



CoCoA Working Papers
ISSN 2532-3520

*“L’impatto della forma di stato-membro e del pluralismo costituzionale sulla tutela dei diritti fondamentali in Europa” **

Roberto Toniatti
professore emerito di diritto costituzionale comparato
Università di Trento

Progetto di ricerca Comparing Constitutional Adjudication (Co.Co.A.)
Facoltà di Giurisprudenza

© Copyright 2024 Roberto Toniatti

Creative Commons - Attribution - Share Alike 4.0 International license



UNIVERSITÀ
DI TRENTO
Facoltà di
Giurisprudenza

* Il testo riproduce un ciclo di lezioni svolte nel corso di Diritto Pubblico Comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche nell'Università di Udine, su invito della Professoressa Laura Montanari nell'ottobre 2024.

Sommario:

1. *Presentazione.-*
2. *La transizione verso un assetto costituzionale plurale: la dinamica costruttiva e la resistenza.-*
3. *Tutela dei diritti fondamentali e pluralismo costituzionale.-*
4. *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza.*
5. Allegato n. 1 Fonti di diritto internazionale
6. Allegato n. 2 Sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana
7. Allegato n. 3 Spain - Constitutional Tribunal Judgment No. 198/2012 of November 6 (Unofficial translation)

1. Presentazione

(i) La transizione in corso: dalla sovranità esclusiva dello stato-nazione all'esercizio **coordinato** e **condiviso** della sovranità dello stato-membro per l'esercizio di una pluralità di funzioni pubbliche (**Consiglio d'Europa - CdE, Unione Europea - UE**). La circolazione del modello (Europa, America latina, Africa, in parte ASEAN) in relazione, fra l'altro, alla protezione dei diritti fondamentali con l'attivazione di un organo giurisdizionale di natura giurisdizionale.

Emerge da questa ricognizione di fonti:

→ il confronto fra universalità dei diritti e contestualizzazione geo-culturale della concezione dei diritti fondamentali. L'inserimento di 'doveri fondamentali' e di 'diritti' non giustiziabili (Allegato 1). Eurocentrismo ed emersione del Global South.

→ l'opzione in favore di una tutela giurisdizionale collettiva per violazioni individuali (con l'eccezione dell'ASEAN)

→ l'istituzione di una corte internazionale ad hoc (con l'eccezione dell'ASEAN)

→ l'assenza di ordinamenti rilevanti: USA, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Cina, India, Israele, ordinamenti islamici

→ la natura vincolante delle decisioni giurisdizionali che obbligano gli Stati in violazione a provvedere (con l'eccezione dell'ASEAN)

→ il problema della sovrapposizione delle fonti nella medesima materia (definizione dei diritti fondamentali) e, di conseguenza, il problema della definizione del primato della fonte interna sovrana ovvero, in alternativa, della fonte internazionale o sovranazionale non sovrana.

→ l'evoluzione di una duplice (e spesso polemica) dialettica: (a) confronto fra metodo politico e metodo giurisprudenziale di formazione del diritto; (b) confronto fra processi

statuali e processi meta-statali (internazionali, sovranazionale) di formazione del diritto [cfr. sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) applicata dal Tribunale di Roma in relazione ai richiedenti asilo trasferiti in Albania, anche con riguardo alle schede Paese del Ministero degli esteri e della Cooperazione internazionale). Giudice nazionale come anche giudice convenzionale e giudice comunitario.

(ii) Lo sviluppo materiale del diritto internazionale, del diritto internazionale planetario e diritto internazionale regionale.

(iii) Genesi e configurazione del diritto sovranazionale europeo dei diritti fondamentali ('un inatteso incidente di percorso'); *rule of law*, funzione di governo e tutela dei diritti fondamentali (diversamente dal CdE).

(iv) Omogeneità costituzionale, pluralismo costituzionale, identità costituzionale (degli stati membri del CdE e dell'UE).

(v) La tutela collettiva dei diritti fondamentali. La convergenza della sovranità giurisdizionale garantita dalla prassi del 'dialogo fra giudici'.¹

(vi) La *ratio* del reclutamento *intuitus personae* dei giudici costituzionali, internazionali e sovranazionali (professionalità tecnica, integrità personale, indipendenza dagli ordinamenti di provenienza).²

(vii) L'applicazione giudiziaria del metodo comparato, finalizzata alla configurazione di un *diritto comune europeo* [common law] *dei diritti dell'uomo*.

(viii) La giurisprudenza della Corte EDU quale parametro condiviso della tutela effettiva dei diritti fondamentali e dell'**equilibrio fra uniformità** (tutela collettiva europea) e

¹ Preambolo CEDU: "riaffermato il loro profondo attaccamento a tali libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico effettivamente democratico e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo di cui essi si valgono; Risolti, in quanto governi di **Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune** di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, a prendere le prime misure atte ad assicurare **la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale**.

² Si consideri che "Il y a un processus circulaire, en vertu duquel les principes issus du développement du constitutionalisme étatique ont été transposés au niveau international pour ensuite refluer dans les États grâce à l'application des traités et surtout grâce à l'œuvre des juges internationaux", in L. Montanari, *Le droit au juge dans le «droit constitutionnel global*, reperibile in open access in CoCoA Working Papers, 2019, https://cocoaproject.eu/images/MONTANARI_droit_au_juge_finale.pdf

diversità (margine nazionale di apprezzamento). Cfr. giurisprudenza della Corte EDU e innovazioni legislative negli stati membri sull'obbligo di garantire qualche forma di riconoscimento delle coppie dello stesso sesso (unioni civili in Italia, Grecia, Polonia).

(ix) Il “**paradigma europeo**” quale fattore esterno di legittimazione dell'ordine costituzionale (accanto al consenso democratico quale fattore interno).

(x) Sostegno e resistenza alla transizione costituzionale: confronto di opinioni: l'incertezza (politica) della transizione.

2. Lezione 1

La transizione verso un assetto costituzionale plurale: la dinamica costruttiva e la resistenza

2.1 La storia europea (e non solo europea) è segnata da una dinamica costante di aggregazione e disaggregazione di territori e della relativa popolazione. Nel corso dei secoli, la stessa dinamica ha prodotto una pluralità di forme organizzative delle istituzioni di governo e dei caratteri ideologici dell'impostazione dei rapporti fra queste ultime e gli individui. La storia europea, in altre parole, è segnata da una fisiologica, costante e reiterata **transizione costituzionale**.

In epoca moderna, si è soliti fare riferimento a due concetti principali: da un lato, quello di **sovranità dello stato-nazione**, dall'altro, quello di **forma di stato**.

(a) La formazione degli **stati-nazione** – la cui origine viene convenzionalmente identificata con il trattato di Westphalia (1648) - si è sviluppata attraverso un fenomeno di accentramento di potere, di uniformazione normativa, culturale, religiosa (*cujus regio ejus et religio*) e linguistica, di organizzazione istituzionale di tipo piramidale al cui vertice era posto il monarca titolare della sovranità del potere. L'ordine politico westphalico ha costituito e costituisce il fondamento di organizzazione e funzionamento della comunità internazionale.³ Su questo fondamento del diritto internazionale planetario si sviluppa l'innovazione che ha sviluppato la **distinta prospettiva europea** (in parte dell'America latina e dell'Africa occidentale) **del diritto sovranazionale**.

(b) La dottrina delle **forme di stato** ha chiarito il fondamento ideologico che condiziona sia le finalità dell'esercizio della sovranità - e, dunque, il rapporto fra lo stato e gli individui (ad es., stato liberale, stato socialista, stato autoritario, stato teocratico) -, che le modalità di organizzazione istituzionale e, pertanto la forma di governo (forme di

³ Statuto delle Nazioni Unite (San Francisco il 26 giugno 1945): Art. 2. 1.

L'Organizzazione è fondata sul principio della *sovrana eguaglianza* di tutti i suoi Membri.

governo parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale, direttoriale, forma di governo accentrato o decentrato federale o regionale) che nella forma di stato liberale, nonostante la pluralità dei modelli, è in tutti i casi conforme ai principi di separazione dei poteri e di checks and balances.

La forma di stato-nazione sovrano rappresenta **un punto di arrivo** di un processo storico di sviluppo. Gli stati-nazione sovrani, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, hanno creato le premesse per un superamento dell'assetto politico internazionale in favore di un nuovo ordine politico (non ancora post-westphalico) fondato su parametri multilaterali (ONU), sul coordinamento delle sovranità degli stati-nazione, sul divieto dell'uso e della minaccia dell'uso della forza, sull'intervento delle fonti di diritto internazionale in un'area materiale sempre più estesa.

Nella prospettiva della dinamica in corso in Europa la forma di stato-nazione sovrano rappresenta **un punto di partenza** di un processo storico di sviluppo che costituisce un'ipotesi in rapporto alla quale esistono sintomi significativi per la configurazione di un **ordine politico europeo post-westphalico**: in tale contesto, lo stato-nazione sovrano si configura quale **stato-nazione a sovranità volontariamente e selettivamente condivisa quale membro di altro ordinamento interstatale e sovrastatale**.

Si tratta di un'ipotesi, di una possibilità, di un percorso che appartengono ad una fase di transizione che è per definizione aperta. L'incertezza è propria delle transizioni anche quando in qualche modo formalizzata (Cfr. Preambolo Cost. USA: "a more perfect Union"; Preambolo TUE: "un'Unione sempre più stretta").

Il campo della protezione giurisdizionale collettiva dei diritti fondamentali rappresenta uno dei sintomi più significativi della transizione di paradigma.

Giova precisare che la funzionalità stessa della forma organizzativa degli Stati nazionali non si è estinta, ma si è trasformata (ovvero si sta trasformando): questi ultimi, del resto, non sono una creatura naturale ma sono piuttosto il risultato di un processo storico che oggi, come è dato constatare, si rigenera e, a fronte della novità del ciclo storico, sceglie altre strade. E' inevitabile a questo punto sottolineare l'efficacia dell'espressione di autorevole dottrina che pone l'accento sul passaggio dalla "*state form of government to a supranational form of government*"⁴.

Da citare in proposito il **Lissabon Urteil** del 2007 del Tribunale costituzionale federale tedesco nel quale si afferma che

"222 b) Il preambolo della Legge fondamentale sottolinea, alla luce di esperienze di guerre disastrose, proprio anche tra i popoli europei, non solo **la base etica di un'autodeterminazione responsabile**, ma anche la volontà di servire la pace nel mondo come membro, a parità di diritti, di un'Europa unita.

⁴ Cfr. N. MacCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Practical Reason*, Oxford, 1999, 126.

Questo si concretizza nelle autorizzazioni all'integrazione nell'Unione europea (art. 23 comma 1 Legge fondamentale), alla partecipazione a istituzioni internazionali (art. 24 comma 1 Legge fondamentale) e all'inserimento in sistemi di sicurezza collettiva reciproca (art. 24 comma 2 Legge fondamentale) nonché nel divieto delle guerre di aggressione (art. 26 Legge fondamentale) [...].

La Legge fondamentale vuole la partecipazione europea a organizzazioni internazionali, un ordinamento di composizione pacifica e reciproca degli interessi tra gli Stati e un organizzato stare insieme, l'uno con l'altro (Miteinander). 223 Negli obiettivi del preambolo emerge questa concezione della sovranità. **La Legge fondamentale si congeda da un'idea autarchica e autoglorificante della condizione di Stato sovrano e torna a una visione del potere dello Stato singolo che concepisce la sovranità come „libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale“** (von Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Bd. I, 1888, p. 416). **Essa rompe con ogni forma di machiavellismo politico e con un'idea rigida della sovranità che considerava ancora all'inizio del ventesimo secolo il diritto alla guerra – inclusa la guerra offensiva – un diritto autoevidente dello Stato sovrano** (cfr. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, p. 356 s.; Randelzhofer, Use of Force, in: Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, vol. IV, 2000, p. 1246 ss.), anche se con le convenzioni firmate nella Conferenza di pace dell'Aia il 29 luglio 1899, pur confermando ancora lo ius ad bellum, iniziava a diffondersi gradualmente il ripudio dell'uso della forza tra Stati. 224 **La Legge fondamentale prescrive invece come obiettivi politici eminenti della Repubblica federale il mantenimento della pace e il superamento di ogni antagonismo distruttivo tra gli Stati europei. La condizione di Stato sovrano sta a significare quindi uno spazio pacificato e un suo ordine assicurato sulla base di libertà individuale e di autodeterminazione collettiva. Lo Stato non è né mito né fine in se stesso, bensì la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica capace di agire”.**

2.2 La definizione della tutela dei diritti fondamentali (**individuazione/qualificazione** dei diritti e degli **strumenti di tutela**) rappresenta la ragion d'essere stessa – dal punto di vista storico e ideologico – delle *origini rivoluzionarie del costituzionalismo* e della nuova forma di stato (legale, di diritto, liberale), contro l'assolutismo dell'*ancien régime*.

1688 – Inghilterra – The Bill of Rights (the Glorious Revolution)

1789 – Francia – La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

1791 – USA – The Bill of Rights

individuazione/qualificazione: scelta politica e ideologica (diritti civili e politici) dipendente dalle condizioni politiche contingenti e costitutiva della forma di stato dell'ordinamento. Il costituzionalismo non è neutrale rispetto ai valori deliberatamente posti a proprio fondamento anche in base a condizionamento di fattori contingenti.

Ad es., si considerino le differenze fra disciplina in tema di materia religiosa nelle

rivoluzioni inglese, americana e francese:

Inghilterra, Bill of Rights 1689

[...] By causing several good subjects being *Protestants* to be disarmed at the same time when *papists* were both armed and employed contrary to law;
That the subjects which are *Protestants* may have arms for their defence suitable to their conditions and as allowed by law;

Francia, Déclaration 1789

Art. 10 – Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, *même religieuses*, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

Francia, Constitution, 1791

Les biens destinés aux dépenses du culte et à tous services d'utilité publique, appartiennent à la Nation, et sont dans tous les temps à sa disposition.

