Verfassungsbeschwerde e recurso de amparo: quale posto per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE?

di Alberto Orlando

Abstract: *Verfassungsbeschwerde and recurso de amparo: what place for the EU Charter of Fundamental Rights?* - From the perspective of the multilevel protection of fundamental rights, the equivalence of the EU Charter of Fundamental Rights to the Treaties has posed new coordination problems at the European level. With reference to direct appeals to the Constitutional Courts, the Bundesverfassungsgericht, with the decision *Right to be forgotten II* (2019) now allows individuals to appeal directly for the violation of the rights established by the Charter. This orientation was not accepted by the Spanish Constitutional Court. This paper, starting from similarities and differences between the German and Spanish models, aims to analyze the existing framework and question the effects that could derive from the consolidation of this diversity of orientation.

Keywords: Amparo; Constitutional appeal; Charter of Fundamental Rights of the EU; Right to be forgotten; Verfassungsbeschwerde.

1. Introduzione

Il ricorso diretto per la violazione dei diritti fondamentali è radicato in varie esperienze costituzionali europee¹. Per quanto le origini di questo istituto debbano rintracciarsi, pur con differenti caratteristiche, negli ordinamenti iberoamericani dell'Ottocento², in Europa possiamo distinguere due modelli

¹ Cfr. R. Tarchi (cur.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2015. In generale, in materia, cfr., *ex multis*, M. Cappelletti, voce *Amparo*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; H. Fix-Zamudio, voce *Amparo*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; H. Fix-Zamudio, E. Ferrer Mac-Gregor (Eds), *El derecho de amparo en el mundo*, Messico, 2006; Id., voce *Recurso individual directo*, in L. Pegoraro (Ed), *Glosario de Derecho constitucional comparado*, Messico, 2012, 337 ss.; M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955; G. Rolla, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012, 63 ss.

² Cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, 268-274 e 577-582. L'idea che gli individui possano ricorrere ad un giudice per la lesione dei diritti costituzionalmente protetti viene elaborata compiutamente in America latina, precisamente nella Costituzione dello Yucatan del 1841, dove nasce come *amparo*. Da lì, tale ricorso ebbe rapida diffusione in tutta l'America centrale e meridionale. È pur vero che già nel 1818 alcune costituzioni tedesche (ad es., Cost. del Granducato di Baden, art. 67, e Cost. del Regno di Baviera, Titolo VII, art. 21) si erano dotate di uno strumento di ricorso per violazione dei diritti costituzionali (*Beschwerde*), da indirizzarsi però al Parlamento, il quale decideva se fare giungere le rimostranze al sovrano. Questo

di riferimento³: il *recurso de amparo* in Spagna e la *Verfassungsbeschwerde* in Germania.

In entrambi i casi, ferme le dovute differenze di cui dirà nel prosieguo, questi istituti consentono ai cittadini dei rispettivi Paesi di adire direttamente il giudice costituzionale in caso di violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale e costituiscono di gran lunga la forma di ricorso più comune al giudice costituzionale⁴.

Nell'ordinamento giuridico europeo, caratterizzato dalla c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali⁵, questi ultimi trovano riconoscimento non soltanto nelle disposizioni contenute nelle Costituzioni nazionali, ma anche in altre fonti di carattere sovranazionale, ossia la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (di seguito, CDFUE), la cui osservanza è garantita dalle rispettive Corti. In particolare, la CDFUE costituisce, come noto, l'evoluzione della Carta di Nizza approvata per la prima volta nel 2000 in forma di dichiarazione non vincolante tra i Paesi membri dell'UE; dal 2009, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, essa però è ormai equiparata ai Trattati, con i quali condivide «lo stesso valore giuridico» (art. 6 TUE). Questa equiparazione, pur senza estendere le competenze dell'UE (così come precisato dallo stesso art. 6 TUE) ha comportato non pochi problemi di coordinamento tra Corti di giustizia e Corti costituzionali⁶.

