

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 1 • 2014

ISSN 2465-0927

L'Ucraina perde la Crimea • Gaza e il diritto internazionale •
Il programma «OMT» della Banca centrale europea •
Verso una codificazione europea del diritto
internazionale privato? • Il parere della Corte di Giustizia
dell'Unione europea sull'adesione dell'UE alla CEDU • Ordinamento
italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014
della Corte costituzionale • Il reato di negazionismo in Italia

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Giorgio Buono

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Daniele Gallo

Lorenzo Gradoni

Irini Papanicolopulu

Cesare Pitea

Daniela Savy

Andrea Spagnolo

SOMMARIO

Dibattiti

1. L'Ucraina perde la Crimea

- 5 PASQUALE DE SENA e LORENZO GRADONI | Crimea: le ragioni del torto (russo) e il torto delle ragioni (occidentali)
- 22 HARRY H.G. POST | Some Observations on the Events in Ukraine
- 27 ENRICO MILANO | Di precedenti, analogie, differenze e tesi poco convincenti riguardo alla Crimea
- 33 MARINA MANCINI | La dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte penale internazionale da parte dell'Ucraina: significato, limiti e conseguenze possibili

2. Gaza e il diritto internazionale

- 41 LORENZO GRADONI | A proposito di un appello per Gaza lanciato da esperti di diritto internazionale
- 51 MARCO PERTILE | A proposito di un appello su Gaza. Una risposta a Lorenzo Gradoni
- 64 PASQUALE DE SENA | Ancora a proposito di Gaza
- 77 LORENZO GRADONI | Gaza e la lotta per il diritto internazionale
- 87 GABRIELE DELLA MORTE | Su Gaza. Tre obiezioni a Lorenzo Gradoni

3. Il programma di «Outright Monetary Transactions (OMT)» della Banca centrale europea

- 99 ANNAMARIA VITERBO | Oh My...OMT! Some Thoughts about the

II Quaderni di SIDIBlog 1 (2014)

German Constitutional Court's Decision to Refer the Outright Monetary Transactions Programme to the Court of Justice of the European Union

107 MATTHIAS GOLDMANN | Friend or Foe? The German Federal Constitutional Court's Request for a Preliminary Ruling on the ECB's OMT Program

112 SALVATORE D'ACUNTO | Sulla coerenza del programma OMT con il diritto dell'Unione europea

4. Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato?

125 GIACOMO BIAGIONI e ESTER DI NAPOLI | Verso una codificazione europea del diritto internazionale privato? Una breve premessa

129 FRANCESCO SALERNO | Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile

135 ANGEL ESPINIELLA | Some Thoughts on a EU Code of Private International Law

143 ZENO CRESPI REGHIZZI | Quale disciplina per le norme di applicazione necessaria nell'ambito di un codice europeo di diritto internazionale privato?

150 SAMUEL FULLI-LEMAIRE | Il futuro regolamento «Roma 0» e la qualificazione

5. Il parere della Corte di Giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

157 LUCIA SERENA ROSSI | Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: scontro fra Corti?

169 SIMONE VEZZANI | «Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!». La Corte di giustizia frena l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

6. Ordinamento italiano e consuetudine internazionale nella sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

- 183 LORENZO GRADONI | Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile
- 197 PASQUALE DE SENA | Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale
- 206 LORENZO GRADONI | Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana
- 220 MARCO LONGOBARDO | «Il non-essere non è e non può essere». Brevi note a margine della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario
- 226 PASQUALE DE SENA | Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune
- 235 LORENZO GRADONI | Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana

7. Il reato di negazionismo in Italia

- 259 GIORGIO SACERDOTI | Il reato di negazionismo: una tutela della democrazia, non un impedimento alla ricerca storica
- 262 GABRIELE DELLA MORTE | Cinque argomenti contro il reato di negazionismo

Interventi

Diritto internazionale pubblico

- 271 LORENZO GRADONI | Gli obblighi *erga omnes*, l'idioma dell'egemone e la ricerca del diritto: ancora sull'intervento contro l'ISIS e oltre

IV Quaderni di SIDIBlog 1 (2014)