Les citoyens ont le droit d'élire ou choisir les Ministres de leurs cultes.

Massachusetts, 1780 A Declaration of the Rights of the Inhabitants of the Commonwealth of Massachusetts

Article II.

It is the right as well as the duty of all men in society, publicly, and at stated seasons **to worship the Supreme Being, the great Creator and Preserver of the universe**. And no subject shall be hurt, molested, or restrained, in his person, liberty, or estate, for worshipping God in the manner and season most agreeable to the dictates of his own conscience; or for his religious profession or sentiments; provided he doth not disturb the public peace, or obstruct others in their religious worship. [See Amendments, Arts. [XLVI](#) and [XLVIII](#).]

Article III.

As the happiness of a people, and the good order and preservation of civil government, essentially depend upon piety, religion and morality; and as these cannot be generally diffused through a community, but by the institution of the public worship of God, and of public instructions in piety, religion and morality: *Therefore*, to promote their happiness and to secure the good order and preservation of their government, the people of this commonwealth have a right to invest their legislature with power to authorize and require, and the legislature shall, from time to time, authorize and require, the several towns, parishes, precincts, and other bodies politic, or religious societies, to make suitable provision, at their own expense, *for the institution of the public worship of God, and for the support and maintenance of public Protestant teachers of piety, religion and morality, in all cases where such provision shall not be made voluntarily.*

And the people of this commonwealth have also a right to, and do, invest their legislature with *authority to enjoin upon all the subjects an attendance upon the instructions of the public teachers aforesaid*, at stated times and seasons, if there be any on whose instructions they can conscientiously and conveniently attend.

Provided, notwithstanding, that the several towns, parishes, precincts, and other bodies politic, or religious societies, shall, at all times, have the exclusive right of electing their public teachers, and of contracting with them for their support and maintenance.

And all *moneys* paid by the subject to the support of public worship, and of the public teachers aforesaid, shall, if he require it, *be uniformly applied to the support of the public teacher or teachers of his own religious sect or denomination*, provided there be any on whose instructions he attends; otherwise it may be paid towards the support of the teacher or teachers of the parish or precinct in which the said moneys are raised.

Any every denomination of Christians, demeaning themselves peaceably, and as good subjects of the commonwealth, *shall be equally under the protection of the law: and no subordination of any one sect or denomination to another shall ever be established by law.*] [Art. XI of the Amendments substituted for this].

USA Bill of Rights 1791, 1st Amendment

Congress shall make **no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof;**

Regno di Sardegna 1848 (e Regno d'Italia fino al 1947)

Art. 1 – **La Religione Cattolica, Apostolica e Romana è la sola Religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente alle leggi.**

Art. 28 – **La Stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi. Tuttavia le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiere non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo.**

Art. 14 – *A ciascuno è garantita la piena libertà di credo e di coscienza.*

[2] Il godimento dei diritti civili e politici è indipendente dal credo religioso. Tuttavia gli obblighi imposti ai cittadini non possono essere pregiudicati dalle convinzioni religiose.

[3] Nessuno può essere costretto a osservare un atto rituale o a partecipare a una cerimonia ecclesiastica, in quanto non è subordinato ad altro che sia per legge investito di tale autorità.

Emerge un quadro molto articolato nel tempo e nello spazio e con diversi gradi di legittimità di pluralismo religioso all'interno della medesima area geo-politica e geo-giuridica euro-atlantica (Western Legal Tradition).

2.3 I caratteri della **tutela**: tutela giurisdizionale, giudici (terzo) potere costituzionale indipendente e imparziale, pertanto del tutto estraneo alla determinazione dell'indirizzo politico e circoscritto alla funzione di risoluzione delle controversie attraverso l'applicazione avalutativa del diritto positivo di produzione politica.

Siamo nell'epoca dello Stato liberale, astensionista rispetto ai conflitti economici e sociali, finalizzato principalmente alla tutela dell'ordine interno e della sicurezza esterna.

Ne consegue che il costituzionalismo originario offre una concezione della giurisdizione, dell'ordine giudiziario e della funzione tendenzialmente riduttiva, quale “**the least dangerous branch**” ovvero tale per cui “**le juge est la bouche de la loi**”, nella tradizione tanto di *common law* quanto della tradizione di diritto codificato (*civil law*) dell'Europa continentale.

the least dangerous branch (da The Federalist Papers, No. 78, di Alexander Hamilton): “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them [...] The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither *force* nor *will*, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments” (corsivo originale),

le juge est la bouche de la loi (da C. de Secondat de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI, 1748): “*Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon null*” e “*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”.

2.4 Alle origini del costituzionalismo liberale dell'area euro-atlantica la definizione e la qualificazione dei diritti fondamentali e la predisposizione degli strumenti istituzionali e procedurali per la loro tutela sono *materie inerenti ciascuno stato nazionale e appartengono alla sua sovranità e in ordine alle quali gli organi di indirizzo sono titolari di una piena discrezionalità politica mentre la giurisdizione è contenuta nei limiti di un'applicazione avalutativa e sillogistica della legge quale massima espressione della volontà normativa del legislatore eletto democraticamente.*

2.5 Il secondo dopoguerra, come reazione soprattutto agli orrori della Shoah e dello sterminio programmato di un popolo, incide *in misura significativa ma ancora insufficiente su tale concezione*, secondo sia il diritto costituzionale, sia il diritto internazionale.

(a) **Il diritto costituzionale**: si introduce e si espande, accanto al primato del diritto convenzionale e del diritto comunitario, il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale (Italia, 1948, Germania, 1949; Portogallo, 1975; Spagna, 1978;

Europa centrale, orientale e balcanica, a partire dagli anni '90 del secolo 20°).

Il controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale – con l'eccezione del Regno Unito e della Nuova Zelanda – si estende anche agli ordinamenti di *common law* (USA, dove ha avuto origine con la sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, Canada, Irlanda, India, Sudafrica, etc.).

Il controllo giurisdizionale di legittimità non è stato introdotto negli Stati scandinavi (Norvegia, Svezia, Finlandia, Danimarca) dove non si è mai generata dall'interno una dittatura politica di tipo autoritario (fascismo, nazionalsocialismo, comunismo) che abbia instaurato un regime di *dittatura della maggioranza*; né nei Paesi Bassi, dove anzi la Costituzione pone un esplicito divieto (art. 120: "The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts"). In Belgio e in Svizzera l'origine del controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale è stato prodotto dalla natura federale dell'ordinamento.

(b) **il diritto internazionale**: sono stati realizzati progressi testimoniati dall'adozione della Dichiarazione [definita] Universale dei Diritti dell'Uomo che si propone di rappresentare "a *common understanding* of these rights and freedoms [that] is of the greatest importance for the full realization of this pledge" e "a *common standard of achievement for all peoples and all nations*, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressive measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance" (dal preambolo).

E tuttavia, lo Statuto delle Nazioni Unite stesse afferma che "Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in *matters which are[???*] essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

In altre parole, non si incide sul principio strutturale dell'ordinamento di diritto internazionale della *pari sovranità* di tutti gli Stati e non si istituisce un sistema di tutela dei diritti che vengono solamente proclamati come oggetto di promozione culturale e politica ma non di tutela giurisdizionale.

(c) In questo contesto sono stati concepiti ed istituiti ordinamenti di **diritto internazionale regionale** finalizzati alla tutela giurisdizionale di singole violazioni di diritti fondamentali ai danni di individui che non siano necessariamente cittadini degli Stati partecipanti nel presupposto della condivisione della medesima interpretazione dei diritti fondamentali.

Consiglio d'Europa (CdE)

Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

(CEDU)

Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)

Dal preambolo della CEDU

The Governments signatory hereto,
being members of the Council of Europe,

Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948;

Considering that this Declaration aims at securing the universal and **effective** recognition and observance of the Rights therein declared;

Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of **greater unity between its members** and that **one of the methods** by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Reaffirming their profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained **on the one hand** by an effective political democracy and **on the other** by **a common understanding and observance** of the Human Rights upon which they depend;

Being resolved, as the governments of European **countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law**, to take the first steps for the **collective enforcement** of **certain of the rights** stated in the Universal Declaration,

(testo francese) Résolus, en tant que gouvernements **d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit**, à prendre les premières mesures propres à assurer la **garantie collective** de **certaines des droits** énoncés dans la Déclaration universelle,

Istituzione della Corte ECU quale baricentro internazionale europeo per la protezione dei diritti fondamentali.

Ma cfr. l'integrazione o correzione aggiunto con il Protocollo n. 15 del 2021: "Affirming that the High Contracting Parties, **in accordance with the principle of subsidiarity**, **have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto**, and that **in doing so they enjoy a margin of appreciation**, **subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights** established by this Convention".

La vocazione della Corte EDU si configura ora tendenzialmente in una prospettiva di supervisione della giurisprudenza nazionale piuttosto che come organo giurisdizionale

che conosce e risolve controversie individuali, nel presupposto di una corretta interpretazione ed applicazione della corposa giurisprudenza della Corte EDU.

Cfr. altresì il Protocollo n. 16, che introduce la facoltà del giudice nazionale di rivolgere alla Corte EDU la richiesta preliminare di un'opinione non vincolante sull'interpretazione della CEDU e della giurisprudenza della CEDU stessa per la risoluzione di una controversia concreta.

Si consideri anche la prospettiva di una progressiva accentuazione del ruolo degli Stati nazionali nell'applicazione della fonte di diritto internazionale, confermata anche da Dichiarazioni politiche quali la Dichiarazione di Brighton e la Dichiarazione di Copenhagen.

2.6. *Il paradigma costituzionale europeo*

Il concetto di «**paradigma costituzionale europeo**»: l'insieme dei parametri giuridici comuni e condivisi da parte degli ordinamenti europei e con gli stessi anche solo tacitamente compatibili. Si tratta di una norma implicitamente presente negli ordinamenti giuridico-costituzionali – ma, occasionalmente, anche in forma esplicita - che orienta l'interprete (anche giudiziario) ad adottare una lettura del proprio ordinamento giuridico in consonanza con altri ordinamenti giuridici. La clausola caratterizza gli ordinamenti in transizione costituzionale (cfr. trattato di pace del 1947 e alcuni articoli della Costituzione italiana)

Costituzione del Portogallo

Article 16. Scope and interpretation of fundamental rights

2. The provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed **in accordance with the Universal Declaration of Human Rights.**

Costituzione della Spagna

2. Provisions relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be construed in conformity with **the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements thereon ratified by Spain.**

Costituzione della Serbia

Article 1. Republic of Serbia is a state of Serbian people and all citizens who live in it, based on the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and freedoms, and **commitment to European principles and values.**

Si tratta di un corpo normativo **complesso**, prevalentemente materiale e selettivo, non direttamente statutale e dunque “transnazionale”, nonché virtuale:

Complesso, in quanto risulta da una pluralità di fonti normative anche eterogenee fra loro,

quale (i) **il diritto costituzionale degli Stati europei**, a sua volta riconducibile tanto al diritto positivo formalizzato nella rispettiva Costituzione quanto al diritto che ne manifesta l'interpretazione e l'applicazione ad opera soprattutto della giurisdizione e della giurisdizione costituzionale in particolare;

quale (ii) **il diritto dell'Unione Europea in materia costituzionale**, anch'esso suscettibile di individuazione con riferimento al diritto positivo (originario e derivato) e al *case law* della Corte di Giustizia, anche nel contesto evolutivo dialettico offerto dal *judicial dialogue* con i giudici nazionali e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU);

quale, infine, (iii) **il diritto internazionale europeo in materia costituzionale** – adottato prevalentemente in seno al Consiglio d'Europa –, del quale la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) rappresenta in fondo solo una componente benché resa particolarmente rilevante ed incisiva dalla giurisprudenza della Corte EDU e si renda pertanto idonea a denominare emblematicamente con la formula di “diritto convenzionale” il diritto internazionale regionale applicabile in tema di diritti fondamentali da parte della Corte di Strasburgo e delle altre corti (sovrannazionale e statuali).

Si tratta, altresì, di un **diritto materialmente costituzionale** in tanto in quanto il paradigma costituzionale europeo, pur non essendo ricavabile da un'unica fonte normativa fondamentale formale esclusiva di un ordinamento giuridico, concorre alla definizione della norma da interpretarsi ed applicarsi selettivamente nei contesti costituzionali dei singoli ordinamenti statuali e non statuali (comunitario e convenzionale).

In realtà, alla luce di tale rilievo, sarebbe più appropriato parlare di paradigmi costituzionali europei, circoscritti a singoli e precisi ambiti materiali, benché la formula al singolare equivalga non solo a designare l'insieme dei paradigmi ma anche e soprattutto a connotare emblematicamente il fenomeno in sé quale gli ordinamenti europei, nella loro articolazione interattiva, stanno sperimentando da pochi decenni soltanto e che porta sovente ad impiegare la definizione – certamente suggestiva – di *jus publicum commune europaeum*.

Inoltre, proprio con riguardo alla riflessione qui da ultimo svolta, in conseguenza dell'eterogeneità degli ordinamenti che ne sono la fonte (nazionali, internazionale, sovranazionale) e dei contesti di interpretazione ed applicazione, occorre anche osservare come al paradigma costituzionale europeo non possa riconoscersi natura di diritto statale e si debba di conseguenza attribuirgli **la condizione esistenziale e prescrittiva della non-statalità** o, meglio, in ragione della sua applicabilità in una pluralità di ordinamenti statuali oltre che di tipo sovranazionale e convenzionale, della **trans-statalità**, senza pregiudizio per la sua idoneità a recuperare la dimensione interpretativa ed applicativa statale (oltre che sovranazionale e convenzionale).