Con specifico riferimento al ricorso costituzionale diretto, si è posto il problema di considerare ammissibile tale rimedio giurisdizionale a garanzia

primitivo istituto ha costituito l'anticamera del ricorso diretto presente nella Costituzione di Francoforte del 1849 (cfr. *infra*, nota 7) ed evoluto nella Costituzione bavarese del 1919 (art. 93) e in quella austriaca del 1920 (art. 144). Lo stesso *recurso de amparo* introdotto in Spagna con la Costituzione del 1978 guarda più al modello europeo (già presente nella Costituzione repubblicana del 1931, art. 121) rispetto all'antecedente iberoamericano. Cfr. J. Luther, *Idee e storia di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, 1990.

³ Oltre alle ormai storiche esperienze in Austria, Germania e Spagna, alcune tra le più recenti Costituzioni dell'Est europeo, come quelle di Ungheria, Albania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Russia, Croazia, Slovenia e Polonia, consentono, a vario titolo, forme di ricorso diretto alla Corte costituzionale per il singolo individuo che lamenti la violazione di diritti costituzionalmente garantiti.

⁴ In Germania, il 95% dei procedimenti davanti al Tribunale costituzionale federale è avviata attraverso la *Verfassungsbeschwerde*, anche se il numero assoluto di ricorsi diretti è diminuito considerevolmente negli ultimi dieci anni (da circa 6400 a circa 4700): cfr. *Jahresbericht 2022* in *bundesverfassungsgericht.de* (dati 2022). In Spagna la percentuale supera addirittura il 99%: nel 2022, su 8591 procedimenti avviati davanti al Tribunale costituzionale ben 8528 sono stati ricorsi di *amparo*; in questo caso, i numeri dell'ultimo decennio restano abbastanza stabili. Cfr. le *Statistical tables* pubblicate sul sito ufficiale (*tribunalconstitucional.es*).

⁵ Cfr. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in 27(1/6) *Eur. L. Rev.* 511 (2002); A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012; A. Ruggeri, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 3, 2007, 317-346.

⁶ Cfr. F. Viganò, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 481-502; S. Gambino, *I diritti fondamentali tra Unione europea e Costituzioni nazionali*, in *DPCE*, Sp., 2019, 269-294; T. Groppi, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza multilivello*, in E. Paciotti (cur.), *I diritti fondamentali in Europa*, Roma, 2012, 23-39; D. Sarmiento, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe*, in 50(5) *Common Mkt. L. Rev.* 1267 (2013).

dei diritti stabiliti non dalla Costituzione ma dalla CDFUE. A questo riguardo, il modello tedesco e quello spagnolo – che, al di là di alcune differenze strutturali di cui si dirà, presentano comunque importanti analogie – sembrano aver intrapreso strade opposte. Se il *Tribunal Constitucional* spagnolo (di seguito, TC) ha per ora rifiutato di prendere in esame domande che lamentavano la violazione di diritti garantiti dalla CDFUE, al contrario il *Bundesverfassungsgericht* (di seguito, BVerfG), seguendo l'esempio della Corte costituzionale austriaca, ha decisamente aperto alla possibilità di sindacare sulle presunte violazioni di diritti che trovano riconoscimento nella stessa CDFUE.

Di questa profonda differenza di vedute e delle conseguenze che ne possono scaturire si darà conto nel prosieguo del lavoro, dopo aver descritto sinteticamente le caratteristiche e l'evoluzione del *recurso de amparo* e della *Verfassungsbeschwerde* e dopo aver ragionato sulla normatività della CDFUE.

2. La *Verfassungsbeschwerde*: doppia natura del ricorso e rilevanza nella definizione dei rapporti con l'UE

La storia del ricorso individuale diretto in Germania ha, come accennato, alcuni precedenti nelle Costituzioni ottocentesche degli attuali *Länder*, così come nella Costituzione di Francoforte del 1849⁷. Tuttavia, nonostante lunghe discussioni all'interno del Consiglio parlamentare che approvò la *Grundgesetz* del 1949⁸, l'istituto non aveva trovato alcun ancoraggio costituzionale. Esso fu introdotto due anni dopo all'interno della Legge federale sul BVerfG⁹, mentre trovò spazio nella *Grundgesetz* soltanto dopo che se ne era constatata l'efficacia, ossia nel 1969, segnatamente all'art. 93.1¹⁰.

