vez que hubiera sido ya incorporada al Ordenamiento interno. La contradicción se resuelve, por tanto, evitándola en su origen, y no sólo cuando, ya producida, no queda otro expediente que el de la activación de dos sistemas de garantía, el internacional y el interno [ex art. 27.2 c) LOTC], que pueden abocar a consecuencias mutuamente perturbadoras”.

²⁷ Cfr. il testo dell'art. 39 LOTC: “1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia. 2. El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso”.

²⁸ La questione era stata sollevata dalla Prima sezione della *Sala de lo Social* del *Tribunal Superior de Justicia* delle Isole Canarie, ed aveva ad oggetto, in particolare, lo *status* degli insegnanti di religione. Su questa pronuncia, vedi LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración Pública. (Comentario a la STC 38/2007 de febrero)*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2007, pp. 267 ss.

incostituzionalità non si accompagni necessariamente all'annullamento della disposizione impugnata²⁹. Si tratta, a ben vedere, di una espressione peculiare del più generale principio di equilibrio - sopra ricordato - tra garanzia della Costituzione e salvaguardia della responsabilità internazionale dello Stato affermato dal *Tribunal Constitucional* in sede di controllo preventivo ex art. 95, comma 2. D'altro canto, deve essere sottolineato che il *Tribunal constitucional* non ha indicato le conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità nel giudizio *a quo* e, più in generale, non ha risolto il problema della persistente applicabilità del trattato dichiarato incostituzionale (va ricordato, tuttavia, che la decisione rigetta la questione). Si dovrebbe dedurre, alla luce dei principi costituzionali, ed in particolare dell'art. 9.1 della Costituzione – che vincola i poteri pubblici al rispetto della Costituzione – che la disposizione del trattato dichiarata incostituzionale, anche se non annullata, non potrebbe continuare ad avere applicazione: la responsabilità dello Stato potrebbe tuttavia essere salvaguardata dall'immediata attivazione di attività dirette alla rinegoziazione del trattato, volte a superarne l'incostituzionalità, proprio in ciò realizzandosi il più volte ricordato equilibrio tra garanzia della Costituzione e lealtà internazionale dello Stato. Una lealtà internazionale sulla quale, è bene sottolinearlo, l'annullamento – cioè la traumatica espunzione dall'ordinamento – della clausola del trattato andrebbe inevitabilmente ad incidere; di conseguenza, lo spostamento della questione sul piano applicativo, ferma restando la dichiarazione di incostituzionalità, appare, se non altro, funzionale ad un alleggerimento della conflittualità tra ordinamenti, riconoscendo allo stesso tempo l'esigenza di garanzia della Costituzione ed il rispetto dell'autonomia dell'ordinamento internazionale per ciò che concerne il regime giuridico delle proprie fonti.

L'evoluzione della giurisprudenza – se da un lato appare coerente con l'art. 96 della Costituzione – potrebbe rappresentare, così, il segnale di un significativo sviluppo nella percezione dei rapporti tra ordinamento spagnolo e ordinamento internazionale da parte del giudice costituzionale, in particolare per ciò che

²⁹ Cfr. STC 38/2007, F.J. 3, in particolare il seguente passaggio: “la eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado presupone, obviamente, el enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales, pero no necesariamente que los efectos invalidantes asociados a un juicio negativo lleven aparejada de manera inmediata la nulidad del tratado mismo (art. 96.1 CE)”.

concerne la vincolatività degli obblighi, sensibilmente accresciuta dalla progressiva acquisizione di coscienza della pervasività degli effetti della partecipazione attiva e cooperativa all'ordinamento internazionale e ai processi di integrazione che ad esso fanno capo.

D'altro canto, l'esclusione dell'annullamento del trattato – la quale, prima che dalla giurisprudenza richiamata, discende dallo stesso art. 96 che, come si è visto, rinvia all'ordinamento internazionale per ciò che concerne la perdita di efficacia dei trattati – non fa che confermare l'impossibilità di ricostruzione delle relazioni tra Costituzione e trattato in termini gerarchici, con conseguente esclusione del modello monista.

Così ricostruito il controllo successivo del trattato, è evidente che il ricorso all'annullamento viene sostituito dal riconoscimento degli strumenti internazionalistici atti a far venir meno l'efficacia del trattato: in altre parole, il trattato non viene minimamente intaccato nella sua qualità di fonte extra-ordinamentale, limitandosi il TC a registrare il contrasto, rinviando alle forme previste dall'ordinamento internazionale per la sua risoluzione.

1.3 *Segue: l'art. 93 della Costituzione.*

Non può dimenticarsi, a margine, che l'inidoneità del trattato internazionale ad incidere sul testo e sui contenuti della Costituzione viene confermata, altresì, nel caso dell'art. 93 della Costituzione, che affida ad una legge organica la competenza ad autorizzare “l'attribuzione dell'esercizio di competenze derivate dalla Costituzione ad un'organizzazione o istituzione internazionale”³⁰: attraverso

³⁰ Cfr. il testo completo dell'art. 93: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”. Su questa norma, oltre ai manuali richiamati in precedenza (ma v. in particolare, BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho constitucional europeo*, in ID., *Manual...*, cit., pp. 190 ss, specie pp. 225 ss.), v. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 51 ss., specie pp. 59 ss., RODRÍGUEZ, *Integración europea...*, cit., pp. 53 ss., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 74 ss., LÓPEZ CASTILLO, *La caracterización de la naturaleza jurídica de la atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución: unas consideraciones introductorias*, in *Rev. Est. Pol.* 1995, pp. 173 ss., PÉREZ TREMP, *Constitución española y Comunidad europea*, Madrid Civitas 1993.

tale strumento, come noto, si è fondata l'adesione della Spagna alle Comunità e all'Unione europea. Fin dalla richiamata *Declaración* 1/1991, il *Tribunal constitucional* ha precisato che mediante la legge organica di cui all'art. 93 le *Cortes Generales* non possono disporre della stessa Costituzione, violando o permettendo che vengano violate sue disposizioni, giacché, da un lato “il potere di revisione costituzionale non è una competenza il cui esercizio può essere³¹ suscettibile di cessione” né, d'altro canto, la Costituzione stessa può tollerare di “essere modificata in forme diverse da quelle previste dal suo Titolo X”. Anche nel caso della partecipazione della Spagna a processi di integrazione sopranazionale, pertanto, è conservata la centralità della Costituzione, che legittima la partecipazione medesima, tanto sul piano procedimentale che su quello materiale, come sottolineato, in particolare nella *Declaración* 1/2004.

Se infatti, nel 1992, il *Tribunal Constitucional* si era limitato ad affermare la natura di precetto “organico – procedimentale” ascrivibile all'art. 93, al fine di limitarne le competenze alla disciplina del procedimento di adesione della Spagna a processi di integrazione – e al fine di escludere, come si è visto, che per tale via potesse farsi luogo a revisioni tacite della Costituzione – l'approfondimento del processo di integrazione comunitaria conduce il giudice costituzionale spagnolo, nel 2004, a sviluppare la propria riflessione sul punto. In tale occasione, il *Tribunal constitucional* ha infatti riconosciuto, da un lato, che l'art. 93 funziona come cerniera al fine di dare ingresso nell'ordinamento spagnolo ad altri ordinamenti giuridici, per il tramite delle attribuzioni/cessioni di competenze derivate dalla Costituzione, deducendo d'altro canto da simile premessa, che “una volta prodottasi l'integrazione [...] la cornice entro la quale valutare la validità delle norme comunitarie non è la Costituzione, ma il Trattato, la cui celebrazione sostanzia l'operazione sovrana di cessione dell'esercizio di competenze derivate dalla stessa Costituzione, sebbene quest'ultima esiga che l'ordinamento accettato in conseguenza della cessione sia compatibile con i suoi principi e valori

³¹ Cfr. Decl. 1/1991, F. J. 4: “las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no se el de su Título X”.

fondamentali”; ne consegue che l’art. 93 rivela, una dimensione “*sustantiva o material*” che non è possibile ignorare³².

L’interpretazione dell’art. 93 fornita dal *Tribunal constitucional* nel 1992 e, soprattutto, nel 2004, contribuisce pertanto a definire – con riferimento specifico ad un aspetto delle relazioni tra ordinamento interno e internazionale, vale a dire il profilo della partecipazione a processi di integrazione sopranazionale – il ruolo della Costituzione nella legittimazione e nella gestione delle relazioni tra ordinamenti, senza che ciò si traduca in un rapporto di supremazia gerarchica della Costituzione stessa rispetto al diritto internazionale o al diritto sopranazionale³³.

³² Cfr. Decl. 1/2004, F.J. 2: “El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar. Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

³³ Emblematica, in questo senso, la distinzione tra *primacia* e *supremacia* operata, nella stessa Decl. 1/2004, a proposito del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, ed in particolare della compatibilità del principio del primato del diritto comunitario con l’art. 9.1 della Costituzione spagnola (che, come già ricordato, contempla un principio di generale soggezione dei poteri pubblici alla Costituzione). Nel F.J. 4, infatti, il Tribunale costituzionale conclude nel senso della piena compatibilità tra l’articolo I-6 del Trattato istitutivo di una Costituzione per l’Europa e il principio che vede nella Costituzione la norma fondamentale dell’ordinamento spagnolo, come desumibile dagli art. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168, della stessa Costituzione, nonché nella disposizione derogatoria. Oltre alle considerazioni di carattere strettamente normativo, sviluppate nel paragrafo 3, il Tribunale ricorre, per confermare la propria tesi, alla distinzione teorica tra primato del diritto comunitario e supremazia della Costituzione (*primacia* y *supremacia*); in particolare, afferma che mentre il concetto di primato attiene al problema dell’applicazione di norme egualmente valide, il concetto di supremazia implica un giudizio di validità, attenendo al diverso ambito della superiorità gerarchica e dei processi di normazione. Si tratta di considerazioni molto interessanti, che vale la pena di riportare per esteso: “la supremazia si concretizza nel carattere gerarchicamente superiore di una norma, e per ciò stesso, è fonte di validità delle norme sott’ordinate, e implica, come conseguenza, l’invalidità di queste ultime, qualora contravvengano a disposizioni imperative contenute nella prima. Il primato non si concretizza necessariamente in un rapporto gerarchico, bensì nella distinzione tra diversi ambiti di applicazione di norme tra loro differenti, per principio valide, delle quali, tuttavia, una o alcune di queste possiedono la capacità di essere applicate a preferenza di altre, in virtù di ragioni che possono essere le più varie. La supremazia implica sempre, per principio, il primato, salvo che la stessa norma suprema abbia previsto, in qualche ambito, la possibilità di una sua disapplicazione. La supremazia della Costituzione, è, pertanto, compatibile con regimi di applicazione che riconoscano preferenza applicativa a norme di altri ordinamenti diversi da quelli nazionali, sempre che la Costituzione lo abbia previsto, ciò che accade, precisamente, nel caso dell’art. 93” (F.J. 4).

Le considerazioni che precedono non implicano, infatti, che venga svilito il ruolo della Costituzione, o, se si vuole, lo stesso principio di legittimità costituzionale, desumibile dall'art. 9, comma 1 della Costituzione spagnola che recita: "i cittadini e i pubblici poteri sono soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico"³⁴.

Tutto al contrario, ne esce confermata la centralità della Costituzione nella gestione delle relazioni tra ordinamenti giuridici: essa, tuttavia, non trascolora nella superiorità gerarchica della Costituzione – che, per le sue implicazioni monistiche, finirebbe per escludere, come si è visto in sede di elaborazione teorica, la stessa possibilità di una relazione tra ordinamenti – bensì determina, per previsione costituzionale, un'apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento internazionale, con il riconoscimento della specificità di quest'ultimo, e soprattutto dell'autonoma validità del diritto da esso prodotto, che nella Costituzione spagnola si esprime, soprattutto, nel rinvio operato dall'art. 96.

La dinamica di relazione così descritta si realizza peraltro – nell'ipotesi di conflitto – proprio attraverso un bilanciamento tra identità e apertura, che coincidono, rispettivamente, con la dichiarazione del *Tribunal constitucional* e, nel caso del controllo ex art. 27, comma 2, lett. c), con il rinvio all'ordinamento internazionale e alle forme da esso istituite per privare di efficacia il trattato (attraverso la mediazione dell'art. 96 Cost.); invece, nel caso del controllo preventivo ex art. 95, comma 2, il momento dell'apertura si traduce nel rinvio alla sede politica della gestione delle relazioni internazionali, ferma restando la fissazione di criteri cui essa deve necessariamente ispirarsi (e, non ultima, l'esclusione dell'eventualità che il trattato venga ratificato così com'è, in assenza di una revisione costituzionale).

In definitiva, pur senza il ricorso alla traumatica articolazione di una relazione gerarchica – e, di conseguenza, ad un modello di stampo monista – è possibile fare salvi al tempo stesso, la garanzia della Costituzione e la salvaguardia del principio di apertura al diritto internazionale.

³⁴ Art. 9, comma 1, Cost. Sp.: "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

2. L'art. 10, comma 2 della Costituzione spagnola e l'integrazione interpretativa del parametro di costituzionalità.

2.1 Il dibattito in sede costituente e le virtualità integrative dell'art. 10, comma 2.

Una volta esclusa – secondo quanto si è fin qui affermato – la sussistenza di una relazione gerarchica tanto fra il trattato e la legge, quanto fra il trattato e la Costituzione, ne consegue inevitabilmente che la parametricità del diritto internazionale non può essere declinata in senso classico, quale canone di validità del diritto interno da esso difforme. Ciò avrebbe comportato, d'altra parte, un'opzione favorevole alla continuità fra sistemi, e all'impostazione gerarchica della relazione tra fonti internazionali e fonti interne, che abbiamo visto essere esclusa dagli assetti dei rapporti tra ordinamenti desumibili dal testo e dalla giurisprudenza costituzionale.

È a questo punto che torna in gioco l'art. 10, comma 2, da cui si erano prese le mosse, in quanto simile disposizione, che pone un vincolo interpretativo – disponendo che “le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce, verranno interpretate in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali ratificati in materia dalla Spagna”³⁵ – contribuisce al tempo stesso a chiarire i rapporti tra Costituzione e diritto internazionale, ma anche tra la legge e i trattati internazionali in materia di diritti fondamentali, nella misura in cui incide sulla conformazione del parametro di costituzionalità della legge stessa.

Deve essere sottolineato, innanzitutto, che nell'analisi dell'art. 10, comma 2 della Costituzione spagnola si intrecciano due distinti ordini di problemi che investono, per un verso, il piano dell'assetto delle relazioni interordinamentali e, d'altro canto, l'interpretazione dei diritti fondamentali³⁶, e che tuttavia tendono a convergere, specie alla luce dell'esperienza applicativa.

³⁵ Art. 10, comma 2, Cost. Sp.: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

³⁶ Vedi sul punto CÁMARA VILLAR, *El sistema de derechos y libertades fundamentales en la Constitución española*, in BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual...*, cit., vol. II, pp. 31 ss., pp. 65-

Entrambi i profili sono stati al centro del dibattito sull'art. 10, comma 2, tanto in sede costituente, quanto nei successivi sviluppi della dottrina e della giurisprudenza, che hanno progressivamente determinato la presa di coscienza della portata integrativa della disposizione in esame.

Con riferimento, in primo luogo, al dibattito costituente³⁷, si deve infatti ricordare che si confrontarono, in tal sede, almeno quattro posizioni. Una prima posizione - intesa a sottolineare l'assenza di innovatività della disposizione rispetto ai principi desumibili, in materia interpretativa, dalla posizione dei trattati nell'ordinamento interno - asseriva, in questo senso, che sarebbe stato inutile formalizzare a carico del giudice costituzionale e degli altri operatori giuridici un vincolo interpretativo rispetto a norme che, in quanto facenti parte dell'ordinamento interno in virtù dell'art. 96, avrebbero già di per sé costituito un referente interpretativo³⁸.

La seconda posizione, riconducibile ai proponenti (i deputati Arias Salgado e Cañellas) e ai gruppi parlamentari (essenzialmente l'UCD) che, dopo la bocciatura dell'emendamento nel *Congreso*, si fecero carico di riproporlo - riformulato - nel successivo passaggio al *Senado*, sostenendolo sino all'approvazione finale³⁹, sottolineava piuttosto l'istanza di apertura alla protezione internazionale dei diritti, in chiave di rottura con il passato, e da un punto di vista giuridico-costituzionale, anche al fine di legittimare l'interpretazione del catalogo costituzionale - anche sul piano tecnico - attribuendo rilevanza, in sede di giudizio, al patrimonio giuridico consolidatosi in sede internazionale, specie con riferimento alla CEDU⁴⁰.

68. Dello stesso A., vedi, sul tema dell'interpretazione dei diritti, il ricco saggio introduttivo dell'opera *Votos particulares y derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, pp. 3 ss.

³⁷ Come anticipato, si farà riferimento alla ricostruzione del dibattito fornita da PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, cit., pp. 46 ss. V. tuttavia anche SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 15 ss.

³⁸ Si tratta della richiamata posizione di Peces Barba, su cui v. supra, alla nota 10.

³⁹ Sull'iter vedi, nel dettaglio PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, cit., pp. 48

⁴⁰ Quest'ultimo intento pare particolarmente evidente in uno degli interventi del Deputato Cañellas (riportato da PONCE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 52), il quale sottolinea che ai fini di una effettiva protezione dei diritti e delle libertà fondamentali "non basta stabilire nella prima parte della Costituzione una dichiarazione dei diritti inalienabili e imprescrittibili degli spagnoli, poiché ciò potrà essere interpretato quale mero mandato programmatico per il legislatore futuro: piuttosto, è necessario ricordare che i giudici, in sede di applicazione della Costituzione, potranno rivolgersi a norme chiare e dettagliate che sono oggi alla base del comune patrimonio dei paesi occidentali". Il riferimento al carattere chiaro e dettagliato delle norme internazionali, rispetto alle corrispondenti norme costituzionali deve essere integrato, evidentemente, con riferimento alla CEDU, in ragione

Una terza posizione, ancor più critica – e probabilmente consapevole delle potenzialità integrative ascrivibili alla norma, poneva l’accento sul fatto che, attraverso il vincolo interpretativo rispetto ai trattati in materia di diritti fondamentali, si sarebbe finito con il riconoscere agli stessi un rango supracostituzionale, arrivando addirittura all’introduzione di una Costituzione parallela⁴¹.

Vi era infine un’ultima posizione⁴², che contribuisce a chiarire le ragioni più strettamente politiche delle difficoltà incontrate dall’art. 10, comma 2, in sede costituente, la quale si incentrava sui rischi derivanti da un’interpretazione “internazionalmente orientata” del diritto costituzionale all’educazione (il futuro art. 27 della Costituzione⁴³) alla luce dell’art. 13, comma 3 del Patto

della previsione, nell’ordinamento ad essa facente capo, di un organo deputato all’interpretazione e pertanto alla concreta precisazione dell’ambito delle disposizioni ivi contemplate: in questo senso, appare evidente la virtualità legittimante, in senso tecnico, dell’interpretazione conforme alla stessa CEDU, che avrebbe notevolmente facilitato il compito del giudice costituzionale, di fronte ad un testo costituzionale “giovane” e dal carattere inevitabilmente compromissorio. La peculiarità della CEDU rispetto agli altri trattati cui fa riferimento l’art. 10, comma 2 è sottolineata incisivamente da LINDE, *Eficacia del Convenio en el derecho español*, in LINDE – ORTEGA – SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, a cura di García de Enterría Madrid, Civitas, 1983, pp. 161 ss., specie pp. 179 ss.

⁴¹ Sulla posizione in esame, formulata dal Senatore Sainz de Varanda, v. PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, pp. 65 ss.: secondo Sainz de Varanda, in particolare, l’approvazione dell’emendamento volto ad inserire l’attuale art. 10, comma 2 sarebbe stata non solo inutile (con ciò rifacendosi, in parte, alla posizione manifestata da Peces Barba nel passaggio al *Congreso*) ma nociva “poiché, convertendo i trattati in fonti costituzionali e ordinandone l’integrazione con il diritto spagnolo, ciò che si realizzerebbe non sarebbe il semplice inserimento dei trattati nell’ordinamento interno, ma la costruzione di una vera e propria Costituzione parallela” sicché, una volta approvato l’emendamento, “la Spagna avrà due Costituzioni: quella approvata da noi tutti come rappresentanti del popolo, e, in aggiunta, quella costituita dai testi vaghi e scorretti del diritto internazionale” (riportato da PONCE MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 66). Sul punto, v. anche APARICIO PÉREZ, *La cláusula...*, cit. pp. 9-10.

⁴² Che attraversa trasversalmente il dibattito, specie nell’ala sinistra dello schieramento parlamentare. V. comunque PONCE MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 46 ss.

⁴³ Che attualmente recita: “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, il quale tutela il diritto dei genitori a “scegliere per i figli scuole diverse da quelle istituite dalle autorità pubbliche”: ciò avrebbe comportato, secondo i detrattori della norma, la possibilità di introdurre surrettiziamente incentivi all’istruzione privata, ed in particolare cattolica, dal momento che il testo dell’art. 27 della Costituzione si limita più genericamente a tutelare il diritto dei genitori a decidere sulla formazione religiosa e morale dei propri figli.

Come si vede, pertanto, delle quattro posizioni sinteticamente riportate, due attengono specificamente al profilo delle relazioni tra ordinamenti (meglio, alla loro proiezione sul piano della gerarchia delle fonti), una (la quarta) è sensibile all’incidenza della norma, in concreto, sul piano dell’interpretazione dei diritti fondamentali, ed in particolare al rischio di un pregiudizio, per tale via, di principi costituzionali fondamentali; la seconda, invece, unisce entrambi i profili, intravedendo le virtualità integrative che la disposizione in esame avrebbe dispiegato a livello materiale, significativamente agganciandole al più ampio tema dell’orientamento generale della Costituzione rispetto all’ordinamento internazionale – con particolare riferimento al sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali – e della legittimazione delle tecniche interpretative del *Tribunal constitucional* e della stessa tutela costituzionale dei diritti, attraverso l’ancoraggio dei concreti esiti decisorii, oltre che nella giovane Costituzione, nel patrimonio internazionale condiviso in materia con gli altri Stati dell’area europea, e non solo⁴⁴.

⁴⁴ Quanto, peraltro, al profilo specifico dell’incidenza del vincolo interpretativo sulla portata dell’art. 27 Cost. sp., in tema di diritto all’educazione, vale la pena di ricordare che lo stesso *Tribunal constitucional* si occupò della questione proprio nella prima sentenza nella quale si fece ricorso all’art. 10, comma 2, vale a dire la STC n. 5/1981 (F.J. 7). In particolare può qui essere richiamato il passaggio della decisione nel quale il giudice costituzionale fa riferimento, indirettamente, al rapporto tra il diritto dei genitori di decidere la formazione religiosa e morale per i propri figli, consacrato dall’art. 27, comma 3 della Costituzione e il diritto alla scelta del centro docente enunciato dall’art. 13, comma 3 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali - che era stato al centro della polemica in sede costituente – precisando che non si tratta dello stesso diritto, benché sia “ovvio che la scelta del centro docente integri una modalità di scelta del tipo di formazione religiosa e morale per i propri figli” (F. J. 8). Sul diritto all’educazione nel sistema costituzionale spagnolo, è d’obbligo il rinvio a CÁMARA VILLAR, *Sobre el concepto y los fines de la educación en la constitución española*, in AA. VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2161 ss., nonché ID., *Los derechos y libertades del ámbito educativo*, in BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual...*, cit., vol. II pp. 302 ss.

Tracce della complessità dei profili che attraversarono il dibattito costituente sull'art. 10, comma 2, sono state mantenute dalla dottrina, la quale, sino al consolidamento della giurisprudenza del *Tribunal constitucional* in materia – essenzialmente lungo l'intero arco degli anni '80 e fino alle fondamentali SSTC nn. 28, 36 e 64 del 1991, su cui a breve ci soffermeremo – resterà divisa tra un'interpretazione “minimale” dell'art. 10, comma 2, e una posizione, che alla fine si rivelerà vincente, particolarmente attenta alle potenzialità espansive della norma, sul piano degli effetti delle tecniche interpretative da essa contemplate sulla concreta articolazione del contenuto dei diritti.

In questo senso, come si accennava, la convergenza tra i due piani della riflessione sull'art. 10, comma 2 – relazioni tra ordinamenti e interpretazione dei diritti fondamentali – appare particolarmente condizionata dalla progressiva presa di coscienza delle interrelazioni sussistenti tra gli stessi, ed in particolare delle virtualità integrative dell'apertura dell'interpretazione dei diritti fondamentali agli apporti del diritto internazionale⁴⁵. Tale tendenza appare poi nettamente consolidata nell'ultima fase della riflessione della dottrina spagnola sul tema⁴⁶ ormai decisamente orientata alla qualificazione dell'art. 10, comma 2, in termini di strumento di integrazione, pur con talune sfumature. È il caso, ad esempio, della posizione di Ángel Rodríguez, almeno nella parte in cui egli ricostruisce la portata dell'art. 10, comma 2, quale strumento di integrazione *ope Constitutionis*, nel quadro di una più vasta riorganizzazione dei dati derivanti dall'osservazione dei processi di integrazione sopranazionale: ne consegue un robusto tentativo di riconduzione dell'ordinamento facente capo alla CEDU all'esito di un processo di integrazione fondato, a livello costituzionale, sull'art. 10, comma 2, il quale – come l'art. 93 per il processo di integrazione comunitaria – darebbe ingresso ad un *diritto di integrazione* (quel diritto che, secondo Rodríguez, pur formatosi all'esterno dello Stato, s'impone all'interno dello stesso senza una specifica manifestazione di consenso da parte dello Stato), costituito in questo caso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴⁷.

⁴⁵ Particolarmente sensibile a questo profilo, già alla fine degli anni '80, APARICIO PÉREZ, *La cláusula...*, cit.

⁴⁶ Il riferimento va alla più volte richiamate monografie di SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., RODRÍGUEZ, *Integración europea...*, cit., PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, cit.

⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, *Integración europea...*, cit., pp. 79 ss. e pp. 136 ss.

Anche al di là del problema della riconducibilità delle decisioni CEDU ad un vero e proprio “diritto di integrazione” – destinato ad assumere i caratteri dell’effetto diretto e, soprattutto, del primato - non sembra, in ogni caso, che l’art. 10, comma 2 possa essere utilizzato a questi fini, sia in considerazione – nel caso specifico - delle peculiarità dell’ordinamento facente capo alla CEDU, sia perché, come rivelerà l’esame della giurisprudenza del *Tribunal constitucional* in materia, l’esperienza applicativa dell’art. 10, comma 2 ha mostrato che le virtualità integrative di simile norma si giocano su un piano diverso da quello della diretta applicabilità di un diritto di fonte straordinamentale.

In particolare, la rilevanza della disposizione in esame sul piano interpretativo traduce sul piano delle tecniche di giudizio – radicando la necessità di un raffronto e di una relazione tra testo (ed esperienza) costituzionale interna e testo (ed esperienza) internazionale – dinamiche di relazione tra ordinamenti giuridici che si svolgono essenzialmente sul piano dei contenuti normativi.

2.2 *L’art. 10, comma 2, nella giurisprudenza del Tribunal constitucional: mandato interpretativo e conformazione del parametro.*

Le considerazioni sin qui svolte risultano confermate dall’analisi della giurisprudenza costituzionale, tanto per ciò che concerne le forme di incidenza dei trattati internazionali in materia di diritti fondamentali sul parametro di costituzionalità, quanto, più specificamente con riferimento alle tecniche di integrazione tra ordinamento spagnolo e ordinamento facente capo alla CEDU concretamente accolte dal giudice costituzionale.