- 291 CHIARA RAGNI | Quando la ragione non coincide necessariamente con la ragionevolezza: la pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel caso della *Caccia alla balena nell'Antartico*
- 297 LUIGI CREMA | Is the Intention of the Parties at the Heart of Interpretation? Some News about Subsequent Practice from The Hague
- 303 CHIEN-HUEI WU | Is the Services Agreement with China a Trojan Horse for Taiwan?
- 308 CESARE PITEA | The European Court of Human Rights, Judicial Dialogue and General International Law in *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*
- 314 IVAN INGRAVALLO | La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche
- 320 MATTEO WINKLER | The New Ugandan Anti-Homosexuality Bill
- 325 LUCA PASQUET | La Santa Sede e le recenti Osservazioni del Comitato per i diritti del bambino: alcune riflessioni

Diritto internazionale privato

- 333 GIACOMO BIAGIONI e ESTER DI NAPOLI | Il provvedimento del Tribunale di Grosseto sul riconoscimento dei matrimoni *same-sex*: prime riflessioni
- 339 EVA DE GÖTZEN | Sequestro conservativo dei conti correnti all'estero e recupero transfrontaliero dei crediti: prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 655/2014

Diritto dell'Unione europea

- 347 GIACOMO RUGGE | Gli atti delegati ed esecutivi nel diritto UE: genesi e prospettive di una distinzione
- 353 NICOLE LAZZERINI | La Corte di giustizia UE e i "principi" della Carta dei diritti fondamentali nella sentenza *Glatzel*
- 358 ROSSANA PALLADINO | Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un contrappeso ai limiti di applicazione della Carta *ex* articolo 51?
- 364 VITTORIA BOCCHETTI | *Delisting* e rilievo del danno morale scaturente da una decisione di *blacklisting* nell'ambito dell'Unione eu-

- ropea: il cerchio si chiude
- 368 FRANCESCO COSTAMAGNA | «Chi non lavora...». Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*
- 373 FEDERICO CASOLARI | A.A.A. cittadinanza dell'Unione vendesi
- 379 GIOVANNI ZACCARONI | «Why always me?» (says the European Union). Il referendum svizzero sull'immigrazione, le relazioni con l'UE e le ricadute sull'economia

«Il non-essere
non è e non può essere»:
brevi note a margine della
sentenza 238/2014 della Corte
costituzionale rispetto
all'adattamento dell'ordinamento
italiano al diritto internazionale
consuetudinario

MARCO LONGOBARDO (*)

La sentenza 238/2014 della Corte costituzionale e i commenti di Lorenzo Gradoni (*supra*, p. 183 ss.) e Pasquale De Sena (*supra*, p. 197 ss.) sono preziose occasioni di riflessione circa i modi con cui l'ordinamento italiano si adatta a quello internazionale e, soprattutto, alle norme consuetudinarie. Queste brevi considerazioni si limiteranno a una prima disamina del ragionamento della Corte costituzionale relativamente alla norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera.

(*) Università di Roma «Sapienza».

Benché nel dispositivo la Corte dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati (par. 3), la motivazione della sentenza appare fortemente innovativa, in quanto per la prima volta la Consulta giudica una norma internazionale consuetudinaria in contrasto con i principi fondamentali della nostra Costituzione. In sostanza, nel dispositivo, "il trucco c'è ma non si vede" e si trova nell'inciso secondo cui la questione è non fondata «nei sensi di cui in motivazione».

Occorre rilevare che la Corte costituzionale ha ritenuto la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera, come ricostruita dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, in insanabile antinomia con il principio personalistico della nostra Costituzione, e in specie con il diritto di accesso alla giustizia. Come ricostruito da Gradoni, la Consulta, dal proprio punto di vista di Giudice delle leggi dell'ordinamento italiano, si è però rifiutata di entrare nel merito della ricostruzione che i giudici dell'Aja hanno fatto dell'immunità degli Stati e della sua (mancata) interferenza con il divieto di commissione di crimini internazionali, seguendo in questo l'impostazione delle ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze (le nn. 84, 85 e 113 del 21 gennaio 2014). La Consulta, più semplicemente, ha utilizzato gli strumenti a lei propri, e cioè la tutela dei diritti dell'individuo in un'ottica di giudice interno, dimostrandosi tuttavia non dimentica delle forme di tutela internazionali.