Questa norma riconosce tra i poteri del BVerfG quello di giudicare sui ricorsi costituzionali presentati da chiunque lamenti una violazione da parte del potere pubblico dei suoi diritti fondamentali o dei diritti contemplati da altre specifiche disposizioni costituzionali¹¹. La *Verfassungsbeschwerde* costituisce nettamente la forma più comune di ricorso al BVerfG¹² e, come è stato autorevolmente affermato, conferisce allo Stato tedesco e alla sua

⁷ La Costituzione di Francoforte del 1849 individuava tra le competenze del *Reichsgericht* il giudizio sui ricorsi dei cittadini tedeschi contro violazioni dei diritti garantiti loro dalla Costituzione dell'Impero, demandando alla legislazione imperiale l'estensione di tale diritto d'azione e le modalità del suo esercizio (art. 126, lett. g).

⁸ Cfr. P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, 42.

⁹ *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, vom 12.03.1951*, art. 90.

¹⁰ Art. 93.1, n. 4a, *Grundgesetz*: «La Corte Costituzionale federale decide [...] sui ricorsi di costituzionalità che possono essere promossi da chiunque ritenga di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali o in uno dei diritti previsti dagli articoli 20, quarto comma, 33, 38, 101, 103 e 104» (trad. it. a cura del Servizio studi della Camera dei deputati).

¹¹ Tra i diritti specificamente elencati vi sono il diritto di resistenza (art. 20, quarto comma), l'uguaglianza tra i cittadini (art. 33), il diritto di voto e il principio di rappresentanza nell'elezione del *Bundestag* (art. 38), diritti che attengono alla sfera processuale (artt. 101 e 103) e alla limitazione della libertà personale (art. 104).

¹² Cfr. *supra*, nota 4.

società i caratteri di «Stato dei diritti fondamentali» e di «società dei diritti fondamentali»¹³. Tale strumento, concepito in funzione di aperto contrasto con l'esperienza dittatoriale nazionalsocialista, ha indubbiamente favorito l'elaborazione teorica in materia di diritti fondamentali.

La rilevanza del ricorso diretto è dovuta soprattutto al «doppio carattere» riconosciuto ai diritti fondamentali: questi, da una parte, si presentano come diritti soggettivi in capo ai singoli; dall'altra, costituiscono però elementi dell'ordinamento oggettivo e quindi pilastri dell'impianto giuridico-costituzionale del Paese¹⁴. Tale concezione coniuga quindi la dimensione "soggettiva" con quella "oggettiva" e ha permesso al BVerfG di ampliare considerevolmente il suo ruolo. La stessa Legge sul BVerfG (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*; di seguito, BVerfGG) conferma questa doppia natura del ricorso, laddove lo considera ammissibile nel caso in cui «rivesta un significato giuridico-costituzionale fondamentale», nonché «quando sia finalizzato a far valere» i diritti fondamentali espressamente menzionati nella GG, precisando che questo secondo criterio può concretizzarsi quando «il ricorrente possa subire un pregiudizio particolarmente grave a causa del diniego della decisione nel merito»¹⁵.

Se questa è la natura riconosciuta ai diritti fondamentali, il lavoro del Tribunale costituzionale federale è irregimentato entro i limiti procedurali che caratterizzano il ricorso diretto. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 90, secondo comma, BVerfGG¹⁶, il ricorso può essere proposto solo «previo esaurimento delle vie legali»: questo requisito, oltre ad essere variamente mitigato¹⁷, evidentemente non opera con riferimento ai ricorsi contro atti legislativi¹⁸, per i quali è sufficiente dimostrare l'immediatezza della lesione, che vale come presupposto di ammissibilità per tutti i ricorsi diretti. In

¹³ P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., 43.