Infine, occorre rilevare la vocazione del paradigma costituzionale europeo ad essere un **diritto virtuale** o, meglio, suscettibile di venire progressivamente individuato ed esplicitato, sviluppato ed espanso (ma anche, allo stesso modo, a venire compresso o circoscritto), man mano che o il metodo politico di produzione normativa (un legislatore statale costituente ovvero della revisione costituzionale, il legislatore comunitario ovvero gli Stati membri del Consiglio d'Europa con riguardo a trattati e convenzioni o protocolli) o il metodo giurisprudenziale (statale, comunitario o convenzionale) di individuazione e specificazione di una norma implicita si risolvano ad innovare quella quota selezionata del corpo normativo applicabile in ciascuno dei tre ordini di ordinamenti giuridici sin qui richiamati.

In altre parole, **una norma, in tanto in quanto si tratti di un precetto omogeneo e compatibile con ciascuno, può essere plausibilmente ritenuta esistere ed operare virtualmente e contestualmente nella pluralità degli ordinamenti**: per usare le parole della Corte di Giustizia dell'Unione europea, poi mutate e riprese dal legislatore politico del trattato sull'Unione europea, il paradigma costituzionale europeo si configura come **l'insieme sia delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri sia delle obbligazioni internazionali di cui gli Stati membri sono parte, valutati come principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea.**

In tal senso la Corte di Giustizia: “Casi Stauder (1969), Internationale Handelsgesellschaft (1970), caso Nold (1974): “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. **La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di tali Stati.** I Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario”.

Per usare le parole della Corte EDU, il paradigma costituzionale europeo corrisponde a quella parte della materia costituzionale che rappresenta il *common ground* – anche come tendenza evolutiva condivisa – degli Stati membri;

Caso **Mazurek** della Corte Europea dei diritti dell'uomo: “*The Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions [...] Today the member States of the Council of Europe attach great importance to the question of equality between children born in and children born out of wedlock as regards their civil rights [...] With regard to the situation in other member States of the Council of Europe, the Court notes [...], a distinct tendency in favour of eradicating discrimination against adulterine children. It cannot ignore such a tendency in its – necessarily dynamic – interpretation of the relevant provisions of the Convention*”.

mentre risulta estraneo al paradigma costituzionale europeo tutta quella parte della materia costituzionale che rimane ancorata, nel *case law* della Corte EDU (e, più di recente, della Corte di Giustizia), al “margine nazionale di apprezzamento” ovvero,

secondo la previsione del trattato sull'Unione Europea, alla "identità nazionale degli Stati membri "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali", secondo la previsione dell'art. 4 TUE.

La convergenza delle tre fonti ordinamentali del diritto costituzionale europeo nella produzione, individuazione ed interpretazione della norma non è pertanto – evidentemente - preclusiva della conservazione di contenuti prescrittivi differenziati.

Nello stesso tempo, nondimeno, l'esplicitazione di una norma anche in uno solo dei tre ordini di ordinamenti rende virtualmente *plausibile* l'esplicitazione di quella stessa norma negli altri due, secondo un processo circolare che, per un verso, presuppone e, per l'altro verso, produce ed incrementa il tasso di omogeneità degli ordinamenti.

Del resto, è ben noto quanto l'istruttoria del lavoro del legislatore parlamentare includa normalmente una ricognizione di fonti normative, giurisprudenziali e dottrinarie degli altri ordinamenti, quanto la dottrina abbia sviluppato e stia sempre più sviluppando la ricerca giuridica comparata, quanto **anche il giudice impieghi il metodo comparato nell'esercizio della funzione giurisdizionale**, mutuando soluzioni interpretative formulate dai suoi omologhi in altri ordinamenti, quando non sia addirittura obbligato alla soluzione delle controversie nella piena consapevolezza dell'incidenza del diritto comunitario e del diritto convenzionale, inclusivo della rispettiva giurisprudenza.

Emblematica in tal senso **la sentenza della Corte costituzionale italiana n. 161 del 1985** che contiene siffatti riferimenti: in tema di tutela del diritto all'identità sessuale, ad esempio, oltre a richiamare la sentenza del 1978 del Tribunale costituzionale federale tedesco, fra le argomentazioni a sostegno della legittimità costituzionale della legge eccepita, la Corte afferma che "Così operando *il legislatore italiano si è allineato agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati*, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (decisione 9 maggio 1978, nel caso Daniel OostenWijck contro Governo belga) e la cui adozione in tutti gli Stati membri della comunità è stata caldeggiata con una proposta di risoluzione presentata al Parlamento Europeo nel febbraio 1983. La legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di *una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale*".

Sentenza n. 135 del 2002 ("Giova soggiungere che l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo *carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei*".

Sentenza n. 341 del 1994 in tema di determinazione della pena per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale in cui la Corte, pur risolvendo la questione nel contesto normativo dell'ordinamento italiano (applicando peraltro criteri di origine giurisprudenziale

ampiamente utilizzati da altre giurisdizioni e di per sé “transnazionali”, quali i principi di ragionevolezza e di proporzionalità), rafforza la propria argomentazione con riferimento – alquanto generale e generico – ad altri ordinamenti giuridici (“Al fine di valutare la rispondenza della previsione oggi contestata ai ricordati criteri di giudizio, e segnatamente al principio di proporzionalità, si può iniziare con l'osservare che *in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio*: al di là di ipotesi particolari, riguardanti i membri del Parlamento o i soggetti che partecipano alla vita politica, le ingiurie e le diffamazioni nei confronti dei pubblici ufficiali sono infatti normalmente colpite nello stesso modo con cui sono punite quelle rivolte ai privati cittadini). Nonché: “la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea”.

Se la prassi della citazione di precedenti giurisprudenziali stranieri ovvero delle giurisdizioni comunitaria (CGUE) e internazionale (Corte EDU) è sempre più diffusa, giova ribadire che **non si tratta della risoluzione delle controversie interne impiegando una norma giuridica straniera bensì dell'utilizzazione di un precedente straniero per individuare, in via di interpretazione, una soluzione interna plausibile e rafforzare il ragionamento complessivo**.

Si tratta, peraltro, di una prassi ben radicata e motivata nel contesto del mondo di *common law* che oggi si va estendendo anche ad ordinamenti di *civil law*.

Rimane peraltro significativa la Costituzione del Sud Africa (1997), la quale risulta essere stata la prima (poi seguita dallo Zimbabwe) a prevedere che (“*Section 39: Interpretation of Bill of Rights*) che (1) *When interpreting the Bill of Rights, a court [...] (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law*”.

Questa impostazione è basata sulla disponibilità e sulla capacità di impiegare il metodo comparato nel contesto dell'attività giurisdizionale.

Il Tribunale federale tedesco ha elaborato in proposito il concetto di *Europarechtsfreundlichkeit* (e di *Völkerrechtsfreundlichkeit*).

L'art. 6 del trattato UE formalizza il riferimento normativo al paradigma costituzionale europeo in un contesto di pluralismo costituzionale.

Articolo 6

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni

generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

2.7 Il pluralismo costituzionale.

Il sistema delle fonti e l'assetto giurisdizionale effettivamente vigente negli Stati europei che siano anche membri del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea è rappresentato con l'impiego della formula dottrina di "pluralismo costituzionale".

In una materia come la protezione dei diritti fondamentali si sono prodotte norme che in parte si sovrappongono e coincidono (like-minded states) e in parte divergono (ad esempio il diritto di famiglia [matrimonio fra persone dello stesso sesso]).

In materia, infatti, coesistono le fonti di diritto costituzionale degli stati membri, la CEDU, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE).

Inoltre, ciascuna di tali fonti – tutte materialmente costituzionali (secondo la Corte di Giustizia UE, anche formalmente costituzionali, ossia dotate di efficacia suprema) – ha istituito un proprio sistema giurisdizionale con una rispettiva corte che ha il potere di interpretazione finale del rispettivo ordinamento. Ciò che in questa architettura di norme sostanziali e procedurali manca, tuttavia, è una **clausola di supremazia**.⁵

Il pluralismo costituzionale concerne il diritto e le corti degli stati ma anche il diritto e le corti di giustizia di Lussemburgo e di Strasburgo (ALLEGATO2, sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale).

Il funzionamento del sistema dei tre ordinamenti ha potuto e può funzionare grazie al "dialogo fra giudici" ("*judicial dialogue*"), ossia una prassi interpretativa volontaria di parte di ciascuna delle tre corti che è riuscita ad evitare lo scontro fra norme e giurisdizioni, con l'eccezione di singoli casi di contrapposizione (ALLEGATO 3,

⁵ Si veda la **supremacy clause** della Costituzione USA: "Art. VI This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be **the supreme Law of the Land**; and **the Judges** in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary.

Si consideri anche la *notwithstanding clause* della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali del Canada.

sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale Costituzionale spagnolo).

3. Lezione 2

Tutela dei diritti fondamentali e pluralismo costituzionale.

3.1 La prospettiva dell'individuazione e dell'applicazione del «paradigma costituzionale europeo» in un contesto di «pluralismo costituzionale» privo di una clausola di supremazia pone *una duplice serie di problemi*:

(i) un problema di distinzione (e possibile conflitto virtuale) fra la sfera normativa extra-nazionale e quella nazionale, che determina **un diverso modo di essere della sovranità degli Stati**.

(ii) un problema di distinzione fra la **funzione legislativa degli organi politici** e **la funzione giurisdizionale qualificata dal suo ruolo di interpretazione del diritto** in un contesto di pluralismo costituzionale privo di una clausola di supremazia (si consideri l'ordinamento italiano: “il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 102) [*a condizione che la legge sia conforme a Costituzione, conforme alla fonte convenzionale, conforme alla fonte comunitaria*]”).

Si tratta di un'evoluzione (probabilmente non attesa alle origini dell'esperienza) di una istanza di coordinamento internazionale (CEDU) e di una di integrazione sovranazionale (Carta UE) degli ordinamenti giuridici statuali.

Sovranità.

Benché la creazione della formula organizzativa del potere «Stato sovrano nazionale» sia relativamente breve nella storia (la data convenzionale di avvio dell'esperienza risale al trattato di Westphalia del 1648), si tratta di una concezione molto radicata nella coscienza collettiva, spesso associata anche ad un elemento emotivo non giuridico come quello di «nazione».

Le istituzioni politiche degli Stati membri sono riluttanti ad esprimersi con chiarezza in materia. Si veda il mandato del Consiglio europeo del giugno 2007 alla Conferenza Intergovernativa (CIG) del giugno 2007 per l'adozione del trattato di Lisbona di modifica dei trattati istitutivi (dopo il fallimento del trattato per una Costituzione per l'Europa).

MANDATO DELLA CIG:

[...]

3. Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione **non avranno carattere costituzionale**. **La terminologia** utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: **il termine "Costituzione" non sarà utilizzato**, il "ministro degli affari esteri dell'Unione" sarà denominato Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di

sicurezza e i termini "legge" e "legge quadro" saranno abbandonati mentre i termini attuali "regolamenti", "direttive" e "decisioni" saranno mantenuti.

Parimenti, i trattati modificati non conterranno alcun articolo che faccia riferimento ai simboli dell'UE quali la **bandiera** (che però esiste), **l'inno** (che però esiste) o il **motto** ("uniti nella diversità").

Per quanto riguarda il primato del diritto dell'UE, la CIG adotterà una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE (Nota 1).

Nota 1

Benché l'articolo sul primato del diritto dell'Unione non figurerà nel TUE, la CIG adotterà la seguente **dichiarazione**: "La Conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'UE, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza". Inoltre, **il parere del Servizio giuridico** del Consiglio (doc. 11197/07) sarà allegato all'atto finale della Conferenza.

17. Dichiarazione relativa al primato

La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.

Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260):

"Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007"

*Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che **la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso**. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. **Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia.***

3.2 Metodo politico e metodo giurisprudenziale nella produzione del diritto.

Le due grandi tradizioni giuridiche del continente europeo si distinguono per la rispettiva caratterizzazione del metodo prevalente di produzione del diritto:

(i) negli ordinamenti di common law (Regno Unito e Irlanda), il metodo giurisprudenziale (judge made law che però è costruito come la funzione di "trovare" la norma (to find the law) nella law of the land, di origine consuetudinaria fino alla fine del 12° secolo e in seguito sviluppata dal case law dotato di forza vincolante (stare decisis, binding precedents) dei giudici.

(ii) negli ordinamenti di diritto codificato (civil law) dell'Europa continentale, dopo la

rivoluzione francese, il metodo politico da parte di un'assemblea elettiva e rappresentativa.

In questa seconda tradizione – e soprattutto nella Francia rivoluzionaria (paradossalmente, per la diffidenza nel confronto dei giudici che spesso esprimevano opposizione alle norme volte dal monarca assoluto) - esiste una consolidata diffidenza nei confronti del giudice.

In Francia durante l'epoca rivoluzionaria, si arrivò a vietare ai giudici di interpretare la legge (Loi Carpentier, 1793) e si istituì il *référé législatif*, ossia l'obbligo per il giudice di rivolgersi, in caso di dubbi sull'interpretazione, ad un consiglio di cassazione, ossia un organo politico di origine parlamentare, che avrebbe fornito l'interpretazione esatta con la quale il giudice avrebbe poi risolto la controversia concreta (in omaggio alla separazione dei poteri, il consiglio di cassazione non avrebbe potuto appropriarsi della funzione giurisdizionale e risolvere direttamente la controversia). Solo in seguito il consiglio di cassazione si sarebbe trasformato in organo giurisdizionale di ultima istanza (recepito anche in Italia, dove infatti la Corte di Cassazione ha il compito di garantire l'uniforme interpretazione della legge).