Il primo problema riguarda l'esistenza nel nostro ordinamento dell'oggetto del giudizio di costituzionalità e cioè della norma sull'immunità degli Stati riprodotta dal trasformatore permanente dell'art. 10, 1° co., nel nostro ordinamento. Solo rinvenuto l'oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte avrebbe potuto vagliare la sua legittimità rispetto al parametro di riferimento, consistente per le norme prodotte dall'art. 10,

1° co., nei soli principi fondamentali dell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale per fare ciò si è ritenuta competente a vagliare la legittimità costituzionale delle norme di adattamento alla consuetudine, nonostante esse non siano formalmente ricomprese nell'elencazione dell'art. 134 Cost. (*c.i.d.*, punto 2.1).

A questo punto, la Corte costituzionale si è preoccupata di qualificare il diritto d'accesso alla giustizia quale principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale, e lo ha fatto ritenendo l'art. 2 Cost. la base giuridica sostanziale del diritto in esame, riservando all'art. 24 i connessi profili processuali (*c.i.d.*, punto 3.4).

Di seguito, la Corte ha negato qualsiasi possibilità di bilanciamento fra il diritto d'accesso alla giustizia (di cui, appunto agli articoli 2 e 24 Cost.) e la norma consuetudinaria prodottasi nel nostro ordinamento (*c.i.d.*, punto 3.4), che gode pure sempre di un rango paracostituzionale in quanto immessa dall'art. 10, 1° co., a sua volta espressione di un principio fondamentale (sul rango delle norme riprodotte dall'art. 10, 1° co., vedi TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 662 s.; CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 2011, p. 458; CONFORTI, *Diritto internazionale*¹⁰, Napoli, 2014, p. 347 s.). Come ha fatto notare De Sena, il tentativo di bilanciamento operato dalla Corte costituzionale è stato fatto unicamente sulla base della gravità dei crimini commessi, senza quindi valutare la possibilità di una soddisfazione per equivalente, pur prospettata in dottrina (*c.i.d.*, punto 3.4).

Così ragionando, la Corte costituzionale ha preparato il lettore a una declaratoria di incostituzionalità della norma prodotta dall'art. 10, 1° co., in merito all'immunità degli Stati. Nella motivazione, infatti, la Consulta ha sostenuto che: a) è competente a giudicare sulla stessa in quanto rientrante nel dettato dell'art. 134 Cost.; b) il dubbio di costituzionalità riguarda il diritto di accesso alla giustizia, principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale e quindi parametro idoneo di

costituzionalità della norma prodotta nel nostro ordinamento *ex art. 10, 1° co.*; c) il diritto di accesso alla giustizia non può in nessun caso entrare in bilanciamento con la norma dell'immunità degli Stati nella parte in cui essa vale anche allorché siano commessi crimini internazionali.

Visto questo incalzante iter logico-giuridico, è in qualche maniera sorprendente la decisione della Consulta di giudicare il conflitto inesistente, atteso che l'art. 10, 1° co., non avrebbe permesso l'ingresso nel nostro ordinamento della «parte» (*c.i.d.*, punto 3.5, testuale) di norma consuetudinaria riguardante l'immunità degli Stati nel caso di commissione di crimini internazionale. Tale «porzione» di norma consuetudinaria appare inesistente nel nostro ordinamento e pertanto non può porsi in contrasto con il diritto di accesso alla giustizia. Da qui, il titolo di questo commento e il richiamo a Parmenide.

Qualche conclusione può essere comunque tratta. La prima è che in questo caso non si può parlare di incostituzionalità della norma consuetudinaria: sarebbe forse più opportuno parlare di «anticostituzionalità», al fine di esprimere pienamente il dissidio ontologico che vi sarebbe fra i valori fondativi dell'ordinamento italiano e la regola dell'immunità degli Stati, nel caso in cui questa impedisca alle vittime di crimini internazionali di accedere alla giustizia. Sembra però che la Corte costituzionale non abbia cercato fino in fondo di operare un bilanciamento fra i valori costituzionali in gioco, possibile solo una volta riconosciuto l'ingresso nel nostro ordinamento di una determinata norma: se si esclude questo presupposto, la norma non esiste nel nostro ordinamento e, quindi, non può essere bilanciata con principi di pari grado.