¹⁴ *Ivi*, 43-49.

¹⁵ BVerfGG, art. 93a, secondo comma, introdotto con la riforma del 1993 (*Gesetz vom 02.08.1993 – BGBl. I 1993, Nr. 43 vom 10.08.1993, S. 1442*). Cfr. P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, cit., 60.

¹⁶ Questa norma esiste dalla prima versione della BVerfGG (1951) e ha ritrovato, a posteriori, un appiglio costituzionale nel secondo comma dell'art. 94 GG, aggiunto al momento dell'introduzione della *Verfassungsbeschwerde* in Costituzione nel 1969. Tale disposizione prevede che la legge federale sul Tribunale costituzionale federale «per quanto attiene ai ricorsi di costituzionalità [...] può esigere quale presupposto il preliminare espletamento delle consuete vie legali e speciali condizioni di ammissibilità».

¹⁷ Lo stesso art. 90, secondo comma, BVerfGG, stabilisce fin dalla sua formulazione originale un'importante eccezione a questo principio. La Corte, infatti, può assumere una decisione immediata, ossia senza attendere il previo esaurimento delle vie legali, qualora la questione sia di rilievo generale (*von allgemeiner Bedeutung*) o quando l'ordinario esperimento delle vie legali esporrebbe il ricorrente a un grave e inevitabile danno (*schwerer und unabwendbarer Nachteil*). Inoltre, il BVerfG ammette ormai da tempo che può prescindere dall'esaurimento della via legale qualora si tratti di questione su cui esiste giurisprudenza consolidata, attuale e unitaria: cfr. BVerfG 9, 3 (7), 3 dicembre 1958; BVerfG 68, 376 (380), 8 gennaio 1985.

¹⁸ In realtà, sul punto la giurisprudenza costituzionale, in ossequio al generale principio di sussidiarietà, richiede comunque che il ricorrente abbia tentato di esperire tutte le possibilità di tutela giurisdizionale offerte dall'ordinamento: cfr. BVerfG 69, 122 (125), 30 gennaio 1985.

effetti, anche nel tentativo di evitare al Tribunale costituzionale di fare fronte ad un numero ingestibile di ricorsi, la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato tre “presupposti di ammissibilità”: in sintesi, la lesione lamentata dal ricorrente deve essere personale, attuale e immediata¹⁹. Come si vedrà per i ricorsi riguardanti atti dell’UE, si tratta anche in questo caso di presupposti che hanno incontrato orientamenti giurisprudenziali abbastanza estensivi.

L’impianto appena descritto, pur stabilendo regole e limiti procedurali in ordine ai ricorsi diretti, di fatto riserva un ruolo di primissimo piano nell’architettura costituzionale tedesca a questo strumento e, di conseguenza, al BVerfG in generale.

Nell’economia di questo lavoro e in continuità con quanto appena detto, è bene accennare, senza pretesa di esaustività, alle note prese di posizione del BVerfG nei confronti degli atti comunitari e, in generale, del diritto dell’UE²⁰. Fin dalle celeberrime sentenze *Solange I*²¹ e *Solange II*²², il BVerfG ha sempre messo alla berlina le criticità della struttura istituzionale dell’UE e le perplessità sul ruolo delle Istituzioni europee come decisore comune, considerata soprattutto l’assenza di procedure in grado di coinvolgere validamente i cittadini, veri detentori della sovranità. In tal senso, la giurisprudenza costituzionale tedesca ha sviluppato il c.d. *Identitätskontrolle*, ossia un sindacato avente ad oggetto la compatibilità del diritto europeo con l’art. 79.3 GG (immodificabilità dei diritti fondamentali), in combinato disposto con l’art. 38 (diritto di voto e principio di rappresentanza) e con l’art. 20 (fondamenti dell’ordinamento statale). Questo sindacato, come noto, ha riguardato tanto le modifiche dei Trattati europei, quanto altri atti dell’UE di rilevante connotazione politica²³. Ebbene: in tutti questi casi, lo strumento procedurale per addivenire al giudizio del BVerfG è stato appunto il ricorso diretto *ex art. 93 GG*. In particolare, come visto, la sola disposizione tra queste a poter formare oggetto di ricorso diretto è l’art.