Questa ricostruzione non sembra tenere conto della distinzione elementare fra norma e disposizione e della suscettibilità di un enunciato verbale prescrittivo a ricevere più di una interpretazione.

Essa, in altre parole, non riconosce che l'applicazione del diritto esige la previa interpretazione e che l'interpretazione non è e non può essere immune da un elemento di valutazione e di conseguente decisione. Essa è inoltre fortemente radicata nella dogmatica del *giuspositivismo*, che a sua volta riduce il diritto alla legge, ossia alla volontà politico-normativa del legislatore storico.

L'aspirazione a rendere effettiva la supremazia della legge (intesa come volontà politico-normativa del legislatore) a fronte (dei pericoli) dell'interpretazione è ben espressa dall'istituto della **interpretazione autentica** (che non esiste in common law), ossia l'interpretazione resa dall'organo che ha prodotto la norma che ancora oggi viene utilizzato nell'ordinamento italiano (anche nella forma del decreto legge di interpretazione autentica convertibile da parte delle camere), riconducibile storicamente all'art. 73 dello Statuto Albertino (“L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo”).

In altri ordinamenti di civil law, l'istituto esiste ma non viene applicato.

Nel contesto italiano – richiamato in questa prospettiva come paradigmatico degli sviluppi prodottisi dopo la fine della seconda guerra mondiale -, sono poi da collocare le **norme sull'interpretazione** (cfr. gli articoli 12, 14, e 15 delle Disposizioni preliminari al codice civile) che è utile leggere congiuntamente all'art. 111 Cost. il quale prescrive che “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”, sia a titolo di garanzia processuale sia anche per vincolare il giudice ad esporre i criteri di interpretazione utilizzati in ogni singola decisione.

Se è inevitabile riconoscere che l'interpretazione contenga margini di discrezionalità (**discrezionalità interpretativa**), occorre anche evitare che essa si trasformi in **arbitrio del singolo giudice** (fra l'altro, in un ordinamento che non riconosce forza vincolante alla giurisprudenza pregressa) e sottolineare l'obbligo di motivazione – oltre all'esistenza di più gradi di giudizio – che rappresenta una garanzia in tal senso.

Lo Stato di diritto, non solo nell'ordinamento italiano, si è però trasformato nello **Stato costituzionale di diritto** e questa trasformazione incide profondamente sulla configurazione della funzione giurisdizionale che abbiamo sin qui elaborato.

La Costituzione italiana repubblicana (a differenza dello Statuto Albertino che era costituzione flessibile, modificabile con legge ordinaria e come si verifica negli ordinamenti classificabili come Stato sociale) è **giuridica, lunga, programmatica rigida e garantita**. In particolare, per continuità di ragionamento, conviene soffermarsi sulla natura *lunga e programmatica* della Costituzione repubblicana e sul suo carattere *rigido e garantito*.

In ordine al primo profilo, è sufficiente osservare che all'espansione della politicità (nuovi compiti e aree di intervento dello stato) e della giuridicità (prescrittività della forma di stato sociale) non potrebbe non corrispondere un'analoga espansione della giurisdizione, ossia dell'intervento del giudice nella risoluzione delle controversie sorte in applicazione del diritto.

In ordine al secondo, osserviamo che la rigidità della Costituzione e la sua garanzia implicano, com'è noto, la sovraordinazione dell'efficacia della norma costituzionale sulla norma ordinaria.

Questo rapporto di sovraordinazione sottolinea come la dimensione della politicità residua – ossia della discrezionalità politica - del legislatore parlamentare ordinario sia più ristretta di quella del legislatore costituente: il primo è infatti vincolato dalla pre-selezione e pre-qualificazione degli interessi e dal conferimento di una tutela della massima intensità già disposta da quest'ultimo.

In altre parole,

- ▶ il principio di preferenza per la legge viene sostituito dal principio di preferenza per la Costituzione;
- ▶ il principio di legalità formale e sostanziale vincola ora anche la discrezionalità politica del legislatore;
- ▶ l'atteggiamento di diffidenza viene esteso anche nei confronti del Parlamento e della legge ordinaria (sebbene sia corretto parlare di una presunzione di conformità costituzionale della legge);
- ▶ l'istituto della riserva di legge viene integrato dalla riserva di legge cosiddetta

rinforzata (in cui la riserva di legge ha come obiettivo non solo di escludere o limitare l'intervento regolamentare del governo ma anche di orientare e circoscrivere la discrezionalità politica del legislatore parlamentare (ad esempio, determinati trattamenti sanitari possono venire resi obbligatori dalla legge (e solo dalla legge) ma “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, art. 32 Cost.);

► l'istituto della riserva di legge viene integrato altresì dalla riserva di legge *costituzionale* (cfr. articoli 116 e 137 Cost.);

► anche la legge viene sottoposta a controllo di legittimità formale e sostanziale, sia pure attraverso un sistema accentrato (in cui, cioè, la decisione sulla legittimità costituzionale di una legge è affidata ad un unico organo) espresso dalla **Corte costituzionale** i cui membri, a differenza dei giudici comuni, non sono scelti attraverso il metodo burocratico (un concorso pubblico) ma vengono designati con modalità differenziate che in ogni caso operano in base ad *intuitus personae*, secondo un criterio di tipo compensativo rispetto alla perdita del primato del ruolo parlamentare;

► la supremazia della legge viene a cadere insieme alla supremazia del Parlamento.

La legge, dunque, non opera più in “regime di monopolio” esclusivo ma si trova a “competere” con un sistema normativo tendenzialmente pluralista ed articolato e con altri metodi di produzione del diritto, recuperando una dinamica ed una vitalità che la rivoluzione francese aveva tentato di sradicare.

Lo Stato costituzionale di diritto, ben più dello Stato di diritto, si propone la **giuridicizzazione** della politica (sottoposizione della politica a disciplina giuridica) e la conseguente **giurisdizionalizzazione** della politica (sottoposizione della politica a controllo giurisdizionale) nell'ambito di un quadro normativo costituzionale che evidentemente vincola anche la giurisdizione, collocandola in un sistema di **checks and balances** (controlli ed equilibri).

La configurazione dello Stato costituzionale di diritto incide anche sulla funzione giurisdizionale.

L'art. 101, 2° comma Cost. (“I giudici sono soggetti soltanto alla legge”) va letto come se dicesse: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge **a condizione che la legge sia costituzionalmente legittima**”. In altre parole, si conferma che il giudice non è chiamato ad un'applicazione “automatica” della legge (come se la funzione giurisdizionale potesse venire affidata ad un computer) ma è chiamato ad un'applicazione “condizionata” dalla sua legittimità costituzionale, ciò che provoca la necessità di una sua previa valutazione circa la legittimità costituzionale della legge stessa (il giudizio circa la non manifesta infondatezza che, unitamente a quello circa la rilevanza, deve essere espresso e motivato nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte secondo lo schema del ricorso in via incidentale).

Questa circostanza può da sola essere considerata emblematica delle innovazioni

prodotte dalla qualificazione della Costituzione come rigida e garantita, innovazioni le quali possono venire ricondotte al concetto secondo il quale, **nello Stato costituzionale di diritto, il campo di applicazione della discrezionalità interpretativa motivata esercitabile in sede di esercizio della funzione giurisdizionale e di garanzia costituzionale è significativamente più esteso di quanto potesse essere nello Stato di diritto.**

Fra la volontà politica del legislatore e l'applicazione della legge da parte del giudice si interpone dunque il controllo di legittimità costituzionale.

In tema di interpretazione della Costituzione nello Stato costituzionale di diritto, può senz'altro affermarsi, in via preliminare, che – in tanto in quanto la Costituzione è norma giuridica - valgono le norme generali sull'interpretazione della legge.

Nondimeno, occorre riconoscere che la Costituzione è sì norma giuridica ma norma giuridica fondamentale, costitutiva e connotativa dell'ordinamento e della forma di Stato; che, in quanto tale, la sua funzione originaria è di prescrivere il modo di essere dello Stato e di trasformare un progetto ideologico di configurazione della forma di Stato (liberale e sociale) come un dover essere. Questa circostanza richiede pertanto alcune precisazioni in ordine alla latitudine della discrezionalità interpretativa..

In primo luogo, occorre ricordare il limite posto al giudice delle leggi (la Corte costituzionale, su iniziativa, in via incidentale, del giudice comune) dall'art. 28 della legge n. 87 del 1963: “Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”.

In altre parole, alla Corte e al giudice *a quo* è **precluso il giudizio sul merito della legge** (ossia se si tratta di una “buona” legge), anche se in qualche caso l'uso, da parte della Corte e del giudice *a quo*, del *criterio di ragionevolezza* ovvero di proporzionalità (delle norme rispetto al perseguimento delle finalità della legge stessa) si colloca in una zona grigia assai prossima ad un giudizio di merito.

Inoltre, dal punto di vista della tecnica normativa del testo costituzionale, occorre sottolineare il problematico rapporto esistente fra discrezionalità interpretativa motivata e clausole generali (cfr. art. 3: “pari dignità sociale di tutti i cittadini” (inclusivo peraltro, ancorché in misura selettiva, anche degli stranieri); art. 36: “diritto ad un'esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia”; art. 37: “essenziale funzione familiare” della donna lavoratrice; art. 41: “utilità sociale” come limite della libera iniziativa economica privata ; art. 44: “razionale sfruttamento del suolo” quale vincolo alla proprietà terriera privata).

Deve inoltre ricordarsi che, fra i concetti esplicativi del fenomeno costituzionale, è stato elaborato un concetto di “**costituzione materiale**” - le condizioni sostanziali esterne di validità (e pertanto il consenso, l'effettività, l'adeguatezza, soprattutto nel tempo) della Costituzione formale che inevitabilmente va ad incidere anch'esso sulla discrezionalità interpretativa del giudice.

In proposito, si afferma in particolare il ruolo svolto dalla cosiddetta interpretazione evolutiva-adequatrice della Costituzione.

Si contrappongono pertanto la **discrezionalità politica** dell'organo legislativo e della revisione costituzionale e la **discrezionalità interpretativa motivata** del giudice.

Il riconoscimento della natura fisiologica del fenomeno qui richiamato non esclude che, nell'esperienza storica, non si manifestino anche **forme di patologia** rispetto allo stato costituzionale di diritto, in tutti quei casi nei quali la discrezionalità interpretativa e la riemersione della politicità nell'esercizio della funzione giurisdizionale e di garanzia costituzionale giungano a negare i legittimi margini di discrezionalità politica che la Costituzione rigida e garantita lasciano pur sempre al legislatore ordinario.

In tali circostanze, la patologia si esprime nell'assunzione, da parte del giudice comune e del giudice costituzionale, di un ruolo non già di controllo della legittimità costituzionale bensì di *antagonista* nell'esercizio di una discrezionalità che diventa politica più che essere interpretativa.

In questo contesto, peraltro, lo stato costituzionale di diritto consente al legislatore della revisione costituzionale di intervenire.

Occorre da ultimo sottolineare un'altra conseguenza, che di per sé rappresenta una patologia in un sistema democratico fondato sul principio di responsabilità di chi esercita una funzione pubblica: se il consolidamento fisiologico del ruolo della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione comune e di costituzionalità può indurre a parlare, in senso figurato, di un «**potere interpretativo**», ebbene, tale potere si rivela del tutto privo di forme di responsabilità, se non *sub specie* della cosiddetta *responsabilità diffusa*, ossia l'ineliminabile soggezione alla libertà di critica da parte sia di un uditorio qualificato in senso tecnico (la dottrina e, più in generale, la comunità dei giuristi) sia dell'opinione pubblica.

Sotto questo profilo, né l'elaborazione dottrinale né l'esperienza storica sono state in grado di formulare soluzioni plausibili se non con riguardo all'*autolimitazione degli organi giurisdizionali* (nella dottrina statunitense, ad esempio, che può utilmente richiamarsi in proposito nonostante la diversità del contesto, si contrappone il *judicial activism*, da un lato, e il *judicial self-restraint*, dall'altro, proprio con riguardo a due diversi modi di concepire (*interpretivism* e *non-interpretivism*) l'esercizio della funzione.

Allo stato attuale, pertanto, per quanto con la consapevolezza dei limiti intrinseci della soluzione, deve ritenersi che solo il combinato disposto della responsabilità diffusa e dell'autolimitazione possano rappresentare, a loro volta, una “garanzia della garanzia”, ossia una forma di tutela rispetto ad una potenziale degenerazione di uno dei profili caratterizzanti lo stato costituzionale di diritto.

3.3 *Le norme sull'interpretazione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.*

Il duplice problema sopra segnalato ha indotto il legislatore politico dell'UE a introdurre una serie di norme sull'interpretazione quale strumento di contenimento della discrezionalità interpretativa del giudice europeo (da ricordare che anche il giudice nazionale è giudice europeo).

PREAMBOLO

[...]

La presente Carta **riafferma**, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di **sussidiarietà**, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta.

TITOLO VII DISPOSIZIONI GENERALI CHE DISCIPLINANO L'INTERPRETAZIONE E L'APPLICAZIONE DELLA CARTA

[...]

2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.

Articolo 52 Portata e **interpretazione** dei diritti e dei principi

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia

con dette tradizioni.

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.

Articolo 53 Livello di protezione

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.

Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali

Le presenti spiegazioni erano state elaborate, nella versione iniziale, sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sono ora state aggiornate sotto la responsabilità del praesidium della Convenzione europea, sulla scorta degli adeguamenti redazionali che quest'ultima Convenzione ha apportato al testo della Carta (in particolare agli articoli 51 e 52) e dell'evoluzione del diritto dell'Unione. **Benché non abbiano di per sé status di legge, esse rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta.**

Spiegazione relativa all'articolo 9 — Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia
Questo articolo si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.". La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda.

Lezione 3

Tutela dei diritti fondamentali e ruolo della giurisprudenza

4.1 L'origine della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (1969-1986); *judicial activism* e *judicial self-restraint*; il margine nazionale di apprezzamento nella giurisprudenza convenzionale e eurounionale; la clausola sull'identità nazionale; dinamiche di ri-nazionalizzazione dei centri di gravità della tutela dei diritti fondamentali; i Protocolli n. 15 e 16 della CEDU; la Dichiarazione di Copenhagen e il principio della *shared responsibility*; pluralismo costituzionale e "giurisprudenza costituzionale cosmopolitana"),

La prospettiva sistematica innovativa - nella quale si colloca la garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali - si richiama all'individuazione e all'applicazione del «paradigma costituzionale europeo» in un contesto di «pluralismo costituzionale» privo di una clausola di supremazia - suscita un problema di collocazione del baricentro ordinamentale di tale garanzia.

Si tratta di affrontare la tensione dialettica fra istanza europea dell'omogeneità normativa e dell'uniformità interpretativa, da un lato, e della diversità e della specificità degli Stati nazionali, dall'altro.

Tale baricentro implica un diverso modo di essere della sovranità degli Stati.

Nella giurisprudenza della Corte EDU il baricentro dell'omogeneità ed uniformità si colloca nell'area del «consenso europeo», ovvero di una «tendenza condivisa» in misura significativa ma non precisata, ovvero in un «common ground» condiviso dagli Stati membri: in tale contesto, si giustifica l'interpretazione della Corte EDU che individua ed applica un parametro normativo convenzionale che *si impone* sulla distinta opzione dello Stato membro.

Ovvero, il baricentro della diversità e della specificità degli Stati nazionali si colloca nell'area del «margine di apprezzamento nazionale» che giustifica la pluralità delle interpretazioni normative e giurisprudenziali della medesima disposizione della Convenzione EDU.

Un'altra area ermeneutica nella quale analogamente si afferma il baricentro statale nella tutela dei diritti fondamentali - distinto da quello europeo - è il riconoscimento della «identità nazionale/costituzionale degli Stati membri».

Cfr. art. 4 TUE

[...]

2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale,

compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

[...]

È dunque il formante giurisprudenziale che esprime la prevalenza dell'uno o dell'altro baricentro.

8.1 Il formante giurisprudenziale si è affermato anche in occasione dell'impostazione del tema della protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario.

I trattati istitutivi delle Comunità Europee non si erano occupati della materia ritenuta estranea all'integrazione del mercato, con l'eccezione delle "quattro libertà fondamentali" (libera circolazione delle persone, dei capitali, delle merci, dei servizi) funzionali alla realizzazione dell'integrazione economica.

Questa prospettiva dimostra che la cultura giuridica europea non tollera l'esercizio di poteri di governo che non siano sottoposti al limite dei diritti fondamentali.

Ma l'intervento comunitario in questa materia – a differenza dell'intervento della Corte di Strasburgo fondato sulla fonte convenzionale - è qualificato dai connotati tipici dell'ordinamento comunitario – **effetto diretto e primato** – si presta ad essere lesivo della sovranità degli Stati membri.

In una serie di decisioni – in dialogo con le uniche due corti costituzionali esistenti alle origini del processo di integrazione, quella italiana e quella tedesca riluttanti a riconoscere il primato del diritto comunitario in una materia così delicata tradizionalmente coperta dalla sovranità dello Stato – la Corte di Giustizia ha fondato un sistema di protezione dei diritti fondamentali propria dell'ordinamento dell'Unione.

Stauder, 1969

Secondo la Corte di Giustizia, "così interpretata, la disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei **principi generali del diritto comunitario**, di cui la Corte riconosce l'osservanza"

Internationale Handelsgesellschaft, 1970

Secondo la Corte di Giustizia, "il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato. **E' tuttavia opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario. La tutela dei diritti comunitari costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità**"

Caso Frosini, sentenza n. 183, 1973

Corte costituzionale italiana: “la competenza normativa degli organi della C.E.E. è previstalimitatamente a materie concernenti i rapporti economici...talché **appare difficile configurare anche in astratto l’ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana....**; deve quindi escludersi che siffatte limitazioni [della sovranità italiana], concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali di cittadini, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all’art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di **questa Corte** sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti *principi fondamentali*”);

Solange I, 1974

Il Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG) si riserva, temendo lo svuotamento dei diritti fondamentali nazionali senza un'adeguata compensazione a livello europeo, una «**competenza di verifica, nel caso di applicazione di norme comunitarie da parte dei giudici nazionali, se si verificano dubbi rispetto alla conformità con il diritto costituzionale, fintantoché [Solange] non esiste ancora un catalogo comunitario dei diritti umani**»

Nold, 1974

Secondo la Corte di Giustizia “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei **principi generali del diritto**, di cui essa garantisce l’osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle **tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri** e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di tali Stati. I **Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell’uomo [CEDU]**, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre **tenere conto** nell’ambito del diritto comunitario”

Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione relativa ai diritti fondamentali (1977)

Le istituzioni comunitarie si sono impegnate a rispettare “nell’esercizio dei loro poteri e perseguendo gli obiettivi delle Comunità europee” i diritti fondamentali “quali risultano in particolare dalle **costituzioni degli Stati membri** nonché dalla **convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali**” ma non dopo aver riconosciuto, come si legge nei “considerando” del preambolo, “che i trattati....si fondano sul principio dell’osservanza del diritto” e “che, **come è stato riconosciuto dalla Corte di giustizia**, il diritto in questione comprende, oltre alle norme dei trattati e del diritto comunitario derivato, anche i **principi generali del diritto** e, in particolare, i **diritti**

fondamentali, principi e diritti su cui si fonda il diritto costituzionale degli Stati membri”.

Caso Simmenthal, 1978

Secondo la Corte di Giustizia, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito delle proprie competenze, il diritto comunitario «**ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione [anche costituzionale?] contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale**»

Solange II, 1986

Il BVerfG sospende espressamente la propria riserva di sindacato di costituzionalità, «**fintantoché la Corte di Giustizia garantisce una tutela analoga a quella del BVerfG nei confronti di atti delle Comunità**»

Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento, Causa 294/83 (1986).

Corte di Giustizia

“né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato”

“il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di Giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni”.

Si può notare come il legislatore dei trattati (art. 6 TE) e della Carta abbia adottato le formule testuali elaborate dalla Corte di Giustizia.

Occorre anche sottolineare che la Carta ha circoscritto la portata vincolante della sua disciplina:

Articolo 51 Ambito di applicazione

1. Le disposizioni della presente Carta si applicano **alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione** nel rispetto del principio di **sussidiarietà**, come pure **agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione**. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.

4.2 Una delle garanzie offerte alla sovranità degli Stati membri – del resto, titolari della funzione costitutiva/constituente dell'ordinamento attraverso la CIG e della funzione normativa attraverso il Consiglio – si colloca nella composizione di tipo intergovernativo delle istanze giurisdizionali europee, con qualche significativa differenza fra la corte internazionale e la corte sovranazionale.

Si tratta del il collegamento – previsto e prescritto - fra il giudice comunitario e4convenzionale e lo Stato membro.

Evidentemente siffatto collegamento non può mai essere di “rappresentanza” di interessi né di volontà dello Stato quale Stato apparato e dunque, ad esempio, in ragione delle posizioni del Governo quale parte processuale. È invece corretto parlare – oltre che di un istituto di compensazione che trasforma la titolarità esclusiva della funzione in partecipazione alla composizione dell’organo al quale ne viene affidato l’esercizio - di una garanzia di rappresentazione dell’ordinamento giuridico dello Stato parte quale ordinamento costitutivo e soprattutto interattivo (in senso sia attivo sia passivo) con quell’altro ordinamento recettore della competenza trasferita.

Il tema si presta ad essere approfondito in base a due ordini di riflessioni.

4.2.1 Il collegamento statale fra giudice sovranazionale e giudice internazionale quale criterio per la formazione del collegio.

Le fonti prescrivono una forma di “collegamento” fra il giudice e ciascuno Stato membro.

In particolare, la Convenzione stabilisce (art. 20) che “*The Court shall consist of a number of judges equal to that of the High Contracting Parties*” e (art. 22.1°) che “*The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party [...]*”.

La formula che esprime l’attribuzione viene espressa nel testo inglese con “*judges [...] elected [...] with respect to each High Contracting Party*” e in francese con “*juges [...] élus [...] au titre de chaque Haute Partie contractante*”. È evidente che “il titolo” – riprendendo il testo francese che ci sembra essere il più preciso – esprime la titolarità dell’imputazione del seggio giudiziario in capo allo Stato e non certamente un rapporto di rappresentanza – di qualsivoglia natura – fra lo Stato membro che procede all’indicazione della terna dei candidati e il giudice eletto.

Del resto, l’art. 21.2° precisa che “*The judges shall sit on the Court in their individual capacity*”.

Il profilo del collegamento *de quo* viene utilizzato dalla CEDU quale criterio di definizione della composizione della Corte in relazione alla formazione dell’organo giudicante⁶: infatti, la regola generale è quella (art. 26.2 e 26.2) che prevede la presenza nel collegio giudicante del giudice eletto in ragione del titolo elettorale statale (e dunque a pieno titolo compensativo)⁷ con la ragionevole eccezione espressa dall’art. 26.2 (“*When*

1. Ricordiamo che (art. 26.1) “*To consider cases brought before it, the Court shall sit in a single-judge formation, in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court’s Chambers shall set up committees for a fixed period of time*”.

⁷ *There shall sit as an ex officio member of the Chamber and the Grand Chamber the*

sitting as a single judge, a judge shall not examine any application against the High Contracting Party in respect of which that judge has been elected”).

La presenza obbligatoria del giudice eletto a titolo di collegamento fra gli ordinamenti è dunque requisito di legittimità della formazione del collegio, con un'unica eccezione che sta quasi a rappresentare una sorta di attualizzazione della formula *nemo iudex in causa sua* nell'epoca dell'integrazione europea, quasi esistesse una presunzione di interpretazione ed applicazione “patriottica” del diritto e convenisse pertanto introdurre anticipare con una norma razionalizzatrice la soluzione circa un possibile obbligo di astensione del giudice monocratico e di una verisimile ricusazione.

In realtà, deve ricordarsi che nel sistema CEDU non esiste in capo al giudice un requisito di cittadinanza dello Stato in ragione del quale si diviene titolari dell'ufficio, anche se il collegamento del quale si parla viene in ogni modo a configurarsi.

4.2.2 Nell'ordinamento comunitario, analogamente, è previsto (art. 19 TUE) che “la Corte di Giustizia è composta da un giudice per ogni Stato membro. È assistita da Avvocati Generali. Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro”.

4.3 *Tendenze in corso della giurisdizione convenzionale.*

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration (2012)

Interaction between the Court and national authorities

10. The States Parties to the Convention are obliged to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention, and to provide an effective remedy before a national authority for everyone whose rights and freedoms are violated. **The Court authoritatively interprets the Convention.** It also acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level.

11. The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is **subsidiary** to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to

judge elected in respect of the High Contracting Party concerned. *If there is none or if that judge is unable to sit, a person chosen by the President of the Court from a list submitted in advance by that Party shall sit in the capacity of judge.* 3. *The Grand Chamber shall also include the President of the Court, the Vice-Presidents, the Presidents of the Chambers and other judges chosen in accordance with the rules of the Court. When a case is referred to the Grand Chamber under Article 43, no judge from the Chamber which rendered the judgment shall sit in the Grand Chamber, with the exception of the President of the Chamber and the judge who sat in respect of the High Contracting Party concerned.*

evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation.

12. The Conference therefore:

- a) Welcomes the development by the Court **in its case law** of principles such as subsidiarity and the margin of appreciation, and encourages the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments;
- b) Concludes that, for reasons of transparency and accessibility, a reference to the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation as developed in the Court's case law should be included in the **Preamble** to the Convention and invites the Committee of Ministers to adopt the necessary amending instrument by the end of 2013, while recalling the States Parties' commitment to give full effect to their obligation to secure the rights and freedoms defined in the Convention;
- c) Welcomes and encourages open dialogues between the Court and States Parties as a means of developing an enhanced understanding of their respective roles in carrying out their shared responsibility for applying the Convention, including particularly dialogues between the Court and:
 - i) The highest courts of the States Parties;

Copenhagen Declaration

The High Level Conference meeting in Copenhagen on 12 and 13 April 2018

Shared responsibility – ensuring a proper balance and enhanced protection

Effective national implementation – the responsibility of States

European supervision – the role of the Court

Interaction between the national and European level – the need for dialogue

4.4 *Il cosmopolitan constitutionalism.*

Mattias Kumm (Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist law, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016): the new and growing general concept of “**cosmopolitan constitutionalism**” results from a “**revised understanding of constitutionalism [that] is both cosmopolitan and postpositivist**”, whereby “**sovereign states and positive law retain an important role, but have to fulfil their role as part of a cosmopolitan and post-positivist conception of constitutionalism**”.