2.2.1. *L’esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte di Strasburgo a carico dell’ordinamento spagnolo.*

Con riguardo, in primo luogo, a quest’ultimo punto deve essere ricostruita, sia pur sinteticamente, l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione delle sentenze di condanna pronunciate a carico del Regno di Spagna

dalla Corte di Strasburgo⁴⁸. Il riferimento va, come ovvio, alla fondamentale STC n. 245/1991, relativa al complesso caso *Barberà, Messegué, Jabardo*⁴⁹. Condannati in forma definitiva dal *Tribunal Supremo* con sentenza del 27 dicembre 1982 a pene detentive di varia entità per omicidio, detenzione illegale di armi ed esplosivi, e collaborazione a banda armata, i ricorrenti sollevarono un primo ricorso di *amparo* dinanzi al *Tribunal constitucional* – lamentando, in relazione a diversi profili, la violazione del diritto all’effettività della tutela giurisdizionale, sancito dall’art. 24 della Costituzione spagnola - che, con *Auto* n. 173/1983, dichiarò l’inammissibilità del ricorso⁵⁰. A seguito di tale pronuncia, venne presentato un ricorso prima alla Commissione, ed infine alla Corte europea dei diritti dell’Uomo che, con sentenza del 6 dicembre 1988, condannò il Regno di Spagna per violazione dell’art. 6, comma 1, della CEDU⁵¹. Di fronte a simile esito, i condannati presentarono all’*Audiencia nacional* domanda di annullamento della sentenza di condanna originariamente pronunciata da questa nel gennaio 1982 (e successivamente impugnata con il ricorso per cassazione che aveva dato luogo alla pronuncia di condanna definitiva da parte del *Tribunal Supremo*): la domanda venne rigettata, ritenuta la spettanza della competenza al *Tribunal Supremo*, ma la *Audiencia Nacional*, in considerazione del persistente stato di detenzione dei condannati, provvide a sospendere l’esecuzione della condanna,

⁴⁸ Sul punto, vedi, in generale, RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, Tecnos, 1997.

⁴⁹ Sul quale vedi RODRÍGUEZ, *Los efectos internos de las resoluciones del Tribunal europeo de derechos humanos y la vinculación del juez español a su jurisprudencia*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2001/2002, pp. 201 ss.; RUIZ MIGUEL, *La ejecución...*, cit., pp. 138 ss.; CRUZ VILLALÓN, *I diritti e i rapporti tra le Corti*, in PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 735 ss., REQUEJO PAGÉS, *La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales: (a propósito de la STC 245/91 "Caso Bultó")*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 1992, pp. 179 ss.; SORIA JIMÉNEZ, *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (análisis de la STC 245/1991j, Asunto Barberá, Messegué y Jabardo)*, ivi, pp. 313 ss.; ESCOBAR HERNÁNDEZ, *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991, de 16 de diciembre)*, in *Rev. Inst. Eur.* 1992, pp. 139 ss.

⁵⁰ I motivi, ricordati dalla STC n. 245/1991, Antecedentes, punto 2 lett c) sono i seguenti: “por no haberse invocado la indefensión en el momento procesal oportuno, y por falta de contenido constitucional en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia, dada la existencia de actividad probatoria en el presente caso, del derecho a la igualdad, al no existir término adecuado de comparación sobre el que fundar el carácter discriminatorio de la aplicación de la amnistía efectuada en el presente caso, y del derecho a la tutela judicial efectiva al haberse obtenido una resolución fundada en Derecho”.

⁵¹ CEDU, sent. 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué, Jabardo c. Spagna*, in c. 10590/83.

disponendo la libertà condizionale con obbligo di presentarsi periodicamente presso gli uffici giudiziari del luogo di residenza e divieto di espatrio. Adito il *Tribunal Supremo* per ottenere infine l'annullamento della sentenza del 27 dicembre 1982, questo, con sentenza del 4 aprile 1990, rigettò la domanda – affermando il carattere meramente dichiarativo, e pertanto non esecutivo rispetto a sentenze passate in giudicato, delle pronunce della Corte europea – confermando la sentenza di condanna dei tre, e annullando la sentenza dell'*Audiencia Nacional*, nella parte in cui sospendeva l'esecuzione della condanna. Così esauriti i mezzi ordinari di tutela, i condannati interposero nuovamente ricorso di *amparo* dinanzi al *Tribunal constitucional*, che condusse alla STC n. 245/1991, la quale annullò, dopo nove anni, la condanna dei tre, interrompendone l'esecuzione.

Delle motivazioni che condussero il TC all'accoglimento dell'*amparo*, è sufficiente in questa sede ricordare quelle relative al complesso problema dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo nell'ordinamento spagnolo, in quanto rivelano una ben precisa opzione, costituzionalmente fondata e orientata, in merito all'articolazione dei rapporti tra ordinamento spagnolo e ordinamento facente capo alla CEDU.

In particolare, deve essere sottolineato che la concessione dell'*amparo* non venne fondata sul riconoscimento di esecutività interna alle sentenze della Corte europea. Come affermato dal TC nel F.J. 2 – riprendendo peraltro la stessa giurisprudenza CEDU (ed in particolare i casi *Marckx*, del 13 giugno 1979, e *Pakelli*, del 25 aprile 1983) - l'accettazione da parte della Spagna della giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti dell'uomo “non implica [...] che le sentenze di questa Corte abbiano efficacia esecutiva, dal momento che dalla Convenzione stessa, e dall'interpretazione che ne è stata data dalla Corte europea può inferirsi che le decisioni della Corte possiedono un carattere dichiarativo e non annullano né modificano, di per sé, gli atti – in questo caso sentenze, dichiarati contrari alla Convenzione”: anche dal punto di vista del diritto internazionale “e della sua forza vincolante” che discende dall'art. 96 della Costituzione, sostiene sempre il *Tribunal constitucional*, la partecipazione spagnola all'ordinamento facente capo alla CEDU non si traduce nell'istituzione di una ulteriore istanza di decisione, suscettibile di pregiudicare *ex se* l'efficacia

delle sentenze pronunciate in via definitiva dagli organi giurisdizionali interni, né impone allo Stato l'adozione di rimedi processuali specificamente orientati all'esecuzione delle sentenza della Corte europea⁵². La vincolatività delle sentenze CEDU non può pertanto essere affidata – in considerazione degli specifici assetti istituzionali dell'ordinamento facente capo alla CEDU – a raccordi di tipo stabile tra i sistemi processuali; se, tuttavia, come è ovvio in considerazione dei principi che orientano la Costituzione spagnola verso l'apertura alla cooperazione internazionale, l'ordinamento interno non può rimanere indifferente alla condanna da parte della Corte di Strasburgo⁵³, i mezzi

⁵² Cfr. il testo spagnolo: “El reconocimiento por España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas sobre la violación de los derechos humanos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 25 del Convenio, y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, sin embargo, que las Sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. Así en el caso MARCKX (Sentencia de 13 de junio de 1979), el Tribunal Europeo ha afirmado que «la Sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que le impone el art. 53» (párrafo 58). O, lo que es lo mismo, «el Convenio no le atribuye al Tribunal competencia ni para anular la Sentencia del Tribunal nacional ni para ordenar al Gobierno que desautorice los pasajes objeto de la queja» (PAKELLI, 25 de abril de 1983, párrafo 55). Desde la perspectiva del Derecho Internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 C.E.), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal (o, en su caso, por el Comité de Ministros de acuerdo al art. 32 del Convenio). El Convenio no obliga a los Estados miembros a eliminar las consecuencias del acto contrario a la obligación jurídica internacional asumida por el Estado, restableciendo en lo posible la situación anterior a ese acto, antes bien el art. 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento que pone en cuestión el carácter definitivo y ejecutorio de la decisión judicial interna, si bien tal satisfacción equitativa sustitutoria sólo entra en juego cuando el derecho interno no permite la reparación perfecta de las consecuencias de la resolución o Sentencia estatal. Según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio. Tampoco el art. 13 del Convenio confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria”.

⁵³ Come riconosce lo stesso giudice costituzionale, in altro passaggio del F. J. 2: El que el Convenio Europeo, como instrumento internacional, no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el Tribunal de la violación de un derecho de los reconocidos por el Convenio, que es la conclusión a la que llega nuestro Tribunal Supremo, y que en este proceso defiende el Ministerio Fiscal, *no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio, ni que sea conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento, por medio de la*

per l'integrazione devono essere ricercati ed articolati su un piano diverso. Quale sia questo piano, è chiarito dallo stesso *Tribunal constitucional*, proprio attraverso il rinvio all'art. 10, comma 2: quest'ultima disposizione, come afferma molto chiaramente la decisione in esame, integra la previsione dell'art. 96 della Costituzione spagnola, proprio nel senso di chiarire gli effetti e la portata degli obblighi internazionali in materia di diritti fondamentali nell'ordinamento interno. In particolare, in virtù dell'art. 10, comma 2, della Costituzione, l'accertata violazione dell'art. 6, comma 1 della CEDU dispiega i propri effetti, in sede di giudizio di *amparo*, sull'interpretazione dell'art. 24 della Costituzione spagnola, più precisamente sulla definizione del contenuto del diritto violato. Come afferma il *Tribunal constitucional* (F.J. 3), "il diritto ad un processo con tutte le garanzie, così come gli altri diritti fondamentali, deve essere interpretato in conformità con i trattati e gli accordi internazionali in materia di diritti umani ratificati dalla Spagna (art. 10, comma 2, Cost.); tra di essi, occupa una speciale posizione la CEDU, l'interpretazione della quale è affidata alla Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni hanno carattere obbligatorio per il nostro Stato". Il problema che deve essere risolto ai fini della concessione dell'*amparo*, in questa prospettiva, non è pertanto quello dell'esecutività delle sentenze CEDU, bensì quello dell'incidenza della violazione accertata in sede internazionale sulla definizione della portata del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuto dalla Costituzione spagnola; in questo senso, continua il *Tribunal constitucional* al F.J. 4, "la dichiarazione della violazione dell'art. 6, comma 1, della Convenzione, implica in questo caso, secondo il disposto dell'art. 10, comma 2, della Costituzione spagnola la constatazione dell'esistenza di una violazione del diritto ad un processo pubblico dotato di tutte le garanzie di cui all'art. 24, comma 2, della Costituzione".

Questa posizione, sempre confermata nella giurisprudenza del *Tribunal constitucional*⁵⁴ presenta l'indubbio vantaggio di garantire la tutela del diritto

denegación de nulidad y la anulación de la suspensión de las condenas dictadas cautelarmente por la Audiencia Nacional, de una situación que puede implicar lesión actual de derechos fundamentales de los recurrentes" (corsivi miei).

⁵⁴ Cfr. *ex multis*, la STC 197/2006, F.J. 3, che molto chiaramente afferma, a proposito di un caso analogo: "lo que el Tribunal Constitucional ha de examinar, en definitiva, es si la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente en *amparo*, declarada por la STEDH

fondamentale – la cui violazione sia stata accertata in sede internazionale – senza subordinare acriticamente il giudice costituzionale interno alle conclusioni della Corte di Strasburgo, bensì lasciandogli uno spazio di manovra che, garantendo l’adempimento dell’obbligo internazionale contratto dallo Stato, preservi al tempo stesso l’autonomia dell’ordinamento interno quanto alla scelta delle forme attraverso cui riparare alla violazione. Non necessariamente esse dovranno coincidere, infatti, con l’annullamento della pronuncia giurisdizionale o dell’atto della pubblica autorità che ha posto in essere la violazione (rimanendo nell’ambito dell’*amparo* che, come noto, è strumento che si dirige alla tutela dei diritti nei confronti di atti non legislativi), soluzione che il giudice costituzionale riserva ai casi più gravi, come quello in esame, in cui a seguito della pronuncia impugnata con il ricorso di *amparo* sia ancora in esecuzione una condanna⁵⁵: tutto al contrario, il giudice costituzionale potrà valutare, caso per caso, se la violazione possa ritenersi sanata dalla riparazione pecuniaria disposta dalla stessa sentenza CEDU (è il caso ad esempio, della ricordata STC 197/2006) o dallo stesso accertamento della violazione (come nel caso della STC 313/2005), o se infine essa possa dare luogo ad un giudizio di revisione ex art. 954, comma 4 della *Ley de enjuiciamiento penal* (come nella STC n. 70/2007), apprezzando pertanto *in concreto* la persistenza della lesione del diritto.

In altre parole, emerge dalla soluzione del giudice costituzionale una chiara opzione per un modello di integrazione con l’ordinamento della CEDU che si allontana tanto da una configurazione gerarchica delle relazioni tra ordinamenti giuridici, quanto dalla ricordata impostazione dottrinale che vede nelle sentenze della Corte europea diritto immediatamente applicabile, suscettibile di imporsi al giudice costituzionale⁵⁶. Dalla soluzione indicata dal *Tribunal constitucional* potrebbe piuttosto dedursi la scelta di un modello caratterizzato dall’apertura di spazi di dialogo tra gli ordinamenti, che si sviluppano attraverso dinamiche interpretative, agevolate, come meglio vedremo, dalla clausola dell’art. 10, comma 2, e dagli effetti di questa sulla conformazione del parametro: il contenuto

de 29 de febrero de 2000, sigue siendo actual y, en consecuencia, precisa de la adopción de medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental”.

⁵⁵ Considerazioni in tal senso si ritrovano, ad esempio, nell’*Auto* n. 96/2001.

⁵⁶ Riconducibile a RODRÍGUEZ, *Integración europea...*, cit.

normativo di fonte internazionale – nel caso della STC 245/1991, l’art. 6, comma 1, della CEDU, come interpretato dalla sentenza della Corte di Strasburgo, viene accettato nella sua specificità e, in armonia con la previsione dell’art. 10, comma 2, entra in relazione, sul piano interpretativo, con il contenuto costituzionale del diritto.

Più che attraverso tecniche di carattere istituzionale – quale sarebbe stato, ad esempio, il raccordo processuale rappresentato dall’esecuzione della sentenza della Corte europea da parte del giudice costituzionale (o del giudice comune che aveva pronunciato la sentenza di condanna, nel caso di specie il *Tribunal Supremo*) – l’integrazione tra ordinamento interno e ordinamento facente capo alla CEDU si svolge, pertanto, sul piano materiale, proprio per effetto del vincolo interpretativo posto dall’art. 10, comma 2.

2.2.2. La portata dell’art. 10, comma 2, nella giurisprudenza costituzionale.

Le considerazioni sin qui svolte, in secondo luogo, devono essere inquadrare nell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa alla portata dell’art. 10, comma 2: il caso affrontato nella STC n. 245/1991, che pure rappresenta una pietra miliare negli sviluppi delle relazioni tra ordinamento spagnolo e CEDU, non esaurisce infatti l’ambito di operatività della disposizione costituzionale in esame che, come vedremo, ha dispiegato le proprie virtualità integrative con riferimento a varie figure di diritti, contribuendo all’arricchimento del patrimonio costituzionale spagnolo, progressivamente armonizzandolo con il portato dell’esperienza cooperativa internazionale in materia.

Il *Tribunal constitucional*, già dalle sue prime sentenze, ha ricondotto la funzione dell’art. 10, comma 2, alla precisazione del “senso e della portata” (*sentido y alcance*) dei diritti riconosciuti dalla Costituzione⁵⁷. Fin dal principio, peraltro, il *Tribunal constitucional* ha fatto uso delle fonti internazionali in materia, avuto riguardo all’interpretazione ricevuta dalle disposizioni in esse contenute in sede di giurisprudenza e prassi internazionali: così, ad esempio, già nella sentenza n. 24/1981 (F.J. 4), il giudice costituzionale deduce dal mandato interpretativo di cui

⁵⁷ Cfr. STC 38/1981, F.J. 4, ma cfr. anche STC 5/1981, già ricordata, così come le SSTC n. 9/1981 (F.J. 4), 12/1981 (F.J. 3), 16/1981 (F.J. 5), 22/1981.

all'art. 10, comma 2, la possibilità di fare riferimento alla giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo per determinare la concreta portata delle disposizioni internazionali alla luce delle quali definire il contenuto dei diritti riconosciuti dal catalogo costituzionale.

La relazione fra trattati internazionali e catalogo costituzionale dei diritti alla luce dell'art. 10, comma 2 della Costituzione viene pertanto declinata fin da subito sul piano interpretativo, e finalizzata alla determinazione in concreto del contenuto costituzionalmente riconosciuto e tutelato dei diritti. L'esplicitazione di simile posizione, ed il definitivo consolidamento della giurisprudenza costituzionale in materia avviene, tuttavia, con le fondamentali sentenze nn. 28, 36 e 64 del 1991, le quali provvedono a precisare la natura del rapporto fra trattati internazionali e parametro di costituzionalità, inquadrando l'art. 10, comma 2 nel modello spagnolo di disciplina delle relazioni con l'ordinamento internazionale, chiarendone le interazioni con i principi desumibili dall'art. 96, comma 1, in materia di rango dei trattati internazionali nell'ordinamento interno.

L'art. 10, comma 2, della Costituzione, afferma il *Tribunal constitucional* non ha l'effetto di costituzionalizzare i trattati in materia di diritti fondamentali, convertendoli in autonomo parametro di validità delle leggi, o in autonomo criterio alla luce del quale adottare la decisione di concedere o meno l'*amparo*: questi ultimi “continueranno ad essere integrati dalla disposizione costituzionale che definisce il diritto o la libertà, sebbene questo dovrà essere interpretato, quanto agli esatti profili del suo contenuto, in conformità al trattato o all'accordo internazionale”⁵⁸. Come meglio chiarito dalla sentenza n. 36/1991, la violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione ad opera di una legge – nel caso del giudizio di legittimità costituzionale – o di un atto non legislativo – nel caso del ricorso di *amparo* – potrà essere fatta valere, qualora la lesione investa profili del contenuto del diritto riconosciuti in sede internazionale, non attraverso l'invocazione del parametro costituzionale di cui all'art. 96, comma 1 – avendo chiarito il *Tribunal constitucional*, proprio in questa stessa serie di

⁵⁸ Cfr. STC 28/1991, F.J. 5: “Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”.

decisioni, come ricordato, che la violazione di un trattato internazionale non radica violazione mediata dell'art. 96 – bensì attraverso l'invocazione del parametro costituzionale corrispondente al diritto leso, che dovrà essere interpretato alla luce degli obblighi internazionali in materia: né potrà dirsi violato lo stesso art. 10, comma 2, che è precetto che si rivolge all'interprete e non al legislatore.

In altre parole, afferma il *Tribunal constitucional* nella STC 36/1991, al F.J. 5, in conseguenza del ricorso all'art. 10, comma 2, il contenuto dei diritti definito in sede internazionale “nella pratica [...] *si converte, in una certa misura, nel contenuto costituzionalmente dichiarato dei diritti e delle libertà enunciate dal Cap. II del Tit. I della nostra Costituzione*”⁵⁹: tuttavia, “quando il legislatore, o qualsiasi altro pubblico potere adotta decisioni che, in relazione ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce, limita o riduce il contenuto che al medesimo riconoscono i richiamati trattati e accordi internazionali, la norma costituzionale violata sarà quella che enuncia quel diritto o quella libertà, senza che a ciò nulla aggiunga la violazione indiretta o mediata dell'art. 10, comma 2 che, per definizione non può essere mai autonoma, ma dipendente” da quella che il Tribunale è chiamato a valutare nel caso concreto⁶⁰.

⁵⁹ STC 36/1991, F. J. 5. Nello stesso senso, cfr. STC 50/1995, F.J. 4, laddove parla di “valor orientador para la comprensión de los derechos fundamentales que la Constitución confiere a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10.2 C.E.), *más allá de su incorporación como normas al Derecho interno, hasta configurar de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo* (SSTC 28/1991, 36/1991 y 64/1991)”.

⁶⁰ Cfr. il testo in spagnolo dei passaggi rilevanti del F.J. 5: “La violación del art. 96.1 que los Jueces cuestionantes aducen no se da en el caso presente; el precepto cuestionado data de 1948, en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se incorporan a nuestro ordenamiento el 30 de abril de 1977, y el 10 de octubre de 1979, respectivamente, con lo que, como es obvio, la contradicción entre la norma legal y las internacionales, de existir, es la que existe entre la norma anterior y la posterior. Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los

Simile posizione, sempre confermata⁶¹, chiarisce pertanto la posizione dell'art. 10, comma 2, nell'ambito del sistema delle disposizioni internazionalistiche della Costituzione spagnola: il mandato interpretativo ivi contenuto, in particolare, da un lato conferma il riconoscimento dell'autonoma giuridicità dell'ordinamento internazionale, assumendo come criterio interpretativo i trattati e gli accordi internazionali in materia di diritti, considerati nella loro qualità di fonti straordinari⁶², in questo senso ricollegandosi al precetto dell'art. 96, comma 1, come interpretato nel paragrafo precedente.

D'altro canto, pur senza intervenire sul problema del "rango" delle fonti internazionali – già si è chiarito che le questioni afferenti alla produzione normativa, in relazione ai trattati, sono dalla Costituzione spagnola riservate all'ordinamento internazionale, con la conseguenza che le relazioni tra questi e le fonti interne non possono essere impostate in termini gerarchici – l'art. 10, comma 2 contribuisce ad integrare le disposizioni degli artt. 95 e 96, in merito al rapporto fra i trattati e la Costituzione, articolandolo sul piano applicativo, attraverso la previsione del vincolo interpretativo in materia di diritti umani.

In altre parole, nell'art. 10, comma 2 può riscontrarsi nuovamente quella centralità della Costituzione nell'impostazione e nella gestione delle relazioni con l'ordinamento internazionale – ed in particolare delle dinamiche cooperative ad esso afferenti – sottolineata a proposito degli artt. 95 e 96, con l'importante precisazione che in questo caso la Norma fondamentale si occupa degli effetti dispiegati dall'accettazione della relazione (progressivamente integrativa) con l'ordinamento internazionale sul piano dell'interpretazione del catalogo costituzionale dei diritti.

citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello anada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso”.

⁶¹ Cfr. SSTC n. 64/1991, F.J. 4, n. 142/1993 (F.J. 3), n. 180/1993, (F.J. 3), n. 254/1993 (F.J. 5), n. 77/1995 (F.J. 2), n. 107/2005 (F.J. 3).

⁶² In questo senso, peraltro, si era pronunciata già nel 1980 MANGAS MARTÍN, *Cuestiones...*, cit., pp. 149-152, laddove, sottolineando l'autonomia dell'art. 10, comma 2, rispetto all'art. 96 della Costituzione – in chiave critica rispetto alle interpretazioni “minimali” che della norma erano state date in sede costituente – aveva affermato che il mandato interpretativo di cui all'art. 10, comma 2, “no apela a los convenios en cuanto derecho interno” bensì in quanto materiale interpretativo, conferendo una “nueva eficacia a tales instrumentos internacionales *ratione materiae*”: simile “remisión a fines de interpretación [...] abre nuestra Constitución a la protección internacional de los derechos humanos”.

Tale vincolo interpretativo si estende, peraltro, anche nei confronti del legislatore, radicando un limite della funzione legislativa che non agisce sulla validità formale della norma prodotta, ma sullo scrutinio di legittimità costituzionale del suo contenuto alla luce della Costituzione: come affermato dal *Tribunal constitucional* nella recente sentenza n. 236/2007, “al momento di sottoporre a giudizio la legge impugnata [...] il nostro compito è quello di determinare se il legislatore ha rispettato i limiti imposti dall’art. 10, comma 2 in relazione alle norme internazionali, che lo obbligano a interpretare in accordo con esse i diritti e le libertà riconosciuti dalla nostra Costituzione [...] Tuttavia, il trattato o la convenzione internazionale invocati non si convertono in parametro di costituzionalità dei precetti impugnati [i quali] devono essere confrontati con le corrispondenti disposizioni costituzionali che proclamano i diritti e le libertà [...] interpretate in armonia con il contenuto di tali trattati e convenzioni”⁶³. Gli effetti dell’art. 10, comma 2, nei confronti del legislatore confermano, per un verso, l’impossibilità di declinare in termini gerarchici la relazione fra i trattati, la legge e la Costituzione e, d’altro canto, dimostrano che l’apertura costituzionale al sistema internazionale di protezione dei diritti si rifrange sul contenuto dell’ordinamento interno, condizionandone gli sviluppi sul piano dell’esercizio della funzione legislativa, oltre che su quello dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto.

2.2.3 *L’ambito oggettivo dell’art. 10, comma 2: testi utilizzati e diritti tutelati.*

Prima di trattare, attraverso l’esame di alcuni casi affrontati dalla giurisprudenza costituzionale, le concrete forme di incidenza del vincolo interpretativo di cui all’art. 10, comma 2, sulle relazioni di integrazione tra ordinamenti, è necessario

⁶³ Cfr. STC 236/2007, F.J. 5: “al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos ex art. 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento recurrente. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades”.

ultimare l'analisi della funzione della norma, con riferimento ad alcuni profili dell'operazione di determinazione del "senso" e della "portata" dei diritti fondamentali in conformità ai trattati internazionali in materia realizzata dal *Tribunal constitucional* sulla base del mandato costituzionale.

In primo luogo, è necessario precisare l'ambito di operatività della disposizione in esame, con riferimento tanto ai diritti cui si estende il vincolo interpretativo, quanto ai testi internazionali che possono intervenire ad integrare il parametro costituzionale. Per ciò che concerne quest'ultimo profilo, oltre alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (che peraltro non è un trattato in senso formale), non è agevole stilare un elenco dei trattati cui il *Tribunal constitucional* ha fatto ricorso⁶⁴: basti ricordare, da un lato, che il giudice costituzionale ha più di una volta ritenuto la necessità dell'intervenuta ratifica del trattato, per poterlo utilizzare a fini interpretativi – con la precisazione che tuttavia, dal 2000 in poi, frequentemente ha fatto ricorso alla Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza⁶⁵ - e, d'altro canto, che si può con sufficiente sicurezza affermare che i trattati internazionali utilizzati con maggior frequenza siano stati, oltre, come ovvio, alla CEDU, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (entrambi stipulati a New York il 16 dicembre 1966 ed entrati in vigore il 23 marzo 1976), nonché il trattato istitutivo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, e numerosi atti di diritto derivato da questa.

Per ciò che riguarda invece il profilo dell'ambito oggettivo di incidenza del mandato interpretativo, la dottrina più recente⁶⁶ è concorde nel ritenere che l'art. 10, comma 2 della Costituzione, quando menziona "i diritti e le libertà che la Costituzione riconosce" si riferisca all'insieme delle posizioni giuridiche contemplate nel Titolo I della Costituzione (*Dei diritti e dei doveri fondamentali*)

⁶⁴ Per una ricognizione dettagliata si rinvia a SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 87 ss., ma anche GUERRERO PICÓ, *L'utilizzo dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in AA. VV., *L'uso della comparazione della giurisprudenza degli organi di giustizia costituzionale*, a cura di Ridola e Sandulli, pubblicato a cura della Sezione di diritto costituzionale comparato del Servizio Studi della Corte costituzionale italiana, Roma 2006, pp. 299 ss., specie pp. 320 ss.

⁶⁵ Cfr. le SSTC n. 292/2000 e 41/2006, su cui v. *infra*.

⁶⁶ Cfr. ad esempio, CARRERAS SERRA, *Función y alcance del art. 10.2 de la Constitución española*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2000, pp. 321 ss., ma anche GUERRERO PICÓ, *L'utilizzo dell'argomento comparatistico...*, cit., pp. 316 ss., e SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 72 ss.

e cioè ai diritti e libertà riconosciuti al cap. II (artt. 14-38), così come ai principi di indirizzo della politica economica e sociale, enunciati negli artt. 39-52 (Cap. III), che comprendono – nonostante l'intestazione – talune figure classiche di diritti in materia economica e sociale, non senza elementi di notevole originalità (si pensi, ad esempio, all'art. 55 in materia di protezione dei consumatori). Le difficoltà sorgono dal rilievo che la stessa Costituzione stabilisce differenti forme di tutela dei diritti fondamentali, nella misura in cui ritiene assoggettabili a ricorso di *amparo* solo i diritti riconosciuti dagli artt. 14-29 (art. 53, comma 2), affidando l'attuazione e la tutela degli altri diritti alla legislazione, non senza aver precisato, al comma 1, che la protezione dei diritti potrà essere realizzata in sede di giudizio di legittimità costituzionale e, al comma 3, che “il riconoscimento, il rispetto e la protezione dei principi riconosciuti nel Cap. III ispireranno la legislazione positiva, la pratica giudiziaria e l'attività dei pubblici poteri”⁶⁷.

