

La creazione indiretta del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*

Sergio M. Cicconetti

Sommario. 1. Definizione. 2. L'origine del concetto di creazione indiretta del diritto nella dottrina internazionalistica ed il suo recepimento da parte della dottrina costituzionalistica. 3. L'ordine di esecuzione dei trattati internazionali. 4. L'art. 10, comma 1, della Costituzione. 5. Il diritto internazionale privato.

1. La “creazione indiretta” del diritto¹ ricorre quando il diritto non è il prodotto delle fonti-atto o delle fonti-fatto previste dall'ordinamento, come normalmente avviene, bensì sorge, indirettamente, attraverso il rinvio, compiuto da un determinato ordinamento giuridico statale, a norme ad esso esterne: intendendosi per norme esterne quelle appartenenti all'ordinamento internazionale o, in determinati casi, ad altri ordinamenti statali (come, secondo alcuni, avverrebbe nel caso del diritto internazionale privato).

2. L'interesse per il meccanismo che è alla base della creazione indiretta del diritto nasce inizialmente, sia pure a fini diversi da quelli propri della teoria delle fonti, tra gli studiosi del diritto internazionale addirittura prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Anche sotto il regime dello Statuto albertino, infatti, era riscontrabile, come si vedrà tra poco, un caso, che oggi chiameremmo di creazione indiretta del diritto, nei riguardi dell'ordine di esecuzione dei trattati internazionali stipulati e ratificati dallo Stato italiano².

La premessa, largamente condivisa dalla dottrina italiana, sia internazionalistica sia costituzionalistica, era quella della ricostruzione dualistica del rapporto intercorrente tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statali, in contrapposizione alla teoria monistica sostenuta, tra gli altri, da Kelsen e dalla Scuola di Vienna. Quest'ultima, partendo dall'opposta premessa in base alla quale l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statali non sono separati ma formano un tutt'uno, riteneva che le norme internazionali, sia pattizie sia consuetudinarie, producessero di per sé effetti diretti nei singoli ordinamenti statali senza bisogno di specifici interventi da parte di questi ultimi. Fatta salva l'unica eccezione delle norme internazionali cosiddette *non executing*, che richiedevano necessariamente l'approvazione di norme interne di attuazione.

*Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Università degli Studi di Roma tre 27-28 novembre 2008.

¹ Tale espressione è piuttosto recente e si deve a CICCONETTI, *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, Torino 1991, 56 ss. ed ora, più ampiamente, *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino 2007, 35 ss. e 500 sg. Un'espressione analoga è usata, per designare lo stesso meccanismo di cui al testo, da LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1979, 383 ss., che parla di “fonti indirette”. Come viene illustrato più avanti nel testo, tuttavia, al di là dell'aspetto terminologico, il concetto sostanziale che è alla base della creazione indiretta del diritto è stato definito inizialmente dalla dottrina internazionalistica.

² Cfr. soprattutto ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna 1905, 308 sg. e DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino 1906, 286 ss.

Tutto il contrario, invece, per la dottrina dualistica che, dalla rigida separazione tra l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti statali, negava la diretta operatività all'interno di questi ultimi delle norme sorte (le norme consuetudinarie internazionali) o create (le norme pattizie) all'interno del primo. Erano perciò necessari meccanismi interni che consentissero alle norme internazionali di produrre effetti nell'ordinamento statale di riferimento.

In epoca monarchica la dottrina italiana, come accennato in precedenza, individuò tale meccanismo, sulla scia di quella parte della dottrina tedesca che operò nell'ambito della teoria dualistica³, nel cosiddetto ordine di esecuzione; vale a dire, in una disposizione legislativa che determinava l'esecuzione all'interno dell'ordinamento italiano delle norme internazionali contenute in un trattato stipulato dal Re ai sensi dell'art. 5 dello Statuto albertino⁴. La necessità di conciliare la premessa dualistica con l'esigenza concreta di assicurare a norme esterne, quali quelle pattizie, la produzione di effetti interni, si risolveva perciò nell'affermazione secondo cui la norma di legge contenente l'ordine di esecuzione determinava la creazione di norme interne non scritte, anch'esse di grado legislativo, ricavabili per via interpretativa dalle clausole del trattato.

Nell'attuale epoca repubblicana tale necessità divenne ancora più pressante in relazione alle norme internazionali consuetudinarie oggetto della nuova norma di cui all'art. 10, comma 1, della Costituzione repubblicana del 1947, che testualmente recita "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

Sempre restando in un'ottica dualistica, il problema della produzione di effetti nell'ordinamento italiano da parte delle norme internazionali si complicava, sia perché esso non era più circoscritto alle sole norme pattizie, sia perché lo strumento dell'ordine di esecuzione non poteva funzionare per le norme consuetudinarie internazionali alla luce del diverso meccanismo previsto dall'art. 10; né, a maggior ragione, per il diritto internazionale privato perché disciplinato secondo regole diverse contenute in una specifica legge, la legge 31 maggio 1995, n. 218, "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato".⁵

Comunque, pur nella diversità delle premesse dalle quali di volta in volta è partita la dottrina, sembra indubbio, come si cercherà di dimostrare di seguito, che sia le norme contenenti un ordine di esecuzione, sia l'art. 10, comma 1,

³ Si veda, per tutti, TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Lipsia 1899, *passim*.

⁴ "Al Re solo appartiene il potere esecutivo. Egli è il Capo Supremo dello Stato: comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra: fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettano, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle Camere."

⁵ Legge che ha interamente sostituito le norme originariamente contenute negli artt. dal 17 al 31 delle Disposizioni preliminari al Codice civile.

Cost., a prescindere dalla loro differenza gerarchica e dai diversi meccanismi operativi rispettivamente previsti, sono ricostruibili come fattispecie di creazione indiretta del diritto, tali cioè da determinare il sorgere nell'ordinamento italiano di norme interne corrispondenti alle clausole di un trattato o alle norme consuetudinarie internazionali. A tale conclusione perviene per prima, anche in epoca repubblicana, la dottrina internazionalistica, sviluppando i concetti elaborati in epoca monarchica nei confronti dell'ordine di esecuzione dei trattati e servendosi di essi per interpretare l'art. 10, comma 1, Cost. come fonte della medesima conclusione (la creazione indiretta del diritto), pur nella diversità del meccanismo automatico previsto dalla suddetta disposizione costituzionale rispetto al meccanismo proprio dell'ordine di esecuzione⁶.

Ai fini di questo scritto, che si muove in un'ottica costituzionalistica piuttosto che internazionalistica, si può prescindere dalle diverse premesse metodologiche partendo dalle quali gli internazionalisti hanno raggiunto comunque la medesima conclusione in ordine alla creazione indiretta del diritto. Premessa, secondo alcuni, in base alla quale sia la norma contenente l'ordine di esecuzione, sia l'art. 10, comma 1, Cost., andrebbero qualificate come "norme di produzione", vale a dire come norme che determinano esse stesse, per forza propria, la creazione delle norme interne corrispondenti⁷; diversamente, secondo altri, si tratterebbe di "norme sulla produzione", che introducono un meccanismo in base al quale gli atti o i fatti che determinano il sorgere di norme nell'ordinamento internazionale sono considerati idonei anche alla creazione delle corrispondenti norme interne⁸. Non sembra, infatti, necessario aderire all'una o all'altra di tali tesi poiché ambedue, pur partendo da premesse diverse, pervengono al medesimo risultato (che è quello che interessa in questa sede): sia la norma contenente l'ordine di esecuzione, sia la norma prevista dall'art. 10, comma 1, Cost., determinano la creazione di norme interne.