Inoltre: “constituent power is vested not only in the “We the People”, but also in “the international community””;

and that “the constitutional legitimacy of national law depends in part on being

adequately integrated into an appropriately structured international legal system. And the legitimacy of the international legal system depends in part on states having an adequate constitutional structure.

The standards of constitutional legitimacy are to be derived from an integrative conception of public law that spans the national/international divide”.

5. Allegato n. 1 Fonti di diritto internazionale

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL’UOMO ONU, 1946

Articolo 29

1. Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità.

AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA), 1969

CHAPTER V - PERSONAL RESPONSIBILITIES

Article 32. Relationship between Duties and Rights

1. Every person has responsibilities to his family, his community, and mankind.

2. The rights of each person are limited by the rights of others, by the security of all, and by the just demands of the general welfare, in a democratic society.

African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter) adopted June 27, 1981

Preamble

Taking into consideration the virtues of their historical tradition and the values of African civilization which should inspire and characterize their reflection on the concept of human and peoples' rights;

Recognizing on the one hand, that fundamental human rights stem from the attributes of human beings which justifies their national and international protection and on the other hand that the reality and respect of peoples rights should necessarily guarantee human rights;

Considering that the enjoyment of rights and freedoms also implies the performance of duties on the part of everyone;

Convinced that it is henceforth essential to pay a particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be dissociated from economic, social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfaction of economic, social and cultural rights is a guarantee for the enjoyment of civil and political rights;

[...]

Reaffirming their adherence to the principles of human and peoples' rights and freedoms contained in the declarations, conventions and other instrument adopted by the Organization of African Unity, the Movement of Non-Aligned Countries and the United Nations;

Firmly convinced of their duty to promote and protect human and people' rights and freedoms taking into account the importance traditionally attached to these rights and freedoms in Africa;

[...]

Chapter II - Duties

Article 27

1. Every individual shall have duties towards his family and society, the State and other legally recognised communities and the international community.
2. The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest.

Article 28

Every individual shall have the duty to respect and consider his fellow beings without discrimination, and to maintain relations aimed at promoting, safeguarding and reinforcing mutual respect and tolerance.

Article 29

The individual shall also have the duty:

1. To preserve the harmonious development of the family and to work for the cohesion and respect of the family; to respect his parents at all times, to maintain them in case of need;
2. To serve his national community by placing his physical and intellectual abilities at its service;
3. Not to compromise the security of the State whose national or resident he is;

4. To preserve and strengthen social and national solidarity, particularly when the latter is threatened;
5. To preserve and strengthen the national independence and the territorial integrity of his country and to contribute to its defence in accordance with the law;
6. To work to the best of his abilities and competence, and to pay taxes imposed by law in the interest of the society;
7. To preserve and strengthen positive African cultural values in his relations with other members of the society, in the spirit of tolerance, dialogue and consultation and, in general, to contribute to the promotion of the moral well being of society;
8. To contribute to the best of his abilities, at all times and at all levels, to the promotion and achievement of African unity.

[...]

ASEAN Human Rights Declaration

November 19, 2012

[...]

GENERAL PRINCIPLES

6. The enjoyment of human rights and fundamental freedoms must be balanced with the performance of corresponding **duties** as every person has responsibilities to all other individuals, the community and the society where one lives. I

It is ultimately the primary responsibility of all ASEAN Member States to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.

7. All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, **the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds** [universal vs. cultural or regional conception of human rights].

[...]

RIGHT TO DEVELOPMENT

35. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and the peoples of ASEAN are entitled to participate in, contribute to, enjoy and benefit equitably and sustainably from economic, social, cultural and political development. The right to development should be fulfilled so as to meet equitably the developmental and environmental needs of present and future generations. While development facilitates and is necessary for the enjoyment of all human rights, the lack of development may not be invoked to justify the violations of internationally recognised human rights.

36. ASEAN Member States should adopt meaningful people-oriented and gender responsive development programmes aimed at poverty alleviation, the creation of conditions including the protection and sustainability of the environment for the peoples of ASEAN to enjoy all human rights recognised in this Declaration on an equitable basis, and the progressive narrowing of the development gap within ASEAN.

37. ASEAN Member States recognise that the implementation of the right to development requires effective development policies at the national level as well as equitable economic relations, international cooperation and a favourable international economic environment. ASEAN Member States should mainstream the multidimensional aspects of the right to development into the relevant areas of ASEAN community building and beyond, and shall work with the international community to promote equitable and sustainable development, fair trade practices and effective international cooperation.

RIGHT TO PEACE

38. Every person and the peoples of ASEAN have the right to enjoy peace within an ASEAN framework of security and stability, neutrality and freedom, such that the rights set forth in this Declaration can be fully realised. To this end, ASEAN Member States should continue to enhance friendship and cooperation in the furtherance of peace, harmony and stability in the region.

[Lettura europea delle disposizioni sul diritto allo sviluppo e il diritto alla pace: indirizzi politici obbligatori in capo alle istituzioni di governo]

6. Allegato n. 2 Sentenza n. 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana

[...]

6. – La questione sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

6.1. – In considerazione del parametro costituzionale evocato dai giudici *a quibus* e delle argomentazioni svolte in entrambe le ordinanze di rimessione, il preliminare profilo da affrontare è quello delle conseguenze del prospettato contrasto della norma interna con «i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» e, in particolare, con gli obblighi imposti dalle evocate disposizioni della CEDU e del Protocollo addizionale.

In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali – per quanto qui

interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. – ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate.

L'art. 11 Cost., il quale stabilisce, tra l'altro, 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», è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984).

Con riguardo alle disposizioni della CEDU, questa Corte ha più volte affermato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale (tra le molte, per la continuità dell'orientamento, sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005). Ed ha altresì ribadito l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost. (oltre alle pronunce sopra richiamate, si vedano le sentenze n. 224 del 2005, n. 288 del 1997, n. 168 del 1994).

L'inconferenza, in relazione alle norme della CEDU, e per quanto qui interessa, del parametro dell'art. 10, secondo comma, Cost., è resa chiara dal preciso contenuto di tale disposizione. Né depongono in senso diverso i precedenti di questa Corte in cui si è fatto riferimento anche a quel parametro, dato che ciò è accaduto essenzialmente in considerazione della coincidenza delle disposizioni della CEDU con le fonti convenzionali relative al trattamento dello straniero: ed è appunto questa la circostanza della quale le pronunce in questione si sono limitate a dare atto (sentenze n. 125 del 1977, n. 120 del 1967).

In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità.

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.

È 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. È 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 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.

In terzo luogo, anche a prescindere dalla circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU, resta comunque il dato dell'appartenenza da tempo di tutti gli Stati membri dell'Unione al Consiglio d'Europa ed al sistema di tutela dei diritti fondamentali che vi afferisce, con la conseguenza che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né, infine, le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 e le modifiche dei trattati ivi prefigurate e demandate alla conferenza intergovernativa sono allo stato suscettibili di alterare il quadro giuridico appena richiamato.

Altrettanto inesatto è sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Escluso che ciò possa derivare dalla generale "comunitarizzazione" delle norme della CEDU, per le ragioni già precisate, resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, l'effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti. E la risposta è che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confligente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato

di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto “strutturale” tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze.

6.1.1. – Nella giurisprudenza di questa Corte sono individuabili pronunce le quali hanno ribadito che le norme della CEDU non si collocano come tali a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento. Le stesse pronunce, d'altra parte, hanno anche escluso che, nei casi esaminati, la disposizione interna fosse difforme dalle norme convenzionali (sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990), sottolineando la «sostanziale coincidenza» tra i principi dalle stesse stabiliti ed i principi costituzionali (sentenze n. 388 del 1999, n. 120 del 1967, n. 7 del 1967), ciò che rendeva «superfluo prendere in esame il problema [...] del rango» delle disposizioni convenzionali (sentenza n. 123 del 1970).

In altri casi, detta questione non è stata espressamente affrontata, ma, emblematicamente, è stata rimarcata la «significativa assonanza» della disciplina esaminata con quella stabilita dall'ordinamento internazionale (sentenza n. 342 del 1999; si vedano anche le sentenze n. 445 del 2002 e n. 376 del 2000). È stato talora osservato che le norme interne assicuravano «garanzie ancora più ampie» di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). Così il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale è stato ricondotto nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, argomentando «anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (sentenza n. 98 del 1965).

RT: ESEMPIO DI DIALOGO FRA GIUDICI CHE “GESTISCE” IL PLURALISMO COSTITUZIONALE]

In linea generale, è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le «indicazioni normative, anche di natura sovranazionale» (sentenza n. 231 del 2004).

Inoltre, in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i «valori espressi» dalla Convenzione, «secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia «protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo» (sentenza n. 154 del 2004).

È rimasto senza seguito il precedente secondo il quale le norme in esame deriverebbero da «una fonte riconducibile a una competenza atipica» e, come tali, sarebbero «insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (sentenza n. 10 del 1993).

6.1.2. – Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile 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.

La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione in esame è stata ben presente al legislatore ordinario. Infatti, dopo il recepimento della nuova disciplina della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiaratamente diretta a «ristrutturare il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione per mantenere e rafforzare l'efficacia della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevista dalla Convenzione» (Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296), si è provveduto a migliorare i meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea (art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12), anche mediante norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296). Infine, anche sotto il profilo organizzativo, da ultimo è stata disciplinata l'attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri, stabilendo che gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo sono curati da un Dipartimento di detta Presidenza (d.P.C.m. 1° febbraio 2007 – Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo).

6.2. – È dunque alla luce della complessiva disciplina stabilita dalla Costituzione, quale risulta anche dagli orientamenti di questa Corte, che deve essere preso in considerazione e sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost. in quanto parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Il dato subito emergente è la lacuna esistente prima della sostituzione di detta norma da parte dell'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), per il fatto che la conformità delle leggi ordinarie alle norme di diritto internazionale convenzionale era suscettibile di controllo da parte di questa Corte soltanto entro i limiti e nei casi sopra indicati al punto 6.1. La conseguenza era che la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall'art. 10 e dall'art. 11 Cost. da parte di leggi interne comportava l'incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali (sentenza n. 223 del 1996). E ciò si verificava a dispetto di uno degli elementi caratterizzanti dell'ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione, costituito dalla forte apertura al rispetto del diritto internazionale e più in generale delle fonti esterne [RT: CFR. I PRINCIPI DI EUROPARECHTSFREUNDLICHKET E DI VÖLKERECHTSFREUNDLICHKEIT ENUNCIATI DAL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO], ivi

comprese quelle richiamate dalle norme di diritto internazionale privato; e nonostante l'espressa rilevanza della violazione delle norme internazionali oggetto di altri e specifici parametri costituzionali. Inoltre, tale violazione di obblighi internazionali non riusciva ad essere scongiurata adeguatamente dal solo strumento interpretativo, mentre, come sopra precisato, per le norme della CEDU neppure è ammissibile il ricorso alla "non applicazione" utilizzabile per il diritto comunitario.

Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, 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. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione.

In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti.

Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali.

L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione.

La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU).

Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal "suo" giudice, rispetto al diritto

interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

Questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato 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.

7. Allegato n. 3 Spain - Constitutional Tribunal Judgment No. 198/2012 of November 6 (Unofficial translation)

The Constitutional Court, in full bench, composed of the Honour Judges Mr. Pascual Sala Sánchez, President, Mr. Ramón Rodríguez Arribas, Mr. Manuel Aragón Reyes, Mr. Pablo Pérez Tremps, Ms. Adela Asua Batarrita, Mr. Luis Ignacio Ortega Álvarez, Mr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Ms. Encarnación Roca Trías, Mr. Andrés Ollero Tassara, Mr. Fernando Valdés DalRé and Mr. Juan José González Rivas,

has pronounced IN THE NAME OF THE KING the following JUDGMENT

N.B.: l'acronimo CE di riferisce a Constitución Española

In the action of unconstitutionality no. 6864-2005, brought by Mr. Ignacio Astarloa HuarteMendicoa, accordingly empowered by another *seventy-one Members of the People's Party Parliamentary Group in Congress*, against Law 13/2005, dated July 1st, amending the Civil Code as regards the right to marry.

The State Solicitor has been party to the proceedings and has presented his allegations. **The Judgment has been drawn up by the Judge Mr. Pablo Pérez Tremps and expresses the opinion of the Court.**

[RT: a unanimous court]

Grounds

1. The decision reached in this action of unconstitutionality should start off with an adequate definition of its object and the unconstitutionality grounds alleged by the petitioners in their claim.

As regards the first issue, both the heading and petitions of the writ of claim address the action against the entirety of **Law 13/2005, dated July st, 2005, which amends the Civil Code with respect to the right to marry**. However, as alleged by the petitioners themselves and upheld by the State Solicitor, **the essence of the action falls within section one of the Single Article of the Law, which adds a second paragraph to Article 44 of the Civil Code, whereby “marriage will entail the same requirements and effects when both spouses are of the same or different sex”**.

[...]

2. As explained in the Facts, the claim is based on **eight grounds of unconstitutionality**, i.e. a breach of Articles 9.3, 10.2, 14 (in relation to Articles 1.1 y 9.2), 32, 39.1, 2 and 4, 53.1 (in relation to Article 32), and 167 of the Spanish Constitution (in Spanish, Constitución Española: CE). However, further to a reading thereof, it appears that the main ground of unconstitutionality which, per se, could eventually justify the full admission of the action, is a breach of Article 32 CE;

Article 32.1 CE provides that “a man and a woman will be entitled to marry in terms of full legal equality”.

Article 32.2 of the Spanish Constitution establishes that “the law will regulate the various forms of marriage, age and capacity to marry, rights and duties of the spouses, reasons for separation and dissolution and the effects thereof”.