La disposizione dell'art. 10, comma 2, pertanto, deve essere interpretata, oltre che nel quadro delle disposizioni internazionalistiche, anche in armonia con il sistema costituzionale dei diritti, nel senso che essa, pur non incidendo sulle forme costituzionali di tutela – in ragione del principio, espresso dalla giurisprudenza sopra ricordata, che la violazione dell'art. 10, comma 2 non può essere mai fatta valere disgiuntamente dalla violazione della norma costituzionale che riconosce e protegge il diritto violato – condiziona l'interpretazione dell'intero catalogo costituzionale dei diritti, ogni qual volta una disposizione costituzionale del Titolo

⁶⁷ Cfr. il testo dell'art. 53: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Sul sistema di tutela dei diritti nell'ordinamento spagnolo vedi CÁMARA VILLAR, *El sistema...*, cit., TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Servicio publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1998, pp. 461 ss., pp. 479 ss. nonché pp. 783 ss., ma anche GIMENO SENDRA - MORENILLA ALLARD, *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Madrid, Colex, 2003.

I venga in questione dinanzi al giudice costituzionale o al giudice comune chiamato a dare tutela al diritto di cui si assuma la violazione.

2.2.4 *L'integrazione materiale in alcune decisioni del Tribunal constitucional.*

Per chiarire ulteriormente la portata dell'integrazione internazionalistica del parametro sul piano delle relazioni tra ordinamenti – e prima di passare ad una breve trattazione dell'esperienza italiana in materia, appare utile analizzare alcuni casi che si sono presentati all'esame della giurisprudenza costituzionale spagnola, per valutare in che modo operi, in concreto, la portata integrativa materiale della clausola.

a) La protezione del diritto alla vita nei confronti del nascituro (STC n. 53/1985)

Chiamato a pronunciarsi sul ricorso preventivo di costituzionalità concernente il progetto di legge, approvato dalle *Cortes*, in materia di depenalizzazione dell'aborto, il *Tribunal constitucional* s'interroga sulla portata dell'art. 15 della Costituzione – che sancisce, per “tutti”, il diritto alla vita⁶⁸ - in particolare al fine di verificare se, ed in che misura, esso protegga il diritto alla vita del nascituro, ponendolo al riparo, nel caso di specie, da interventi legislativi volti a liberalizzare l'aborto in casi tassativamente previsti. Si tratta, come evidente, di una sentenza di fondamentale importanza, nella quale il giudice costituzionale ha l'occasione di precisare la portata di concetti centrali nell'ambito dello Stato costituzionale, con una valenza sistematica rilevante. Inoltre, come vedremo, il percorso argomentativo seguito dal *Tribunal constitucional* mostra, con particolare evidenza, come il ricorso al patrimonio normativo internazionale nell'interpretazione del catalogo costituzionale dei diritti rappresenti uno strumento rilevante nella definizione di casi – come quello di specie – caratterizzati, per un verso, dall'elasticità delle disposizioni costituzionali e,

⁶⁸ Cfr. el texto del art. 15 Cost.: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”.

d'altro canto, dalla delicatezza della questione di merito sul piano assiologico e politico, rivelando la funzione legittimante del mandato interpretativo di cui all'art. 10, comma 2.

In effetti, il ricorso all'argomento internazionalistico appare dirimente nell'operazione di definizione della portata dell'art. 15 Cost., con riferimento specifico al profilo dell'estensione oggettiva del diritto ivi riconosciuto, ed in particolare all'interpretazione dell'espressione "tutti possiedono il diritto alla vita".

Il percorso del *Tribunal constitucional* può essere, a tale proposito, suddiviso in una serie di passaggi.

In primo luogo – ai FF. JJ. 3, 4 e 5 - il giudice costituzionale provvede ad inquadrare il riconoscimento del diritto alla vita nel sistema costituzionale di protezione dei diritti. Da un lato, infatti, si afferma che il diritto alla vita presenta una valenza fondativa dell'intero ordinamento giuridico, costituendo "la proiezione di un valore superiore dell'ordinamento giuridico costituzionale – la vita umana – e [...] il diritto fondamentale essenziale in quanto presupposto ontologico in mancanza del quale i rimanenti diritti non potrebbero neanche venire ad esistenza"⁶⁹, anche nella sua connessione indissolubile con il riconoscimento, all'art. 10, comma 1 della Costituzione, della dignità umana quale "fondamento dell'ordine politico e della pace sociale"⁷⁰. D'altro canto, l'interpretazione del diritto alla vita viene inserita nella più generale enunciazione della funzione del riconoscimento e della tutela costituzionale dei diritti nello "Stato sociale di diritto"⁷¹, che trascende la dimensione meramente negativa, consistente nell'affermazione di posizioni di difesa dell'individuo di fronte allo

⁶⁹ Cfr. il F. J. 3: "Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes»".

⁷⁰ Cfr. art. 10, comma 1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

⁷¹ Cfr. art. 1, comma 1, della Costituzione: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Stato, per descrivere un sistema di obblighi statali volti a “contribuire alla effettività di tali diritti e dei valori di cui sono espressione, anche quando non esista una pretesa soggettiva da parte del cittadino” (F.J. 4): i diritti, infatti - sostiene ancora il *Tribunal constitucional* - “sono componenti strutturali di base tanto dell’ordinamento giuridico nel loro insieme quanto di ciascuno degli ambiti che lo integrano, dal momento che costituiscono l’espressione giuridica di un sistema di valori che, per decisione del costituente, deve informare l’organizzazione giuridica e politica nel suo complesso”⁷².

In secondo luogo, il *Tribunal constitucional* passa ad enunciare il concetto di vita che deve ritenersi accolto dalla Costituzione, sottolineandone il carattere intrinsecamente processuale e dinamico, che conduce ad affermare l’essenziale continuità tra il momento della gestazione – che determina l’esistenza di un “*tertium*”, distinto dalla madre benché generato nel seno di questa – quello della nascita, che determina “l’acquisto della piena individualità umana”, e lo sviluppo della vita autonoma nella società, fino alla morte. Se la vita, afferma pertanto il giudice costituzionale, è una “realtà sin dall’inizio della gestazione”, ne consegue che la protezione costituzionale della vita non può mancare “in quella tappa del suo processo di sviluppo che non solo è condizione per la vita indipendente dal seno materno, ma è anche, in se stessa, un momento di sviluppo della vita stessa, motivo per cui deve concludersi che la vita del nascituro, in quanto questi incarna un valore fondamentale – la vita umana – garantito dall’art. 15 della Costituzione, costituisce un bene giuridico la cui protezione trova nella disposizione richiamata il suo fondamento costituzionale”⁷³.

⁷² Cfr. F. J. 4: “Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

⁷³ Cfr. F.J. 5: “El art. 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a la vida». La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de

A conferma, il *Tribunal constitucional* richiama i lavori preparatori, con particolare riferimento alla bocciatura dell'emendamento che mirava a sostituire l'espressione "tutti" con l'espressione "tutte le persone" nell'interpretazione del precetto costituzionale resta tuttavia aperta la questione, cruciale nella decisione del caso, se il riconoscimento della vita del nascituro quale bene giuridico si traduca – *ex se* – nell'affermazione della titolarità del diritto alla vita in capo al nascituro⁷⁴.

L'interpretazione "interna" della Costituzione, pertanto, lascia aperto il problema più scottante, ai fini della valutazione della legittimità costituzionale della depenalizzazione dell'aborto in casi tassativi.

Ed è proprio nel momento in cui, per così dire, si arrestano le autonome potenzialità interpretative dell'ordinamento interno che la relazione con il patrimonio normativo internazionale – sotto il profilo del mandato interpretativo di cui all'art. 10, comma 2 - rivela le proprie virtualità. Il giudice costituzionale - passando infatti a trattare l'argomento dei ricorrenti, che pretendeva di fondare la titolarità del diritto alla vita in capo al nascituro nei testi internazionali in materia – completa il processo interpretativo dell'art. 15 proprio con riferimento al quadro

las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar: a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital. b) Que la gestación ha generado un tertium existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta. c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana. De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional".

⁷⁴ Cfr. F.J. 5, *in fine*: "En definitiva, el sentido objetivo del debate parlamentario corrobora que el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución *aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental*".

normativo internazionale, in virtù dell'art. 10, comma 2, della Costituzione, deducendone, in particolare, l'impossibilità di declinare la protezione giuridica del bene rappresentato dalla vita del nascituro nel senso di riconoscere in capo a questi un diritto alla vita, che risulterebbe irrimediabilmente violato dall'ammissione della possibilità di ricorrere, in determinati casi, all'interruzione volontaria della gravidanza. Né dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷⁵, né dall'art. 2 della CEDU⁷⁶, né soprattutto dall'interpretazione di esso ad opera degli organi preposti – e il TC richiama, in particolare, la decisione del 13 maggio 1980 della Commissione europea dei diritti dell'uomo, nel caso 8416/1979 – può dedursi che il termine “persona”, utilizzato nei testi internazionali in questione, si estenda alle persone non nate escludendosi così – segnatamente nella decisione della Commissione europea, tra le possibili interpretazioni dell'art. 2 della CEDU – la sussistenza, in capo al feto, di un diritto assoluto alla vita⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. art. 6, comma 1: “Il diritto alla vita è inerente alla persona umana. Questo diritto deve essere protetto dalla legge. Nessuno può essere arbitrariamente privato della vita”.

⁷⁶ Cfr. art. 2, comma 1, primo periodo: “Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge”.

⁷⁷ Cfr. il F.J. 6: “6. Los recurrentes pretenden deducir tal titularidad, no sólo de los mencionados debates parlamentarios acerca de la inclusión del nasciturus en el término «todos» del art. 15, sino también de la interpretación sistemática de la Constitución, así como de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, a que remite el art. 10.2 de la Constitución para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades en ella reconocidos. No existe, sin embargo, fundamento suficiente en apoyo de su tesis. Por lo que se refiere a la primera, los mismos recurrentes reconocen que la palabra «todos» utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el art. 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al nasciturus. En cuanto a la interpretación del art. 15, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, lo cierto es que la versión auténtica francesa utiliza expresamente el término «persona» en el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos -al igual que lo hace la versión auténtica española- y en el art. 2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos

humanos y libertades fundamentales. Y si bien el Tribunal de Derechos Humanos no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo, la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a la admisión de demandas, si lo ha hecho en relación con el art. 2 del Convenio en el asunto 8416/1979, en su decisión de 13 de mayo de 1980, poniendo de manifiesto por lo que se refiere a la expresión everyone o toute personne de los textos auténticos que, aun cuando no aparece definida en el Convenio, la utilización que de dicha expresión se hace en el mismo y el contexto dentro del cual se emplea en el mencionado art. 2 lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable al nasciturus (Ftos. jcos. 9 y 17); asimismo, al examinar el término «vida», la Comisión se planteó en qué sentido puede interpretarse el art. 2 en cuestión en

Alla luce, pertanto, dell'osservazione congiunta degli ordinamenti, il *Tribunal constitucional* può affermare - concludendo la parte della motivazione dedicata all'enunciazione dei principi alla stregua dei quali valutare le singole previsioni impugnate - che dall'art. 15 della Costituzione possono dedursi la protezione costituzionale della vita anche nella fase gestatoria e, allo stesso tempo, l'insussistenza di un diritto assoluto alla vita in capo al nascituro⁷⁸.

Dei due contenuti così isolati, come si è visto, l'uno è ricavato dall'interpretazione sistematica "interna" dell'art. 15 e l'altro da una vera e propria integrazione del suo contenuto - in via interpretativa - in virtù del mandato di cui all'art. 10, comma 2: quest'ultimo rivela così, da un lato, le proprie virtualità integrative, proiettandosi peraltro sul piano della relazione tra ordinamento interno e internazionale, e, d'altro canto, si presenta quale ausilio tecnico di primaria importanza, coadiuvando il *Tribunal constitucional* nella difficile opera di legittimazione di una decisione assai delicata sul piano assiologico e politico.

La complessa articolazione del contenuto costituzionale del diritto alla vita appare pertanto strettamente collegata ad una vera e propria "aggiunta" di contenuti ricavati dal patrimonio giuridico internazionale al contenuto della disposizione costituzionale, che pertanto, nel giudizio - come parametro - e dopo il giudizio, viene ad essere arricchita da contenuti esterni: l'integrazione tra ordinamenti si realizza così sul piano dei contenuti, al momento della interpretazione ed applicazione della Costituzione.

D'altro canto, e concludendo, non può non ricordarsi che proprio su queste basi il *Tribunal constitucional* fonda la propria decisione, potendo operare un bilanciamento tra la protezione della vita del nascituro, "la specificità della condizione femminile" e la concretizzazione dei diritti che le sono inerenti

relación con el feto, aunque no llegó a pronunciarse en términos precisos sobre tal extremo por estimar que no era necesario para decidir sobre el supuesto planteado (indicación médica para proteger la vida y la salud de la madre), limitándose a excluir, de las posibles interpretaciones, la de que el feto pudiera tener un «derecho a la vida» de carácter absoluto (Ftos. jcos. 17 a 23)".

⁷⁸ Cfr. F. J. 7: "En definitiva, los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental".

nell'ambito della maternità – come espressione peculiare della dignità umana⁷⁹ – sotto il profilo, in particolare, del diritto della madre alla vita e alla salute, ammettendo la possibilità che la prima istanza ceda di fronte alla seconda, ammettendo pertanto, infine, la depenalizzazione dell'aborto, in casi tassativi e a condizione che vengano previste determinate garanzie, specie sul piano della certezza di accertamenti medici preventivi all'esecuzione della interruzione di gravidanza, che verificano la sussistenza dei presupposti clinici, nel caso dell'aborto terapeutico e c.d. eugenetico (sull'inadempimento di questi requisiti si appuntano, peraltro, le censure di incostituzionalità accolte dal TC)⁸⁰.

b) *Il divieto di discriminazioni in ragione dell'identità sessuale* (STC n. 41/2006)

La decisione in esame ha ad oggetto un ricorso di *amparo* interposto avverso la sentenza del *Tribunal superior de Justicia* della Catalogna del 27 giugno 2003, con la quale veniva riformata una sentenza di primo grado, che aveva annullato il licenziamento del ricorrente, riconoscendone il carattere discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale. In sede di *amparo*, pertanto, veniva lamentata la violazione dell'art. 14 della Costituzione spagnola che, nell'enunciare il principio di uguaglianza, vieta ogni discriminazione fondata su motivi inerenti a “nascita, razza, sesso, religione, opinione o qualunque altra condizione o circostanza personale o sociale”⁸¹.

⁷⁹ Cfr. il F.J. 8: “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. *La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución*”.

⁸⁰ Cfr. i FF.JJ. 7 e 8, 9 e 12.

⁸¹ Cfr. art. 14 Cost.: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Anche in questo caso, pertanto, il testo costituzionale non contempla, almeno esplicitamente, l'orientamento sessuale tra le ragioni di discriminazione costituzionalmente riprovate, ed il *Tribunal constitucional* – al fine di giustificare la propria decisione – deve ricorrere ad un'operazione interpretativa complessa.

Oggetto del percorso argomentativo del giudice costituzionale è, in particolare, la possibilità di includere l'orientamento sessuale tra le “condizioni o circostanze personali” cui fa riferimento l'art. 14: anche in questo caso, la conclusione positiva, nel F.J. 3⁸², è fondata su un'interpretazione sistematica dell'art. 14 alla luce di elementi “esterni” alla Costituzione, articolata, in particolare, su un duplice ordine di considerazioni, attinenti, per un verso, alla constatazione – sul piano storico e sociale – che “l'orientamento omosessuale condivide con gli altri casi menzionati nell'art. 14 la caratteristica di essere una differenza storicamente molto radicata, che ha situato gli omosessuali, in considerazione tanto della condotta dei pubblici poteri, quanto della pratica sociale, in posizioni svantaggiate e contrarie alla dignità della persona riconosciuta dall'art. 10, comma 1, in ragione dei profondi pregiudizi radicati nell'ordinamento giuridico e nella società contro tale minoranza”: e, per altro verso, fondate sull'esame della normativa internazionale in materia che “ex art. 10, comma 2, deve servire come *fonte interpretativa* dell'art. 14 Cost.”⁸³.

A questo proposito, il giudice costituzione si diffonde in una ricognizione assai dettagliata del quadro normativo internazionale, richiamando in particolare, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha messo in luce come le discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale – pur non espressamente contemplate dall'art. 14 della CEDU – devono ritenersi vietate, a meno che

⁸² Cfr. il testo spagnolo: “la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación”.

⁸³ Cfr. il passaggio del F.J. 3 immediatamente successivo al passaggio richiamato nella nota precedente: “conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE”.

risultino giustificate da motivi “specialmente rilevanti”, quali quelli richiesti dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo ai fini dello scrutinio di ragionevolezza delle discriminazioni fondate sul sesso. Allo stesso modo, viene richiamato il parere della Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite, che ha interpretato nello stesso senso l’art. 26 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Nello stesso senso, infine, particolarmente dettagliati i riferimenti al diritto comunitario in materia, e segnatamente all’art. 13 del Trattato, così come al diritto derivato e, soprattutto, all’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che contempla espressamente l’orientamento sessuale tra i motivi di discriminazione esclusi⁸⁴.

È pertanto “alla luce di quanto disposto dall’art. 10, comma 2 della Costituzione” che l’art. 14 della Costituzione deve essere interpretato nel senso di escludere trattamenti discriminatori in ragione dell’orientamento sessuale⁸⁵: ancora una volta, pertanto, il mandato di cui all’art. 10, comma 2, opera nel senso di ampliare il contenuto di un contenuto costituzionalmente tutelato, nella fattispecie arricchendo la fattispecie del diritto a non essere irragionevolmente discriminato del riferimento all’orientamento sessuale. Nello stesso senso, è in virtù dell’integrazione internazionalistica del parametro che il giudice costituzionale può giungere a concedere l’*amparo* ritenendo violato il diritto del ricorrente a non essere discriminato in ragione della propria omosessualità⁸⁶, di un diritto cioè che – non riconosciuto espressamente dalla Costituzione – è frutto dell’integrazione materiale tra la Costituzione e l’ordinamento internazionale, maturata in sede interpretativa.

⁸⁴ Quanto all’utilizzo del diritto comunitario come fonte di integrazione interpretativa del parametro di costituzionalità ai sensi dell’art. 10, comma 2, vedi le richiamate sentenze 28 e 64 del 1991, nonché Decl. 1/2004, F. J. 6: in dottrina, v. tra gli altri, oltre a SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 172 ss., LIÑÁN NOGUERAS, *El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2 CE?*, in AA. VV. *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex 2005, Vol I., pp. 933 ss.) nonché ARZOZ SANTISTEBAN, *La relevancia del derecho de la Unión europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales*, in Rev. Esp. Der. Const. 2005, pp. 63 ss.

⁸⁵ Cfr. il relativo passaggio della decisione: “En definitiva, los tratos desfavorables por razón de la orientación homosexual, también los que se produzcan en el trabajo, constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución”.

⁸⁶ Cfr. il dispositivo della decisione.

c) *Il diritto alla protezione dei dati personali* (SSTC 254/1993 e 292/2000)

Un altro gruppo di pronunce particolarmente significativo per mostrare le virtualità integrative dell'art. 10, comma 2, è quello concernente il diritto alla protezione dei dati personali: le due pronunce che verranno esaminate costituiscono, in particolare, la prima e l'ultima di una serie di decisioni relative alla materia⁸⁷, che hanno progressivamente contribuito a determinare – sulla base dell'interpretazione congiunta dell'art. 18 della Costituzione e dei testi internazionali in materia – il contenuto del diritto in questione. Anche in questo caso, peraltro, ci troviamo di fronte ad un diritto non riconosciuto espressamente dalla Costituzione spagnola e disciplinato da fonti di diritto internazionale; il percorso argomentativo del *Tribunal constitucional* appare particolarmente rilevante al fine di chiarire le dinamiche di integrazione del fondamento costituzionale del diritto tutelato attraverso il riferimento al diritto internazionale in materia, in quanto, come vedremo, l'interpretazione conforme al diritto internazionale comporta in concreto, nelle pronunce in esame, il riconoscimento di un diritto nuovo.

Nella prima di queste pronunce (STC 254/1993), il giudice costituzionale era stato adito, con ricorso di *amparo*, a proposito della lamentata violazione del diritto di cui all'art. 18, comma 4 della Costituzione – il quale prevede che “la legge porrà limiti all'uso dell'informatica per salvaguardare l'onore e l'intimità personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti” - posta in essere dall'Amministrazione del *Gobierno Civil* di Guipúzcoa, che aveva rigettato la domanda del ricorrente, volta a conoscere l'entità dei propri dati personali raccolti dall'Amministrazione e le modalità del loro utilizzo da parte della stessa: come elementi di particolare complessità del caso, vanno segnalati, da un lato, l'assenza, all'epoca, di legislazione attuativa del diritto di cui all'art. 18, comma 4 e, d'altro canto, la presenza, in materia, di norme internazionali particolarmente dettagliate, quali quelle contenute nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei dati personali del 1981, il cui art. 8, in particolare, prevede espressamente il diritto del soggetto privato di conoscere l'esistenza di banche

⁸⁷ Tra le altre, cfr. STC 143/1994, STC 11/1998, STC 94/1998, STC 202/1999.

dati automatizzate presso l'Amministrazione, la loro finalità e l'entità dei propri dati in essa conservati, così come, in caso di richiesta a ciò diretta, di ricevere risposta in "tempi ragionevoli, senza ritardo o spesa eccessiva".

L'assenza di legislazione interna attuativa poneva pertanto immediatamente il problema della rilevanza della normativa internazionale in materia, una volta chiarito, in conformità alla costante giurisprudenza del *Tribunal constitucional*, che la mancata attuazione legislativa del diritto non pregiudica l'invocabilità del relativo precetto costituzionale in sede di *amparo*⁸⁸.

Le facoltà riconosciute dalla Convenzione del 1981, infatti, entrano direttamente a formare il contenuto del diritto alla protezione dei dati personali come tutelato indirettamente dalla Costituzione spagnola per mezzo dell'art. 18, comma 4: pur in assenza di legislazione attuativa, infatti, "l'effettività di tale diritto richiede inevitabilmente talune garanzie complementari" ed è precisamente a tale proposito "che possono venire in aiuto interpretativo i trattati e gli accordi internazionali in materia sottoscritti dalla Spagna" (F.J. 7), come appunto nel caso dell'art. 8 della Convenzione del 1981. È alla luce di tali strumenti normativi che il *Tribunal constitucional* può concludere affermando che "la cosiddetta «libertà informatica» comprende, allora, anche il diritto a controllare l'uso dei dati inseriti in un programma informatico" (F.J. 7), espressamente chiarendo che sono proprio gli elementi interpretativi desumibili dal diritto internazionale a consentire l'accoglimento dell'*amparo*⁸⁹. Dal momento che sono proprio quelle facoltà

⁸⁸ Come afferma molto chiaramente il TC nel F.J. 6: "Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. *Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma* (STC 15/1982, fundamento jurídico 8)"

⁸⁹ Cfr. ancora il F.J. 7: "En este sentido, *las pautas interpretativas que nacen del Convenio de protección de datos personales de 1981 conducen a una respuesta inequívocamente favorable a las tesis del demandante de amparo*. La realidad de los problemas a los que se enfrentó la elaboración y la ratificación de dicho tratado internacional, así como la experiencia de los países del Consejo de Europa que ha sido condensada en su articulado, llevan a la conclusión de que la protección de la intimidad de los ciudadanos requiere que éstos puedan conocer la existencia y los rasgos de aquellos ficheros automatizados donde las Administraciones públicas conservan datos de carácter personal que les conciernen, así como cuáles son esos datos personales en poder de las autoridades".

positivamente previste dal solo diritto internazionale a qualificare il diritto all'intimità sotto il profilo della libertà informatica e dunque della protezione dei dati⁹⁰ - nel senso di far emergere, accanto allo strumento di garanzia previsto dall'art. 18, comma 4, un'autonoma figura di diritto fondamentale, vale a dire la "libertà di fronte a potenziali aggressioni alla dignità e alla libertà della persona derivanti dall'uso illegittimo del trattamento meccanizzato dei dati"⁹¹ - può affermarsi che, in questo caso, l'integrazione interpretativa della previsione costituzionale si traduce nell'integrazione internazionalistica dello stesso contenuto del diritto protetto: esso, come tale, conosce un autonomo itinerario di sviluppo, attraverso l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale degli anni '90, trovando compimento nell'importante sentenza n. 292/2000.

Tale pronuncia – che trae origine da un ricorso di illegittimità costituzionale sollevato in via diretta dal *Defensor del Pueblo* avverso alcune disposizioni della Legge organica n. 15/1999, del 13 dicembre, in materia di "*Protezione dei dati personali*" – sancisce infatti con notevole chiarezza l'autonomia del diritto alla protezione dei dati, nell'ambito dell'art. 18, comma 4, rispetto al diritto all'intimità riconosciuto dall'art. 18, comma 1 della Costituzione⁹²: la singolarità del diritto costituzionale alla protezione dei dati personali deriva in particolare dal fatto che esso "amplia la garanzia costituzionale a quei dati che siano rilevanti o incidano nell'esercizio di qualsivoglia diritto della persona, sia o no costituzionalmente riconosciuto, sia o no relativo all'onore, all'ideologia, all'intimità personale e familiare o a qualunque altro bene costituzionalmente protetto"⁹³.

⁹⁰ Cfr. ancora il F.J. 7: "Las facultades precisas para conocer la existencia, los fines y los responsables de los ficheros automatizados dependientes de una Administración pública donde obran datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el art. 18 C.E., y que dan vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos"

⁹¹ Cfr. F.J. 6: "En el presente caso estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto *que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos*, lo que la Constitución llama «la informática»".

⁹² "E' garantito il diritto all'onore, all'intimità personale e familiare e alla propria immagine".

⁹³ Cfr. F.J. 6: "El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado".

Inoltre, vengono enumerate le facoltà che articolano il contenuto del diritto⁹⁴ ed infine si precisa – a confermare la fondatezza del ragionamento seguito - il quadro normativo internazionale con il riferimento, oltre che alla ricordata Convenzione del 1981, alla Risoluzione 45/95 dell’Assemblea generale dell’ONU, che recepisce la versione aggiornata dei Principi direttivi applicabili alle Banche di dati personali informatizzate, così come al diritto comunitario in materia, e segnatamente alla Direttiva n. 95/46/CEE e all’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Tutti questi testi internazionali – afferma significativamente il *Tribunal constitucional* – “concordano nello stabilire un regime giuridico di protezione dei dati personali nel quale viene regolato l’esercizio di questo diritto fondamentale in quanto alla raccolta di tali dati, l’informazione degli interessati in merito alla loro origine e alla loro destinazione, la facoltà di rettificazione e cancellazione, così come la necessaria manifestazione del consenso in ordine al loro uso e cessione [...] è questo, come si è visto, un fascio di garanzie il cui contenuto rende possibile il rispetto di tale diritto fondamentale”⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. ancora il F. J. 6: “el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales”.

⁹⁵ Cfr. F. J. 8: “8. Estas conclusiones sobre el significado y el contenido el derecho a la protección de datos personales se corroboran, atendiendo al mandato del art. 10.2 C.E., por lo dispuesto en los instrumentos internacionales que se refieren a dicho derecho fundamental. Como es el caso de la Resolución 45/95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se recoge la versión revisada de los Principios Rectores aplicables a los Ficheros Computadorizados de Datos Personales. En el ámbito europeo, del Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, del que hemos dicho en la STC 254/1993, F.J. 4, que no se limita «a establecer los principios básicos para la protección de los datos tratados automáticamente, especialmente en sus arts. 5, 6, 7 y 11», sino que los completa «con unas garantías para las personas concernidas, que formula detalladamente su art. 8», al que han seguido diversas recomendaciones de la Asamblea del Consejo de Europa. Por último, otro tanto ocurre en el ámbito comunitario, con la Directiva 95/46, sobre Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y la Libre Circulación de estos datos, así como con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del presente año, cuyo art. 8 reconoce este derecho, precisa su contenido y establece la necesidad de una autoridad que vele por su respeto. Pues todos estos textos internacionales coinciden en el establecimiento de un régimen jurídico para la protección de datos personales en el que se regula el ejercicio de este derecho fundamental en cuanto a la recogida de tales datos, la información de los interesados sobre su origen y destino, la facultad de

Si vede bene, di nuovo, come l'integrazione interpretativa del parametro con riferimento al diritto internazionale secondo il mandato di cui all'art. 10, comma 2, accanto alla funzione di legittimare le tecniche di decisione del giudice costituzionale, si traduca – specie con riferimento a casi complessi e delicati, come, per ciò che riguarda le pronunce analizzate, l'articolazione di un diritto solo formalmente ancorato nel testo costituzionale e sostanzialmente nuovo nel contenuto: un contenuto, lo si è visto con evidenza a proposito della STC 254/1993, ricavato completamente dai testi internazionali in materia.

d) *Integrazione interpretativa del parametro e limiti all'esercizio dei diritti fondamentali (STC 62/1982)*

È infine necessario soffermarsi su un ulteriore profilo dell'operazione di determinazione del senso e della portata del diritto fondamentale alla luce dei trattati internazionali in materia, vale a dire se, attraverso il vincolo interpretativo di cui all'art. 10, comma 2, possano essere legittimate limitazioni del diritto non previste espressamente dalla Costituzione⁹⁶. La risposta fornita dal *Tribunal constitucional* sin dalla STC n. 62/1982 è affermativa; il percorso argomentativo seguito in quella sede merita contribuire a chiarire gli effetti dell'operazione interpretativa di cui all'art. 10, comma 2 sul contenuto del diritto fondamentale tutelato.