¹⁹ La lesione deve essere: a) personale, nel senso che l’atto impugnato deve essere giuridicamente diretto al ricorrente (cfr. BVerfG 51, 386 (395), 18 luglio 1979); b) attuale, e quindi non “virtuale” o potenziale, anche perché altrimenti il ricorso nei confronti delle leggi sarebbe sempre possibile (cfr. BVerfG 60, 360 (370), 18 maggio 1982; BVerfG 72, 1 (5), 12 febbraio 1986); c) immediata, soprattutto nel caso di ricorsi contro leggi, poiché può riguardare solo atti che incidano sul diritto fondamentale del ricorrente indipendentemente da una trasposizione in altro atto, ad es. in un regolamento o provvedimento amministrativo (cfr. BVerfG 53, 366 (389), 25 marzo 1980; BVerfG 61, 260 (274), 20 ottobre 1982; BVerfG 85, 360 (371), 10 marzo 1992).

²⁰ Cfr. P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *DPCE*, 2, 2016, 431-464; Id., *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 1, 2010, 75-100; P. Hilpold, P. Piva, *Da “Solange” a “PSPP”: alla ricerca delle radici di un “dialogo tra Corti” naufragato in un incomprensibile soliloquio*, in *Federalismi.it*, 1, 2021, 57-84.

²¹ BVerfG 37, 271, 29 maggio 1974.

²² BVerfG, 73, 339, 22 ottobre 1986.

²³ Celeberrime e ampiamente commentate dalla dottrina la *Maastricht-Urteil* (BVerfG 89, 155, 12 ottobre 1993) e la *Lissabon-Urteil* (BVerfG 123, 267, 30 giugno 2009).

Il BVerfG è intervenuto anche sulla legittimità di meccanismi di stabilizzazione finanziaria approvati dalle Istituzioni europee: ad es., sullo *European Financial Stability Facility* (EFSF), sul Meccanismo europeo di stabilità (MES), sul *Fiscal Compact*, sul programma PSPP. In particolare, su questa ultima questione (BVerfG 154, 17, 5 maggio 2020), si segnalano i contributi di vari autori in *DPCE Online*, 2, 2020.

38 GG, che stabilisce il suffragio universale per l'elezione dei membri del Bundestag, il carattere diretto, libero, uguale e segreto del voto e il divieto di mandato imperativo²⁴. Pertanto, il "grimaldello" che apre le porte del ricorso diretto è la valorizzazione di contenuti sostanziali del diritto di voto di cui all'art. 38 GG, interpretato non soltanto nel senso di garantire la partecipazione dei cittadini all'elezione del *Bundestag*, ma anche e soprattutto di assicurare la conservazione di competenze essenziali dell'organo parlamentare accanto ad un nucleo costituzionale intangibile e indisponibile, che sublima nella difesa del principio democratico. Questo orientamento è criticato da quella parte della dottrina che lo considera una "iper-valorizzazione", attraverso cui il ricorso diretto finirebbe per diventare strumento per la proposizione di forme di *actio popularis*²⁵. Al contrario, i sostenitori di questa interpretazione ammettono l'utilizzo dell'istituto a difesa di un contenuto così esteso dell'art. 38 GG, poiché in tal modo sarebbe riconosciuto al cittadino un «diritto alla democrazia»²⁶. Quale che sia l'opinione preferita, non si può fare a meno di notare come l'interpretazione estensiva dell'art. 38 GG nei termini anzidetti dovrebbe comunque incontrare un argine nella verifica di quei presupposti di ammissibilità di cui sopra, vale a dire personalità, attualità e immediatezza della lesione. In effetti, tali presupposti – con specifico riferimento all'immediatezza della lesione – non sembrano sempre agevoli da rintracciare nelle decisioni con cui il BVerfG ha sindacato sulla compatibilità dei Trattati o di importanti atti dell'UE; tanto è vero che lo stesso Tribunale sembra avere ormai ammesso una sorta di "affievolimento" dei presupposti di ammissibilità con riguardo ai giudizi di compatibilità degli atti europei con l'impianto giuridico-costituzionale²⁷.