3. Il primo caso di creazione indiretta del diritto nell'ordinamento italiano è quello relativo alla recezione interna delle norme contenute in un trattato internazionale stipulato dallo Stato italiano con uno o più Stati esteri. Alla formazione di un trattato si perviene attraverso le fasi della negoziazione (le trattative necessarie a raggiungere un accordo su un determinato oggetto), della sot-

⁶ La più lucida conclusione nel senso indicato nel testo si deve, secondo me, all'internazionalista MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano 1951, 15 ss. e 25 ss., al quale aderisce, primo tra i costituzionalisti, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1984, V ed, II°, 36 e 175, (ma già prima cfr. anche dello stesso *Idem*, Padova 1968, I°, 223 sg.).

⁷ Cfr. in particolare MIELE, *op. cit.*, 15 ss.

⁸ Per indicazione degli AA. che sostengono la seconda tesi e sulle sfumature della tesi medesima cfr. ampiamente FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano 1961, 36ss. e CANNIZZARO, *Trattato (adattamento al)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIV, Varese 1992, 1403 ss..

toscrizione (la firma in calce al testo del trattato concordato tra le parti contraenti e non più modificabile), della ratifica (la manifestazione di volontà di aderire all'accordo espressa dall'organo competente secondo il diritto interno) e dello scambio delle ratifiche (il momento dell'incontro finale delle volontà dei soggetti contraenti, dal quale il trattato diventa giuridicamente impegnativo).

Meno complesso è invece il procedimento di formazione di quei trattati che vengono definiti come «accordi in forma semplificata» poiché tali trattati entrano in vigore per effetto della sola sottoscrizione del testo da parte dei plenipotenziari o per effetto del semplice scambio di note e comunque, in ambedue i casi, senza riserva di ratifica ulteriore⁹.

Mentre l'art. 87, comma 8, Cost., attribuisce al Presidente della Repubblica il potere-dovere di ratificare i trattati internazionali, l'art. 80 Cost. attribuisce alle Camere il potere di autorizzare con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio o oneri alle finanze o modificazioni di leggi; nel caso dei cosiddetti accordi in forma semplificata, invece, tutte le scelte in ordine alla formazione del trattato spettano esclusivamente al Governo. Tuttavia, che si tratti dei trattati di cui all'art. 80 Cost. o di trattati che, pur non rientrando tra i precedenti, prevedano con apposita disposizione la fase della ratifica¹⁰, ovvero ancora di accordi in forma semplificata, il problema che sorge dopo l'entrata in vigore del trattato è quello di creare un meccanismo che consenta alle disposizioni contenute nel trattato di produrre effetti all'interno dell'ordinamento italiano. Come già ricordato in precedenza, il trattato è un atto-fonte dell'ordinamento internazionale e le disposizioni che esso contiene, così come le norme che da queste si ricavano, appartengono anch'esse all'ordinamento internazionale e dunque, in quanto tali, non sono in grado di produrre di per sé effetti all'interno degli Stati che hanno ratificato il trattato.

Lo strumento per ottenere tale effetto consiste nel “dare esecuzione” al trattato ed i meccanismi con i quali può realizzarsi l'esecuzione di un trattato all'interno di un ordinamento giuridico statale sono essenzialmente due. Si può approvare un atto-fonte (ad esempio una legge o un regolamento amministrativo) le cui disposizioni riproducano il testo delle clausole contenute nel trattato, eventualmente modificando il testo di taluna di esse per adeguarlo, senza mutarne la sostanza, alle caratteristiche dell'ordinamento nel quale avviene l'esecuzione¹¹. A parte il fatto che tale metodo è usato raramente per ovvie ragioni di praticità, c'è da osservare che in questo caso ricorre

⁹ Cfr. in tal senso LIPPOLIS, *La Costituzione italiana e la formazione dei trattati internazionali*, Rimini 1989, 187.

¹⁰ In questo caso la ratifica del trattato spetterà sempre al Presidente della Repubblica ma senza bisogno della preventiva autorizzazione con legge da parte delle Camere.

¹¹ Nel caso di cui al testo e quando le disposizioni di esecuzione siano contenute in una legge *ad hoc*, si è parlato, con un'immagine molto efficace, di “legislazione parallela” da parte di MONACO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino 1971, 230.

un'ipotesi di creazione del diritto non indiretta ma diretta poiché si è di fronte all'approvazione di un atto-fonte (legge, regolamento amministrativo ecc.) che inserisce autonomamente, come proprio contenuto, determinate disposizioni nell'ordinamento giuridico statale, risultando del tutto irrilevante, ai fini del problema in esame, la circostanza che tali disposizioni siano sostanzialmente identiche alle clausole contenute in un trattato internazionale ratificato dallo Stato italiano.

Il secondo strumento è il cosiddetto «ordine di esecuzione», consistente in una disposizione, contenuta in un atto normativo interno, con la quale, secondo una formula divenuta ormai rituale, si dà piena e completa esecuzione alle clausole di un trattato, il cui testo viene allegato, a fini meramente conoscitivi, all'atto normativo; nel caso dei trattati di cui all'art. 80 Cost. è prassi costante che nella legge di autorizzazione alla ratifica venga inserito un articolo contenente l'ordine di esecuzione¹². Quest'ultimo è pertanto lo strumento che, rinviando alle clausole del trattato, crea all'interno dell'ordinamento italiano norme corrispondenti a tali clausole, norme che spetterà all'interprete (e dunque in primo luogo ai giudici) ricavare, tenendo peraltro conto dell'eventuale necessità di adeguarle alle particolari esigenze di un determinato ordinamento statale.

Né, per attribuire efficacia diretta alle norme internazionali pattizie senza bisogno di ricorrere, diversamente da quanto qui sostenuto, al concetto di creazione indiretta del diritto, sembra valere il rilievo secondo cui l'esistenza delle norme interne che sarebbero generate dall'ordine di esecuzione dipende in modo inscindibile dal permanere delle norme internazionali di riferimento, talché al mutamento di queste ultime corrisponderebbe automaticamente il mutamento delle prime (*simul stabunt, simul cadent*). L'ordine di esecuzione, pertanto, lungi dal creare norme interne, avrebbe invece la funzione di attribuire efficacia