Chiamato a pronunciarsi, con unica sentenza, su due ricorsi di *amparo* relativi ad una medesima vicenda processuale relativa alla pubblicazione di un volume ritenuto lesivo della moralità pubblica, il *Tribunal constitucional* si occupa, in particolare:

- a) della presunta violazione del diritto ad un processo pubblico di cui all'art. 24, comma 2⁹⁷, della Costituzione, posta in essere dall'*Auto* del 19

rectificación y cancelación, así como el consentimiento respecto para su uso o cesión. Esto es, como antes se ha visto, un haz de garantías cuyo contenido hace posible el respeto de este derecho fundamental”.

⁹⁶ Sul punto, v. GUERRERO PICÓ, *L'utilizzazione dell'argomento...*, cit., pp. 339 ss., PONCE MARTÍNEZ, *Tribunal constitucional...*, cit., pp. 174 ss.; SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 205 ss.

⁹⁷ Art. 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda

settembre del 1980, con il quale l'*Audiencia provincial* di Salamanca disponeva che l'udienza per la trattazione della causa si svolgesse a porte chiuse, per esigenze di tutela della morale;

- b) della presunta violazione del diritto alla libertà di espressione, riconosciuto dall'art. 20 della Costituzione⁹⁸, posto in essere dalle due sentenze del 29 ottobre 1981, con la quale il *Tribunal Supremo* aveva definitivamente negato il diritto del ricorrente a veder pubblicato il volume in questione (relativo all'educazione sessuale dei fanciulli) nel territorio spagnolo, sempre in ragione della tutela della moralità pubblica, riconoscendolo altresì colpevole di un diritto di pubblico scandalo, e perciò irrogando la sanzione dell'arresto per un mese e un giorno, oltre che una sanzione pecuniaria.

Il percorso argomentativo del giudice costituzionale attiene pertanto – per ciò che in questa sede rileva – alla possibilità di limitare i due diritti fondamentali in questione con riferimento alla morale, dal momento che né l'art. 20 – che, al comma 4, si limita a menzionare, tra i limiti alla libertà di espressione il rispetto dei diritti riconosciuti nel Titolo I della Costituzione, delle disposizioni delle leggi attuative di essi nonché in particolare, dei diritti all'onore, all'intimità, alla propria

producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁹⁸ Art. 20: “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

immagine, così come alla protezione della gioventù e dell'infanzia – né l'art. 24 prevedono detto limite⁹⁹.

La soluzione del caso è raggiunta dal giudice costituzionale proprio grazie al mandato interpretativo dell'art. 10, comma 2¹⁰⁰, attraverso il quale è possibile definire la portata dei due diritti in questione anche riguardo ai limiti degli stessi: a questo proposito, il giudice costituzionale ricorre tanto alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – che, riconoscendo il diritto alla tutela giurisdizionale all'art. 11, annovera la morale, all'art. 29, comma 2 - tra le “giuste esigenze” che possono legittimare, in linea generale, la limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà¹⁰¹ - quanto all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 6 della CEDU, che espressamente prevedono la possibilità di limitare la pubblicità del processo nell'interesse della giustizia (art. 14 PIDCP) ma anche, più specificamente – come nel caso dell'art. 6 CEDU – “nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo”. Così ricostruito il quadro internazionale in materia, il giudice costituzionale giunge alla conclusione che la possibilità di limitare la pubblicità del processo a tutela della moralità pubblica costituisce un

⁹⁹ Con simili considerazioni si intreccia poi l'altrettanto significativo rilievo che la condanna era stata inflitta sulla base di una norma incriminatrice (l'art. 431) contenuta nel Codice penale di epoca precostituzionale; quanto a quest'ultimo profilo, il ricorrente lamentava che il Codice penale precostituzionale facesse riferimento ad un concetto di morale contiguo con quello di morale cattolica, ciò che avrebbe condizionato la decisione del Tribunal Supremo in merito alla pubblicazione del volume. La soluzione del Tribunal constitucional è netta nell'affermare che “las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la Constitución, por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma” (F.J. 3, lett. a)

¹⁰⁰ Dal momento che, come afferma il giudice “De acuerdo con este precepto, la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la mencionada materia ratificados por España” (F.J. 2).

¹⁰¹ Cfr. art. 11: “1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso”, nonché art. 29, comma 2: “Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e della libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica”.

limite del diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., giustificato alla luce delle previsioni internazionali in materia: in particolare, afferma il *Tribunal constitucional*, il mandato interpretativo di cui all'art. 10, comma 2, conduce alla conclusione che “il diritto ad un processo pubblico viene riconosciuto con alcuni limiti impliciti, che sono quelli previsti nell'ambito del diritto internazionale nel quale si inserisce la nostra Costituzione”¹⁰².

Sostanzialmente analogo il percorso seguito – al F.J. 3 – per valutare la sussistenza del limite della morale rispetto alla libertà di espressione, con riferimento al merito della questione decisa dalle sentenze del *Tribunal Supremo*. Sempre muovendo dalla ricostruzione del dato internazionale in materia – nuovamente dall'art. 29, comma 2 della Dichiarazione universale, ma anche, con riferimento specifico alla libertà di espressione, dall'art. 19, comma 3 lett. b) del PIDCP e dall'art. 10 della CEDU – il *Tribunal constitucional* riconosce la possibilità di porre simile limite alla libertà di espressione, sulla base dell'interpretazione conforme al diritto internazionale in materia.

In questo caso, tuttavia, oltre che al riconoscimento della sussistenza del limite, il ricorso al diritto internazionale appare funzionale alla precisazione delle garanzie di cui delle essere necessariamente circondata l'operatività di un limite potenzialmente elastico quale quello della moralità. Come afferma il giudice costituzionale, al F. J. 3 lett. b), “il riconoscimento della morale pubblica come limite deve essere accompagnato dalla garanzie necessarie ad evitare che, attraverso un concetto etico – reso giuridico nella misura in cui un *minimum* etico è necessario alla vita sociale – si produca una limitazione ingiustificata dei diritti fondamentali” e la portata di queste garanzie può essere ricavata dal diritto internazionale in materia, ed in particolare dalla CEDU: dalla lettura degli artt. 10, comma 2 e 18 della Convenzione di Roma¹⁰³, il *Tribunal constitucional* deduce

¹⁰² Cfr. F.J. 2: “Las consideraciones efectuadas conducen a sostener de una parte, que el art. 24 de la Constitución ha de ser interpretado de conformidad con la Declaración, tratados y acuerdos a que se refiere el art. 10.2 de la propia norma fundamental. Y de otra, que tal interpretación lleva a la conclusión de que el derecho a un proceso público se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta nuestra Constitución”.

¹⁰³ Cfr. art. 10 CEDU: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazione di frontiera. Il presente articolo non impedisce che gli Stati sottopongano a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, di cinema o di televisione. 2. L'esercizio di queste libertà, comportando doveri e responsabilità,

che essa “prevede due tipi di garanzie per le restrizioni della libertà di espressione di cui è parola: in primo luogo, le misure restrittive devono essere previste dalla legge e risultare «necessarie» in un società democratica per il conseguimento di tutte o di alcune delle finalità alle quali si riferisce l’art. 10, ed in secondo luogo l’applicazione delle misure non potrà effettuarsi al di là della finalità per cui sono state previste”¹⁰⁴. Così dedotta, da un lato, la limitabilità della libertà di espressione e, d’altro canto, i criteri a cui ispirare il giudizio sulla ragionevolezza in concreto del limite imposto, il *Tribunal constitucional* può infine affrontare il merito della violazione, escludendone la sussistenza e rigettando l’*amparo*.

Dalla rapida sintesi del percorso argomentativo del *Tribunal constitucional* in un caso particolarmente esemplificativo¹⁰⁵ del metodo di costruzione del parametro di costituzionalità attraverso il mandato interpretativo di cui all’art. 10, comma 2, della Costituzione, si evince come il riferimento al diritto internazionale contribuisca non solo ad integrare nel contenuto costituzionale del diritto tutelato limiti non previsti dalla Costituzione ed invece contemplati a livello internazionale, ma anche a fornire al giudice costituzionale i criteri per valutare se la concreta articolazione del limite – nel caso sottoposto al suo esame – appaia

può essere sottoposto a determinate formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni previste dalla legge e costituenti misure necessarie in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l’integrità territoriale o l’ordine pubblico, la prevenzione dei reati, la protezione della salute e della morale, la protezione della reputazione o dei diritti altrui, o per impedire la divulgazione di informazioni confidenziali o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario”. Cfr. inoltre l’art. 18 CEDU: Le limitazioni che, in base alla presente Convenzione, sono poste a detti diritti e libertà non possono essere applicate che per lo scopo per il quale sono state previste”.

¹⁰⁴ Si riporta il testo originale dei passaggi del F. J. 3 lett. b, richiamati e tradotti nel testo: “Lo que nos lleva a la conclusión de que la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un mínimum ético para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico (art. 10 de la Constitución). Planteada así la cuestión, para precisar tales garantías hemos de acudir al Convenio de Roma de 1950, dado el contenido del art. 10.2 de nuestra Constitución y la competencia reconocida por España a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, las garantías a las que nos referimos se deducen de los arts. 10.2 y 18, del mencionado Convenio, el primero de los cuales se refiere específicamente a la libertad de expresión, y el segundo - con carácter general- a las restricciones de los derechos y libertades de que trata el propio Convenio [...]La lectura de los preceptos transcritos evidencia que el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser «necesarias» en una sociedad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

¹⁰⁵ Cfr. tuttavia, per un’operazione analoga, con riferimento ai limiti della libertà di domicilio, la STC 50/1995, FF. JJ. 6 e7.

giustificato alla luce di esigenze poste in sede internazionale, ma non solo (si ricordi infatti, con riferimento al caso in esame, che lo stesso art. 20, comma 4 della Costituzione spagnola annovera la protezione della gioventù e dell'infanzia tra i limiti della libertà di manifestazione del pensiero).

2.2.5 Rilevi conclusivi.

Dall'esame della giurisprudenza costituzionale emerge con sufficiente chiarezza il ruolo essenzialmente integrativo dell'operazione interpretativa di cui all'art. 10, comma 2¹⁰⁶. Come si è visto, attraverso il riferimento ai trattati e agli accordi – dettato dalla stessa Costituzione, nell'esercizio della sua funzione di “gestione” delle relazioni tra ordinamenti - il *Tribunal constitucional* aggiunge al parametro, in via interpretativa, contenuti normativi provenienti dall'ordinamento internazionale – i quali, come abbiamo visto, con la pubblicazione ex art. 96 Cost. vengono introdotti nell'ordinamento interno, mantenendo però la propria natura di fonti del diritto internazionale (art. 96, comma 2, secondo periodo, secondo l'interpretazione che è stata data *supra*, par. 1) - con ciò contribuendo ad integrare la disposizione costituzionale, arricchendone il contenuto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Può così affermarsi – con SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., p. 85 che il riconoscimento da parte del *Tribunal constitucional* dell'utilità dei testi internazionali al fine determinare il senso e la portata dei diritti costituzionali implica che essi contribuiscano “a «la mejor identificación» de su contenido, o a su «configuración y [...] entendimiento» afirmando su dimensión «integradora» de los derechos fundamentales”. Analogamente, cfr. LÓPEZ GUERRA *et al.*, *Derecho constitucional*, cit., vol. I, pp. 155 ss., pp. 156-157.

¹⁰⁷ Si pone, in dottrina, a questo proposito, un duplice ordine di problemi, vale a dire se, da un lato, l'interprete sia obbligato a fare ricorso ai testi internazionali e, d'altro canto, se l'integrazione interpretativa del diritto costituzionale possa avvenire solo *in bonam partem* o anche *in malam partem*. Su quest'ultimo profilo, si è visto come il *Tribunal constitucional* abbia fondato sull'interpretazione conforme al diritto internazionale anche limitazioni del diritto fondamentale non espressamente previste dalla Costituzione, rendendo problematica l'affermazione di un obbligo di un'interpretazione internazionalmente conforme solo *in bonam partem*: questo, d'altro canto, andrebbe ricostruito a partire dalla constatazione che, nello Stato costituzionale, l'attività di garanzia dei diritti è ordinata alla ricerca del massimo livello di protezione alle condizioni sistematiche date (come dimostra il ricorso ai bilanciamenti e a clausole come quella di proporzionalità). Come vedremo in chiusura di questo paragrafo, d'altro canto, la portata del problema è sensibilmente alleggerita, per un verso, dalla disposizione della CEDU che prevede la prevalenza della maggior tutela eventualmente assicurata a livello nazionale e, d'altro canto, dalle cd. clausole “orizzontali” che vanno sempre più affermandosi specie nell'ambito europeo orientando il sistema multilivello di protezione dei diritti alla massima protezione. Sul punto, v. comunque diffusamente RODRÍGUEZ, *Integración europea...*, cit., pp. 79 ss. Quanto al primo profilo (obbligo di ricorrere al mandato di cui all'art. 10, comma 2), la dottrina e la giurisprudenza sembrano concordi nell'escludere la rilevanza dell'interpretazione conforme solo nel caso di

In conseguenza, lo stesso diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione – la possibilità di fondare la pretesa di tutela su un precetto costituzionale, lo abbiamo visto, resta fondamentale ai fini delle concrete possibilità di tutela, per il carattere non autonomo del parametro di cui all’art. 10, comma 2 - si apre a contenuti nuovi, per mezzo dell’attività interpretativa del giudice costituzionale. Come è stato efficacemente osservato, in virtù di tale disposizione, le norme costituzionali sui diritti vengono dotate di una “*contextura receptiva (y por tanto sempre abierta)*”¹⁰⁸ – di una struttura aperta, potremmo tradurre, pur senza rendere completamente il fascino dell’espressione originale – che, mettendole in rapporto con le norme internazionali in materia, articola al tempo stesso la relazione tra ordinamenti sul piano materiale, realizzandone progressivamente l’integrazione¹⁰⁹, secondo quegli schemi comunicativi che abbiamo isolato

lacune del testo costituzionale: anche se, come ovvio, sono quelli i casi in cui si mostrano con maggior incisività le virtualità integrative dell’art. 10, comma 2, va ricordato che il *Tribunal constitucional* spesso ricorre ai testi internazionali a fini meramente argomentativi, per rinforzare la propria decisione. Di qui la conclusione di SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 206-210 che afferma che l’art. 10, comma 2, obbliga a “que el contenido predicable de los derechos, fruto de la actividad interpretativa [...] sea conforme con el que resulta de aquellos textos internacionales” e – criticando Medina Guerrero – aggiunge: “tampoco considero correcta la afirmación según la cual sólo puede acudir al art. 10.2 tras «apurar las posibilidades hermenéuticas que nuestra Constitución ofrece» [...] porque las posibilidades hermenéuticas que la Constitución ofrece sólo se agotan después de acudir al criterio interpretativo que resulta del art. 10.2 CE”. Nello stesso senso, cfr. CARRERAS SERRA, *Función y alcance...*, cit., pp. 334 ss., specie p. 335, laddove, dopo aver sostenuto che i trattati internazionali “deben ser utilizados forzosamente para encontrar el dignificado final de los derechos constitucionales aludidos” chiarisce che “está implícito en el art. 10.2 CE, por tanto, que los derechos fundamentales del Título I son normas incompletas, las cuales deben ser colmadas mediante la interpretación sistemática de los tratados internacionales que las afecten. *El conjunto del texto constitucional y los tratados constituye, por tanto, la norma constitucional completa y es, por consiguiente, el canon o parámetro a partir del cual debe analizarse la legitimidad constitucional del resto de normas del ordenamiento*” (corsivi miei).

¹⁰⁸ APARICIO PÉREZ, *La cláusula...*, cit., p. 14, laddove afferma che l’effetto del mandato di cui all’art. 10, comma 2, è quello di “dotar a la norma constitucional de una contextura receptiva (y por tanto siempre abierta) de las especificaciones que a su núcleo esencial normativo le confiera el correspondiente tratado internacional”. Già DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Tratados internacionales...*, cit., pp. 131-132, aveva dedotto dall’interpretazione dell’art. 10, comma 2, una configurazione aperta del sistema di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Costituzione spagnola, sottolineando che l’interpretazione conforme al diritto internazionale non predispone soltanto uno strumento interpretativo ma ha anche una funzione di “ampliación o delimitación” del diritto in questione (p. 136).

¹⁰⁹ Cfr. sul punto, APARICIO PÉREZ, *La cláusula...*, cit., p. 17: “En cuanto la interpretación, al concretar el significado de las normas aplicables, es siempre una propuesta normativa, queda ampliado, precisamente por el concreto mandato del art. 10.2, el propio ámbito normativo constitucional”; nello stesso senso, SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., p. 242: “el contenido del derecho fundamental implicado viene condicionado, al menos en parte, por el que para el mismo resulta de las fuentes a que alude el art. 10.2 CE. Formalmente se dirá que aquel contenido deriva de la Constitución [...]. Sin embargo, su «afloramiento» se hace posible mediante el recurso a los acuerdos internacionales (y a las decisiones de sus órganos de garantía) que despliegan así con

nell'analisi della sentenza n. 245/1991 (caso Barberá, Messegué, Jabardo): operazione tanto più incisiva, nel caso che, a livello internazionale sia in funzione un'istanza di interpretazione del trattato o dell'accordo¹¹⁰.

Non è pertanto del tutto condivisibile la posizione di quanti¹¹¹ sostengono che la presenza in sede costituzionale di clausole come l'art. 10, comma 2, della Costituzione spagnola denoterebbe l'emersione di un diritto costituzionale internazionale che non si occupa più "dell'adeguata disciplina giuridica delle relazioni" tra ordinamenti, bensì esclusivamente dell'effettività dell'adempimento degli obblighi internazionali: si tratta piuttosto della previsione di strumenti che, trascendendo l'impostazione tradizionale dei modelli di adattamento al diritto internazionale – incentrati sul momento della produzione del diritto – disciplinano le relazioni istituendole al livello dell'applicazione del diritto.

In questo senso, pertanto, come si accennava, l'art. 10, comma 2 opera su piani diversi, che tendono tuttavia a convergere: l'apertura dei diritti fondamentali al diritto internazionale, infatti, realizza al tempo stesso l'apertura dell'ordinamento spagnolo, nel senso di garantire, attraverso l'integrazione materiale – vale a dire l'integrazione tra contenuti normativi in via interpretativa, nel momento dell'applicazione del diritto, secondo il modello teorico tratteggiato nella prima parte del presente studio - l'alleggerimento della conflittualità tra gli stessi ordinamenti, secondo le direttrici assiologiche proprie dello Stato costituzionale "internazionalmente limitato"¹¹², o meglio "aperto"¹¹³ e "cooperativo"¹¹⁴.

plenitud sus efectos interpretativos. La norma constitucional que se extrae de la respectiva disposición que declara el derecho se obtiene de manera principal, en virtud de la interpretación conforme de esta última con el tratado o los tratados internacionales a los que se haya acudido". Ma cfr. ancora LÓPEZ GUERRA *et al.*, *Derecho constitucional*, cit. vol I, p. 156, laddove si sostiene che l'art. 10, comma 2, pur non disponendo la costituzionalizzazione dei trattati internazionali in materia di diritti, contribuisce a "determinar el contenido de las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales, mediante la referencia concreta a lo dispuesto en los Tratados y Convenios" agendo allo stesso tempo "como elemento de integración de un instrumento de interpretación y garantía de los derechos fundamentales de gran importancia" (il riferimento è all'esperienza maturata in ambito CEDU).

¹¹⁰ Precisa infatti SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., p. 211 che "la ayuda para la interpretación de los derechos fundamentales presentes en la Norma fundamental es así, en la mayoría de las ocasiones, más bien escasa" e che, tuttavia, ciò non accade "cuando los tratados definen instancias catalogables como jurisdiccionales, en virtud de los elementos que conforman su organización y funcionamiento, para su interpretación y aplicación; en tales supuestos, el art. 10.2 obliga al TC [...] a no desconocer las resoluciones dictadas por aquéllas, que le vinculan en cuanto al contenido que de las mismas se desprende para los concretos derechos por ellas afectadas".

¹¹¹ Come PONCE MARTÍNEZ, nelle conclusioni del suo volume (cfr. p. 245).

¹¹² Cfr. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, cit., pp. 35 ss.

L'art. 10, comma 2, in conclusione, inserisce la Costituzione spagnola in un sistema di protezione dei diritti fondamentali aperto ed integrato con l'ordinamento internazionale¹¹⁵, recependo – con valenza indubbiamente progressiva – gli orientamenti della prassi internazionale (si pensi alla giurisprudenza degli anni '70 della Corte di Giustizia comunitaria¹¹⁶), e percorrendo gli esiti più avanzati del costituzionalismo multilivello: particolarmente evocativi, a tale proposito, i passaggi della Decl. 1/2004, nei quali il *Tribunal constitucional* affronta il tema del rapporto tra l'art. 10, comma 2, e le cd. clausole orizzontali, contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹⁷.

¹¹³ L'espressione risale a CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè 1991.

¹¹⁴ Cfr. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, Ist. Encicl. Ital., Agg. 2000-2001, vol. XXIII (per la parte IV. Potere costituente) e XXX, *ad vocem*. Come affermato dallo stesso *Tribunal constitucional* nella sentenza n. 91/2000, al F.J. 5, riferendosi all'art. 10, comma 2: "Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 78/1982, de 20 de diciembre, y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)".

¹¹⁵ La norma, è stato efficacemente sostenuto, "se enmarca en la línea mantenida por el constitucionalismo europeo de posguerra de abrir las estructuras constitucionales internas a los fenómenos de cooperación e integración internacional" (LÓPEZ GUERRA *et al.*, *Derecho constitucional*, cit., vol. I, p. 155). Sul punto, v. anche PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, cit., pp. 214 ss., nonché BALAGUER CALLEJÓN, *Derecho constitucional europeo*, cit.

¹¹⁶ Il riferimento è alla nota sentenza *Nold* (CdG, sent. 14 maggio 1974, in c. 4/73).

¹¹⁷ Cfr. Decl. 1/2004, F.J. 6. Sul punto, vale richiamare CÁMARA VILLAR, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, in *Rev. Der. Const. Eur.*, n. 4/2005, pp. 9 ss., ricordando che, peraltro, clausole orizzontali in materia di protezione dei diritti sono state riprese dalla maggior parte dei nuovi Statuti delle Comunità autonome spagnole: sul punto, v. in generale BALAGUER CALLEJÓN, *El Estado autonómico español: la estación de las reformas*, versione italiana pubblicata sul sito <http://www.issirfa.cnr.it/4199,949.html>, specie i parr. 2.1 e 2.7, mentre, con riferimento alle singole Comunità autonome v. BALAGUER CALLEJÓN (coord.) *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Madrid Tecnos 2007, specie pp. 23 ss., pp. 35-36 (di Cámara Villar) e pp. 213 ss. (di Balaguer Callejón); CARRILLO, *Il nuovo Statuto di autonomia della Catalogna*, in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.*, n. 4/2007, specie parr. 2 e 4.

3. Obblighi internazionali e parametro di costituzionalità nell'esperienza italiana.

3.1. Il problema dell'adattamento al diritto internazionale pattizio nell'esperienza costituzionale italiana.

Quanto all'esperienza italiana, si deve innanzitutto ricordare che l'uso dei trattati internazionali da parte della Corte costituzionale nella conformazione del parametro di costituzionalità delle leggi è andato incontro a notevoli difficoltà, legate essenzialmente alla maggiore rigidità del modello di disciplina delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale accolto - e, con riferimento ai trattati, presupposto - dalla nostra Carta costituzionale. Se, infatti, la Costituzione espressamente prevede, all'art. 10, che l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sono assenti disposizioni relative all'ingresso e all'efficacia dei trattati nel nostro ordinamento.

Tuttavia, in tale materia, una prassi più che secolare e, soprattutto, l'influenza di costruzioni dottrinali profondamente legate agli orientamenti della Scuola italiana del diritto internazionale - particolarmente influenti, sul punto, anche in sede costituente (il riferimento va, in particolare, a Tomaso Perassi) - hanno determinato l'irrigidimento degli operatori giuridici sulla ricostruzione delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento internazionale in termini dogmatici e dualistici. Allo stesso tempo, il problema dell'ingresso e dell'adattamento al diritto internazionale pattizio - se si eccettua la previsione dell'art. 80 in materia di autorizzazione parlamentare alla ratifica di alcuni trattati - è stato risolto a livello subcostituzionale, almeno fino alla riforma dell'art. 117, primo comma, intervenuta ad opera della legge cost. n. 3/2001, con l'inserimento di un vincolo della legislazione rispetto agli obblighi internazionali; d'altro canto, le prime pronunce della Corte costituzionale in merito a tale disposizione - intervenute solo alla fine del 2007 - se da un lato, come vedremo, aprono finalmente l'ingresso ai trattati nel parametro di costituzionalità (attraverso il riferimento alla categoria delle norme interposte), mantengono immutati, per altro

verso, taluni profili di rigidità che avevano caratterizzato l'elaborazione tradizionale del modello italiano di disciplina delle relazioni internazionali.

Questo, come si accennava, è stato profondamente condizionato, con riferimento ai trattati, dal consolidamento storico dello strumento dell'ordine di esecuzione, che affonda le proprie radici nel faticoso passaggio – alla fine del XIX secolo – da una forma di governo monarchico costituzionale di stampo dualistico, alla forma di governo monarchico parlamentare: in questo contesto, infatti, l'ordine di esecuzione si caratterizzava, in primo luogo, quale strumento di controllo parlamentare sulla gestione della politica estera da parte dell'Esecutivo¹¹⁸.

D'altro canto, in tempi più recenti, ed in particolare dopo l'approvazione della Costituzione repubblicana, si è avvertita con forza l'influenza delle costruzioni dualistiche, nella mediazione operata dall'approccio dogmatico – di Perassi ed altri – alla pluralità degli ordinamenti giuridici accolta dalla Costituzione, e dalla conseguente centralità del principio di esclusività dell'ordinamento statale, secondo il modello su cui ci siamo soffermati nel corso del terzo capitolo.

In questo senso, tanto la previsione dell'art. 10, comma 1, della Costituzione quanto, soprattutto, la prassi dell'ordine di esecuzione sono stati interpretati quali strumenti di adattamento al diritto internazionale con funzione sostanzialmente produttiva, vale a dire quali norme di produzione finalizzate a creare norme interne riproduttive, nel contenuto, delle corrispondenti norme internazionali: così, l'art. 10 veniva qualificato, sulla scia di Perassi, “dispositivo di adattamento automatico”¹¹⁹, mentre all'ordine di esecuzione si attribuiva la funzione di produrre mediante il rinvio al testo del trattato allegato, norme interne corrispondenti alle clausole del trattato. Ne derivava – ed è un profilo, come meglio vedremo, centrale sul piano della posizione delle norme internazionali nel giudizio di costituzionalità delle leggi – che le norme internazionali “trasformate” assumevano, nell'ordinamento italiano, il rango dell'atto interno di adattamento ad esse.

¹¹⁸ Cfr., sul punto CANNIZZARO, *Trattato internazionale (adattamento al)* in Enc. Dir., Milano Giuffré, 1992, vol. XLIV, pp. 1394 ss., nonché BRUNO, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali: Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffré 1997.