Ci sembra inoltre che la Corte costituzionale non abbia preso in esame un elemento decisivo delle ordinanze di rimessione. Il giudice *a quo* ha infatti limitato il giudizio di costituzionalità alla sola giurisdizione di cognizione, ritenendo quella di esecuzione non incompatibile col dettato costituzionale, in quanto a

protezione di interessi vitali dello Stato straniero, strettamente connessi al concetto di sovranità (Tribunale Firenze, ordinanza n. 84, p. 15). Anche per la Convenzione di New York del 2004 sull'immunità degli Stati i due campi di giurisdizione possono essere esaminati separatamente: in base all'art. 20, infatti, il consenso all'esercizio della giurisdizione di cognizione non importa automaticamente l'accettazione di quella di esecuzione.

La Consulta avrebbe potuto quindi valorizzare questo elemento, nel senso di ritenere che, a seguito di un bilanciamento di interessi fra l'accesso alla giustizia e la tutela della sovranità straniera, solo la giurisdizione di cognizione è permessa al giudice italiano, e non anche quella di esecuzione. Tale statuizione non sarebbe stata in contrasto con alcune forme di tutela proprie del diritto internazionale che, benché in circostanze diverse, ritengono il mero accertamento della responsabilità quale sufficiente riparazione (si pensi solo alle Commissioni di verità e riconciliazione). Così facendo, la Consulta avrebbe evitato al contempo la "corsa" al giudice italiano da parte di tutti gli eredi delle vittime naziste, motivo di preoccupazione concreta per la Germania al tempo della sentenza *Ferrini*; senza infatti la prospettiva di una soddisfazione pecuniaria, molte azioni di questo tipo non verrebbero proposte.

In realtà, sarà probabilmente la giurisprudenza di merito e di legittimità a stabilire se la pronuncia della Corte costituzionale riguarda solo la giurisdizione di cognizione o anche quella di esecuzione. La Consulta è formalmente vincolata dal principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 27), e ciò deporrebbe nel senso di ritenere la sua sentenza relativa alla sola giurisdizione di cognizione, secondo il *thema decidendum* delimitato dal giudice *a quo* nelle ordinanze. Occorre però osservare che la giurisprudenza costituzionale si è spesso discostata da detto principio (vedi RUGGERI e SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁴, Torino, 2009, p. 210 ss.) e pertanto spetterà alla giurisprudenza

comune definire la portata della sentenza della Consulta. Dai toni usati nella decisione, sembrerebbe però che il contrasto riguardi l'accesso alla giustizia rispetto a qualsiasi tipo di giurisdizione. Per evitare simili incertezze, la Consulta avrebbe potuto approfondire questo passaggio, applicando lo strumento del bilanciamento, magari ritenendo in contrasto con i principi fondamentali l'immunità dello Stato dalla giurisdizione straniera cognitiva, ma affermando la perdurante validità dell'immunità dall'esecuzione: così facendo, vi sarebbe stato un proporzionato e parziale sacrificio reciproco degli interessi costituzionali in gioco (accesso alla giustizia esecutiva da un lato, regola consuetudinaria sull'immunità della giurisdizione di cognizione dall'altro), proprio di un'operazione di bilanciamento. La giurisprudenza comune, inoltre, non sarebbe stata chiamata a risolvere da sola il dubbio in esame, che potrebbe portare anche a una nuova ordinanza di rimessione relativa alla sola giurisdizione di esecuzione.

In conclusione, la sentenza in esame ci sembra avere il pregio di avere messo in dubbio, benché indirettamente, le risultanze del caso *Germania c. Italia*, facendo leva sulla tutela costituzionale del diritto d'accesso alla giustizia e abbandonando la propria giurisprudenza circa il prevalere delle norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione, anche rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano (cfr. Corte costituzionale, sentenza 48/1979). Le coraggiose argomentazioni della Corte però, soprattutto rispetto al meccanismo di cui all'art. 10, 1° co., Cost., e alla mancata distinzione fra giurisdizione di cognizione e di esecuzione, ci sembrano non sempre convincenti. Sarà in futuro interessante studiare il modo in cui reagiranno la Germania e la Comunità internazionale in generale, nonché le ricadute applicative della decisione nelle corti italiane.

10 novembre 2014