¹² In particolare, l'art. 1 di tale legge conterrà l'autorizzazione alla ratifica e l'art. 2 conterrà l'ordine di esecuzione. Qualora le norme pattizie introdotte con l'ordine di esecuzione comportino un onere finanziario, la legge conterrà un ulteriore articolo che, ai sensi dell'art. 81, comma 4, Cost., prevederà la copertura finanziaria (i mezzi per far fronte alla nuova spesa o alla diminuzione di entrate). Secondo CANNIZZARO, *Trattato*, cit., 1405, la contemporanea presenza nella legge ex art. 80 Cost. della norma di autorizzazione alla ratifica e della norma contenente l'ordine di esecuzione, configurando l'ipotesi di una norma di legge condizionata, susciterebbe problemi di compatibilità con le norme costituzionali che assegnano al Parlamento la funzione normativa primaria con l'unica eccezione dei decreti legge e dei decreti legislativi attribuiti alla competenza del Governo. Si potrebbe obiettare, come lo stesso A. ammette pur ritenendo l'obiezione formalistica (*op. cit.*, nota 54), che in questo caso non ricorrerebbe la figura della norma di legge condizionata nella sua efficacia dall'attività dell'Esecutivo poiché è pur vero che il Parlamento, approvando la legge ex art. 80, esprime la volontà di adeguare l'ordinamento ad un trattato valido sul piano internazionale. L'obiezione non mi sembra tuttavia formalistica anche alla luce del dato di fatto secondo cui il trattato è perfettamente noto al Parlamento in quanto il testo dello stesso è ufficialmente allegato, proprio a fini conoscitivi, al disegno di legge di autorizzazione alla ratifica. Inoltre, più in generale, la figura della legge condizionata nella sua efficacia a successivi atti del Governo non è estranea al nostro ordinamento giuridico e non contrasta con le norme costituzionali che distribuiscono tra Parlamento e Governo l'esercizio della potestà normativa primaria, come è dimostrato dalle leggi previste dall'art 17, comma 2, della L. n. 400 del 1988. Tali leggi, che autorizzano la potestà regolamentare del Governo a disciplinare materie non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla Costituzione, determinando le norme generali regolatrici della materia e disponendo l'abrogazione delle norme vigenti con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari, condizionano la propria efficacia abrogativa al fatto dell'adozione da parte del Governo di un proprio regolamento. Anche in questa ipotesi, come per l'ordine di esecuzione contenuto nella legge ex art. 80, si è in presenza di una legge per così dire condizionata nella propria efficacia da un successivo ed eventuale atto del Governo.

all'interno dell'ordinamento statale alle norme pattizie internazionali.

L'esattezza di tale critica è però soltanto apparente poiché il mutamento delle norme interne a seguito del mutamento delle norme pattizie di riferimento avviene certamente in modo automatico ma soltanto quando le nuove norme pattizie siano state accettate dal singolo ordinamento statale ed abbiano prodotto effetti al suo interno. E tali effetti si producono mediante il consueto meccanismo dell'ordine di esecuzione relativo alle nuove norme pattizie introdotte con un trattato di modifica del precedente ovvero, qualora il trattato originario attribuisse ad organi da esso istituiti il potere di modificare autonomamente le norme pattizie vigenti indipendentemente dall'espressione di un puntuale consenso da parte degli Stati contraenti, la creazione di norme interne dipenderebbe pur sempre dall'originario ordine di esecuzione del trattato, in quanto riferito anche alla succitata norma pattizia sulla produzione di altre norme.

Il rinvio operato con l'ordine di esecuzione non è un rinvio ricettizio per due ordini di motivi: perché ciò che viene inserito nell'ordinamento interno non sono le disposizioni o clausole di cui consta il trattato ma le norme da esse desumibili per via di interpretazione; perché le norme che vengono inserite non sono sempre esattamente identiche alle norme ricavabili dal testo del trattato, data la necessità di adattare sul piano interno una norma nata come regola destinata ad operare sul piano internazionale nei rapporti tra Stati¹³. Il rinvio è, invece, sotto un altro punto di vista, qualificabile come rinvio fisso, poiché esso si riferisce non a qualsiasi norma internazionale di tipo pattizio ma soltanto a quelle specifiche norme poste in essere da quel determinato trattato; in altre parole, l'oggetto del rinvio è concretamente definito e non solo astrattamente definibile. Occorre aggiungere che l'ordine di esecuzione ha la forza (o il grado gerarchico, se si preferisce) propria dell'atto normativo nel quale è contenuto¹⁴, da ciò conseguendo che le norme introdotte nell'ordinamento italiano avranno anch'esse il medesimo grado gerarchico. Si potranno perciò avere norme di grado legislativo quando l'ordine di esecuzione è contenuto in una legge (come necessariamente avviene per i casi di cui all'art. 80 Cost.), ovvero norme di grado inferiore quando l'ordine di esecuzione è contenuto in un regolamento amministrativo o in un atto amministrativo (come spesso avviene nel caso di accordi in forma semplificata).

Sono da ammettere controlli in senso lato giurisdizionali sulla legittimità delle norme create nel modo indiretto che si è fin qui illustrato poiché tali norme, pur essendo diritto non scritto, entrano tuttavia a far parte dell'ordinamento italiano grazie alla disposizione contenuta in un atto normativo (la disposizione che prevede l'ordine di esecuzione) e pertanto nei loro confronti vige il regime

¹³ Per quest'ultima osservazione cfr. MONACO, *Diritto internazionale*, cit., 231 sg.

¹⁴ Cfr., tra i molti, MONACO, *Diritto internazionale*, cit., 231.

stabilito dall'ordinamento «per il diritto scritto da fonti-atto e non già quello del vero *jus non scriptum* (da fonti-fatto)»¹⁵.

Per quanto attiene alle norme create mediante ordine di esecuzione contenuto in una disposizione legislativa, la Corte costituzionale si è pronunciata ripetutamente in favore della loro sindacabilità in sede di giudizio di legittimità costituzionale, affermando che un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale deve avere per oggetto la disposizione legislativa contenente l'ordine di esecuzione per la parte in cui si riferisce a norme ricavate da determinate clausole del trattato¹⁶. Formula ellittica che in realtà sta ad indicare non la dichiarazione d'illegittimità parziale della disposizione contenente l'ordine di esecuzione ma la dichiarazione d'illegittimità della norma creata dalla suddetta disposizione. In altre parole, ferma restando la clausola pattizia che, in quanto disposizione esterna rispetto all'ordinamento italiano, non può essere di per sé oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, essa non potrà più produrre effetti all'interno del suddetto ordinamento essendo stata dichiarata illegittima la norma interna ad essa corrispondente.

Il meccanismo di adattamento sopra descritto per le norme pattizie non sembra intaccato dalla nuova formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost., sia perché la prassi della necessità dell'esecuzione interna delle norme pattizie non è venuta meno né in Italia né in ogni altro Stato, sia perché per introdurre un meccanismo di adeguamento automatico ai trattati internazionali sarebbe necessario modificare l'art. 10 Cost. Del resto, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, di cui alla citata disposizione costituzionale, è norma che acquista significato concreto *per relationem*, vale a dire mediante l'individuazione dei casi nei quali lo Stato italiano deve ritenersi vincolato. E tali casi non possono essere altri che quelli derivanti dall'art. 10, comma 1, Cost. e dai trattati ratificati ed eseguiti dallo stesso Stato italiano¹⁷. Il caso limi-

¹⁵ Cfr. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., II, 38.

¹⁶ Per l'indicazione delle sentenze della Corte costituzionale e della dottrina su questo punto cfr. LIPPOLIS, *La Costituzione italiana*, cit., 292 sg., nota 2. È evidente che, ad accettare il ragionamento della Corte costituzionale, quest'ultimo è applicabile anche al sindacato di legittimità esperito dai giudici amministrativi qualora l'ordine di esecuzione sia contenuto in un regolamento amministrativo o in un atto amministrativo. In quest'ultimo caso e sempre sulla base dello stesso ragionamento, qualora ci si trovi di fronte ad un giudice ordinario, questi dovrà disapplicare la disposizione del regolamento o dell'atto amministrativo per la parte in cui si riferisce a norme ricavate da determinate clausole di un trattato.