¹¹⁹ Cfr. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1962, vol. II, pp. 27 ss., pp. 28-29, nonché ID., *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffré 1952, ora in ID. *Scritti giuridici*, cit., pp. 417 ss., p. 431. Per una recezione in giurisprudenza, v. Corte cost., sent. 48/1979.

Con particolare riferimento all'ordine di esecuzione, devono essere peraltro segnalati gli sforzi di quella parte della dottrina che ha tentato di prospettare un superamento della costruzione classica e dei problemi che essa comportava, specie sul piano del rapporto fra i trattati e la legge, anche con riferimento al profilo – evidentemente connesso – della stabilità degli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Così, da un lato, va menzionata la nota posizione del Quadri¹²⁰ incentrata sull'affermazione che, per mezzo della costituzionalizzazione della norma di diritto internazionale *pacta sunt servanda* ad opera dell'art. 10 della Costituzione, dovrebbe sostenersi a favore dei trattati un rango quantomeno superiore alla legge ordinaria: simile posizione, tuttavia, come noto, è stata costantemente respinta dalla Corte costituzionale¹²¹, che ha sempre ribadito – almeno fino alla recente giurisprudenza sull'art. 117, comma 1, Cost. – il rango di legge ordinaria delle norme interne di adattamento al trattato (*rectius*, delle norme interne di adattamento adottate con ordine di esecuzione di rango legislativo).

D'altro canto, non può non richiamarsi la nota posizione del La Pergola - confluita in un'isolata pronuncia della Corte costituzionale¹²² - che, nell'ottica di assicurare alle norme di adattamento ai trattati una resistenza all'abrogazione da parte della legge, costruì attorno all'ordine di esecuzione del trattato la categoria delle fonti atipiche¹²³, così come la posizione del Conforti sull'applicazione prevalente del trattato sulla legge con esso confliggente in virtù del principio di specialità¹²⁴.

Assai suggestiva – in modo particolare, nell'ottica delle tesi elaborate in questo studio – la posizione di coloro che, come il Fabozzi¹²⁵, e, in diversa prospettiva il

¹²⁰ QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968, pp. 64 ss. La posizione venne ripresa, tra i costituzionalisti, dal CHIAPPETTI, *Alcuni problemi di interpretazione dell'art. 10, comma 1 della Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1968, pp. 1406 ss.

¹²¹ Cfr. *ex multis*, Corte cost., sentenze nn. 32/1960, 48/1979, 188/1980, 15/1996.

¹²² Si tratta, come noto, della sent. 10/1993.

¹²³ LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967, ma anche ID. *Introduzione* in AA. VV., *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, Giuffrè 1988, pp. 3 ss., specie pp. 30 ss.

¹²⁴ Cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica 2006, ma anche ID., *La "specialità" dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Balladore Pallieri*, Milano, Vita e pensiero, 1978, vol. II, pp. 187 ss. Nello stesso senso, cfr. anche BISCOTTINI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ordine di esecuzione dei trattati*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1974, pp. 204 ss., p. 208.

¹²⁵ FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961.

D'Atena¹²⁶, tentarono una ricostruzione teorica dell'ordine di esecuzione nella prospettiva dell'applicazione, piuttosto che della produzione del diritto. Tale dottrina muove, in questo senso, dalla constatazione che le variazioni dell'ordinamento interno richieste dall'esecuzione di un trattato trascendono, in larga misura, un'operazione di stretta applicazione delle norme di adattamento *al testo* del medesimo, specie quando il trattato stesso non presenti il requisito della autoapplicabilità (cd. trattati *self-executing*). In tal caso, l'adattamento al trattato richiede, in forma determinante, l'opera dell'interprete: servendosi del testo del trattato, egli deve, infatti, "identificare il contenuto dell'obbligo internazionalmente gravante sull'Italia, dopo di che sarà in grado di individuare le variazioni necessarie perché l'ordinamento interno sia posto in armonia con esso"; ne consegue che "tali variazioni non risultano da proposizioni normative appositamente emanate dal legislatore, ma dal collegamento - in sede interpretativa - tra l'ordine di esecuzione e il complesso di disposizioni in cui il trattato è articolato"¹²⁷. Attraverso l'ordine di esecuzione, in altre parole, verrebbe operata una "attribuzione di rilevanza" ai contenuti normativi promananti dal trattato¹²⁸.

La particolare tecnica legislativa dell'ordine di esecuzione consisterebbe pertanto, secondo questa dottrina, nell'integrazione del contenuto precettivo - consistente nel "risultato" dell'esecuzione del trattato - attraverso il riferimento al trattato stesso¹²⁹. Proprio dalla configurazione dell'ordine di esecuzione quale norma di risultato discende la necessaria "elaborazione del corpo di regole logiche che l'interprete deve seguire per la costruzione delle norme interne da applicare, che saranno appunto le norme interne necessarie e sufficienti perché il risultato indicato nella norma di esecuzione sia realizzato"¹³⁰. Infatti, è in sede di interpretazione e applicazione che "dovrà essere compiuta la vera e propria

¹²⁶ D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 592 ss.

¹²⁷ D'ATENA, *op. cit.*, p. 597.

¹²⁸ Ivi, p. 603. Proprio simile "attribuzione di rilevanza" sembrerebbe richiamare la costruzione romaniana del rinvio - ricordata nel capitolo precedente - ma la dottrina in discorso appare in ogni caso legata a premesse produttivistiche, (cfr. ad es., ivi, p. 598) È in ogni caso presente, in simile ricostruzione, la significativa intuizione della rilevanza in sede applicativa dell'ordine di esecuzione.

¹²⁹ FABOZZI, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁰ Ivi, p. 63.

«trasformazione» concettuale dell'obbligo internazionale, ricercando quali siano le attività interne che, in relazione a tale obbligo, appaiono indispensabili affinché l'obbligo stesso risulti adempiuto”¹³¹, con la doverosa precisazione che il termine trasformazione, secondo lo stesso autore, è privo di implicazioni produttivistiche in senso classico¹³².

3.2 *Trattati internazionali e parametro di costituzionalità fino alle sentenze n. 348 e 349 del 2007: i trattati come parametro interpretativo..*

3.2.1 *L'uso dei trattati, oltre le costruzioni dogmatiche.*

Simili difficoltà ricostruttive si sono riverberate sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia. Da un lato, infatti, è costante l'affermazione che dall'adattamento mediante ordine di esecuzione “consegue che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione” e che “quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva” (cfr. sent. 323/1989, punto 4 del Diritto). D'altro canto, è stato riconosciuto il “particolare nesso funzionale, che é caratteristico della normazione prodotta mediante rinvio al trattato”, dal quale consegue che, in caso di trattato suscettibile di immediata applicazione, dalle norme del medesimo “si estrae il contenuto delle corrispondenti norme immesse nell'ordinamento interno, la cui sfera di efficacia, soggettiva e temporale, dipende da quella delle stesse statuizioni pattizie” (cfr. sent. 295/1984, punto 4 del Diritto). L'equiparazione, nel sistema delle fonti interne, fra il trattato e l'atto che vi ha dato esecuzione, si è accompagnata, in un caso significativo ma isolato, al riconoscimento dell'inidoneità delle norme di adattamento al trattato medesimo ad essere abrogate da leggi ordinarie successive, in quanto si tratta “di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o

¹³¹ Ivi, p. 106.

¹³² Cfr. ivi, pp. 63-64, nota 126.

di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria” (sent. 10/1993, punto 2 del Diritto).

Un’analisi approfondita della giurisprudenza costituzionale dimostra, tuttavia, che l’affermazione della pariordinazione fra le norme di adattamento ai trattati e la legislazione interna, pur escludendo la parametricità del trattato, inteso come criterio alla luce del quale fondare la validità della norma impugnata, non ha impedito che le norme internazionali siano comunque potute venire in rilievo nelle argomentazioni del giudice costituzionale, come utile – ed in taluni casi, decisivo - referente interpretativo per chiarire la portata delle disposizioni costituzionali in materia di diritti¹³³.

Nel silenzio della Costituzione, ed al riparo dalle costruzioni dogmatiche, nella giurisprudenza della Corte – in particolare per ciò che riguarda le pronunce in materia di processo penale e di tutela dei minori – si è progressivamente consolidato un formante particolarmente attento alla rilevanza dei trattati internazionali in materia di diritti al momento di interpretare le disposizioni costituzionali, al fine di valutare la legittimità costituzionale della norma impugnata. Simile filone giurisprudenziale – seppure, come vedremo, sfuggente e refrattario ad una completa sistemazione – testimonia l’esistenza di una sensibilità profonda del giudice costituzionale per le implicazioni straordinarie della tutela dei diritti, ed allo stesso tempo, lascia intravedere la possibilità di aprire spazi per una costruzione meno rigida del modello italiano di disciplina delle relazioni con l’ordinamento internazionale.

In particolare, sembra possibile affermare che, ferma restando l’affermazione dogmatica di principio sulla pariordinazione delle norme di adattamento ai trattati alla legge – sempre espressamente richiamata - la Corte abbia via via scelto di concentrarsi, da un lato, sulle fattispecie concretamente sottoposte al suo esame, e, d’altro canto, sull’esigenza di un’apertura al sistema internazionale di protezione

¹³³ Sul punto, v. le analisi di RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.* 2002, pp. 291 ss., PICCIONE, *I trattati internazionali come parametro e come criterio di interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, Giuffrè 2006, MORI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo, patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.* 1983, pp. 306 ss., SORRENTI, *Le carte internazionali sui diritti umani: un’ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. Dir.* 1997, pp. 348 ss.

dei diritti, mostrando allo stesso tempo attenzione per la domanda di giustizia, oltre che per le costruzioni dogmatiche: grazie a tale scelta, il patrimonio normativo internazionale in materia di diritti fondamentali si è affacciato sulla scena del giudizio e i percorsi di interpretazione della Costituzione ne sono stati progressivamente condizionati.

Particolarmente rappresentative, in questo senso, le sentenze nn. 188/1980 e 315/1990: in entrambe le pronunce – la prima delle quali, peraltro, viene solitamente ricordata per la decisa affermazione del valore di legge ordinaria delle norme di adattamento ai trattati e della conseguente impossibilità di prospettare una questione di legittimità costituzionale “tanto più quando le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametri di giudizio”¹³⁴ – si nota infatti una distonia tra le affermazioni di principio ed i percorsi argomentativi effettivamente seguiti dalla Corte, che ricorre, in via interpretativa, a quello stesso parametro internazionale la cui rilevanza aveva escluso sul piano della ricostruzione dogmatica¹³⁵.

Se gli esiti non sono certo assimilabili a quelli della giurisprudenza costituzionale spagnola, che peraltro può contare su un mandato interpretativo espressamente sancito dalla Costituzione, può in ogni caso affermarsi che il nostro ordinamento costituzionale – nonostante le eredità concettuali della dogmatica statualistica, e nonostante, in particolare, il peso specifico dell’adozione del punto di vista interno e del principio di esclusività – non sia rimasto del tutto insensibile alle istanze di apertura all’ordinamento internazionale, ancorandole, in particolare,

¹³⁴ Sent. n. 188/1980, *Cons. dir.*, punto 5.

¹³⁵ Nella sent. n. 188/1980, infatti, la Corte, subito dopo aver affermato che i trattati hanno valore di legge ordinaria e che pertanto “resta così esclusa la stessa prospettabilità, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale”, si diffonde sull’interpretazione delle norme internazionali invocate (l’art. 2, par. 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l’art. 6, n. 3 lett. c) della CEDU, in materia di giusto processo, unitamente alla giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell’uomo), per poi affermare che simili interpretazioni “sembrano perfettamente coerenti con il principio di cui all’art. 24, secondo comma Cost. nella lettura datane da questa Corte con la sent. n. 125 del 1979” (cfr. sempre il punto 5). Nello stesso senso, al punto 5 della sentenza n. 315/1990 la Corte si sofferma sul profilo di censura attinente al contrasto con l’art. 6, comma 3, lett. c) della CEDU, per affermare che “*anche a prescindere dal più volte ripetuto insegnamento che la norma pattizia "non si colloca di per se stessa a livello costituzionale" (v. sentenza n. 15 del 1982; nonché sentenza n. 188 del 1980, proprio con specifico riferimento all’art. 6, paragrafo 3, lettera c, della Convenzione richiamata dal giudice a quo)*, le considerazioni sopra svolte in ordine al diritto di difesa portano *comunque ad escludere* che l’art. 2 della legge 23 gennaio 1989, n. 22, sostitutivo dell’art. 192, terzo comma, del codice di procedura penale del 1930, sia non conforme alla prescrizione pattizia”.

all'interpretazione delle clausole costituzionali sui diritti: si configura, pertanto, analogamente al caso spagnolo, un parametro di costituzionalità aperto, integrato agli apporti derivanti, sul piano interpretativo, dal patrimonio normativo internazionale.

Particolarmente significativa, in tal senso, la sentenza 388/1999, che viene ricordata, solitamente, per un accenno alla possibilità di invocare violazioni della CEDU mediante il richiamo al parametro dell'art. 11; ben più importante appare tuttavia il percorso argomentativo del giudice costituzionale laddove, lasciato da parte il problema del rango delle norme internazionali pattizie, constata la contiguità materiale tra il sistema costituzionale di protezione dei diritti e quello internazionale, mostrandosi consapevole delle potenzialità integrative sussistenti a livello interpretativo. "I diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia" afferma infatti la Corte "trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione", precisando che tale convergenza non si fonda solo sul "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"¹³⁶: è dunque attraverso operazioni interpretative sensibili alla relazione tra ordinamenti e, soprattutto, alle affinità materiali tra gli stessi, che possono essere superati gli elementi di rigidità legati alla ricostruzione dogmatica del modello, e valorizzate risorse "integrative" in ordine alla miglior tutela dei diritti, in linea, peraltro, con il modello teorico tracciato nella prima parte del presente studio. Non può dimenticarsi, d'altronde, che, nel caso di specie, l'integrazione interpretativa del parametro, così condotta, ha consentito alla Corte di considerare ricompresa nel diritto alla difesa di cui all'art. 24, la garanzia della durata ragionevole del processo, prevista invece dall'art. 6 della CEDU.

Il filone giurisprudenziale così ricostruito nei suoi tratti essenziali appare pertanto espressione di una tendenza costante, che – fino alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 - era passata indenne attraverso la riforma dell'art. 117, comma 1,

¹³⁶ Sent. n. 388/1999, *Cons. dir.* punto 2.1.

continuando ad erodere silenziosamente certezze dogmatiche stancamente ripetute, e mostrando progressivamente un coraggio sempre maggiore.

3.2.2 Uso dei trattati ed integrazione interpretativa delle disposizioni costituzionali sui diritti.

Può essere utile, a questo punto della trattazione, richiamare sinteticamente alcune delle decisioni nelle quali la Corte ha fatto ricorso all'argomento internazionalistico.

Un primo gruppo di sentenze mostra che, in taluni casi, la Corte ha fatto ricorso ai trattati internazionali in materia di diritti, al fine di precisare il contenuto di disposizioni costituzionali in materia, integrando in esse contenuti non desumibili espressamente dal testo, ma ritenuti in esso implicitamente sussistenti, attraverso un'operazione interpretativa orientata a recepire gli esiti della partecipazione italiana ad esperienze di cooperazione internazionale in materia di protezione dei diritti.

Si possono prendere le mosse, in particolare, dalle sentenze n. 18 del 1966 e n. 104 del 1969. Nel primo caso, la Corte, occupandosi della legittimità costituzionale del divieto di pubblicazione degli atti processuali di cui all'art. 164 del Codice di procedura penale allora vigente, per contrasto con l'art. 21 della Costituzione, affronta il delicato problema della giustificazione costituzionale dei limiti alla libertà di espressione, al di là della previsione espressa dal testo della Carta. In questo caso, la Corte si serve dell'argomento internazionalistico per legittimare l'operazione di bilanciamento tra la stessa libertà di espressione ed il "bene della realizzazione della giustizia" che è anch'esso garantito in via primaria dalla Costituzione, facendo riferimento all'art. 10 della CEDU, dal quale si deduce che "l'esercizio della libertà di espressione, (comprendente la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare le informazioni o le idee senza che possa esservi ingerenza di autorità pubbliche), comportando dei doveri e delle responsabilità, può essere sottoposto a certe formalità, condizioni, restrizioni e sanzioni previste per legge, le quali costituiscono misure necessarie, in una società

democratica [...] a «garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario»¹³⁷: la libertà di espressione incontra “dunque” un limite – afferma la Corte – in un’esigenza fondamentale di giustizia, laddove l’uso della locuzione “dunque” da parte del giudice costituzionale sta ad indicare un nesso di consequenzialità tra l’argomento internazionalistico e la giustificazione del limite. Un limite non espressamente previsto dalla Costituzione è pertanto dichiarato costituzionalmente conforme in quanto caratteristico di un sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali cui, evidentemente la stessa Costituzione non è indifferente.

Ancora più chiara la sent. n. 104/1969, nella quale la Corte – pur avendo ribadito, con riferimento alla censura di violazione degli artt. 2 e 10 della Costituzione, che l’art. 10 si riferisce alle sole norme di diritto internazionale generale (si richiama alla sent. n. 32/1960)¹³⁸ – entra tuttavia ad esaminare il merito del contrasto tra la norma impugnata e l’art. 8 della CEDU “che ha, nei confronti delle correlative norme della Costituzione qualche sfumatura di migliore precisazione della tutela della riservatezza” nella misura in cui, in particolare, enuncia positivamente le condizioni di legittimità dell’ingerenza della pubblica autorità nella vita privata e familiare¹³⁹; in questo caso, sembrerebbe addirittura di poter affermare – isolando un importante profilo di riflessione - che il ricorso all’argomento internazionalistico appaia guidato dall’art. 2 della Costituzione, e dunque da considerazione di carattere eminentemente materiale¹⁴⁰.

A conferma, può richiamarsi la sentenza n. 288/1997, in materia di garanzia del doppio grado di giurisdizione, nella quale la Corte è investita del contrasto tra l’art. 443, comma 1, lett. b) del c.p.p., in tema di inappellabilità delle sentenze pronunciate a seguito di giudizio abbreviato e – tra gli altri parametri - gli artt. 2 e

¹³⁷ Sent. 18/1966, *Cons. dir.*, punto 3.

¹³⁸ Come noto, simile orientamento, particolarmente consolidato nella giurisprudenza costituzionale, venne rimesso in discussione dalla dottrina alla fine degli anni '90, in occasione della nota sentenza n. 399/1988, nella quale la Corte corresse una censura di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 6 CEDU, sostituendo all’indicato parametro dell’art. 11 Cost. il riferimento all’art. 10 Cost. Sul punto, cfr., in generale, GIOCOLI NACCI, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1982, pp. 1875 ss., SORRENTI, *La conformità dell’ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 287 ss.

¹³⁹ Sent. n. 104/1969, *Cons. dir.* punto 5.

¹⁴⁰ Su questo profilo vedi anche la sentenza n. 120/1967: per considerazioni generali sulla portata dell’art. 2 in relazione al valore interpretativo della CEDU, v. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo...*, cit., *passim*.

10 della Costituzione, per violazione dell'art. 2, comma 1, del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU: anche in questo caso, infatti, al richiamo della giurisprudenza che esclude i trattati dall'ambito di operatività dell'art. 10 Cost., la Corte affianca l'esame del merito del contrasto con la norma internazionale, affermando che il tenore di essa “non legittima una interpretazione per cui il riesame ad opera di un tribunale superiore debba coincidere con un giudizio di merito”¹⁴¹.

Nello stesso senso sembra orientata, peraltro, la sentenza n. 38/1973 che, al punto 2 del diritto, afferma che rientrano fra i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione e “affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma” i diritti al proprio decoro, al proprio onore, alla propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, “sanciti *espressamente* negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo”¹⁴², quasi a ritenere – pur in assenza di affermazioni di principio - che la CEDU possa dispiegare l'effetto di integrare, in via interpretativa, il contenuto di clausole generali della Costituzione¹⁴³.

Detto orientamento appare confermato, più di recente, dalla sentenza n. 445/2002 che, dichiarando l'incostituzionalità della norma che prevedeva il celibato, il nubilito o la vedovanza quali condizioni di accesso al Corpo della Guardia di Finanza significativamente afferma che, oltre che sull'art. 51, comma 1, la norma censurata “incide altresì indebitamente, in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio, *discendente* dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed *espressamente enunciato* nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (e vedi oggi anche l'articolo

¹⁴¹ Cfr. sent. 288/1997, Cons. Dir. punti 7 e 8. Analogamente, cfr. la sent. n. 32/1999, a proposito dell'interrogatorio di garanzia, nella quale il parametro internazionale era richiamato in connessione con l'art. 24 e con l'art. 10: anche in questo caso, la Corte – escludendo l'operatività dell'art. 10 – integra le norme internazionali nell'interpretazione dell'art. 24, arrivando a dichiarare la fondatezza della questione (cfr. Cons. dir. punto 5).

¹⁴² Sent. 38/1973, Cons. dir., punto 5.

¹⁴³ Ed a prescindere, in questa sede dal dibattito sul carattere “aperto” o “chiuso” del catalogo costituzionale dei diritti (su cui v. Pace, Barbera).

9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000)”¹⁴⁴.

In senso analogo, può richiamarsi ancora la sentenza n. 245/2007, che ammette per lo straniero, ammesso al gratuito patrocinio, che non conosca la lingua italiana, di ricorrere all'ausilio di un proprio interprete: la previsione di cui all'art. 111 della Costituzione, secondo cui “la persona accusata di un reato” deve essere “assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo”, viene infatti interpretata alla luce dell'art. 6, numero 3, lett. e) della CEDU (ripreso dall'art. 14, comma 3, lettera f, del Patto internazionale sui diritti civili e politici) che prevede espressamente fra in diritti dell'accusato quello di “farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”. Anche in questo caso, pertanto, l'integrazione interpretativa del parametro costituzionale coincide un passaggio determinante ai fini dell'accoglimento della questione¹⁴⁵.

3.2.3 *Segue: uso dei trattati per la definizione del contenuto di principi costituzionali.*

Un secondo gruppo di sentenze mostra come la Corte abbia fatto talvolta ricorso ai trattati al fine di determinare con maggior precisione (rispetto a quella consentita da un'operazione interpretativa condotta tutta *all'interno* del testo costituzionale) la portata di principi desumibili dalla Costituzione.

Come primo esempio, può ricordarsi la sent. n. 376/2000, nella quale il riferimento al quadro normativo internazionale¹⁴⁶ è funzionale alla miglior qualificazione di un principio “pienamente desumibile dagli artt. 29 e 30 della Costituzione” - ma, evidentemente, bisognoso di miglior precisazione - “in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza,

¹⁴⁴ Sent. n. 445/2002, Cons. dir. punto 3, corsivi miei. La Corte, peraltro, ritiene leso anche il diritto “non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (*proclamato nell'articolo 12 della Dichiarazione universale e nell'articolo 8 della Convenzione europea; e vedi oggi anche l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*)”.

¹⁴⁵ Sent. n. 245/2007, Cons. dir., punto 2. Cfr. anche, sull'art. 111 le sentt. n. 117/2007, *Cons. dir.* 3 e 78/2002.

¹⁴⁶ Ed in particolare, agli artt. 8 e 12 della CEDU, l'art. 10 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, l'art. 23 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, gli artt. 9 e 10 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo.

in particolare nel momento della sua formazione ed in vista della responsabilità che entrambi i genitori hanno per il mantenimento e l'educazione dei figli minori; tale assistenza e protezione non può non prescindere dalla condizione, di cittadini o di stranieri, dei genitori, trattandosi di diritti umani fondamentali, cui può derogarsi solo in presenza di specifiche e motivate esigenze volte alla tutela delle stesse regole della convivenza democratica”.

Particolarmente interessanti, poi, alcune sentenze relative al principio della pubblicità delle udienze – desumibile dall’art. 101 della Costituzione - e delle deroghe che ad esso possono essere previste. Nelle sentt. nn. 212/1986 e 50/1989, infatti, il principio in questione è ritenuto “espressione di civiltà giuridica” - come tale contemplato da numerosi testi internazionali¹⁴⁷ - al quale “si dà ampio spazio negli ordinamenti democratici fondati, come il nostro, sulla sovranità popolare”¹⁴⁸. In questi casi, pertanto, l’interpretazione dell’art. 101 alla luce dello stesso principio della sovranità popolare, di cui all’art. 1, rinviene utili elementi di precisazione nell’osservazione del patrimonio normativo internazionale e del quadro comparatistico.

Tale tendenza appare poi ancor più marcata nella sentenza n. 69/1991, che fonda espressamente sui testi internazionali in materia la possibilità di ammettere deroghe al principio della pubblicità delle udienze: veniva censurata, in particolare, la previsione dell’art. 247, comma 2, delle norme di attuazione del Codice Penale, nella parte in cui non prevedeva la pubblicità dell’udienza nella quale si svolge il rito abbreviato. Nonostante la Corte ritenga che il principio della pubblicità delle udienze possa ammettere deroghe, proprio in considerazione dei testi internazionali in materia¹⁴⁹, afferma allo stesso tempo di non poter operare

¹⁴⁷ Sent. 212/1986, *Cons. dir.*, punto 3; sent. 50/1989, *Cons. dir.*, punto 2. I testi internazionali richiamati sono l’art. 6 della CEDU, l’art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici: art. 14, gli artt. 28 e 29 dei protocolli sullo Statuto della Corte di Giustizia annessi ai trattati CECA, CEE ed EURATOM.

¹⁴⁸ Sent. 50/1989, *Cons. dir.* punto 2.

¹⁴⁹ Cfr. sent. n. 69/1991, *Cons. dir.* punto 3.1: “Si è ritenuta (sentt. Corte cost. n. 212 del 1986 e n. 50 del 1989) la possibilità di eccezioni per "singole categorie di procedimenti", determinate da ragioni obiettive e razionali. *Del resto*, nei vari atti internazionali, concernenti la tutela dei diritti dell'uomo, un processo giusto, senza abusi ed arbitri (art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 14 novembre 1950 e ratificata con legge n. 848 del 1955; art. 14 del Patto internazionale di New York, relativo ai diritti civili e politici, adottato il 14 dicembre 1966 e ratificato con legge n. 881 del 1977; artt. 28 e 29 dei protocolli sullo Statuto della Corte di giustizia, annessi ai trattati C.E.C.A., C.E.E., ed EURATOM) il principio della pubblicità è posto a garanzia dell'imputato. *A tale principio, però, sono previste*

l'addizione richiesta, dovendosi ritenere che la scelta in merito alla ragionevolezza delle deroghe in questione debba esser riservata alla discrezionalità del legislatore¹⁵⁰.

In questi casi, pertanto, l'estensione dell'operazione interpretativa del testo costituzionale ai trattati internazionali in materia appare funzionale, allo stesso tempo, all'enunciazione del principio e alla legittimazione delle deroghe che ad esso possono essere apportate¹⁵¹.

deroghe non solo per ragioni di sicurezza, ordine pubblico e moralità, ma anche per giuste esigenze affidate alla valutazione del giudice" (corsivi miei).

¹⁵⁰ Cfr. ancora il Cons. dir., punto 3.1.: "ma, per verificare se circostanze particolari, come l'accordo delle parti e la situazione del processo pronto per una decisione allo stato degli atti, tipici connotati del giudizio abbreviato, siano sufficienti a giustificare o no, sotto il profilo costituzionale invocato, la deroga al principio della pubblicità dei giudizi, sarebbe indispensabile una considerazione del problema non limitata al giudizio abbreviato transitorio richiesto dall'imputato alla presenza del pubblico presente alle formalità di apertura del dibattimento, come avvenuto nel caso di specie, ma esteso anche alle ipotesi di giudizio abbreviato transitorio richiesto nel corso dell'istruzione e, più ancora, all'ipotesi tipica del giudizio abbreviato ordinario, che si colloca nell'ambito dell'udienza preliminare. L'ordinanza di rimessione non è in proposito univoca, oscillando tra una prospettazione della questione con riguardo al solo giudizio abbreviato transitorio, di cui al denunciato art. 247, secondo comma, lamentando, proprio con riguardo ad esso, che «dovrebbe essere allontanato il pubblico presente all'udienza» ed una prospettazione comprensiva anche del «ricorso al giudizio abbreviato nel periodo transitorio e in quello di piena applicazione del nuovo codice di procedura penale». Senza contare che, trattandosi di un giudizio di competenza della Corte di assise, potrebbero aver assunto particolare incidenza per il giudice a quo la gravità del reato e l'allarme suscitato nell'opinione pubblica, circostanze queste che, in sede di lavori preparatori della legge delega, avevano suggerito soluzioni normative diverse. La varietà delle ipotesi in relazione sia al tempo che all'oggetto del processo, comportando una gamma di possibili soluzioni, non consente a questa Corte di scendere nel merito di fronte ad una prospettazione della questione in termini così incompleti".