This is why we will focus our analysis on the extent to which the challenged rule conforms to the Constitution, by comparing it against the latter [...]

b) The reference to Article 10.2 CE is based on the opinion that compliance thereof involves an interpretation of Article 32 CE, further to the petitioners’ interpretation of Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 23.2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, and Article 12 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), as well as various judgments delivered by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice to the extent that the right to marry belongs to a man and a woman with respect to each other.

[RT, Constitution of Spain, *PART I Fundamental Rights and Duties* **Article 10.1** *The dignity of the person, the inviolable rights which are inherent, the free development of the personality, the respect for the law and for the rights of others are the foundation of political order and social peace.* **10.2** *Provisions relating to the fundamental rights and liberties recognised by the Constitution shall be construed in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements thereon ratified by Spain*].

However, Article 10.2 CE gathers an interpretative principle applicable to the interpretation of the constitutional provisions that protect fundamental human rights (STC 303/1993, dated October 25th, FJ 8), which declares **the constitutional founder's decision to acknowledge that there is a coincidence between Spanish laws and the scope of values and interests protected by the international instruments referred to, "as well as our wish as a Nation to belong to an international legal order that upholds the defence and protection of human rights as a fundamental foundation of the State"** (STC 91/2000, dated March 3th, FJ 7).

[RT: SI TRATTA DI UNA FORMALIZZAZIONE DEL "PARADIGMA EUROPEO"]

Consequently, insofar as Article 10.2 CE includes guidelines as to how to interpret Title I of the Spanish Constitution, any potential breach thereof would never be self-sufficient but would depend on confirming a breach of one of the rights contained in that Title I. The foregoing would be aggravated by the fact that any such infringement would reveal a lack of respect for the sole interpretative principle of the constitutional text that is expressly gathered in the Constitution itself.

[...]

In relation to the alleged infringement of the principle of equality, the petitioners claim that the fact that the rule renders equivalent the rights held by couples of the same sex and couples of a different sex would be contrary to Articles 1.1, 9.2 and 14 CE and their interpretation by this Court, as it would be ignoring the fact that marriage and couples of the same sex are different realities that require different treatment.

[RT Constitution of Spain, Article 14: "Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance"].

The foregoing claim should be dismissed further to **case-law** laid down by this Court since the 1980s to date, regarding "*discrimination on the grounds of non-differentiation*".

According to our **case-law**, "*discrimination on the grounds of non-differentiation*" cannot fall within the scope of protection of Article 14 CE, given that what the latter prevents is any groundless or discriminatory distinction (STC 86/1985, dated July 10th, FJ 3).

This Court has repeatedly established that Article 14 CE does not enshrine a right to unequal treatment, or non-distinction between different situations, which is why there is no subjective right to unequal regulatory treatment (for all, STC 117/2006, April 24th, FJ 2).

However, the Court has also upheld that "another issue is the fact that public powers, further to the mandate conferred by Article 9.2 CE, may adopt measures for the different treatment of certain groups in order to achieve legitimate constitutional purposes, promoting conditions to guarantee that the equality of these member groups is real and effective, or removing any obstacles that prevent or hinder their full enjoyment" (STC 69/2007, April 16th, FJ 4).

Thus, **having said that the principle of equality cannot be used to justify a challenge against discrimination on the grounds of nondifferentiation** (among others, STC 30/2008, February 25th, FJ 7), which means that we cannot condemn what STC 135/1992, of October 5th, refers to as “**inequality due to excess of equality**” (FJ 9), *we are also unable to condemn the Law from a principle of equality perspective, due to opening the doors of marriage as an institution to a reality- same-sex couples- that involves specific characteristics with respect to heterosexual couples.*

]....]

Consequently, “the constitutional text does not make the constitutional concept of family exclusively dependent on the one derived from a marriage ... nor is it restricted to relationships with offspring” (STC 19/2012, February 15th, FJ 5, and case-law cited therein). ***Thus, marriage without offspring, non-marital or single-parent families are worthy of constitutional protection*** (STC 222/1992, December 11th), to particularly include children, who are protected by Article 39 CE, which “is directly connected to Article 14 CE” (STC 154/2006, May 22nd, FJ 8), “irrespective of whether the child has been conceived in or out of wedlock (Article 39.3 CE), nullity of the marriage, legal separation or dissolution of the marriage by divorce (Article 92 Civil Code) or, even, ultimately, if the parent has been deprived of parental authority and other guardian duties (Articles 110 and 111 in fine, of the Civil Code)” (STC 19/2012, February 15th, FJ 5, and case-law cited therein). This said, it is certainly true that, **to date, an interpretation of Article 39 CE has not led this Court to provide a constitutional concept of family —nor is this the time to do so—, but this does not prevent it from upholding that Article 39 CE includes both marital and non-marital families** (STC 45/1989, February 20th, FJ 4).

Likewise, the European Court of Human Rights has differentiated the right to marry from the guarantee of family protection, by establishing that the idea of family life, protected by Article 8 ECHR, is not only reserved to marriage-based families but may also refer to other de facto relationships (see, amongst many others, Judgments of the European Court of Human Rights in cases X, Y and Z v. United Kingdom, of April 22nd, 1997, § 36; and Van Der Heijden v. the Netherlands, of April 3rd, 2012, § 50). **Although our case-law firmly upholds that Article 32 CE entitles the legislator to provide special protection to marital families (mainly, STC 66/1994, February 28th, FJ 3), the fact that the Constitution does not identify and separately regulates the institution of marriage and family means that we must discard the argument that a potential breach of Article 32 CE necessarily entails an infringement of the various sections of Article 39 CE indicated herein.** This is why our examination of a potential breach of these sections should be limited to the issue of joint adoption within a marriage between persons of the same sex, i.e. section seven of the Single Article of the challenged law, excluding all other provisions. 6. In short, from all the constitutional precepts referred to by the petitioners to justify their petition, the only one that could entail a declaration of unconstitutionality of the entire Law, if it is deemed infringed, is Article 32 CE. This is why the following grounds will address this issue, without prejudice to eventually examining, when necessary, whether the possibility of joint adoption in marriages between persons of the same sex is compatible with Article 39 CE and, as stated above,

whether Article 32 CE should be interpreted taking into account the provisions of Articles 10.2 and 53.1 CE. After focusing the material issue covered by this action, our reasoning will continue by examining the specific content and scope of the relevant constitutional rule, i.e. Article 32 CE, in order to verify, after defining its content and scope, whether the rule being controlled conforms to the same. Thus, the foregoing analysis should start off with Article 32.1 CE, included in Section Two (“Citizen Rights and Duties”), Chapter Two (“Rights and Freedoms”), Title I, of the Spanish Constitution (“Fundamental Human Rights and Duties”), acknowledging the right of any man and woman to “marry in terms of full legal equality”. Article 32.2 CE also establishes that the legislator, by enacting laws, will regulate “the forms of marriage, age and capacity to enter into marriage, rights and duties of the spouses, causes of separation and dissolution and the effects thereof”.

This brief constitutional regulation, which follows the one initially contained in Article 43 of the 1931 Constitution, was drafted according to Article 16 of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, Article 23 of the 1966 International Covenant of Civil and Political Rights, Article 10 of the 1966 International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights, Article 12 of the 1950 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the United Nations Convention of April 15th, 1969 on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage, and Registration of Marriages.

[...] Based on these arguments, our reasoning should also take into account the statement upheld by the **European Court of Human Rights** with respect to Article 12 ECHR: “in the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex” (Judgment of the European Court of Human Rights in case *Schalk & Kopf v. Austria*, of June 24th, 2010, § 55).

In the year 1978, when Article 32 CE was drafted, the majority opinion was that marriage involved persons of a different sex, also reflected in discussions held by the constitutional founder. What the constitutional founder was discussing in 1978 with respect to marriage was totally unrelated to the spouse’s sexual preference; there was a wish to sever marriage from the notion of a family, to proclaim the equality of spouses within the institution, and to constitutionalize separation and dissolution. These issues, as well as marriageable age, nearly monopolized the debate held by the constitutional founder on current Article 32 CE — former Article 37 of the Draft Constitution—, and was not finally drafted until the Joint Congress-Senate Committee. In other words, back in 1978, when the constitutional text was being discussed and approved, the matters with which the constitutional founders were concerned when regulating the institution of marriage, as may be deduced from parliamentary documents, were basically: divorce, a conceptual differentiation between marriage and family, and guaranteed equality between a man and woman in marriage (this equality was still under construction at the time).

[...]

9. In order to move forward in our reasoning, we will take one more step in our

interpretation of this provision.

We will start off with an initial presumption, based on the idea —described by the State Solicitor in his allegations— that the Constitution is a “living tree” —in the words of the 1930 judgment delivered in Privy Council, *Edwards v. Attorney General for Canada*, recovered by the Supreme Court of Canada in its judgment of December 9th, 2004 on marriage between persons of the same sex— i.e. a progressive interpretation allows a constitution to adjust to the realities of modern life as means to guarantee its own relevance and legitimacy. This is so not only because the basic principles of the constitutional text are applicable to situations not envisaged by its founders, but also because the public powers- and the legislator in particular gradually update these principles.

Furthermore and because the Constitutional Court, when ensuring that any such updating conforms to the Constitution, endows the rules with a content to enable their reading in light of modern-day issues and the needs of current society; as otherwise there is the risk of an unfulfilled Constitution.

According to this progressive reading of the Constitution —which particularly applies to the category of institutional guarantee—, we are able to build up legal culture, to the extent that the law is treated as a social phenomenon that is linked to the reality in which it is implemented, as already upheld in earlier case-law of this Court (SSTC 17/1985, February 9th, FJ 4; 89/1993, March 12th, FJ 3; 341/1993, November 18th, FJ 3; 29/1995, February 6th, FJ 3; and 298/2000, December 11th, FJ 11).

This legal culture is not only constructed further to a literal, systematic or originalist interpretation of the law, but also depends on observing any legally relevant issues of current society.

This does not mean that direct regulatory force should be granted to factual issues; the opinions of legal scholars and consultive bodies foreseen by the law itself; comparative law applicable in neighbouring social and cultural scenarios and —as regards the construction of legal culture in relation to rights— the international activity of States manifested in international treaties; the case-law laid down by international bodies, and the opinions and reports drawn up by competent bodies in the United Nations system, as well as other recognised international authorities.

As regards the Spanish constitutional system, part of these components of legal culture —which are mutually dependent and influenced— were able to enter by resorting to a fundamental principle of constitutional interpretation, foreseen in Article 10.2 CE.

Any reference to this provision —also made by the petitioners— demands an interpretation of the rules related to fundamental human rights and public freedoms contained in Title I of the Spanish Constitution, pursuant to the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements on the matter ratified by Spain. The foregoing interpretation may in no event ignore the one provided by the monitoring bodies established in such international treaties and

agreements (STC 116/2006, April 24th, FJ 5, and along these same lines, amongst many others, SSTC 50/1989, February 21st, 64/1991, March 22nd, and 38/2011, March 28th).

In addition to the foregoing, these treaties are gradually and constantly being incorporated into Spanish law, to the extent that they are ratified by Spain, once approved by international bodies, the European Union or the Council of Europe. As a result, the hermeneutic rule contained in Article 10.2 CE entails a progressive interpretation rule, enabling us to explain Article 32 CE and how Law 13/2005 conforms to the same. The progressive interpretation referred to provides a response to the issue of whether marriage, as interpreted from the challenged regulations, is still recognizable as marriage in today's social and legal context.

Following the reforms of the Civil Code introduced by Law 13/2005, July 1st, the institution of marriage remains in terms that are totally recognizable as regards the image that current Spanish society has of marriage.

Notwithstanding its evident changes, it is an affective unit that generates a bond, or a form of mutual assistance between two persons that hold the same status within this institution and who voluntarily decide to join to establish a common family life plan, agreeing to the rights and duties inherent to the institution and expressly manifesting this through the formalities foreseen by law.

Thus, equality between spouses, a free will to enter into marriage with a person of one's own choice and a manifestation of this wish are the essential characteristics of marriage, already present in the Civil Code before it was reformed in 2005, and which are still recognised in the new institution established by the legislator.

It is therefore clear that the only difference between the institution of marriage before and after July 2005 is the fact that spouses may belong to the same sex.

As a result a marriage may be held both between persons of different sex and between persons of the same sex.

We must now determine whether this circumstance, i.e. the possibility of homosexual marriage, is, nowadays in society, something that renders marriage unrecognizable or, on the contrary, whether it falls within the image portrayed of marriage as an institution. In other words, we need to determine to what extent marriage between persons of the same sex is integrated in our legal culture, thereby resorting to the components of this culture.

Following comparative law, integration of same-sex marriages into the current idea of marriage has been affected by a consolidated equivalence- over the last few years- of different-sex and same-sex marriages in various Western legal systems.

When Law 13/2005 was approved in Spain only the Netherlands (2000 Law), Belgium (2003 Law) and the State of Massachusetts in the U.S.A. (Judgment of the Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, of 2004) acknowledged same-sex marriages.

Since then, this institution has also been recognised in other legal systems, such as Canada (Civil Marriage Act of 2005), South Africa (Law of 17 November 2006), Mexico City (Law of 2009), Norway (Law of 2009), Sweden (Law of 2009), Portugal (Law no. 9/2010), Iceland (Law of 2010), Argentina (Law 2010), Denmark (Law of 2012), and in various States in the U.S.A., sometimes as a result of the courts' interpretation, other times through the legislator [Connecticut, 2008; Iowa, 2009; Vermont, 2009; New Hampshire, 2010; District of Columbia (Washington), 2010 and New York, 2011].