¹⁷ Il ragionamento vale negli stessi termini per la disposizione, di cui all'art. 10, comma 2, Cost. secondo la quale «La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali». Quali norme e quali trattati internazionali? Non qualsiasi norma consuetudinaria internazionale, né qualsiasi trattato, perché, limitandoci per brevità alle sole norme pattizie, non sembra accettabile che lo Stato italiano debba ritenersi vincolato, nella disciplina legislativa della condizione giuridica dello straniero, anche da trattati intervenuti tra Stati diversi e comunque non ratificati, né eseguiti, dallo stesso Stato italiano. A ritenere il contrario, l'art. 10, comma 2, determinerebbe una limitazione della sovranità che, per contro, può ammettersi soltanto quando è la stessa Costituzione che lo consente espressamente. E' il caso – e sembra essere l'unico – dell'art. 11 Cost. L'individuazione di quali sono i trattati di cui all'art. 10, comma 2, non sembra argomento particolarmente avvertito dalla

te di un trattato ratificato ma non ancora eseguito non sembra sufficiente a determinare l'illegittimità di eventuali norme interne, sia anteriori sia posteriori, contrastanti con alcune clausole del trattato stesso, poiché la qualificazione di queste ultime come norme appartenenti ad un ordinamento, quale quello internazionale, diverso e separato rispetto all'ordinamento italiano, ne esclude la parametricità ai fini del giudizio di legittimità costituzionale. In tal caso l'unica conseguenza sarà quella della responsabilità sul piano internazionale dello Stato italiano nei confronti dell'altro Stato contraente per mancata esecuzione del trattato.

Ciò non significa che il rinvio di cui all'art. 117, comma 1, Cost. agli obblighi internazionali non abbia una portata innovativa sul piano dei vincoli discendenti dalle norme pattizie. Infatti, la richiamata disposizione costituzionale impone, anzitutto, alle norme di esecuzione - non importa se create direttamente mediante legge o indirettamente mediante ordine di esecuzione - di conformarsi alle clausole del trattato e, qualora ciò non avvenga, le norme suddette saranno illegittime per violazione dell'art. 117 Cost.. Diversamente da quanto avveniva in passato, quando la suddetta situazione di contrasto dava luogo soltanto a responsabilità internazionale dello Stato italiano nei confronti dello Stato estero contraente. In secondo luogo, l'art. 117, comma 1, Cost. permette di qualificare come norma interposta la norma di esecuzione nei confronti delle leggi successive, poiché queste ultime saranno illegittime per violazione della suddetta disposizione costituzionale qualora le modifiche apportate alla norma di esecu-

dottrina. Un accenno si ritrova in A. CASSESE, *Art. 10 - 12*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna 1982, 510, (che riferisce la citata disposizione costituzionale ai "trattati stipulati dall'Italia"); in senso analogo anche BARILE-CHELI-GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 2005, 388. CANNIZZARO - CALIGIURI, *Art. 10*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino 2006, vol. I, 251, ritengono che la disposizione costituzionale in oggetto operi nei confronti dei trattati stipulati dallo Stato italiano, indipendentemente dalla circostanza che essi siano stati resi esecutivi. Tale precisazione non sembra, però, convincente perché, anche nella logica dell'art. 10, comma 2, la parametricità delle clausole contenute in un trattato internazionale, ai fini della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di eventuali leggi con esse contrastanti, può essere sostenuta soltanto con riferimento a norme dell'ordinamento italiano e dunque alle norme di esecuzione di quel trattato, siano esse frutto di creazione indiretta mediante ordine di esecuzione o frutto di creazione diretta nel caso della cosiddetta legislazione parallela. Inoltre, qualora lo Stato italiano, dopo avere ratificato un trattato internazionale disciplinante la condizione giuridica dello straniero, non intenda poi, per i motivi più vari (ad es. la formazione di un Governo assolutamente contrario a quel trattato stipulato dal suo predecessore), darvi esecuzione, tale circostanza significa che esso non vuole immettere al proprio interno quelle norme ed a maggior ragione non intende esserne condizionato nell'eventuale successivo esercizio della propria funzione legislativa in materia. In questo caso, ferma restando la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, sembra eccessivo ritenere che le clausole del trattato suddetto non assumano la veste di norme parametro ai fini di cui all'art. 117, comma 1, (come si è cercato di sostenere nel testo) e la assumano, invece, ai fini di cui all'art. 10, comma 2. In tale ipotesi, mentre è sicura, come già detto, la possibilità di far valere la responsabilità internazionale dello Stato italiano da parte dell'altro Stato contraente, non sembra affatto sicuro che si determinino conseguenze in ordine ai rapporti intercorrenti tra le fonti dell'ordinamento italiano. Del resto, gli stessi CANNIZZARO - CALIGIURI, *op. cit.*, *ibidem*, sempre con riferimento all'art. 10, comma 2, affermano anche che "peraltro, in presenza di leggi precedenti rispetto alla stipulazione di accordi si può ragionevolmente concludere che la normativa di attuazione di questi, se contenuta in una legge ordinaria (il corsivo è mio), prevalga sulla precedente in virtù di un criterio di ordine temporale".

zione contrastino con le clausole del trattato. In questo senso è la più recente giurisprudenza costituzionale, anche se la Corte attribuisce la qualificazione di norma interposta, derivante dall'art. 117, comma 1, direttamente alla norma pattizia invece che alla relativa norma interna di esecuzione¹⁸

Quanto agli accordi in forma semplificata, si deve escludere che essi, ove non recepiti con legge statale o con atto ad essa equiparato, possano limitare la potestà legislativa del Parlamento e quella delle Regioni. In altre parole, qualora il Governo decida di dare esecuzione all'accordo con atto privo di forza di legge, l'obbligo internazionale, così contratto, non sarebbe in grado di vincolare, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., la produzione legislativa interna, poiché un atto subordinato alla legge non può vincolare quest'ultima.

4. Un secondo caso di creazione indiretta del diritto mediante rinvio all'ordinamento internazionale è rappresentato dall'art. 10, comma 1, Cost., secondo il quale «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», intendendosi con quest'ultimo termine le norme internazionali consuetudinarie dotate del carattere della generalità e diffusamente osservate dagli Stati¹⁹. Tale precisazione è importante poiché essa esclude dalla sfera di applicazione dell'art. 10 le norme consuetudinarie internazionali che siano sorte o che possano sorgere soltanto tra due o più Stati invece che tra la generalità di questi ultimi.

Il carattere tassativo della disposizione di cui all'art. 10 esclude anche le eventuali norme consuetudinarie internazionali che sorgessero, in particolare, tra lo Stato italiano ed altro Stato. Pertanto, qualora il contenuto della norma non riguardi soltanto il rapporto esterno tra i due Stati (la cui eventuale inosservanza opera sul piano della responsabilità internazionale di ciascuno Stato) ma comporti anche effetti all'interno dell'ordinamento italiano, tali effetti non potranno prodursi se la norma internazionale non sarà stata oggetto di un ordine di esecuzione interno, analogamente a quanto avviene per le norme pattizie.