¹⁵¹ Può richiamarsi, infine, la sentenza n. 284/1986, relativa al principio dell'imparzialità e dell'indipendenza del giudice. In tale pronuncia la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle attribuzioni giurisdizionali dell'Ordine professionale dei Geometri, sotto il profilo della violazione del principio dell'indipendenza e della terzietà del giudice (artt. 101, 102, 104 Cost.) rigetta la questione interpretando la disciplina costituzionale in materia anche alla luce dell'esperienza internazionale e comparata, con un riferimento espresso alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: in particolare, afferma la Corte, "merita essere ricordato che la giurisdizione professionale è conosciuta anche dagli ordinamenti di altri Stati e che, in particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata ad esaminare il medesimo problema (pur se, naturalmente, rispetto a una fonte normativa diversa e cioè all'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955 n. 848), ha riconosciuto, rispetto ad alcune decisioni del Consiglio nazionale dei medici belgi, la sussistenza del requisito dell'indipendenza degli organi della giurisdizione professionale (sent. 23 giugno 1981, nel caso *Le Compte, Van Leuven, De Meyere* e sent. 10 febbraio 1983, nel caso *Albert e Le Compte*)", precisando altresì che "di tali decisioni va [...] ricordata l'importante notazione, indubbiamente da condividere, che i membri dei collegi professionali partecipano al giudizio non già come rappresentanti dell'ordine professionale, e quindi in una posizione incompatibile con l'esercizio della funzione giurisdizionale, bensì a titolo personale e perciò in una posizione di «terzietà», analogamente a tutte le magistrature".

3.2.4 *Segue: uso dei trattati e sentenze interpretative di rigetto.*

Il ricorso ai trattati internazionali riveste poi un particolare rilievo, in alcune sentenze, al fine di elaborare motivazioni che superano la censura di illegittimità costituzionale sul piano interpretativo. In altre parole, la Corte - ai fini di operare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme impugnate, idonea a superare la censura di illegittimità - fa riferimento ai trattati internazionali, ricostruendo alla luce del loro contenuto l'esatta portata della questione¹⁵². Benché simili operazioni interpretative non incidano direttamente sul parametro, ma piuttosto sull'oggetto del giudizio, ciò nondimeno esse appaiono rilevanti perché denotano l'interesse della Corte di registrare le convergenze tra ordinamento interno (complessivamente considerato) e ordinamento internazionale in materia di protezione dei diritti.

Si può ricordare, innanzitutto, la sentenza 1/2002, in materia di tutela del contraddittorio in sede di procedimento ablativo o modificativo della potestà genitoriale, *sub specie* dell'estensione del contraddittorio al genitore diverso da quello contro cui sia diretta la domanda: di fronte alla formulazione dell'art. 336 c.p.c. ("nei casi in cui il provvedimento è chiesto contro il genitore, questi deve essere sentito") che non lasciava adito a dubbi, la Corte sostiene che il giudice rimettente "pur richiamandosi alla Convenzione sui diritti del fanciullo resa esecutiva con legge n. 176 del 1991, e quindi dotata di efficacia imperativa nell'ordinamento interno, non considera che l'art. 9, comma 2, di essa (ai sensi del quale tutte le parti interessate devono avere la possibilità di partecipare alle deliberazioni e far conoscere le proprie opinioni), pone una disciplina complementare rispetto alla previsione della norma impugnata (che prevede solo l'audizione del genitore contro cui il provvedimento è richiesto), onde dal coordinamento fra le due norme deriva, allo stato dell'evoluzione legislativa, che

¹⁵² Cfr. ad esempio la sent. 399/1988, che, al punto 2 del Diritto, opera una ricostruzione del quadro della legislazione in materia (si trattava, in particolare, del regime delle notificazioni all'imputato in caso di irreperibilità e l'efficacia del decreto di irreperibilità) interrogandosi sull'avvenuto rispetto da parte del legislatore ai "richiami provenienti da diverse sedi europee" anche nel quadro di una "meditata valutazione comparatistica con gli ordinamenti penali dei Paesi più avanzati", al fine di superare la censura relativa al mancato rispetto della normativa internazionale in materia (invocata alla luce dell'art. 11 Cost., corretto dalla Corte, come ricordato, con riferimento all'art. 10 Cost.).

nel procedimento in esame devono essere sentiti entrambi i genitori”¹⁵³. A seguito dell’ingresso nell’ordinamento della norma internazionale, pertanto, il principio del contraddittorio deve ritenersi pienamente rispettato, e la questione può essere rigettata.

Vale richiamare, inoltre, la sentenza n. 10/1993, già citata in relazione alla qualificazione, ivi contenuta, delle norme di adattamento ai trattati nei termini di fonti atipiche: chiamata a pronunciarsi, con richiesta di sentenza additiva, sul problema della lingua del processo – in particolare, con riferimento alla lingua del decreto di citazione a giudizio (art. 555 c.p.p.) e alla notifica dell’indicazione del termine entro cui richiedere il giudizio abbreviato – riguardo all’imputato straniero che non conosca la lingua italiana, la Corte osserva che “i giudici *a quibus* richiedono [...] addizioni normative il cui contenuto sostanziale è già presente nell’ordinamento vigente” precisando che esso deve essere dedotto da una considerazione “complessiva” dell’ordinamento normativo, condotta anche alla luce del dato internazionale¹⁵⁴ ed incentrata sulla forza espansiva dell’art. 143 c.p.p. – in materia di diritto ad essere assistito da un interprete – che deve essere ritenuto norma applicabile a qualunque fattispecie di atto processuale, e non solo a quella di atti orali.

Inquadrati i rapporti tra le fonti attraverso la categoria delle fonti atipiche, la Corte si spinge dunque ben oltre una declinazione di essi incentrata sul profilo della resistenza all’abrogazione da parte della legislazione ordinaria a favore della legge

¹⁵³ Cfr. sent. 1/2002, *Cons. dir.* punto 6.

¹⁵⁴ Appare particolarmente significativo che la Corte non affronti il problema del rapporto tra le norme del Codice e i trattati internazionali sotto il profilo della violazione dell’art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale), che prescrive il rispetto delle norme e delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia relative ai diritti della persona e al processo penale, nell’adozione del Codice, ma si occupi direttamente del rapporto tra le fonti, con la nota qualificazione della legge di adattamento al trattato in termini di fonte atipica, come tale idonea a resistere all’abrogazione da parte di leggi successive. La Corte, in particolare, afferma espressamente che “le norme internazionali appena ricordate [si tratta dell’art. 6 della CEDU e dell’art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici] sono state introdotte nell’ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione (v. sentt. nn. 188 del 1980, 153 del 1987 e 323 del 1989) e sono tuttora 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” (sent. 10/1993, *Cons. dir.*, punto 2).

di esecuzione del trattato, articolando piuttosto la relazione tra le norme sul piano interpretativo: la portata espansiva dell'art. 143 c.p.p. è infatti dedotta proprio dal suo legame con il diritto costituzionale alla difesa, e con le previsioni internazionali in materia: l'art. 143 c.p.p., afferma la Corte, “pone il nuovo sistema processuale penale in sintonia con i principi contenuti nelle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia di diritti della persona” ed “è da siffatto rapporto con i suddetti principi, alimentato dal necessario collegamento con i valori costituzionali attinenti ai diritti della difesa (art. 24, secondo comma, della Costituzione), che deriva [...] una particolare forza espansiva dell'art. 143, primo comma, c.p.p., che il giudice penale, in sede di interpretazione, non può ignorare”¹⁵⁵, escludendo che, come prospettato dal giudice *a quo*, la norma in questione sia configurabile quale norma di stretta interpretazione¹⁵⁶.

3.3 *Le sentenze nn. 348 e 349 e il problema della portata dell'art. 117, comma 1, Cost.: prospettive di irrigidimento o possibilità di apertura?*

3.3.1 *Il riferimento all'interposizione normativa.*

L'analisi delle pronunce nn. 348 e 349 del 2007, può essere incentrata, ai nostri fini, sul problematico riferimento alla categoria delle norme interposte: più sfumato nella sentenza n. 349, più marcato nella sentenza n. 348, esso viene effettuato ai fini di inquadrare la posizione dei trattati internazionale nel sistema della fonti – o meglio, per inquadrare la proiezione della loro posizione nel sistema delle fonti nel giudizio di legittimità costituzionale – alla luce dell'art. 117, comma 1¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sent. 10/1993, *Cons. dir.*, punto 3.

¹⁵⁶ “Al contrario” conclude la Corte (*Cons. dir.* punto 3) “trattandosi di una norma che assicura una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa, riconosciuto altresì dalla comunità internazionale come principio derivante da un trattato multilaterale (essendosi verificata la condizione - sottoscrizione di almeno trentacinque membri della comunità mondiale - cui l'art. 49 del Patto di New York subordinava l'entrata in vigore del Patto stesso), l'art. 143, primo comma, c.p.p. va interpretato come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell'ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano, quali il tipo di atto cui la persona sottoposta al procedimento deve partecipare ovvero il genere di ausilio di cui la stessa abbisogna”.

¹⁵⁷ Sulle quali vedi in contributi di PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti* e SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra*

È evidente, infatti, che se si dovesse interpretare il riferimento alle norme interposte alla luce della tradizionale sistemazione dogmatica della categoria, dovrebbe dedursi la riduzione del problema della parametricità dei trattati ex art. 117, comma 1 ad una mera questione di validità, impostata in senso gerarchico ed *inclusa* nell'ordinamento interno, o – ciò che è peggio – articolandola attraverso il riferimento all'unica concatenazione produttiva che - superando la tradizionale impostazione dualistica dei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno e prefigurando una svolta in senso monista - dalla Costituzione dovrebbe condurre ai trattati e da questi alla legislazione interna.

In effetti, recuperando la nozione classica dell'interposizione normativa – ricondotta all'imposizione di una “condizione di validità ulteriore” da parte della Costituzione a carico delle norme infracostituzionali¹⁵⁸ - si tornerebbe a spostare la questione della parametricità degli obblighi internazionali sul piano della produzione del diritto, risolvendola, in definitiva, alla luce di criteri formali.

Non sembra sia questa, tuttavia, la lettura corretta del riferimento alla categoria delle norme interposte da parte delle sentenze in esame, specie alla luce di una lettura integrata delle due pronunce, le quali, nonostante l'assonanza negli esiti, si

fonti e corti nazionali ed internazionali, entrambi in corso di pubblicazione in *Giur. Cost.* e consultabili sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, nonché ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org; RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in www.forumcostituzionale.it; DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione*, in www.federalismi.it; MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, *ivi*.

¹⁵⁸ L'affermazione secondo cui “ad integrare il parametro possono concorrere norme poste da fonti, che leggi costituzionali non sono (leggi ordinarie o fatti normativi: «interposte»), e persino [...] regole non giuridiche (massime di esperienza, regole logiche, ecc.), purché ed in quanto – le une come le altre – richiamate da disposizioni formalmente costituzionali quali specifiche condizioni di validità di determinate leggi o di determinate norme di legge” risale a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II.2 *La Corte costituzionale*, Padova 1984, 360. Sul punto, vedi, in generale, oltre al classico lavoro di LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè 1984, vol. II, pp. 529 ss., specie pp. 557 ss., GIOCOLI NACCI, *Norme interposte...*, cit., e soprattutto SICLARI, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992.

muovono in prospettive marcatamente divergenti, eco della diversa formazione degli estensori¹⁵⁹.

Da un lato, infatti, la sentenza n. 348 appare particolarmente incline ad impostare il problema della parametricità dei trattati sul piano dei rapporti tra norme – più che tra ordinamenti - come risulta con evidenza, ad esempio, dall'articolata trattazione del profilo tra CEDU ed ordinamento comunitario: al fine di escludere che il conflitto tra norme interne e norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa essere risolto dal giudice comune attraverso l'applicazione prevalente della norma internazionale¹⁶⁰, la Corte esclude che alle norme della CEDU possa essere riconosciuta un'efficacia interna paragonabile a quella del diritto comunitario¹⁶¹, dal momento che la CEDU non creerebbe, a differenza dei trattati comunitari, un'esperienza di integrazione caratterizzata dalla creazione di un ordinamento sopranazionale, autonomo rispetto all'ordinamento interno e suscettibile di produrre atti normativi idonei a dispiegare efficacia diretta nell'ordinamento dello Stato membro e di prevalere sulle confliggenti disposizioni di questo¹⁶². Simile ricostruzione, per altri versi molto interessante – specie al fine

¹⁵⁹ Relatore della sent. n. 348 è il Prof. Silvestri, costituzionalista, mentre relatore della sent. n. 349 è il Prof. Tesauro, internazionalista, con alle spalle una lunga esperienza di Avvocato generale e giudice della Corte di giustizia comunitaria.

¹⁶⁰ Per una ricostruzione della giurisprudenza, anche di legittimità, che, a seguito della modifica dell'art. 117, comma 1, ha ammesso la disapplicazione della norma interna per contrasto con le norme CEDU, cfr. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 491 ss., nonché ID., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, ivi, 2003, pp. 25 ss. Sulla disapplicazione della legge, vedi, per una robusta ricostruzione sistematica, anche con riferimento all'incidenza della disapplicazione sui rapporti tra ordinamenti, PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giuffrè, 2008.

¹⁶¹ Cfr. sent. n. 348/2007, *Cons. dir.* punto 3.3: “La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto”.

¹⁶² Cfr. sent. 348/2007, *Cons. dir.* punto 3.3: “Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. *La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti*. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione

di inquadrare la “specificità” dell’esperienza comunitaria alla luce della dimensione istituzionale delle limitazioni di sovranità¹⁶³ - denota e, per certi aspetti, addirittura implica, l’irrigidimento del percorso argomentativo della pronuncia in esame – nella misura in cui essa finisce per concentrarsi sul conflitto tra norme, perdendo di vista la realtà istituzionale retrostante - sull’alternativa applicazione prevalente/dichiarazione di illegittimità costituzionale, determinando in larga misura la centralità del riferimento alle norme interposte.

La sentenza n. 349, tutto al contrario, appare maggiormente orientata ad una comprensione del problema che muova dalla coscienza delle possibili – e fisiologiche - interazioni tra ordinamenti giuridici, come testimonia la ricca trattazione relativa all’esperienza del dialogo tra le Corti, e il rilievo attribuito, nella soluzione delle questioni teoriche via via prospettate, agli orientamenti della giurisprudenza internazionale e comunitaria. Si pensi, per un verso, al passaggio in cui la pronuncia affronta il profilo dell’eventuale comunitarizzazione delle norme CEDU per mezzo del disposto dell’art. 6 del Trattato comunitario: l’esclusione della possibilità che, attraverso simile espediente, possa farsi valere la rilevanza del parametro dell’art. 11 è raggiunta, in primo luogo, ricordando che la CEDU è “una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea”¹⁶⁴ e, in secondo luogo, grazie al riferimento alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che ha affermato la rilevanza “comunitaria” della CEDU solo con riferimento alle questioni in cui sia applicabile il diritto comunitario¹⁶⁵.

dell’ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri”.

¹⁶³ Si consenta nuovamente il rinvio a SCHILLACI, *Limitazioni di sovranità...*, cit., *passim*.

¹⁶⁴ Dal che consegue che, essendo tutti gli Stati membri della Comunità allo stesso tempo parti della CEDU e “non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie” il rapporto tra questi e la stessa CEDU “è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale”; cfr. sent. n. 349/2007, *Cons. dir.* punto 6.1

¹⁶⁵ Cfr. sent. n. 349/2007, *Cons. dir.*, punto 6.1: “Né la rilevanza del parametro dell’art. 11 può farsi valere in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario. E’ vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l’osservanza. E’ anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo (sentenza n. 393 del 2006). In primo luogo, tuttavia, il Consiglio d’Europa, cui afferiscono il sistema di tutela

Per altro verso, si pensi alla circostanza che - nonostante la ripresa dell'argomentazione della sent. n. 348 sulla diversa efficacia delle norme della CEDU rispetto al diritto comunitario (cfr. *Cons. dir.* punto 6.1, *in fine*) - la Corte dedica i punti 6.1.1 e 6.1.2 all'accurata ricognizione della giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto valore interpretativo alle norme della CEDU, in tal modo riprendendo suggestioni legate alle convergenze materiali tra ordinamenti, maturate in sede interpretativa: dagli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, conclude la pronuncia, è possibile pertanto desumere “un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, *in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare*”¹⁶⁶. Appare evidente che, a questo punto, il riferimento all'interposizione normativa – al punto 6.2 – assume una portata più sfumata, condizionata peraltro dall'affermazione che “alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte [...] il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e [...] in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, *si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente*

dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992. In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, Ordini avvocati c. Consiglio, punto 29). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children Ireland; sentenza 29 maggio 1998, C-299/95, Kremzow): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie”.

¹⁶⁶ Cfr. sent. n. 349/2007, punto 6.1.2, corsivi miei.

già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato"¹⁶⁷.

L'esigenza di una lettura integrata delle due pronunce conduce pertanto a rimeditare la portata del riferimento alle norme interposte contenuto nella sentenza n. 348. Essa, da un lato, sembra infatti resistere alla tentazione di una qualificazione dogmatica del fenomeno dell'interposizione normativa – come sembra di poter desumere dal richiamo alle difficoltà di simile costruzione e all'esplicito rifiuto della dizione “fonti” interposte che, come meglio vedremo, sembra andare al di là della mera clausola di stile¹⁶⁸ - ma d'altro canto, apre ad una ben precisa opzione teorica, nel momento in cui aggancia la stessa interposizione alla presenza di norme costituzionali che “che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere”¹⁶⁹: ne consegue che, appunto a prescindere dalla qualificazione dogmatica della categoria, ciò che rileva agli occhi della Corte è che l'art. 117, comma 1 “diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli «obblighi internazionali»” cui è vincolato l'esercizio della funzione legislativa, e che pertanto al giudice costituzionale è affidato il compito di “concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato” mediante i quali “il parametro è integrato”¹⁷⁰.

È pertanto a partire da questo riferimento – immediatamente seguito, al punto 4.6., dal richiamo alla “funzione interpretativa eminente” della Corte europea dei diritti dell'uomo come peculiarità della CEDU – che, a ben vedere, si apre la possibilità di una lettura integrata delle due pronunce: il collegamento dell'interposizione normativa alla presenza di disposizioni costituzionali bisognose di integrazione a livello sostanziale deve essere letto, infatti, alla luce di quella posizione dottrinale

¹⁶⁷ Cfr. sent. n. 349/2007, punto 6.2, corsivi miei.

¹⁶⁸ Cfr. sent. n. 348/2007, *Cons. dir.* punto 4.5, laddove precisa che la ricostruzione della portata dell'art. 117, comma 1, “a prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria [...]”.

¹⁶⁹ Cfr. ancora sent. n. 348/2007, *Cons. dir.* punto 4.5.

¹⁷⁰ Cfr. ancora sent. n. 348/2007, *Cons. dir.*, punto 4.5.

che, tirando le fila del dibattito in materia, aveva già da tempo ricondotto il fenomeno delle “norme interposte” ad un’esigenza di integrazione del parametro in funzione dell’attuazione di principi costituzionali¹⁷¹.

In questo senso, l’interposizione perde la sua qualificazione esclusivamente formale e rivela decisive implicazioni di carattere materiale, rimanendo ancorata ai contenuti costituzionali e rivelando – se si vuole – una contiguità ben maggiore con il problema dei limiti della funzione legislativa, piuttosto che con i classici profili legati alla costruzione gerarchica del sistema delle fonti¹⁷²: in altre parole, limitare la funzione legislativa attraverso il riferimento da parte della Costituzione a norme di rango infracostituzionale, non significa necessariamente fondare la validità della legge nella norma interposta, ma ricondurre il fenomeno ad una dinamica trilaterale che ha il suo vertice nella Costituzione. È la violazione della Costituzione, e non della norma interposta, a rilevare in sede di giudizio di costituzionalità: in questo senso può leggersi, ad esempio, il passaggio della sentenza n. 349 laddove si afferma che “il parametro costituzionale in esame comporta [...] l’obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale”¹⁷³.

Ma quali sono i principi costituzionali alla cui attuazione è funzionale l’istituzione dell’interposizione, intesa come istituzione a carico della legge del limite del rispetto degli obblighi internazionali e non come condizione di validità (formale) ulteriore?

Soccorre, a tale proposito, come segnale rilevante, un elemento desumibile dalla giurisprudenza che si è occupata dell’art. 117, comma 1, con riferimento al

¹⁷¹In questo senso, vedi in particolare SICLARI, *Le «norme interposte»...*, cit., p. 108, laddove afferma che “il giudizio per la violazione delle norme interposte non dipende tanto dal fatto che la Costituzione *rinvii* ad esse quanto dall’esistenza di un principio costituzionale (espresso da una disposizione costituzionale diversa da quella che contenente il rinvio) che trova attuazione attraverso una determinata fonte detta interposta”.

¹⁷² In senso analogo, ricorda la sentenza n. 236/2007 del Tribunale costituzionale spagnolo, citata *supra* al par. 2.2.2

¹⁷³ Cfr. sent. n. 349/2007, *Cons. dir.*, punto 6.2.

vincolo comunitario¹⁷⁴, nella misura in cui essa ha letto la disposizione in esame in connessione con l'art. 11, quale principio fondamentale in materia¹⁷⁵.

Ora, se si lascia da parte, per un momento, la circostanza che l'art. 11 è stato utilizzato storicamente dalla Corte per ricostruire il fondamento costituzionale del processo di integrazione comunitaria, e si prova a darne una lettura inquadrata nel sistema delle disposizioni internazionalistiche della Costituzione, possono essere utilmente isolati quei "principi istituzionali" che – secondo la ricostruzione tracciata nel corso del terzo capitolo – descrivono, sul piano dell'osservazione storico-costituzionale, l'atteggiamento del nostro ordinamento rispetto alle relazioni con altri ordinamenti, ed in particolare con l'ordinamento internazionale.

3.3.2. *L'art. 11 e il principio istituzionale di apertura*

Sulla base dell'osservazione storica del dato testuale, e degli orientamenti interpretativi di dottrina e giurisprudenza, sembra possibile affermare che il modello italiano di disciplina delle relazioni con l'ordinamento internazionale si ispiri ad un principio generale di apertura all'ordinamento internazionale.

Tale principio è desumibile, in particolare, dal testo dell'art. 11, ove di esso venga data una lettura ispirata ai fondamentali orientamenti assiologici del dibattito in sede costituente. Come è stato osservato in dottrina¹⁷⁶, nel dibattito in merito alla stesura delle disposizioni internazionalistiche della nostra Costituzione si intrecciarono, almeno quattro istanze fondamentali: l'istanza internazionalista, quella pacifista, quella solidarista e quella di garanzia nei confronti del Parlamento. Se si eccettua l'istanza di garanzia nei confronti del Parlamento, confluita nell'art. 80, in materia di autorizzazione alla ratifica dei trattati

¹⁷⁴ Si tratta delle sentenze nn. 406/2005 (sulla quale v. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in *Giur. cost.* 2005, pp. 4436 ss.), 129/2006 e 269/2007. Più in generale, sul dibattito relativo alla portata dell'art. 117, comma 1 in relazione ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, si consenta il rinvio a SCHILLACI, *La Corte torna sui "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": scelta del parametro, interposizione normativa e processo di integrazione tra ordinamenti (osservazione alla sentenza 13 luglio 2007, n. 269)*, in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.* n. 4/2007 ed ulteriore bibliografia ivi citata.

¹⁷⁵ Cfr. sent. 129/2006, *Cons. dir.*, punto 5.2; sent. 269/2007, *Cons. dir.* punto 4.3.

¹⁷⁶ CASSESE, *Lo Stato e la comunità internazionale*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, I, pp. 461 ss.

internazionali , che ha ad oggetto profili strettamente legati agli equilibri interni alla forma di governo, sembra che le altre tre istanze possano essere efficacemente ricondotte ad un intento di apertura all'ordinamento internazionale.

Simile intento apparve determinato, oltre che da motivazioni di carattere storico e politico, quale quella di “trasferire sul piano internazionale quei principi di libertà, di eguaglianza, e di sostanziale rispetto della persona umana, che si voleva affermare e attuare nell'ordine interno”¹⁷⁷, da “motivazioni più profonde, rispondenti ad istanze ideologico-politiche dei maggiori partiti dell'arco democratico”¹⁷⁸. Ad esse vanno tuttavia aggiunte ragioni ancor più profonde, specie con riferimento all'influenza in sede costituente delle concezioni personalistiche, che sarebbero poi confluite nel testo dell'art. 2: come affermato significativamente da Aldo Moro, infatti, “l'assoluta relazionalità della pluralità degli Stati rappresenta lo svolgimento coerente della determinazione etico-sociale dell'individuo”¹⁷⁹. In altre parole, la premessa personalistica, accolta dall'art. 2, è proiettata sul piano internazionale, nelle sue implicazioni di apertura della persona alla relazione, nel quadro del più generale accoglimento di una concezione pluralistica e del conseguente riconoscimento della comunità internazionale.

A ciò si accompagnava la consapevolezza che la pacifica convivenza internazionale – raggiunta e stimolata attraverso esperienze di cooperazione - rappresentava l'unico e necessario strumento di garanzia della piena effettività del diritto internazionale. Ad una impostazione dei rapporti internazionali che, fondata sul principio di esclusività dell'ordinamento giuridico statale, finiva per perdere di vista le concrete caratteristiche della realtà giuridica, sembrava allora possibile contrapporre una “dottrina di umiltà, dottrina di apertura mentale, che

¹⁷⁷ Ivi, p. 469.

¹⁷⁸ Ivi, p. 463.

¹⁷⁹ Cfr. MORO, *Lo Stato il diritto*, Bari, Cacucci, 2006, p. 195. “L'essenza relazionale della pluralità degli Stati” afferma Moro, si fonda “sulla profonda verità del criterio etico-giuridico universale che costituisce lo Stato come ordinamento, e cioè su quella fondamentale umanità dell'esperienza statale, la quale, solo che voglia essere coerente a se stessa, ha da ritrovare come sua ogni esperienza umana fuori dal suo confine storicamente limitato di valore assoluto [...] l'immanente relazionalità della comunità degli Stati in cui si differenzia la comunità umana, è fondata sulla universale determinazione etica della esperienza umana che si costituisce a Stato” (p. 194).

riconosce come dato fenomenico una pluralità di sfere statali e di corrispondenti ordini giuridici”¹⁸⁰.

Ora, sembra possibile affermare che le premesse così sinteticamente esposte siano confluite nel testo dell’art. 11 della nostra Costituzione. In esso, infatti, oltre alla clausola di rifiuto della guerra, direttamente derivata dall’istanza pacifista, incontriamo la norma cardine del sistema di relazioni con l’ordinamento internazionale nella loro dimensione, per così dire, fisiologica: il riferimento è alla previsione delle “limitazioni di sovranità, necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni”. Gli elementi portanti di tale previsione, che solo sinteticamente possono qui isolarsi, sono: a) il limite, che va visto nella sua dimensione relazionale di apertura, in conformità alle ricordate premesse personalistiche (nella misura in cui la limitazione di sé apre alla relazione con l’altro)¹⁸¹; b) la dimensione istituzionale delle limitazioni di sovranità, esplicitata nel riferimento all’ “ordinamento”, e che è diretta conseguenza della configurazione del limite come strumento di apertura, e legittima a livello costituzionale esperienze di cooperazione e integrazione a livello internazionale¹⁸²; c) il vincolo assiologico (la pace e la giustizia) che qualifica il senso della scelta.

L’art. 11, nell’interpretazione che qui se ne propone, viene così a rappresentare la norma centrale del vigente sistema costituzionale di relazioni con l’ordinamento internazionale, proprio per il suo stretto legame con gli orientamenti assiologici di

¹⁸⁰ BETTI, *Problematika del diritto internazionale*, Milano Giuffrè 1956, p. 11.