In sintesi, l'atteggiamento del BVerfG e l'evoluzione dell'istituto del ricorso diretto in Germania in relazione alle fonti di diritto dell'UE appaiono chiari²⁸. Anche a costo di "forzare" il dato costituzionale sotto il profilo

²⁴ Art. 38 GG: «I deputati del *Bundestag* sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati o direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza».

²⁵ Cfr. K.F. Gärditz, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in 15(2) *German L.J.* 183 (2014).

²⁶ In dottrina tedesca, cfr. D. Murswiek, *Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns*, in *Juristenzeitung*, 2010, 702 ss.; C. Schönberger, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? - Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 2010, 1160 ss.; D. Murswiek, *Schutz der Verfassung als Bürgerrecht*, in *Juristenzeitung*, 2010, 1164 ss. Cfr. anche A. Di Martino, *The "Openness" of the German Basic Law*, in L. Mezzetti (Ed), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, 109 ss.; P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, cit.

²⁷ Così fa notare R. Caponi, *Salvaguardare l'euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2014, 469-478, laddove, con riguardo ai parametri di personalità, attualità e immediatezza della lesione, riporta che «[...] la Corte tedesca ritiene che questi presupposti non siano necessari, in via eccezionale, quando il ricorso sia indirizzato contro atti interni che approfondiscono l'integrazione tedesca in Europa (in particolare contro leggi di ratifica che recepiscono le modifiche dei Trattati sull'Unione europea)».

²⁸ Cfr. G. Repetto, F. Saitto (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, Napoli, 2021.

contenutistico e procedurale il giudice costituzionale tedesco non rinuncia a svolgere quel fondamentale ruolo di “censore” dell’identità costituzionale tedesca anche e soprattutto rispetto all’espansione del diritto proveniente dall’UE.

3. Il *recurso de amparo*: verso la “oggettivazione” dell’istituto

La Costituzione spagnola del 1978, approvata dopo la fine del regime franchista, prevede espressamente il ricorso di *amparo* costituzionale, menzionandolo nella parte relativa alla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali (art. 53.2)²⁹ e poi nel titolo dedicato al Tribunale costituzionale, in cui si stabilisce la competenza dello stesso Tribunale a giudicare su detti ricorsi (art. 161.1, lett. b)³⁰ e si riconosce la legittimazione a proporre ricorso diretto ad «ogni persona fisica o giuridica che invochi un legittimo interesse, come pure il Difensore del Popolo e il Pubblico Ministero» (art. 162.1, lett. b)³¹. Nello stesso art. 53.2 i Costituenti hanno cura di individuare i c.d. diritti “amparabili”, che trovano menzione e riconoscimento dall’art. 14 all’art. 30 della Costituzione: il catalogo si presenta quindi “chiuso”, ma anche abbastanza ampio, se è vero che queste disposizioni costituzionali ricomprendono l’uguaglianza di fronte alla legge, il diritto alla vita, la libertà personale, di espressione e di insegnamento, il diritto di riunione, associazione e sciopero, il diritto di partecipazione alla gestione pubblica e di petizione, la protezione giudiziale dei diritti, il principio di legalità della pena, l’obiezione di coscienza.

La disciplina dell’*amparo* spagnolo è stata presto precisata con la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* n. 2/1979 (d’ora in poi, LOTC)³², soprattutto con riguardo all’oggetto e al carattere sussidiario del mezzo di impugnazione: l’art. 41.2 esclude il ricorso contro le leggi³³, mentre l’art. 43.1 impone come requisito il previo esaurimento degli altri mezzi di

²⁹ Cost. Spagna, art. 53.2: «Qualsiasi cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e diritti riconosciuti nell’articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo, di fronte ai Tribunali [...] e, se del caso, attraverso il ricorso di amparo di fronte al Tribunale Costituzionale. Quest’ultimo ricorso sarà utilizzabile nel caso dell’obiezione di coscienza riconosciuta nell’articolo 30» (trad. it. a cura della *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*).