La citata disposizione costituzionale prevede innanzitutto un rinvio di tipo mobile, poiché oggetto di esso sono tutte le norme consuetudinarie internazionali presenti e future: dunque norme astrattamente determinabili (ogni norma consuetudinaria, a prescindere dal momento del suo sorgere) e non norme concretamente determinate (soltanto le norme consuetudinarie già sorte).

In secondo luogo, essa prevede il criterio dell'adattamento automatico dell'ordinamento interno alle norme consuetudinarie internazionali, con ciò do-

¹⁸ Cfr. le sentt. nn. 348 e 349 del 2007 e 39 del 2008. Per le critiche al mancato riferimento alle norme di esecuzione di cui alle citate sentenze, cfr. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. cost.* 2008, fasc. 1, 565 ss.

¹⁹ Per tale precisazione cfr. CONDORELLI, *Il "riconoscimento generale" delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1979, 14 ss., con il quale concorda con PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 396.

vendosi ritenere automaticamente create, sulla sola base dell'art. 10, comma 1, norme interne corrispondenti alla sostanza delle norme consuetudinarie internazionali. Corrispondenza alla sostanza e non necessariamente al puntuale contenuto della norma internazionale poiché, regolando quest'ultima i rapporti tra soggetti dell'ordinamento internazionale, può accadere che il suo contenuto precettivo debba essere "adattato" nella sua formulazione per poter concretamente operare all'interno dell'ordinamento italiano. Tale adattamento deve ritenersi automaticamente compiuto dall'art. 10 e il suo accertamento spetterà di volta in volta ai singoli giudici, in quanto soggetti ai quali compete normalmente il potere di applicare il diritto, ovvero, una volta per tutte, al legislatore, laddove vi sia l'esigenza di ricorrere ad un'interpretazione autentica ovvero quando la norma, per essere applicabile, debba essere integrata da ulteriori atti normativi²⁰.

Inoltre, qualificare l'art. 10, comma 1, come una disposizione che prevede un meccanismo automatico di creazione del diritto fa sì che, a fronte di qualsiasi norma consuetudinaria internazionale generale, presente o futura, la corrispondente norma interna sorge a prescindere dalla sua eventuale illegittimità nei confronti di altre norme italiane. In altri termini, l'art. 10, comma 1, non può essere interpretato come una porta che si apre per lasciare entrare norme legittime alla stregua dell'ordinamento italiano e si chiude per lasciare fuori quelle illegittime, poiché in realtà la suddetta disposizione costituzionale non fa entrare né lascia fuori alcunché: essa ha la diversa funzione di creare, sia pure in modo indiretto, norme interne che, in quanto tali e così come avviene per ogni altra norma facente parte dell'ordinamento giuridico italiano, sono soggette ai successivi controlli di legittimità previsti da tale ordinamento.

In passato la dottrina, sia costituzionalistica sia internazionalistica, si è concentrata soprattutto sul problema teorico della qualificazione della norma contenuta nell'art. 10, comma 1. In tal senso, la norma suddetta è stata, di volta in volta, qualificata come una norma sulla produzione che rinvierebbe alla fonte-fatto consuetudine internazionale²¹; ovvero, sempre come una norma sulla produzione che rinvierebbe, tuttavia, non alla suddetta fonte internazionale bensì alle norme consuetudinarie internazionali da questa create²²; ovvero, secondo un'impostazione

²⁰ Sull'eventuale necessità d'integrazioni normative cfr. A. CASSESE, *Art. 10-12*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna 1982, 498, il quale ricava varie norme dall'art. 10, comma 1, e tra queste in particolare: una norma sulla produzione giuridica in base alla quale, ogni volta che esiste una norma internazionale generale, sorge immediatamente nell'ordinamento italiano una norma interna corrispondente; una seconda norma che pone a carico del legislatore nazionale l'obbligo di approvare una legge di esecuzione tutte le volte in cui la norma internazionale, nonostante la sua immissione automatica nell'ordinamento italiano ed a causa del suo particolare contenuto, non possa avere applicazione in quanto necessita di essere opportunamente integrata.

²¹ Cfr. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova 1958, 95 e, soprattutto, LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano 1961, 176 ss., 217 ss.

²² In tal senso, sia pure con sfumature diverse, cfr. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova 1952, II, 28; SOCINI, *L'adeguamento degli ordinamenti statuali all'ordinamento internazionale*, Milano

diversa rispetto alle precedenti, come una norma di produzione, una norma, cioè, che creerebbe essa stessa direttamente norme interne non scritte corrispondenti al contenuto delle norme consuetudinarie internazionali generalmente riconosciute²³. Tutti i sostenitori delle tesi suddette sono comunque concordi nel ritenere che l'art. 10 preveda un meccanismo di creazione del diritto mediante rinvio – con altre parole un meccanismo di creazione indiretta – funzionante in modo automatico: con un'espressione molto fortunata l'art. 10, comma 1, è stato definito come un “trasformatore permanente”.²⁴ delle norme consuetudinarie internazionali in norme interne sostanzialmente corrispondenti.

Si esclude, pertanto, implicitamente la possibilità d'interpretare l'art. 10 come una norma che si limiterebbe ad attribuire efficacia nell'ordinamento italiano a norme ad esso esterne. Esclusione sulla quale si concorda in primo luogo sulla base del testo dell'art. 10, comma 1, («l'ordinamento giuridico italiano si conforma») ben diverso dal testo di altre Costituzioni che esplicitano la recezione materiale delle norme internazionali consuetudinarie: si veda in proposito la prima parte dell'art. 25 della *Grundgesetz* tedesca secondo cui «Le regole generali del diritto internazionale costituiscono parte integrante del diritto federale». In secondo luogo e soprattutto, perché l'automatica produzione di effetti nell'ordinamento italiano da parte di fonti o norme ad esso esterne – almeno nell'ambito della concezione dualista dei rapporti tra ordinamento internazionale ed ordinamenti statali – costituisce un'indubbia limitazione della sovranità dello Stato, come tale ammissibile soltanto sulla base di un'esplicita autorizzazione in tal senso a livello costituzionale. Autorizzazione che non sembra desumibile dall'art. 10 e che è, invece, prevista dall'art. 11 al fine di consentire allo Stato italiano, tra le altre cose, la possibilità di stipulare, in condizioni di parità con gli altri Stati, trattati che prevedano l'attribuzione di capacità normativa con efficacia diretta nell'ordinamento italiano a soggetti internazionali esterni: è il caso dell'art. 249 (*ex art.* 189 del testo originario) del trattato istitutivo della Comunità europea in base al quale i regolamenti comunitari e le direttive auto-applicative hanno efficacia diretta ed immediata negli ordinamenti di tutti gli Stati membri.

Rispetto al problema della qualificazione dell'art. 10, comma 1, tuttavia, sembrano più rilevanti, da un punto di vista pratico, due problemi relativi alle norme create in modo automatico sulla base della suddetta disposizione costituzionale: se tali norme conservino anche nell'ordinamento italiano l'originaria natura di norme consuetudinarie che è ad esse propria nell'ordinamento internazionale²⁵ e, indipendentemente dalla soluzione che si ritenga di dare a tale quesito-

1954, 82; SPERDUTI, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano 1958, 106; MONACO, *Diritto internazionale pubblico*, Torino 1971, 227 ss.