¹⁸¹ Cfr. ancora MORO, *Lo Stato il diritto*, cit.: “la sovranità dello Stato non potrà, senza negarsi, ostacolare l’incontro ordinato fra Stati, fondato sul riconoscimento del loro valore, sarà essa stessa, nel suo significato universale, criterio determinante del riconoscimento e del rapporto [...] non sono più possibili da tale punto di vista splendidi isolamenti dell’uno Stato di fronte agli altri e cioè il pietrificare la distinzione di questi, impedendone lo slancio onde ciascuno si supera senza negarsi, quella assoluta relazionalità, cioè, senza la quale la distinzione particolare è antiumana e antisociale” (p. 194); infatti, “il confine dello Stato” non può fermare la “determinazione etico sociale dell’individuo” ma di essa deve anzi “agevolare lo slancio, onde l’uomo attinge la totale comunità umana che in essa solidalmente si inserisce [...] l’affermata impossibilità che lo Stato si sottragga all’etica esigenza del rapporto con gli altri Stati esprime appunto l’impossibilità di fermare attraverso lo Stato l’afflato della universale comunione di amore degli uomini, per la quale non c’è esperienza sociale che possa dirsi estranea alla eticità del soggetto e di fronte alla quale egli, senza negare la sua autonomia, non abbia a prendere posizione in ispirito di solidarietà” (p. 195).

¹⁸² In senso contrario, cfr. MONACO, *Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale*, in AA. VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pp. 361 ss., pp. 369 ss., nonché ID., *Le comunità sopranazionali nell’ordinamento internazionale*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, I, Padova, 1957, pp. 67 ss., pp. 79 ss.

fondo della Carta costituzionale. È ad esso, pertanto, che debbono venire ordinati gli strumenti di adattamento vigenti nel nostro ordinamento, soprattutto nel senso, come vedremo, che da essi non potranno derivare conseguenze contrarie al principio di apertura.

3.3.3 *Segue: l'interposizione normativa come strumento di apertura*

In quest'ottica, pertanto, anche l'interposizione normativa di cui all'art. 117, comma 1, può essere ricostruita quale strumento di apertura all'ordinamento internazionale, la cui operatività ruota attorno alla conformazione del parametro di costituzionalità con riferimento alla sua integrazione con contenuti normativi di fonte internazionale. L'integrazione del parametro diviene così sede di elezione dell'articolazione delle relazioni tra ordinamenti, specie con riguardo a quelle esperienze di cooperazione che, non avendo raggiunto il livello di integrazione tipico dell'esperienza comunitaria, manifestano le proprie virtualità integrative attraverso convergenze materiali tra ordinamenti.

In questa prospettiva, appare sotto una luce diversa anche l'unico ostacolo a simile opzione ricostruttiva, vale a dire l'affermazione, da parte della Corte, della possibilità di sindacato di legittimità costituzionale delle norme interposte, con riferimento al testo costituzionale complessivamente considerato.

Anch'esso viene peraltro declinato con diverse sfumature nell'una e nell'altra sentenza: se, infatti, la sent. n. 348 appare alquanto rigida, impostando il controllo di costituzionalità in termini difensivi e agitando lo spettro dell'espunzione di essa, “nei modi rituali”, dall'ordinamento italiano¹⁸³, la sentenza n. 349 inserisce

¹⁸³ Cfr. sent. n. 348/2007, *Cons. dir.*, punto 4.7: “Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (*ex plurimis*, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (*ex plurimis*, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali. L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua

la questione nel quadro più comprensivo dei rapporti tra giurisdizioni, ispirandosi alla consapevolezza che giudice comune, giudice costituzionale e Corte di Strasburgo “hanno [...] ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo” e che, di conseguenza, il controllo di costituzionalità della norma interposta è finalizzato a realizzare “un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa”¹⁸⁴.

Da un lato, pertanto, emerge dalla sent. n. 348 che il controllo di costituzionalità della norma convenzionale interposta radica, indubbiamente, quel momento “identitario” inevitabile nell’apertura all’altro – ed anzi in qualche modo rispetto ad essa propulsivo, nella misura in cui ne qualifica la direzione di senso - che paradigmaticamente si realizza, in un’esperienza di integrazione più intensa quale quella comunitaria, nei cd. “controlimiti”.

D’altro canto, esso deve essere necessariamente letto alla luce delle aperture contenute nella sentenza n. 349, ed in particolare della maggior consapevolezza, in quella sede manifestata, del progressivo alleggerimento della conflittualità tra ordinamenti che può essere raggiunto attraverso l’integrazione materiale, facilitata dal dialogo tra le Corti.

In altre parole, il sindacato di costituzionalità della norma convenzionale interposta appare funzionale a garantire l’apertura, conservandone la direttrice

volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. Nell’ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano. Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall’art. 11 della Costituzione”.

¹⁸⁴ Cfr. sent. n. 349/2007, *Cons. dir.*, punto 6.2.

assiologica, attraverso la tutela di quegli stessi principi costituzionali, in vista dell'attuazione dei quali è istituita l'interposizione intesa come strumento di apertura¹⁸⁵; allo stesso tempo, non può dimenticarsi che, almeno potenzialmente, l'art. 117, comma 1 si apre a *tutti* i trattati e dunque anche a quelli non incidenti su materie costituzionalmente rilevanti o a quelli sottratti al controllo parlamentare, casi nei quali l'istanza di garanzia della Costituzione diviene evidentemente più pressante.

Se, dunque, concludendo, il limite imposto alla funzione legislativa da parte del primo comma dell'art. 117 mira a garantire, in linea generale, il riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici e l'apertura, è proprio la proiezione di questo limite sul piano del giudizio che – trascendendo una declinazione meramente gerarchico-formale della parametricità – si incarica di mantenere la complessità, articolandola attraverso l'incanalamento delle relazioni secondo la direttrice assiologica ad esse impressa dalla Costituzione. Di nuovo, attraverso lo spostamento della gestione delle relazioni sul piano applicativo, si attua un tentativo di riduzione della complessità, la cui legittimazione è approfondita –

¹⁸⁵ In questo senso, cfr. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale...*, cit. par. 6-7, con considerazioni che meritano di essere riportate per esteso: “questa riappropriazione del parametro costituzionale non comporta l'accoglimento di una “prospettiva formale-astratta” né una sottovalutazione delle virtù dell'interpretazione. *Sul piano interpretativo, comporta piuttosto un riequilibrio fra le ragioni del diritto costituzionale e quelle dell'apertura, pur essa costituzionalmente riconosciuta, ad altri ordinamenti e organizzazioni internazionali [...]* questo è un tipico modo di procedere della tutela multilivello dei diritti. La quale non consegue affatto da indiscriminate “aperture” dei giudici nazionali alla giurisprudenza delle Corti sovranazionali e internazionali, con una corrispondente ritirata dalle tradizionali impostazioni “formalistiche” a vantaggio di quelle “assiologico-contenutistiche”. Una rappresentazione del genere si basa sul presupposto di una pressione delle Corti sovranazionali e internazionali volta a “liberare” i giudici nazionali dalle chiusure statualistiche un tempo dominanti, e di una progressiva risposta positiva di questi ultimi, sempre più colpevolizzati dal loro passato. L'ipotetico processo condurrebbe però al regno di Pangloss, non certo a una tutela multilivello dei diritti. *L'abbandono di impostazioni statualistiche e dell'esclusivo richiamo ai testi costituzionali non può far trascurare che, fin dall'inizio, quella tutela si strutturò attraverso interazioni fra Corti europee e nazionali, le cui reciproche aperture venivano condizionate alla preservazione, perlomeno, del nucleo essenziale dei principi degli ordinamenti cui ciascuna Corte faceva capo, e con essa del titolo della sua legittimazione: per esser tale, la tutela multilivello dei diritti implica che ogni giudice vi faccia sentire la sua voce, rivendicando l'esercizio delle funzioni cui è preposto.* Diventa così possibile il confronto fra i livelli di protezione dei diritti assicurati dalle diverse autorità giurisdizionali anche in ragione di cataloghi dal contenuto non sempre coincidente, che consente di controllare l'effettività delle garanzie giurisdizionali dell'individuo. Nello stesso tempo una tutela multilivello, proprio perché non si appresta a diventare il regno di Pangloss, comporta una certa mobilità di confini tra differenti autorità giurisdizionali e una conseguente reciproca conflittualità. Il commentatore è chiamato a individuare le aree di conflitto, cercando di cogliere di volta in volta gli esiti delle impostazioni, o come dice la Corte dei “principi metodologici”, enunciati in via generale” (corsivi miei).

oltre che dalla cornice costituzionale – in virtù dell'orientamento concreto dell'operazione di integrazione interpretativa del parametro.

CONCLUSIONES

El desarrollo de una red de relaciones entre ordenamientos cada vez más espesa constituye la más importante manifestación – a nivel técnico jurídico – del avance de la cooperación internacional, que ha caracterizado la segunda mitad del siglo XX, contribuyendo a modificar en gran parte el contexto político en relación al cual se habían pensado categorías como la de soberanía estatal, y en particular una de sus vertientes típicas, el monopolio estatal en la producción y aplicación del Derecho.

La evolución histórica ha determinado, en particular, un cambio en la estructura del ordenamiento internacional, tanto a nivel normativo, como, y quizás en mayor medida, a nivel institucional. Al concepto tradicional de ordenamiento internacional como lugar de limitaciones negativas de la soberanía estatal – al que correspondía, en el plano normativo, la utilización prevalente de tratados internacionales animados, en la forma como en los contenidos, por propósitos de naturaleza contractual – se ha ido sustituyendo progresivamente la imagen de un ordenamiento caracterizado, cada vez más, por el desarrollo de limitaciones de soberanía declinadas en su vertiente positiva, como instrumento de cooperación; así que, por un lado, el uso siempre más frecuente del tratado normativo ha permitido moldear la actuación internacional de los Estados según esquemas cooperativos y, por otro lado, la creación de organizaciones internacionales – a menudo provistas de poderes persuasivos – ha proporcionado un marco institucional adecuado para consolidar ese paradigma cooperativo.

Dos fenómenos describen, en particular, las líneas de desarrollo del ordenamiento internacional, con respecto a su incidencia sobre el sistema de relaciones entre ordenamientos jurídicos y, consecuentemente, sobre la configuración de la soberanía estatal no como instrumento de cierre o de afirmación del poder sino más bien – al menos a nivel de propósitos políticos (y al mismo tiempo, no sin realizaciones históricas concretamente operantes y durables) – como potencial de cooperación y relación que hay que librar. Se trata, en particular, del desarrollo de la dimensión internacional de la protección de los derechos fundamentales, con la estipulación de tratados, convenios o declaraciones que, a nivel universal o

regional (piénsese, respectivamente, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o en el CEDH) no solamente aspiran a vincular la soberanía estatal, sino más bien la sitúan en un sistema de principios (y, en su caso, de estructuras institucionales) orientados hacia la protección de los derechos, como instrumento eficaz de desarrollo de la convivencia humana, a nivel político, cultural, simbólico y operativo.

Por otro lado, y con resultados estrictamente ligados al perfil de la protección de derechos, el impulso a la cooperación internacional – este módulo cooperativo que integra y supera la imagen tradicional del Derecho internacional como lugar de soberanías aisladas – se traduce en profundas innovaciones en la estructura institucional del ordenamiento internacional. Desciende efectivamente del progresivo desarrollo de una vertiente positiva de las limitaciones de la soberanía estatal, un cambio de naturaleza de la organización internacional que, de ser un lugar de enfrentamiento y recomendación, aspira progresivamente a ser un lugar de decisión política y, como tal, factor de integración. Así, al lado de organizaciones que guardan su tradicional función de mera coordinación o incluso funciones de decisión, pero en ámbitos materiales limitados, surgen experiencias de cooperación más profunda, que acaban trascendiendo los instrumentos institucionales ya consolidados.

Las limitaciones de soberanía, en su vertiente positiva, desarrollan autónomas proyecciones institucionales – ordenamientos jurídicos – que, en mayor o menor medida, y según un conjunto de factores, trazan el marco de los procesos de integración entre Estados: piénsese, como es obvio, en la experiencia comunitaria europea, y en particular en la singularidad de su recorrido histórico, del cual es menester subrayar el persistente carácter dinámico, evolutivo, y refractario a consolidaciones definitivas. El mismo debate, rico y articulado, sobre la constitucionalización del ordenamiento comunitario y su alterna fortuna demuestra que la dimensión supranacional del constitucionalismo, más que acomodarse a esquemas madurados en el marco estatal – incluso en la perspectiva de una Federación, o de un “super-Estado” europeo – tiene que enfrentarse a un tejido móvil, caracterizado por múltiples interacciones, intrínsecamente dinámico, y en sí ajeno a cualquier cierre monista. Las exigencias garantizadas

tradicionalmente por medio de la clásica introversión de los instrumentos del constitucionalismo – piénsese en la seguridad jurídica, en la separación de los poderes, en la misma protección de los derechos - son sujetas a estímulos nuevos, llevando al jurista a remodelar su labor, en particular con respecto al método.

* * *

En este cuadro, el estudio de la incidencia del Derecho internacional sobre la conformación del parámetro de constitucionalidad parece especialmente útil, en particular si se considera que el fenómeno se sitúa en el cruce entre la articulación tradicional de la relación entre ordenamientos, la sistemación de las fuentes del Derecho y el papel de los jueces en la gestión del pluralismo de los centros de producción normativa. En este sentido, la “parametricidad” del Derecho internacional se presenta como un fenómeno de difícil calificación, al menos para quien opera con la mirada puesta en los tradicionales instrumentos de reflexión en materia de relaciones entre ordenamientos.

Un papel específico juegan, en particular, premisas metodológicas como el principio de exclusividad de los ordenamientos jurídicos, con el conexo consolidado principio del monopolio de las fuentes del Derecho, en base al cual sólo el Derecho producido por el ordenamiento en el que opera el intérprete puede ser asumido por el mismo como criterio de decisión.

Por otro lado, parece decisiva la herencia de los tradicionales modelos teóricos en materia de relaciones entre Derecho interno e internacional; al mismo tiempo, sin embargo, la clásica alternativa entre monismo y dualismo ya no resulta idónea para dar cuenta de la complejidad estructural de las relaciones entre ordenamientos, caracterizadas, como decíamos, por la difusión de modelos cooperativos que dan lugar a verdaderas experiencias – procesales y dinámicas – de integración. Ahora bien, son precisamente las virtualidades integradoras demostradas por la actual estructura de las relaciones entre ordenamientos las que perjudican sensiblemente la posibilidad de encuadrar fenómenos como la “parametricidad” del Derecho internacional en la polarización entre monismo y dualismo e incluso desvelar la inadecuación de sendos modelos.

En la perspectiva de este trabajo, por tanto, el estudio de la parametricidad del Derecho internacional en la experiencia italiana y española – con atención particular a los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos – proporciona en primer lugar una oportunidad para desarrollar consideraciones de carácter teórico, que unan a la reflexión sobre el destino de los tradicionales modelos de análisis de las relaciones entre ordenamientos, la intención de trazar un satisfactorio marco teórico del fenómeno estudiado: y eso, precisamente, teniendo en cuenta la interconexión entre la teoría de los ordenamientos jurídicos y la teoría de las fuentes del Derecho, que se enlazan en primer lugar en el problema de la exclusividad de los ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, parece necesario y oportuno franquear la investigación, en cuanto sea posible, de las reflexiones elaboradas con respecto al proceso de integración europeo. Éste, si bien es fuente inagotable de sugerentes debates y discusiones, y ha dado lugar a construcciones científicas que han sido fundamentales en el desarrollo del trabajo (entre otros pienso, en particular, en los estudios de Peter Häberle y Francisco Balaguer Callejón sobre el Derecho constitucional común europeo), presenta unas cuantas peculiaridades que impiden trasladar, *sic et simpliciter*, las soluciones creadas para el mismo al análisis de la proyección teórica de los problemas implicados por la parametricidad del Derecho internacional. Téngase esencialmente en cuenta la especial trascendencia institucional del proceso de integración comunitaria, y en particular los efectos que de ésta derivan en materia de relaciones entre fuentes, piénsese en los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho comunitario; sin olvidar que esa misma envergadura institucional influye sobre el desarrollo de técnicas de integración que pueden contar con la existencia de un ordenamiento autónomo y desarrollado, dotado de órganos propios, y capaces de imponer sus decisiones a los Estados miembros o, mejor dicho, a los órganos de dichos Estados (aquí reside la principal divergencia con respecto al modelo de las organizaciones internacionales).

Nada parecido encontramos, efectivamente, en las clásicas experiencias de cooperación internacional, donde las posibilidades de integración sólo raramente pasan por el cauce institucional y deben necesariamente manifestarse de otra

forma. No cabe duda, sin embargo, que esta afirmación debe matizarse con respecto a experiencias de integración más intensas que se sitúan a mitad de camino entre la cooperación internacional clásica y la integración supranacional: entre todas, piénsese en el ordenamiento establecido por el CEDH, cuya incidencia sobre el ordenamiento de los Estados miembros se manifiesta esencialmente a nivel de interpretación y aplicación del Derecho, sin dar lugar a fenómenos de integración institucional, lo que no perjudica, sin embargo, que la integración pueda seguir cauces distintos.

En este sentido, la tesis central del trabajo es que la asunción del Derecho internacional como criterio de decisión por los Tribunales constitucionales pueda interpretarse eficazmente como un instrumento de relación entre ordenamientos jurídicos, que desvela sus virtualidades integradoras en el plano de los contenidos normativos. En otras palabras, la incidencia del Derecho internacional sobre la conformación del parámetro de constitucionalidad puede analizarse como proyección en el plano interpretativo de las dinámicas de relación entre ordenamientos, en el marco de formas de comunicación entre experiencias jurídicas cada vez más articuladas, que encuentran precisamente en el momento de la interpretación y aplicación del Derecho el cauce de su realización.

La demostración pasa, en primer lugar, por una reconstrucción de carácter teórico, que toma conciencia de la circunstancia de que, por un lado, las dinámicas de integración en un sistema “multinivel” se manifiestan también – y cada vez más, a medida que crece la complejidad de los procesos de integración – en el momento de la aplicación del Derecho, como señala Ridola¹, y que, por otro lado, esto es posible si los intérpretes, y en particular los Tribunales constitucionales, desarrollan una actitud al diálogo capaz de solucionar la conflictualidad – inevitable en un sistema plural – a través de esquemas comunicativos que alivien el “peso existencial” de ésta (es la idea de autores como Häberle, Panunzio, Cruz Villalón y, en cierta medida, el mismo Balaguer Callejón).

En esta perspectiva, se consideran en primer lugar los modelos teóricos tradicionales – es decir, el monismo, en su originaria formulación por Hans Kelsen, y el dualismo, tal y como fue construido por Heinrich Triepel y por los

¹ En estas conclusiones se citarán en extenso sólo los trabajos a los que no se haya hecho ya referencia en otros lugares para los cuales, en consecuencia, se remite a la bibliografía.

fundadores de la Escuela italiana del Derecho internacional (en particular, por Dionisio Anzilotti) – reflexionando tanto sobre las premisas metodológicas como sobre las soluciones concretamente esgrimidas respecto a la solución del problema de la relación entre Derecho internacional y Derecho interno *ex latere iudicii*, en aras a la averiguación de su utilidad para enmarcar teóricamente el fenómeno estudiado.

El análisis prosigue, en el tercer capítulo, abordando explícitamente el tema de la relación entre teoría dogmática de las fuentes del Derecho y teoría de los ordenamientos jurídicos, a fin de demostrar cómo el encuentro entre dogmática jurídica y dualismo – realizado principalmente por Tomaso Perassi – perjudica, debido a la mediación del principio de exclusividad, la posibilidad de construir un sistema de relaciones entre ordenamientos en el cual inscribir el fenómeno de la parametricidad del Derecho internacional.

En particular, el modelo pluralista – si elaborado sobre la base del principio de exclusividad - ancla las relaciones entre ordenamientos en la producción del Derecho, con el corolario de la degradación a mero hecho de las normas procedentes de otros ordenamientos, como bien demuestra la elaboración, por el mismo Perassi, de la categoría de las normas internas de adecuación al Derecho internacional; además, este modelo excluye el hecho de que puedan existir relaciones entre ordenamientos considerando a cada uno de estos ordenamientos con su propia identidad, y, al mismo tiempo, excluye toda virtualidad integradora, al negar la posibilidad de reconocer el “otro” ordenamiento como tal, es decir como ordenamiento jurídico. La crítica de esta posición doctrinal nos lleva a una reflexión más detallada sobre las premisas metodológicas de dicho modelo, y da pie para sentar unas bases sobre las que trazar un modelo teórico funcional para la comprensión de las dinámicas de integración llevadas a cabo a través de la aplicación del Derecho.

Se intenta averiguar, por tanto, si es posible recuperar la teoría institucionalista de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, cuyos fundamentos teóricos permiten trabajar con la idea de un sistema de relaciones basado en el reconocimiento de la autónoma juridicidad del ordenamiento interno y del internacional y (en esto distinguiéndose del modelo dogmático) en la conservación de la misma a la hora

de abordar y calificar, técnica y jurídicamente, las dinámicas de relación entre ordenamientos. La reflexión sobre las premisas metodológicas de la obra de Santi Romano, en particular, se centrará en la reflexión sobre el papel de la evolución histórica de la institución en la conformación jurídica del ordenamiento, con atención, en particular, a la relación entre la historia y los principios institucionales, que constituyen la médula de la identidad de todo ordenamiento jurídico.

La observación, en esta perspectiva, del dato histórico permite “leer” la articulación del sistema de relaciones en Romano desde el prisma representado por el afloramiento, evidente en los textos constitucionales de la segunda posguerra – de un principio de apertura de los ordenamientos jurídicos, capaz de orientar las elecciones del intérprete en favor de una completa realización de las relaciones entre ordenamientos en el momento de la aplicación del Derecho, en el balance continuo entre identidad y apertura al otro.

Con este fin, se subraya la exigencia de integrar la versión institucionalista de la pluralidad de los ordenamientos a nivel subjetivo, recuperando la dignidad teórica del momento subjetivo de impulso a las relaciones, que concebimos coincidente con el momento de la interpretación y aplicación del Derecho en juicio. En otras palabras se intenta trazar un “puente” entre las teorías institucionales y las teorías hermenéuticas, asumiendo, desde esta perspectiva, la reflexión de Emilio Betti sobre la remisión normativa en Derecho internacional privado.

Así resuelto el dilema monismo/dualismo a través de la renuncia a los elementos de rigidez que caracterizan ambos modelos, se opta a favor de una construcción en la cual la pluralidad de los ordenamientos jurídicos – dato real, que persiste y se manifiesta, por ejemplo, en el caso de conflictos – se abre a dinámicas de relación que desvelan, precisamente en el momento interpretativo/aplicativo, virtualidades integradoras que se desarrollan a nivel material.

La novedad, en otras palabras, no coincide con la afirmación de la existencia de una pluralidad de centros de normación sino en un acercamiento a la misma que supere la tradicional asunción de un punto de vista interno.

* * *

Queda claro, por otro lado, que el análisis de los modelos teóricos clásicos en materia de relaciones entre ordenamientos ocasiona una reflexión más profunda, de carácter metodológico, presente, en primer lugar, en la crítica del modelo kelseniano – y en particular al concepto kelseniano de unidad – y, en segundo lugar, en el enfrentamiento entre el modelo dogmático y el modelo institucionalista de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.

El rechazo del modelo “macizo” de unidad del ordenamiento indicado por Kelsen – que excluye la diferencia, la pluralidad y el conflicto en el estudio del fenómeno jurídico, reduciéndolo a una serie de relaciones meramente formales – se identifica con la opción favorable a un planteamiento metodológico de carácter realista, con referencias, en particular, a la herencia de la *Staatslehre* de Hermann Heller.

Al mismo tiempo, la recuperación de un justo balance entre lógica y experiencia jurídica – objetivo que caracteriza el planteamiento del enfrentamiento entre Perassi y Santi Romano que se lleva a cabo en el tercer capítulo – permite superar unos cuantos elementos de rigidez del método dogmático, en particular con respecto a la asunción del punto de vista interno.

Liberado del punto de vista interno, y de la misma exclusividad del ordenamiento al que pertenece, el intérprete – en nuestro caso, el juez constitucional – se convierte en el centro de un sistema de relaciones inspirado en paradigmas comunicativos entre textos y experiencias jurídicas, en el cual, como es obvio, la Constitución nacional sigue jugando un papel de relieve. El mismo uso de la comparación – si se interprete como momento de apertura al “otro”, con el balance necesario entre identidad y apertura – alcanza una relevancia inédita, contribuyendo a la construcción de un concepto de Derecho abierto a la consideración de elementos históricos y sociales y, por su trámite, de las exigencias de justicia que subyacen al caso concreto.

* * *

El rápido examen, en el cuarto capítulo, de la experiencia constitucional española, con referencias a la italiana – y en particular a la reciente doctrina de la *Corte costituzionale* acerca del rango del CEDH en el sistema de fuentes a raíz del art. 117.1 de la Constitución – contribuye a esclarecer las posibilidades operativas del modelo teórico, en particular con respecto a los caminos trazados por el proceso de integración material entre ordenamientos.

Esto se ve con claridad al analizar la doctrina del Tribunal constitucional español acerca de la interpretación del catálogo constitucional de los derechos de conformidad con los tratados internacionales en la materia (art. 10.2 CE), donde se ha alcanzado un notable nivel de desarrollo, en la medida en que se ha realizado una convergencia progresiva entre contenidos normativos y, en consecuencia, se ha profundizado en el proceso de integración entre el ordenamiento interno y el internacional. Menos definidas parecen las tendencias en el caso italiano, donde la resistencia del juez constitucional a alejarse de las tradicionales categorías de conformación del parámetro – piénsese al uso de la categoría de “normas interpuestas” – ha impedido, hasta ahora, el completo despliegue de las potencialidades integradoras del art. 117.1, que podrían descender de una interpretación del mismo a la luz del principio constitucional de apertura, que puede deducirse del art. 11 y de las implicaciones positivas de las limitaciones de soberanía autorizadas por esta disposición.

A la luz de lo expuesto puede afirmarse, en conclusión que el concepto de “parametricidad” – al menos por lo que se refiere al derecho internacional y, en cierta medida, a los sistemas normativos complejos – no puede declinarse como mera proyección de la relación de validación entre dos normas en el plano del juicio de constitucionalidad.

La tendencia progresiva de los sistemas normativos a articularse de manera completa – que puede reconducirse, en principio, al reconocimiento constitucional de una pluralidad de centros de producción normativa, internos y externos al ordenamiento jurídico estatal – implica efectivamente, junto a una modificación estructural del sistema de fuentes – como notaron ya autores como Crisafulli y

Ruggeri² en Italia, y Balaguer Callejón en España – una mutación muy profunda en la función de la justicia constitucional³. Ésta, alejándose progresivamente del modelo kelseniano – a su vez, como vimos en el primer capítulo, ligado al principio de unicidad/universalidad del ordenamiento jurídico (no sin que se detectaran perfiles de tensión) –, abandona la exclusiva función de garantía de la supremacía jerárquica de la Constitución, y de la estructura piramidal del sistema de fuentes. La función misma de garantía constitucional muta profundamente, a medida que extiende su ámbito desde el juicio de validación en sentido formal (en relación a la garantía del principio jerárquico) hasta la gestión de las relaciones entre centros de producción normativa y, consecuentemente, entre ordenamientos jurídicos internos y externos, cuya presencia articula el pluralismo que informa las tendencias contemporáneas del constitucionalismo democrático⁴.

La integración del parámetro a través de fuentes no constitucionales refleja – en el plano del juicio de constitucionalidad – esa pluralidad, y es precisamente operando interpretativamente sobre la conformación del parámetro que el juez constitucional conforma y gestiona las relaciones entre ordenamientos, garantizando al mismo tiempo el progresivo acercamiento material entre la Constitución y la pluralidad de ordenamientos que ella *reconoce* (y, sólo en algunos casos, *fundamenta* y *articula*).

En este sentido, es el mismo concepto de “parametricidad” el que – una vez franqueado de las implicaciones ligadas a la construcción piramidal del sistema de fuentes – deja que emerja la complejidad que informa el pluralismo de los

² Cfr. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, Giuffré 1977.

³ Sobre la cual vid. en general, en España la obra clásica de GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981 y, en Italia, MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana 1984.