There are also several draft bills —at various processing stages— in Slovenia (where the Constitutional Court declared in a Judgment dated July 2nd, 2009 that it was unconstitutional for stable partnerships of the same sex not to enjoy the same rights as married couples of different sex) and Finland.

Although the foregoing is certainly true, it is also true that until the late 1980s no country in the world granted rights to unions between persons of the same sex and that, although at present nearly all Western democracies have drawn up some kind of legal instrument granting rights to same-sex couples, many legal systems in neighbouring countries that share our legal culture have chosen a different option than the Spanish legislator, further to their freedom to configure the institution of marriage.

Thus, various States have granted effects to a civil partnership between persons of the same sex, making them equivalent, to a lesser or larger extent, to those related to marriage. Without going into this lesser or larger degree of equivalence between marital and civil partnership effects, we will here refer to civil partnership regulations existing in Europe, in France (1999), Germany (2001), Finland (2001), Luxembourg (2004), United Kingdom (2004), Andorra (2005), Czech Republic (2006), Switzerland (2007), Austria (2010), or Liechtenstein (2011).

Likewise, several Latin American community countries have also regulated or accepted, through established caselaw, a civil partnership between persons of the same sex, as in the case of Colombia (2007), Uruguay (2008), Ecuador (2009), and Brazil (2011).

Finally, other countries have not regulated in any way de facto partnerships or marriage between persons of the same sex. This approach to international law and to the jurisdictional decisions of international bodies also suggests that the traditional notion of marriage is opening up to a relative extent.

The Court of Strasbourg has had the chance to pronounce itself on the right to marry between persons of the same sex in case Schalk and Kopf v. Austria, June 24th, 2010 (although it had already previously done so with respect to marriage between transsexuals in cases Christine Goodwin v. United Kingdom, dated July 11th, 2002; I. v. United Kingdom, July 11th, 2002; and Parry v. United Kingdom and R. and F. v. United Kingdom, both of November 28th, 2006).

In this recent pronouncement, the European Court of Human Rights has

acknowledged that the words used by Article 12 ECHR were deliberately chosen which is why, based on the Convention's historical context, this would suggest that they refer to marriage between persons of different sex. However, it also states that the institution of marriage has deeply changed due to progress in society since the Rome Convention was approved, despite which there is still no full consensus in Europe on the issue of marriage between persons of the same sex because the institution of marriage has evolved in a different manner in each State.

As a result, the Court of Strasbourg has indicated that Article 12 ECHR cannot oblige any State, as things stand today, to open up marriage to homosexual couples, but it cannot deny the possibility, from a literal interpretation thereof, of regulating marriage between persons of the same sex. It continues by recognising that "marriage entails deeply embedded social and cultural connotations that may significantly vary from one society to another", refraining from imposing its own opinion on marriage upon "national authorities, who are in the best position to appreciate the needs of society and provide a response to them" (§ 62).

Along these lines, Article 9 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, as interpreted by the Praesidium in the "Commentary of the Charter of Fundamental Rights", does not forbid or impose an obligation to grant marital status to same-sex partnerships. Moreover, this has also been explained by the European Court of Human Rights as an updated version of Article 12 ECHR, which covers "those cases in which national laws recognise other non-marital channels through which to found a family" (Judgment of the European Court of Human Rights, case Schalk and Kopf v. Austria, June 24th, 2010, § 60).

Consequently, we may affirm that the institution of marriage, as a partnership between two persons irrespective of their sexual orientation, is being gradually laid down, as evidenced by ascertained steps taken in comparative law and European human rights law with respect to the acknowledgement of marriage between same-sex couples.

This progress indicates that there is a new "image" of marriage, gradually becoming more common though not totally standard as of now, which allows us to interpret the idea of marriage, from the point of view of Western comparative law, as a plural conception.

In turn, the Court cannot remain aloof from social reality, as there are now quantitative data in official statistics to confirm that in Spain there is broad social acceptance of marriage between same-sex couples, given that these couples have gradually exercised their right to marry since 2005. As regards the opinion in Spain about marriage between same-sex couples, the Centro de Investigaciones Sociológicas [Sociological Research Centre], as a result of the Draft Bill to amend the Civil Code in relation to the right to marry, included the issue in various surveys. The June 2004 barometer (study no. 2,568) indicates that 66.2% of those surveyed believed that homosexual couples should have a right to marry, whereas its study on "opinions and attitudes on the issue of family" (no. 2,578), drawn up between

October-November 2004, states that 56.9% of those surveyed were in favour of allowing civil marriage between same-sex couples.

After Law 13/2005 was passed, the data provided by the European Commission — contained in Eurobarometer 2006 (no. 66)— indicate that **44% of those surveyed — then belonging to the 25 European Union States, as well as Bulgaria, Romania, Croatia, Turkey and the Turkish-Cypriot community— agreed with the idea of allowing marriage between same-sex couples, as opposed to 49% who were against. In this European context, Spain’s position exceeds the average acceptance of marriage between same-sex couples (56%), indicating that the public opinion is close, on this issue, to that of Northern European countries, and is departing from the trend of Southern and Eastern European countries- as noted by the European Commission itself- which mostly fall below the average European acceptance level.**

The latest data provided by the Centro de Investigaciones Sociológicas on the matter are included in its study on “attitude of the young population towards sexual diversity” (no. 2,854), drawn up between November-December 2010, which involved young citizens between 14 and 29 years of age; the result was that 76.8% of those surveyed believed it was acceptable for same-sex couples to marry. In turn, the figures of the Instituto Nacional de Estadística [National Statistics Institute] contained in “natural population movement” statistics indicate that, whilst Law 13/2005 was in force and until December 2011, 22,124 marriages had been held between persons of the same sex. *Although all these figures are not determining per se to assess the constitutionality of the Law being examined,* it is also true that they provide an accurate image of the extent to which marriage right holders feel identified with the institution that is progressively incorporating a partnership between same-sex couples.

If we refer to the opinion of legal scholars to determine the notion of marriage accepted in our legal culture, specialist legal scholars in the matter are not unanimous on the issue. Although there is a growing tendency to recognise the integration of same-sex couples in the institution of marriage is a real situation able to be readily assumed by Spanish legal culture, subject to different appreciations as regards the constitutional link of this institution.

Finally, and taking into account that an analysis of the legal order as a whole may provide an idea about the legal and social scope of the legislative amendment we are now examining — without intending to transform ordinary Law into Constitutional regulations— we must conclude that the institution of marriage is not distorted in any way by the fact, for example, that a marriage between two persons of the same sex is subject to an economic marital regime, whether established in a pre-nuptial agreement or as provided by the Civil Code or applicable Civil rules of the Autonomous Communities. Nor is Inheritance Law harmed by the fact that spouses of the same sex exist as regards inheritance, wills, etc., including specific rules that were traditionally controversial, such as succession in lease agreements. The same applies to those rules regulating personal characteristics derived from a marriage between two persons, such as the preference given to hold certain positions, e.g. representation of an absentee, guardianship or tutelage. Nor are there any particular difficulties in Public Law preventing the applicability to same-sex spouses of any rules that regulate a spouse as a

subject of obligations or rights, such as taxation, Social Security benefits or, even, as regards Criminal Law in cases in which the spouse's position as a victim or offender is relevant. Consequently, except for very specific rules (the Preamble to Law 13/2005 cites Articles 116, 117 and 118 of the Civil Code as cases exclusively applicable to marriage between persons of different gender), the legal regime of marriage and, as a result, the legal image that society is gradually building up, is not distorted by the fact that spouses belong to the same or different sex.

It may be concluded, therefore, that Law 13/2005, within the broad margin granted by Article 32 CE —as interpreted until now— develops the institution of marriage in accordance with Spanish legal culture, without making it unrecognizable for the image held of this institution in modern Spanish society.

The legislator, as suggested by the Council of State in its opinion of December 16th, 2004, on the Draft Bill amending the Civil Code as regards the right to marry (file no. 2628-2004), indicated by the State Lawyer in his allegations, could have favoured other options when deciding to recognise the unions between same-sex couples, using the category of civil unions- used in other neighbouring countries-, which is what the petitioners seem to prefer. However, **this option**, which would have entailed a non-amendment of the classical institution of marriage along with the simultaneous creation of a non-marital regime —with more or less equivalent, albeit different, content— **was not selected by the legislator, who instead decided to generalize the single regime of marriage in favour of any person, irrespective of their sexual orientation.**

This decision conforms to the Constitution and seems to respond to the logic that two legally equivalent relationships —a marriage between different-sex persons and a civil union between same-sex persons—, with similar effects, should be given the same name.

The Spanish legislator, in the same way as other neighbouring legislators, had several options available when deciding to legally recognise same-sex couples, and the option selected upholds the provisions of the constitutional text, without this affirmation prejudging or excluding the constitutionality of any other.

Consequently, from the point of view of marriage as an institutional guarantee, the option chosen by the legislator in this case cannot be reproached as being unconstitutional, within the margin of appreciation acknowledged in its favor by the Constitution. The option was not excluded by the constitutional founder and may fall within the scope of Article 32 CE, interpreted according to an institutional idea of marriage that is gradually becoming more widespread in Spanish and international society, even if not unanimously accepted.

[...]

Law 13/2005 has changed the conditions for the exercise of the constitutional right to marry and this amendment, after analysing European comparative law, the case-law of the Court of Strasbourg and sources of European Union law, manifests itself in the tendency to render equivalent the legal status of homosexuals and heterosexuals.

This change started off with a decriminalization of homosexual conduct (see the pioneer Judgment of the European Court of Human Rights, *Dudgeon v. United Kingdom*, of October 22nd, 1981), and continued by recognizing this anti-discriminatory protection in the event of discrimination on the grounds of sexual orientation (see, amongst others, Judgments of the European Court of Human Rights in cases *Salgueiro Da Silva Mouta v. Portugal*, dated December 21st 1999, § 28, and *L. and V. v. Austria*, of January 9th, 2003, § 48, subsequently gathered in STC 41/2006, of February 13th, and Article 21.1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of December 7th, 2000, as adopted in Strasbourg on December 12th, 2007). Based on the foregoing and the fact that the passing of Law 13/2005 does not entail a limitation on the right to marry but, rather, a change in the conditions in which it may be exercised — within a logical equivalence of legal regimes—, we need to determine whether the challenged regulation prevents heterosexuals from exercising their right, in the same conditions as before, thereby affecting the essential content of their right: our reply to this question is negative.

An acknowledged right to marry in favour of all persons, irrespective of their sexual orientation, means that each individual may marry persons of the same or different gender, which means that this exercise entails full acknowledgement of each one's sexual orientation. This does not affect the essential content of the right, because the possibility of same-sex persons entering into marriage does not denaturalize or transform this right, nor does it prevent heterosexual couples from freely deciding to marry or not to marry.

Heterosexuals are not now subject to a smaller scope of freedom than was recognised to them before the reform, as holders of the right to marry. Both under the current and former regulation, they enjoyed a right to marry with no further limitations than those derived from the legal configuration of applicable requirements to marry, foreseen in the Civil Code.

However, homosexuals now have the choice- which was absent before the legal reform- to marry persons of their same sex, in such a way that respect for their sexual orientation is reflected in the institution of marriage as designed. Thus, *their individual right to marry also includes respect for their own sexual orientation*. As a result, a step forward is being made towards guaranteed personal dignity and the free development of one's personality (Article 10.1 CE), which should be directed at the full effectiveness of fundamental human rights (STC 212/2005, July 21st, FJ 4), apart from being one of the pillars of political order and social peace and, consequently, a fundamental legal value (STC 53/1985, April 11th, FJ 8), without prejudice to the possibility of recognising that the device chosen by the legislator to take this step was not the only one that was technically possible.

Consequently, what the legislator is doing further to the freedom of configuration granted to it by the Constitution is to change the way in which a constitutional right to marry is exercised.

The changes have not affected its content or harmed the right to marry held by

heterosexuals, given that the challenged Law does not make any material amendment in the legal provisions governing the requirements and effects of civil marriage between opposite-sex persons. However, the option applied does not mean that an individual is denied or hindered in his/her constitutional right to marry or not to marry.

It is not a task for the Constitutional Court to examine the wisdom of the legislator's choice, in order to decide whether it is the most adequate or the best alternative (amongst many others, STC 60/1991, March 14th, FJ 5), as we must respect all legislative options provided that they conform to the Constitution.

As indicated by the State Solicitor in his writ of allegations, there were various ways in which to regulate a union between persons of the same sex. The option contained in Law 13/2005, which we are now examining, falls within the logic of the mandate that the constitutional founder integrated into Article 9.2 CE, in order to promote the necessary conditions to ensure that individual and collective freedom and equality are true and effective, backed up by the interpretation already made by this Court as regards the non-discrimination clause of Article 14 CE, where we have included discrimination on the grounds of sexual orientation (STC 41/2006, of February 13th, FJ 3), **along the lines of Strasbourg case-law (amongst others, Judgment of the European Court of Human Rights in case L. and V. v. Austria of January 9th, 2003, § 48).** **Consequently, from the perspective of marriage configured as a fundamental right, Law 13/2005 cannot be reproached for being unconstitutional.**

[...]

Consequently and in accordance with the foregoing arguments, **there is no defect of unconstitutionality whatsoever in the Single Article of Law 13/2005, of July 1st, amending the Civil Code as regards the right to marry.** RULING For all of the above, the Constitutional Court, BY THE AUTHORITY VESTED IN IT BY THE CONSTITUTION OF THE SPANISH NATION, HAS DECIDED To dismiss the action of unconstitutionality brought against Law 13/2005, dated July 1st, amending the Civil Code as regards the right to marry. Let this Judgment be published in the Official State Gazette. his Judgment was handed down in Madrid, on the sixth of November two thousand and twelve.