²³ Cfr. soprattutto MIELE, *La Costituzione*, cit., 9 ss.

²⁴ Tale espressione si deve a CONDORELLI, *Il “riconoscimento generale”*, cit., 16.

²⁵ Soprattutto nella dottrina costituzionalistica, che si è occupata dell'interpretazione dell'art. 10 più tardi

to, quale sia il loro grado gerarchico all'interno dell'ordinamento italiano. Una risposta ai suddetti problemi è, infatti, essenziale per stabilire quali siano i rapporti, in termini di possibile invalidità-abrogazione, tra esse e le diverse categorie di norme che compongono l'ordinamento italiano; nonché per accertare se ed in quale misura esse possano costituire il parametro e/o l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale della Corte costituzionale.

Esemplificando sinteticamente: considerare le norme in questione come norme consuetudinarie o comunque come norme prodotte da fatti e non da atti²⁶ comporta, ai sensi dell'art. 134 Cost., la loro inammissibilità ad essere oggetto del giudizio di legittimità costituzionale ma non esclude la possibilità che ne costituiscano il parametro²⁷; considerarle come dotate di forza di legge supercostituzionale comporta la loro prevalenza su qualsiasi norma costituzionale presente e futura, fatto salvo il rispetto dei cosiddetti principi o valori supremi dell'ordinamento²⁸; considerarle come dotate di forza di legge costituzionale²⁹ comporta la loro prevalenza sulle norme costituzionali ad esse anteriori ma anche la possibilità della loro abrogazione o deroga da parte di quelle posteriori; considerarle come parificate alle norme legislative ordinarie ma qualificate come norme interposte in virtù del particolare rapporto intercorrente tra esse e l'art. 10 Cost.³⁰ comporta la loro subordinazione rispetto alle norme costituzionali ma la loro prevalenza sulle leggi e sugli atti con forza di legge, nonché la loro qualificazione come norme parametro del giudizio di legittimità costituzionale.

e con minori approfondimenti rispetto alla dottrina internazionalistica, il problema di cui al testo è talvolta trascurato, dandosi per scontata la natura consuetudinaria delle norme create sulla base dell'art. 10, comma 1. In questo senso cfr. ROSSANO, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Napoli 1992, 141 sg.; PALADIN, *Le fonti*, cit. 394 ss.; BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2000, 294; PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino 1991, 431, secondo il quale l'art. 10, comma 1, attribuirebbe alle norme consuetudinarie internazionali efficacia diretta nell'ordinamento italiano; in quest'ultimo senso è anche RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino 1996, 151 ss.

²⁶ Come ritiene, nel secondo senso, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova 1993, II, 1, 42 e 203.

²⁷ Poiché la Corte costituzionale ha in due occasioni (sia pure relative a giudizi su conflitti tra poteri dello Stato) ammesso la parametricità di consuetudini costituzionali (cfr. sentt. nn. 129 del 1981 e 7 del 1996).

²⁸ Cfr. per tale tesi cfr. A. CASSESE, *L'art. 10 della Costituzione italiana e l'incostituzionalità di atti normativi contrari a norme interne di adattamento al diritto internazionale generale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 372 e 378. Tesi sostenuta, sia pure soltanto parzialmente e su altre basi, anche da RUGGERI, *Fonti*, cit., 155 ss., secondo il quale le norme consuetudinarie internazionali avrebbero nell'ordinamento italiano una forza attiva parificata a quella delle norme formalmente costituzionali – incontrando così il limite del rispetto dei principi o valori supremi dell'ordinamento – ed invece una forza passiva supercostituzionale, in quanto non potrebbero essere abrogate da successive norme costituzionali.

²⁹ Cfr. per tale tesi R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1960, 70; LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, cit., 267 ss.; PIZZORUSSO, *Fonti*, cit., 431.

³⁰ Per quest'ultima tesi cfr. soprattutto LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milano 1957, 28 sg.; CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., Padova 1984, II, 361 e, in senso analogo, BERNARDINI, *Diritto internazionale generale e ordinamento interno*, in *Giur. cost.*, 1961, 1481, 1483 e 1485; nonché SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova 1999, 168.

Una volta ammesso che l'art. 10, comma 1, prevede un meccanismo di creazione indiretta di norme giuridiche italiane e dunque di norme formalmente "nuove" rispetto alle norme consuetudinarie internazionali, la circostanza che il contenuto delle prime corrisponda, nella sostanza, al contenuto delle seconde non implica necessariamente che esse debbano avere le stesse caratteristiche strutturali di queste ultime³¹. Così come non avrebbe senso chiedersi se un eventuale dispositivo di adeguamento automatico alle norme di diritto internazionale pattizio produrrebbe nell'ordinamento interno norme dotate della stessa natura dei trattati³². Inoltre, la riprova che le norme interne create sulla base dell'art. 10, comma 1, non sono norme consuetudinarie deriva dal fatto che la loro nascita è istantanea – nascono nell'ordinamento italiano nello stesso istante nel quale si accerta l'esistenza nell'ordinamento internazionale di una norma consuetudinaria generalmente riconosciuta – diversamente da quanto avviene per la nascita delle norme consuetudinarie, nascita che è per definizione graduale nel tempo a causa dell'indispensabile consolidarsi di una ripetizione uniforme e costante di un determinato comportamento³³. Infine, per dimostrare la natura consuetudinaria delle norme in questione non sarebbe ammissibile qualificare il meccanismo previsto dall'art. 10 non già come un "trasformatore automatico" bensì come un "trasportatore automatico", un meccanismo, cioè, che traghetterebbe la norma consuetudinaria internazionale nella sua materialità dall'ordinamento internazionale all'ordinamento italiano. Se così fosse, infatti, la norma suddetta paradossalmente sparirebbe dall'ordinamento internazionale, in quanto materialmente trasportata in un diverso ordinamento, e non sarebbe più applicabile nei confronti di tutti gli altri Stati, che avevano contribuito alla sua nascita tenendo in maniera uniforme e costante un determinato comportamento nei loro rapporti reciproci.

Le norme create sulla base del meccanismo automatico di cui all'art. 10, comma 1, sono pertanto delle norme non scritte aventi un contenuto sostanzialmente corrispondente al contenuto delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute; queste ultime, d'altro canto, rappresentano soltanto il presupposto di fatto per l'operatività del suddetto meccanismo automatico e per la conseguente nascita delle corrispondenti norme interne.

Quanto al grado da assegnare alle norme create sulla base del meccanismo automatico previsto dall'art. 10, comma 1, si può osservare come nessun seguito abbia avuto la tesi della supercostituzionalità, se non altro perché una norma non può mai avere un grado gerarchico superiore a quello della norma dalla quale

³¹ Così, limpidamente, LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, cit., 89 e 386.

³² Cfr. ancora LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento*, cit., 89, che riprende un argomento di G. BARELLI, *Diritto internazionale e diritto interno*, Milano 1957, 39 ss.

³³ Nonché della presenza dell'elemento spirituale (*opinio iuris ac necessitatis*) che, secondo molti contribuirebbe a caratterizzare la consuetudine.

essa stessa deriva³⁴.