⁴ Con eso, nos alejamos parcialmente de la posición de los autores que – como, en cierta medida, el mismo Balaguer – articulan el pluralismo ordinamental alrededor del reconocimiento constitucional, declinado en el sentido de una derivación de los ordenamientos y de las fuentes de la misma Constitución, manifestándose dicha derivación en el principio de competencia normativa. Dicha conclusión puede compartirse por lo que se refiere a algunos ordenamientos subconstitucionales – como por ejemplo los que caracterizan las experiencias de descentralización política, sin perjuicio el distinto perfil de la relación entre “cuerpos intermedios” y Constitución, a la cual nos hemos sintéticamente ceñido en el tercer capítulo, tratando de la problemática declinación del concepto de autonomía en Santi Romano – pero no con respecto a la vertiente externa de la gestión del pluralismo.

ordenamientos y da respuesta a demandas de justicia articuladas en una pluralidad de niveles institucionales.

Dicha evolución del concepto de parametricidad está presente, por ejemplo, en la reflexión española acerca del “bloque de la constitucionalidad”. El carácter problemático de la expresión – que, según afirma Rubio Llorente, “no es la definición de una categoría, sino el enunciado de un problema”⁵ – descende de la dificultad de armonizar los fenómenos de integración del parámetro de constitucionalidad con la concepción introversa de la justicia constitucional. Si a eso se le añade que, en la experiencia constitucional española, el bloque de la constitucionalidad es relevante casi exclusivamente con respecto a las relaciones internas al Estado autonómico, puede confirmarse la hipótesis según la cual en la integración del parámetro de la constitucionalidad se refleja – mucho más allá de la cuestión de la validación de normas - el pluralismo de los ordenamientos, y a través de ella se instrumentan las relaciones entre ordenamientos, posibilitándose la integración entre los mismos a nivel de contenidos.

En esta perspectiva, el bloque de la constitucionalidad adquiere una dimensión más amplia respecto a la de enumerar las fuentes que pueden integrar el parámetro constitucional, abriéndose – a través del mandato interpretativo del art. 10.2 - a la función de instrumento de actuación y desarrollo del principio constitucional de apertura, desvelando así una vertiente “externa” (Carreras Serra). En otras palabras, la dinámica de relación entre ordenamientos se reproduce al interno del parámetro, en todos sus momentos típicos. Nos encontramos así ante el momento de afirmación de la identidad del ordenamiento interno (la norma constitucional como referente textual) al que se acompaña – en la operación de integración interpretativa del parámetro – el momento de apertura.

En consecuencia, nace entre el texto constitucional, los principios derivados de éste, el intérprete y los textos y experiencias jurídicas procedentes del ordenamiento internacional un círculo virtuoso orientado hacia el objetivo de la mejor tutela de los derechos, según un acercamiento comunicativo al problema de justicia sustancial que concretamente se presente. Así, en el balance entre unidad y pluralismo, entre identidad y apertura, entre límite y relación se encuentran

⁵ RUBIO LLORENTE, *Ponencia española*, en FAVOREU – RUBIO LLORENTE, *El bloque de la constitucionalidad*, presentación de J. Pérez Royo, Madrid, Civitas, 1991, pp. 95 ss., p. 109.

cauces de realización idóneos para reducir la complejidad y atender demandas articuladas de justicia.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- AA. VV.**, *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, Giuffrè 1988
- ALONSO GARCÍA, R.**, *Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2005, pp. 339 ss.
- AMBROSINI, G.**, *Diritto, stato e comunità superstatale nel pensiero di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, pp. 785 ss.
- ANZILOTTI, D.**, *Corso di diritto internazionale* (1928), pubblicato con l'aggiunta di note postume in *ID. Opere*, Padova, CEDAM, 1955, vol. I, pp. 1 ss.
- ANZILOTTI, D.**, *Corso di diritto internazionale*, Roma, Athenaeum, 1923
- ANZILOTTI, D.**, *Il concetto moderno dello Stato e la comunità internazionale* (1915), in *ID.*, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1955, vol. I, pp. 615 ss.
- ANZILOTTI, D.**, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, Zanichelli, 1905, ora in *ID. Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1955, vol. I, pp. ss.
- ANZILOTTI, D.**, *Teoria generale della responsabilità dello Stato*, Firenze 1902
- APARICIO PÉREZ, M. A.** (coord.), *Temas de derecho constitucional* Barcelona, CEDECS, 1998
- APARICIO PÉREZ, M. A.**, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la democracia*, n. 6/1989, pp. 9 ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.**, *La relevancia del derecho de la Unión europea para la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2005, pp. 63 ss.
- ASCARELLI, T.**, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.* 1957, pp. 351 ss.
- ASCARELLI, T.**, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.* 1958, pp. 14 ss.
- ASCARELLI, T.**, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in *ID. Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 3 ss.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.**, *El Tribunal constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid, Civitas, 2002
- BALAGUER CALLEJÓN, F.** (coord.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2007
- BALAGUER CALLEJÓN, F.**, (coord.) *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Madrid Tecnos 2007
- BALAGUER CALLEJÓN, F.**, *El Estado autonómico español: la estación de las reformas*, versione italiana pubblicata sul sito <http://www.issirfa.cnr.it/4199,949.html>
- BALAGUER CALLEJÓN, F.**, *Fuentes del derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2003, pp. 181 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.**, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991
- BALAGUER CALLEJÓN, F.**, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea* (tr. it. di A. Schillaci), consultabile all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/balaguer1.html

- BALLADORE PALLIERI, G.**, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in Riv. dir. internaz. 1935, pp. 24 ss.
- BERNARDINI, A.**, *La produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano, Giuffrè, 1966.
- BETTI, E.**, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1956
- BETTI, E.**, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (seconda edizione riveduta ed ampliata, a cura di G. Crifò, dell'ed. or. del 1949), Milano, Giuffrè, 1971
- BISCOTTINI, G.**, *Questioni vecchie e nuove in tema di ordine di esecuzione dei trattati*, in Riv. Dir. Internaz., 1974
- BOBBIO, N.**, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, Laterza 2007
- BOBBIO, N.**, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960
- BRUNO, F.**, *Il Parlamento italiano e i trattati internazionali: Statuto albertino e Costituzione repubblicana*, Milano, Giuffrè 1997
- CALOGERO, G. - CESARINI SFORZA, W. - JEMOLO, A. C. - PUGLIATTI, S.**, *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, Giuffrè 2004
- CALOGERO, G.**, *La libertà e il diritto*, in Riv. int. fil. dir. 1939, pp. 45 ss.
- CALVANO, R.**, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in Giur. cost. 2005, pp. 4436 ss.
- CÁMARA VILLAR, G.**, *Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional*, in Rev. Der. Const. Eur., n. 4, Julio-Diciembre 2005, pp. 9 ss.
- CÁMARA VILLAR, G.**, *Sobre el concepto y los fines de la educación en la constitución española*, in AA. VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 2161 ss.
- CÁMARA VILLAR, G.**, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, pp. 3 ss.
- CANNIZZARO, E.**, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè 1991
- CANNIZZARO, E.**, *Trattato internazionale (adattamento al)* in Enc. Dir. Milano Giuffrè, 1992 vol. XLIV, pp. 1394 ss.
- CAPOGRASSI, G.**, *Il problema di Vittorio Emanuele Orlando*, in ID. *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, vol. V, pp. 357 ss.
- CAPOGRASSI, G.**, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID. *Opere*, Milano, Giuffrè, 1955, V, pp. 311 ss.
- CAPOGRASSI, G.**, *L'ultimo libro di Santi Romano*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1951, pp. 46 ss.
- CAPOGRASSI, G.**, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in Riv. int. fil. dir. 1939, pp. 9 ss.
- CARAVITA DI TORITTO, B.**, *Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, CEDAM. 1985.
- CARNELUTTI, F.**, *Risposta al prof. Ascarelli*, Riv. dir. proc. 1958, pp. 22-23
- CARRERAS SERRA, F.**, *Función y alcances del art. 10.2 de la Constitución española*, in Rev. Esp. Der. Const. 2000, pp. 321 ss.
- CARRILLO, M.**, *Il nuovo Statuto di autonomia della Catalogna*, in corso di pubblicazione su Giur. Cost., n. 4/2007

- CASSESE, A.**, *Lo Stato e la comunità internazionale*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1975, I, pp. 461 ss.
- CASSESE, S.** *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quad. fior.*, 1972, pp. 243 ss.
- CERVATI, A. A.**, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.* 2005, pp. 707 ss.
- CHESSA, O.**, *La tutela dei diritti oltre lo stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in RIDOLA, P. – NANIA, R. (a cura di), *I diritti fondamentali*, Torino Giappichelli 2006, vol. I, pp. 229 ss.
- CHIAPPETTI, A.**, *Alcuni problemi di interpretazione dell'art. 10, comma 1 della Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1968, pp. 1406 ss.
- COLAVITTI, G.**, *Rappresentanza e interessi organizzati: contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Milano, Giuffré, 2005
- CONFORTI, B.**, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica 2006
- CONFORTI, B.**, *La “specialità” dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in AA. VV., *Studi in onore di G. Ballardore Pallieri*
- CORCUERA ATIENZA, F. J.**, *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, in *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n.2/2000, pp. 629 ss.
- COSTANTINESCO, L. J.**, *La scienza dei diritti comparati*, tr. it. a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, Giappichelli, 2003
- CRISAFULLI, V.**, *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano Giuffré, 1968, vol. XVII, pp. 925 ss.
- CRISAFULLI, V.**, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, *Riv. trim. dir. pubbl.* 1960, pp. 775 ss.
- CRISAFULLI, V.**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I. *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, 1970
- CRISAFULLI, V.**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II.1. *Le fonti del diritto italiano*, Padova, CEDAM, 1985
- CRISAFULLI, V.**, *Variazioni sul tema delle fonti con particolare riguardo alla consuetudine*, in *Scritti in memoria di A. Giuffré*, Milano, Giuffré 1967, pp. 255 ss.
- CROSA, E.**, *Orlando maestro e scienziato: i suoi contributi al diritto costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pp. 22 ss.
- CRUZ VILLALÓN, P.**, *I diritti e i rapporti tra le Corti*, in PANUNZIO, S. P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 735 ss.
- D'ATENA, A.**, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1988, I, *ad vocem*
- D'ATENA, A.**, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giur. Cost.*, 1967, pp. 592 ss.
- DAVID, R. – JAUFFRET SPINOSI, C.**, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, CEDAM, 2004
- DE AREILZA CARVAJAL, J. M.**, *La inserción de España en la nueva Unión Europea: la relación entre la Constitución española y el Tratado Constitucional (Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004)*, *ivi*, pp. 365 ss.

- DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T.**, *Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales*, in *Rev. Fac. Der. Univ. Compl.* 1980, pp. 129 ss.
- DEL VALLE GALVEZ, A.**, *Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen - La Déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004*, in *Cah. Dr. Eur.* 2005, pp. 705 ss.
- DICKMANN, R.**, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione*, in www.federalismi.it
- DONATI, D.**, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, UTET, 1906
- DUGUIT, L.**, *Il diritto sociale e il diritto individuale, e la trasformazione dello Stato (1908-1910)*, Firenze, Sansoni, 1951
- DUGUIT, L.**, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat, le droit de l'Etat, les libertés publiques, l'organisation politique de la France*, Paris, De Boccard 1923
- DUGUIT, L.**, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'Etat – Organisation politique*, Paris, Fontemoing 1907
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.**, *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991, de 16 de diciembre)*, in *Rev. Inst. Eur.* 1992, pp. 139 ss.
- ESPOSITO, C.**, *Diritto costituzionale vivente*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffré, 1992
- ESPOSITO, C.**, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1953, pp. 69 ss.
- ESPOSITO, C.**, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934
- F.C. (ma CARNELUTTI, F.)**, *Postilla*, in *Riv. dir. proc.* 1957, pp. 363-364;
- FABOZZI, C.**, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961
- FOIS, P.**, *Rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, in *Enc. Giur.*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, XXV, *ad vocem*
- FASSÒ, G.**, *Storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1970, vol. III. *Ottocento e Novecento*
- FINOCCHIARO, F.**, *Il diritto ecclesiastico*, in BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffré 1977, pp. 163 ss.
- GARRIDO FALLA, F.**, *Art. 10.2*, in ID. (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid Civitas 2001, pp. 200 ss.
- GIMENO SENDRA V. - MORENILLA ALLARD, P.**, *Los procesos de amparo: civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Madrid, Colex, 2003
- GIOLICI NACCI, P.**, *Norme interposte e giudizio di costituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1982, pp. 1875 ss.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.**, *La Constitución Española "frente" al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional*, in *Rev. Esp. Der. Eur.*, 2005, pp. 297 ss.
- GROSSI, P.**, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffré 2000

- GUAZZAROTTI, A.**, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, ivi, 2003, pp. 25 ss.
- GUAZZAROTTI, A.**, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 491 ss.
- GUERRERO PICÓ, C.**, *L'utilizzo dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo*, in RIDOLA, P. - SANDULLI, N., *L'uso della comparazione della giurisprudenza degli organi di giustizia costituzionale*, pubblicato a cura della Sezione di diritto costituzionale comparato del Servizio Studi della Corte costituzionale italiana, Roma 2006, pp. 299 ss.
- HÄBERLE, P.**, *Europäische Verfassungslehre*, Baden Baden, Nomos, 2004
- HÄBERLE, P.**, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, a cura di J. Luther, Roma, Carocci, 2001
- HÄBERLE, P.**, *Stato costituzionale*, in Enc. Giur., Roma, Ist. Encicl. It., Agg. 2000-2001 vol. XXIII (per la parte IV. *Potere costituente*) e XXX, *ad vocem*.
- HEGEL, G.W.F.**, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, Bari, Laterza, 2004
- HELLER, H.**, *Dottrina dello Stato* (1934), Napoli, ESI, 1988
- HELLER, H.**, *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.**, *Desde el ¿mientras que? hasta el ¿si, salvo? (la jurisprudencia constitucional ante el derecho europeo)*, in *Rev. Esp. Der. Int.* 2005, pp. 89 ss.
- ITZCOVICH, G.**, *Integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in *Dir. pubbl.* 2005, pp. 749 ss.
- KAUFMANN, E.**, *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge*, in *Aa. Vv., Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, a cura di Bachof, Drath, Gönnerwein, Walz, VI, München, 1955, p. 445 ss.
- KELSEN, H.**, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988
- KELSEN, H.**, *Il primato del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982
- KELSEN, H.**, *Il problema della sovranità*, ed. it. a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989
- KELSEN, H.**, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995
- KELSEN, H.**, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981.
- KELSEN, H.**, *La transformation du droit international en droit interne*, in *Revue Générale de droit international public*, 1936, pp. 5 ss.
- KELSEN, H.**, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, in *Académie de droit international, Recueil des Cours*, 1926, IV, pp. 231 ss.
- KELSEN, H.**, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), tr. it. di R. TREVES (1952), Torino, Einaudi 2000
- KELSEN, H.**, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997
- KELSEN, H.**, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato (General Theory of Law and State, 1945)*, tr. it. a cura di S. Cotta e R. Treves, Milano, RCS, 2000
- LA PERGOLA, A.**, *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967

- LANCHESTER, F.**, *Pensare lo Stato: i giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Bari-Roma, Laterza, 2004
- LARENZ, K.**, *Storia del metodo nella scienza giuridica (Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960)*, tr. it. Ventura, Milano, Giuffrè 1966
- LAVAGNA, C.**, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè 1984, vol. II, pp. 529 ss.
- LINDE, E. – ORTEGA, L. I. – SÁNCHEZ MORÓN, M.**, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, a cura di E. García de Enterría Madrid, Civitas, 1983
- LIÑÁN NOGUERAS, D.**, *El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2 CE?*, in AA. VV. *Pacis artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex 2005, Vol I., pp. 933 ss.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.**, *La aplicación en España de los Tratados relativos a derechos y libertades fundamentales*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 1995, pp. 269 ss.
- LIÑÁN NOGUERAS, D.**, *La protección internacional de los derechos humanos en la Constitución española*, in International Law Association – Sección Española, *Boletín Informativo* n. 9/1982, pp. 3 ss.,
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.**, *Contratación laboral de los profesores de religión católica por la Administración Pública. (Comentario a la STC 38/2007 de febrero)*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 2007, pp. 267 ss.
- LÓPEZ CASTILLO, A. - SAIZ ARNAIZ, A. - FERRERES COMELLA, V.**, *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, CEPC, 2005
- LÓPEZ CASTILLO, A.**, *La caracterización de la naturaleza jurídica de la atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución: unas consideraciones introductorias*, in *Rev. Est. Pol.* 1995, pp. 173 ss.
- LÓPEZ GUERRA, L. – ESPÍN, E. – GARCÍA MORILLO, J. – PÉREZ TREMP, P. – SATRUSTEGUI, M.**, *Derecho constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch 2002
- LUCIANI, M.**, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali", Catania 14-15 ottobre 2005, versione provvisoria
- MANGAS MARTÍN, A.**, *Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978*, in *Rev. Fac. Der. Univ. Compl.* 1980, pp. 143 ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.**, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del Derecho*, Madrid, Civitas, 2004
- MATTEUCCI, N.**, *Costituzionalismo*, in *Enc. Scienze sociali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, *ad vocem*.
- MATTEUCCI, N.**, *Stato*, in *Enc del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, *ad vocem*.
- MENGGONI, L.**, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985
- MENGGONI, L.**, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996
- MEZZANOTTE, C.**, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana 1984
- MIELE, M.**, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951

- MIRKINE GUETZEVICH, B.**, *Droit international et droit constitutionnel*, in RCADI, 1931, pp. 311 ss.
- MIRKINE GUETZEVICH, B.**, *Les tendances internationales des nouvelles Constitutions*, in *Rev. Gén. Dr. Int. Publ.*, 1948, pp. 375 ss.
- MODUGNO, F.**, *La validità delle leggi*, Milano, Giuffré, 1970
- MODUGNO, F.**, voce *Validità*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffré, 1993 vol. XLVI, pp. 1 ss.
- MONACO, R.**, *Le comunità sopranazionali nell'ordinamento internazionale*, in AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, I, Padova, 1957, pp. 67 ss.
- MONACO, R.**, *Limiti della sovranità dello Stato e organizzazione internazionale*, in AA. VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, pp. 361 ss.
- MORI, P.**, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.* 1983, pp. 306 ss.
- MORO, A.**, *Lo Stato il diritto*, Bari, Cacucci, 2006
- MORTATI, C.**, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffré, 1998
- MOSCARINI, A.**, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in www.federalismi.it.
- ORLANDO, V. E.**, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, Barbera, 1912
- ORLANDO, V. E.**, *Ancora sul metodo in diritto pubblico, con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, CEDAM, 1940, pp. 3 ss.
- ORLANDO, V. E.**, *Santi Romano e la Scuola italiana di diritto pubblico*, in ROMANO, *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. V ss.
- OST, F. – DE KERCHOVE, M.**, *De la pyramide au reseau? Pour un théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002
- PAGOTTO, C.**, *La disapplicazione della legge*, in corso di pubblicazione presso la Casa editrice Giuffré, 2008
- PANUNZIO, S. P.**, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Novene, 2005
- PANUNZIO, S.**, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato in Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, Società Tipografica modenese, 1931, pp. 179 ss.
- PARESCHE, E.**, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffré 1964, vol. XIII, pp. 678 ss.
- PERASSI, T.**, *Introduzione alle scienze giuridiche* (1919-1920, poi 1938 e 1953), ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffré, 1958, I, pp. 3 ss.
- PERASSI, T.**, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, in ID. *Scritti giuridici*, cit., I, pp. 415 ss.
- PERASSI, T.**, *La nuova Costituzione spagnola e il diritto internazionale* (1932), in ID. *Scritti...*, cit., pp. 409 ss.
- PERASSI, T.**, *La nuova Costituzione spagnola e il diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.* 1932, pp. 453 ss., ora in ID. *Scritti giuridici*, Milano Giuffré 1958, vol. I, pp. 409 ss.
- PERASSI, T.**, *Lezioni di diritto internazionale*, I e II, Milano, Giuffré 1961 e 1962;

- PERASSI, T.**, *Teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in Riv. dir. int. 1917, pp. 195 ss. e 285 ss.
- PÉREZ GIL, L. V.**, *Análisis de los principios constitucionales y las competencias en las relaciones exteriores en la Constitución española de diciembre de 1931*, in Rev. Esp. Der. Const. 2001, pp. 129 ss.
- PÉREZ ROYO, J.**, *Curso de derecho constitucional*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons 2002,
- PÉREZ TREMP, P.**, *Constitución española y Comunidad europea*, Madrid Civitas 1993
- PICCIONE, D.**, *I trattati internazionali come parametro e come criterio di interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in PACE, A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, Giuffé 2006,
- PIERANDREI, F.**, *La Costituzione ed il potere costituente*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 5 ss.
- PIERANDREI, F.**, *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931 e l'evoluzione costituzionale della Spagna*, in ID. *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, Torino, Giappichelli 1965, vol. III, pp. 303 ss.
- PIERANDREI, F.**, *Saggio sulla teoria della Costituzione*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, Torino, Giappichelli, 1965, pp. 27 ss.
- PINELLI, C.**, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano Giuffré 1989
- PINELLI, C.**, *Il momento della scrittura*, Bologna, Il Mulino, 2002
- PINELLI, C.**, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in corso di pubblicazione su Giur. Cost., consultabile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it
- POMARICI, U.**, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito sulla Costituzione weimariana*, Napoli, PRISMI, 1989
- PONCE MARTÍNEZ, C. F.**, *Tribunal constitucional y tratados de derechos humanos*, Zaragoza, Egido Editorial 2002
- QUADRI, R.**, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, Liguori, 1968
- QUADRI, R.**, *Le fondement de caractère obligatoire du droit international public*, in RCADI, 1952, pp. 583 ss.
- REMIRO BROTONS, A.**, Art. 95. *Inconstitucionalidad en tratado internacional*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. VII, Madrid, EDERSA, 1998, pp. 595 ss.
- REMIRO BROTONS, A.**, Art. 96, *Tratados internacionales como parte del ordenamiento interno*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios*, pp. 625 ss.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.**, *La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales: (a propósito de la STC 245/91 "Caso Bultó")*, in Rev. Esp. Der. Const. 1992, pp. 179 ss.
- REQUEJO PAGÉS, J. L.**, *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid, Mc Graw Hill 1995
- RIDOLA, P.**, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffré, 1987
- RIDOLA, P.**, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997
- RIDOLA, P.**, *Guido Calogero e i "concetti giuridici"*, in Teoria del diritto e dello Stato, n. 3/2004, pp. 378 ss.

RIDOLA, P., *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006

RIDOLA, P., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri*, in PANUNZIO - SCISO, *Le riforme costituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, pp. 83 ss.

RIDOLA, P., *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in ALPA, G. (a cura di) *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffré 2006, pp. 15 ss.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, in *Rev. Der Com. Eur.*, 2005, pp. 5 ss.

RODRÍGUEZ, A., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre*, in *Rev. Der. Const. eur.* n. 3/2005, pp. 327 ss.

RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas 2003

RODRÍGUEZ, A., *Los efectos internos de las resoluciones del Tribunal europeo de derechos humanos y la vinculación del juez español a su jurisprudencia*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2001/2002, pp. 201 ss.

ROMANO, S., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), rist. anast., Milano, Giuffré, 1983

ROMANO, S., *Corso di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1939

ROMANO, S., *Decentramento amministrativo*, in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré, 1990, vol. II. *Diritto amministrativo*, pp. 7 ss.

ROMANO, S., *Diritto e correttezza costituzionale*, in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 331 ss.

ROMANO, S., *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 245 ss.

ROMANO, S., *Il diritto pubblico italiano* (s.d., ma 1914), Milano, Giuffré, 1988

ROMANO, S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 131 ss.

ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, Sansoni, 1945

ROMANO, S., *Le prime carte costituzionali*, in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 317 ss.

ROMANO, S., *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1908), in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 379 ss.

ROMANO, S., *Oltre lo Stato* (1918), in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 419 ss.

ROMANO, S., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1901), in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 217 ss.

ROMANO, S., *Osservazioni sulla efficacia della legge* (1947), in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, vol. I. *Diritto costituzionale*, pp. 479 ss.

ROMANO, S., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, Giuffré, 1946

ROMANO, S., *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in ID. *Scritti minori*, Milano, Giuffré 1990, I, pp.

RUBIO LLORENTE, F., *"Divide et obtempera?"*. Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos, in *Rev. Esp. Der. Const.*, 2003, pp. 49 ss.

RUBIO LLORENTE, F., *La Constitución española y el Tratado de Maastricht*, in *Rev. Esp. Der. Const.* 1992 , pp. 253 ss.

RUGGERI, A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in www.forumcostituzionale.it;

RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J., *Artículo 10*, in ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, EDERSA, 1997, vol. II, pp. 37 ss.

RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos. Un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Madrid, Tecnos, 1997

RUOTOLO, M., *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.* 2002, pp. 291 ss.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo general del Poder Judicial, 1999

SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho constitucional*, Madrid, Dickinson, 2004

SATTA, S., *Diritto processuale civile*, a cura di C. PUNZI, Padova, CEDAM, 2000

SCARPELLI, U., *Santi Romano, teorico conservatore teorico progressista*, in BISCARETTI DI RUFFIA, P. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffré 1977, pp. 45 ss.

SCHILLACI, A., *La Corte torna sui "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": scelta del parametro, interposizione normativa e processo di integrazione tra ordinamenti (osservazione alla sentenza 13 luglio 2007, n. 269)*, in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.* n. 4/2007

SCHILLACI, A., *Limitazioni di sovranità e modelli di disciplina delle relazioni tra diritto interno, internazionale e comunitario: il caso francese*, in *Dir. pubbl.* 2006, pp. 539 ss.

SCHMITT, C., *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, Adelphi, 1991

SCIARABBA, V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in corso di pubblicazione su *Giur. Cost.*, consultabile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it

SICLARI, M., *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, CEDAM, 1992.

SICO, L., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffré 1998, Agg. II, pp. 32 ss.

SIRIMARCO, M., *Veio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Napoli, ESI, 2003

SMEND, R., *Costituzione e diritto costituzionale*, (1928), tr. it. a cura di F. Fiore e J. Luther, Milano 1988

SORIA JIMÉNEZ, A., *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (análisis de la STC 245/1991j, Asunto Barberá, Messegue y Jabardo)*, ivi, pp. 313 ss.

SORRENTI, G., *La conformità dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute e il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in *Dir. soc.*, 1999, pp. 287 ss.

SORRENTI, G., *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. Dir.* 1997, pp. 348 ss.

SORRENTINO, F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2004

SPERDUTI, G., *L'individuo nel diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1950.

SPERDUTI, G., *La fonte suprema dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffré, 1946

SPERDUTI, G., *Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, in *RCADI* 1976 (ma 1981), V, pp. 323 ss.

SPERDUTI, G., *Trattati internazionali e leggi dello Stato*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1982, pp. 11 ss.

STEIN, E., *Una ricerca sullo Stato*, Roma, Città Nuova 1999

TILlich, P., *La mia ricerca degli assoluti*, Roma, Ubaldini Editore, 1968

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Constitución: Escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Tecnos, 2007

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Servicio publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1998

TREVES, R., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, vol. 69, 1934, pp. 52 ss.

TRIEPEL, H., *Diritto internazionale e diritto interno* (1899), tr. it. Buzzati, Torino, UTET, 1913

TRIEPEL, H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, in *RCADI* 1923, pp. 77 ss.

WILHELM, W., *Metodologia giuridica del secolo XIX (Zur juristische Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958)*, tr. it. Lucchini, Milano Giuffré 1974

WOJTYLA, K., *L'uomo nel campo della responsabilità* (1974), Milano, Bompiani, 2002

WOJTYLA, K., *Persona e atto* (1969), Milano, Bompiani, 2001

ZANGHÌ, C., *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in www.giurcost.org

ZICCARDI, P., *Il diritto internazionale*, in BISCARETTI DI RUFFIA, P. (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffré 1977, pp. 147 ss.

ZICCARDI, P., *Introduzione critica al diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 1956

ZICCARDI, P., *La Costituzione dell'ordinamento internazionale* (1943), rist. anast. Milano, Giuffré 2000