A favore della tesi del valore costituzionale delle norme create sulla base dell'art. 10, comma 1, sembrerebbe giocare un argomento di teoria generale: nel caso di rinvio tra norme, la norma verso la quale è compiuto il rinvio dovrebbe assumere lo stesso grado gerarchico della norma rinviante, qualora non vi siano altri elementi dai quali desumere il suddetto grado gerarchico³⁵ ed in primo luogo in mancanza di un'espressa disposizione al riguardo da parte della norma rinviante.

Tuttavia, nel caso dell'art. 10, comma 1, tale argomento si scontra con il principio della rigidità della Costituzione fissato dall'art. 138, secondo il quale ogni modifica di (o deroga a) disposizioni formalmente costituzionali deve avvenire secondo il procedimento aggravato previsto dallo stesso art. 138³⁶ e ciò a prescindere dal considerare o meno il principio della rigidità costituzionale un principio fondamentale del nostro ordinamento. Non è realisticamente pensabile, infatti, che i costituenti abbiano voluto costruire una Costituzione di tipo rigido ed allo stesso tempo abbiano consapevolmente inserito in tale Costituzione un meccanismo automatico di creazione indiretta di norme parificate alle norme costituzionali, meccanismo che esclude, diversamente da quanto previsto dall'art. 138, qualsiasi intervento del Parlamento e del popolo. Il principio della sovranità popolare, al quale accenna la Corte costituzionale nella sent. n. 48 del 1979, non può valere soltanto, secondo quello che sembra essere l'avviso della Corte, come limite nei confronti di norme parificate alle norme costituzionali, ma vale comunque, pur prescindendo dalla sua qualificazione come limite tacito della revisione costituzionale, per dimostrare che il Parlamento, in quanto soggetto che esercita, anche se non in modo esclusivo, la sovranità che l'art. 1 Cost. attribuisce al popolo, deve necessariamente intervenire in qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale.

Se, dunque, l'esercizio del potere di revisione costituzionale costituisce una delle principali espressioni – se non addirittura la massima – del principio di sovranità, una deroga ad esso deve essere considerata come una limitazione della stessa sovranità e ciò può legittimamente avvenire soltanto in presenza di una norma costituzionale che tale possibilità preveda espressamente. Come già

³⁴ Come afferma DI LEO, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Annali Genova* 1962, 460 sg., citato da LA PERGOLA, *Adattamento automatico e norme internazionali in conflitto con la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, 1508, nota 12.

³⁵ L'automatica trasposizione del grado gerarchico della norma rinviante nei confronti della norma verso la quale è compiuto il rinvio non vale, ad esempio, quando il grado gerarchico (o la sfera di competenza) della norma alla quale si rinvia sia già stabilito da norme diverse dalla norma rinviante. Nell'ordinamento italiano è il caso del rinvio compiuto da norme legislative a norme consuetudinarie, il cui grado gerarchico è predeterminato dalle Disposizioni sulla legge in generale.

³⁶ Cfr. nello stesso senso ROSSANO, *La consuetudine*, cit., 142, e analogamente CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche*, cit., 459, criticando un richiamo all'art. 138 compiuto a sproposito (meglio sarebbe dire autolesionisticamente) dalla Corte costituzionale nella ricordata sent. n. 48 del 1979. In senso opposto cfr. RUGGERI, *Fonti*, cit., 155, secondo il quale l'art. 10, comma 1, determina una "rottura" nei confronti dell'art. 138.

visto in precedenza, non è questo il caso dell'art. 10, comma 1, che nulla stabilisce al riguardo; è questo il caso, invece, dell'art. 11 Cost. nella parte in cui sancisce che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni». Né è pensabile che l'art. 11 si riferisca anche al precedente art. 10, sia per la diversità delle fattispecie oggetto delle due citate disposizioni costituzionali, sia perché, se collegamento vi fosse, l'ordine dei due articoli sarebbe dovuto essere invertito: prima l'affermazione generale della possibilità di limitazioni della sovranità e poi l'attuazione di tale possibilità nei confronti delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute³⁷.

In conclusione, sembra preferibile la qualificazione delle norme create sulla base dell'art. 10, comma 1, come norme interposte. Tale qualificazione, infatti, presenta il vantaggio di non intaccare la particolare valenza delle norme formalmente costituzionali, ad esse garantita dal principio della rigidità costituzionale, ma allo stesso tempo sancisce la prevalenza delle norme suddette su tutte le norme contenute in leggi o in atti aventi forza di legge.

In ordine alle altre due tesi, occorre innanzitutto registrare una giurisprudenza della Corte costituzionale in passato molto oscillante. Due sentenze attribuiscono grado costituzionale alle norme create sulla base dell'art. 10: la sent. n. 48 del 1979 in modo implicito.³⁸ e la sent. n. 15 del 1996 in modo esplicito³⁹. Diversamente, la qualificazione delle norme in questione come norme interposte sembra potersi ricavare dalle sentt. nn. 278 del 1992⁴⁰, alla quale si conformano le

³⁷ In senso opposto cfr. RUGGERI, *Fonti*, cit., 156, secondo il quale l'art. 11 fa “blocco” (o “sistema”) con l'art. 10.

³⁸ Nella sent. n. 48 del 1979 la Corte, a proposito delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si limita ad affermare che «il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione». Da tale sentenza si desume implicitamente la convinzione della Corte del grado costituzionale delle suddette norme, altrimenti risulterebbe privo di significato il riferimento ai soli principi fondamentali e non anche a tutte le norme formalmente costituzionali, allo scopo d'individuare i parametri alla stregua dei quali valutare la legittimità delle norme consuetudinarie in questione. Peraltro, tale inespresso convincimento della Corte non sembra avere una motivazione accettabile, risultando fuori luogo il riferimento alla sovranità popolare (Cfr. in tal senso CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 459, che giudica tale riferimento «di poco aiuto e comunque insufficiente») e, come si cercherà di spiegare tra poco, contraddittorio il riferimento alla rigidità della Costituzione. La Corte prospetta, invece, una diversa soluzione, basata sul principio di specialità, per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute già esistenti alla data di entrata in vigore della Costituzione. Su tale soluzione, troppo specifica per essere approfondita in questa sede, si rinvia a CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche*, cit., 458.

³⁹ Nella sent. n. 15 del 1996 la Corte, esplicitando quanto aveva solo implicitamente affermato nella sent. n. 48 del 1979, attribuisce alle norme create ex art. 10, comma 1, Cost. «valore di norme costituzionali, pur escludendo la possibilità di derogare ai principi fondamentali del nostro ordinamento».

⁴⁰ Nella sent. n. 278 del 1992 la Corte procede ad una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 10, comma 1, avendo accertato la violazione di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta, con ciò sembrando forse aderire alla qualificazione di quest'ultima come norma interposta poiché il richiamo all'art. 10 sarebbe stato del tutto superfluo se la Corte avesse ritenuto il grado costituzionale della norma suddetta.

sentt. nn. 131 del 2001 e 329 del 1992⁴¹. Oggi, alla luce della norma, contenuta nel nuovo testo dell'art. 117, comma 1, che impone il rispetto degli obblighi internazionali, deve ritenersi oramai acquisita la qualificazione delle norme create sulla base dell'art. 10, comma 1, come norme interposte, estendendo alle norme in oggetto le stesse considerazioni compiute dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 348 e 349 del 2007 e 39 del 2008) nei confronti delle norme pattizie. Poiché non vi è dubbio che gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117 sono sia quelli previsti da norme internazionali pattizie, sia quelli previsti da norme internazionali consuetudinarie.

5. Un terzo caso di creazione indiretta del diritto viene individuato, soprattutto da parte della dottrina internazionalistica, a proposito delle norme di diritto internazionale privato. Tali sono quelle norme che in un ordinamento giuridico statale, al fine di disciplinare determinati rapporti privatistici che presentano elementi di estraneità rispetto a tale ordinamento, rinviano alle norme di ordinamenti stranieri⁴² sulla base di criteri comunemente definiti come «criteri di

⁴¹ Nella sent. n. 329 del 1992 la Corte, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. unico del R.D.L. 30 agosto 1925, n. 1621, afferma che: a) «la norma di adattamento, che in virtù dell'art. 10 Cost. si è formata nel diritto interno in conformità della norma di diritto internazionale generale, ha modificato la legge»; b) «poiché il giudice *a quo* non ha richiamato l'art. 10 Cost. tra i parametri del giudizio di legittimità costituzionale», il suddetto articolo unico viene dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost., limitatamente alla parte di esso ancora vigente, poiché «per l'altra parte la norma impugnata è da ritenersi tacitamente abrogata». Da tali affermazioni sembra potersi dedurre il riconoscimento della forza di legge non costituzionale bensì ordinaria delle norme create sulla base dell'art. 10, comma 1, Cost. e la loro implicita qualificazione come norme interposte. Più precisamente, la prima conclusione si desume dall'affermazione della capacità di abrogazione tacita di disposizioni legislative da parte della norma creata ex art. 10; la seconda dal mancato richiamo dell'art. 10 come norma parametro per giudicare la legittimità costituzionale della parte ancora vigente dell'art. unico del R.D.L. 30 agosto 1925, n. 1621. Tutto ciò, infatti, sarebbe privo di senso qualora la Corte fosse partita dalla qualificazione delle norme in questione come norme dotate di forza di legge costituzionale poiché, in tal caso, da un lato il loro contrasto con disposizioni legislative ad esse anteriori nel tempo avrebbe dovuto risolversi non in termini di abrogazione tacita ma in termini di illegittimità sopravvenuta; dall'altro, la loro parificazione, in termini di forza, alle norme formalmente costituzionali avrebbe comportato automaticamente il loro valore di norme parametro del giudizio di legittimità costituzionale, rendendo superflua, come già osservato, la necessità di richiamare come norma parametro l'art. 10. Sembra opportuno chiarire, sia pure soltanto in nota per non appesantire il discorso fatto nel testo, un punto specifico della sent. n. 329 del 1992, laddove l'abrogazione tacita di una parte dell'art. unico del R.D.L. n. 1621 viene di fatto condizionata alla circostanza del mancato richiamo da parte del giudice *a quo* dell'art. 10, comma 1, tra i parametri del giudizio di legittimità costituzionale. Così facendo, la Corte ha voluto lasciarsi aperte due strade: se il giudice *a quo* le trasmette una questione di legittimità costituzionale richiamando l'art. 10, comma 1, Cost., come norma parametro che si assume indirettamente violata nel contrasto tra una disposizione legislativa ed una norma posteriore creata sulla base del citato art. 10, la conseguenza sarà la dichiarazione di illegittimità costituzionale della suddetta disposizione da parte della Corte; se, invece, il giudice *a quo* omette di richiamare l'art. 10 tra le norme parametro, la Corte si limiterà a prendere atto dell'avvenuta abrogazione tacita della disposizione legislativa. L'indicata soluzione della "doppia strada" è stata seguita dalla Corte anche in altre occasioni. Per tutte, cfr. le sentt. nn. 498 del 1993 e 153 del 1995 in tema di rapporti tra leggi regionali e norme statali di principio sopravvenute ai sensi dell'art. 10 della L. n. 62 del 1953 (cosiddetta legge Scelba).

⁴² In questa sede occorre necessariamente prescindere dagli aspetti problematici che presenta la definizione del diritto internazionale privato, ed in particolare dalla questione se alla indicata funzione di rinvio al diritto straniero se ne debba preliminarmente aggiungere (o addirittura sostituire, come sostenuto da R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli 1961, 177 ss.) un'altra, consistente nella determinazione dell'ambito di applicazione delle norme dello stesso ordinamento interno. Al riguardo cfr. in estrema sintesi MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli 1979, 17 ss.

collegamento». Nell'attuale ordinamento giuridico italiano le norme del diritto internazionale privato sono contenute nella Legge 31 maggio 1995, n. 218, «Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato», che ha interamente sostituito le norme originariamente contenute negli artt. dal 17 al 31 Disp. prel. cod. civ.

La concezione del diritto internazionale privato come meccanismo indiretto di creazione del diritto è stata sostenuta sulla base di teorie diverse. Secondo una prima impostazione le norme del diritto internazionale privato sarebbero delle norme in bianco che assumerebbero di volta in volta come proprio il contenuto della norma straniera richiamata, talché quest'ultima verrebbe “nazionalizzata” al momento del suo inserimento nell'ordinamento richiamante. Secondo un'altra impostazione, invece, le norme del diritto internazionale privato sarebbero delle norme sulla produzione, perché contemplerebbero come atti o fatti di produzione giuridica gli stessi atti o fatti che esplicano tale funzione nell'ordinamento straniero richiamato⁴³.

Non è questa la sede per entrare nel merito delle suddette teorie. Tuttavia, qualche dubbio può esprimersi sulla conclusione, comune ad entrambe anche se diversamente ricostruita, secondo cui il diritto internazionale privato rappresenterebbe un modo indiretto di creazione del diritto. Il fenomeno della creazione di norme interne corrispondenti, sotto il profilo del contenuto, alle norme straniere richiamate dovrebbe comportare che quelle norme, per il fatto di essere interne, *facciano parte in modo permanente dell'ordinamento interno* fino a quando non siano abrogate o annullate. Tale elemento di permanenza si riscontra, come si è visto prima per ciò che attiene all'ordinamento italiano, nei confronti tanto delle norme pattizie inserite mediante ordine di esecuzione, quanto delle norme consuetudinarie inserite automaticamente sulla base dell'art. 10, comma 1, Cost. Avrei, invece, qualche dubbio nel rinvenire tale elemento nel caso del diritto internazionale privato perché non mi pare che si possano realisticamente considerare come facenti parte dell'ordinamento italiano, in modo attuale o soltanto potenziale ma comunque stabilmente, una serie quasi infinita di norme il cui contenuto corrisponda a quello di tutte le possibili norme straniere alle quali rinvia la legge n. 218.

Sembra pertanto preferibile aderire a una diversa concezione delle norme del diritto internazionale privato, in base alla quale esse non darebbero luogo alla creazione di norme interne corrispondenti a norme straniere ma si limiterebbero ad introdurre in un dato ordinamento criteri sostanziali, ricavati da norme straniere ed applicabili caso per caso, per la risoluzione di controversie tra privati⁴⁴.

⁴³ Per le due impostazioni e per l'indicazione degli AA. che aderiscono all'una o all'altra cfr. ancora MORELLI, *Elementi*, cit. 20 ss.

⁴⁴ Tale concezione è sostenuta da ANGELICI, “*Consegna*” e “*proprietà*” nella vendita internazionale, Milano 1979, 63 ss.