³⁰ Cost. Spagna, art. 161.1, lett. b): «Il Tribunale Costituzionale [...] è competente a conoscere: [...] del ricorso di amparo per violazione dei diritti e libertà menzionati nell’articolo 53.2 di questa Costituzione e nei casi e con le forme che la legge stabilisca».

³¹ Cost. Spagna, art. 162.1, lett. b): «Hanno legittimazione [...] per proporre ricorso di amparo, ogni persona fisica o giuridica che invochi un legittimo interesse, come pure il Difensore del Popolo e il Pubblico Ministero».

³² *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*.

³³ Art. 41.2 LOTC: «El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes».

ricorso³⁴.

Gli accorgimenti della LOTC non hanno comunque potuto evitare che l'*amparo* venisse concepito nel tempo come una sorta di “quarto” grado di giudizio, soprattutto perché la lesione più frequentemente lamentata riguardava la protezione giudiziale dei propri diritti e interessi legittimi *ex* art. 24 Cost., ponendosi quindi come una sorta di istanza di revisione delle decisioni dei giudici ordinari³⁵. Ne è scaturito un allarmante intasamento del sistema, che ha messo letteralmente in crisi il funzionamento del TC³⁶. Il legislatore ha provato a domare questa “ipertrofia” con una radicale riforma della LOTC (l. org. 24 maggio 2007, n. 6)³⁷, che, nella sua parte più rilevante e dibattuta, ha introdotto un nuovo requisito di ammissibilità del ricorso, richiedendo con un’espressione enigmatica la *especial trascendencia constitucional* della questione³⁸ e, di fatto, portando a compimento la c.d. oggettivazione dell'*amparo*³⁹: in questo modo, infatti, l’istituto opera a prescindere dalla violazione di un diritto fondamentale lesiva della dimensione soggettiva del ricorrente (*amparo* come tutela), ma invece, in una dimensione oggettiva, si pone come baluardo a difesa dell’interesse pubblico e generale (*amparo* come controllo)⁴⁰. La stessa LOTC (art. 50.1, lett. b) indica, inoltre, i criteri che dovrebbero guidare i giudici del TC nell’interpretazione della locuzione anzidetta: la «speciale rilevanza costituzionale» – se questa traduzione appare plausibile – deve essere valutata in considerazione della sua importanza per l’interpretazione della Costituzione, per l’applicazione e l’efficacia generale della stessa o per la determinazione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali in essa contenuti⁴¹.

³⁴ Art. 43.1 LOTC: «Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos [...] podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente».

³⁵ Cfr. U. Adamo, *L’amparo costituzionale in Spagna: passato, presente e futuro del ricorso diretto al giudice costituzionale tra natura soggettiva e oggettiva del controllo*, in *Consulta online*, 3, 2015, 667; M. Carrillo, *Respuesta*, in AA.VV., *Encuesta sobre la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *TRC*, 18, 2006, 13 ss.

³⁶ Cfr. U. Adamo, *L’amparo costituzionale in Spagna*, cit., 670-674.

³⁷ *Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*.

³⁸ Cfr. D. Ortega Gutiérrez, *La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la STC 155/2009, de 25 de junio*, in *TRC*, 25, 2010, 497-514; J.L. Requejo Pagés, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2008. Jurisdicción constitucional. Derecho procesal constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 85, 2009, 231 ss.

³⁹ Cfr. M. Iacometti, *Il requisito della especial trascendencia constitucional: verso l’oggettivazione del recurso de amparo in Spagna?*, in M. D’Amico, B. Randazzo (cur.), *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1033-1064; R. Romboli, *La protección de los derechos tras la “objetivación” del amparo*, in M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*, Madrid, 2012.

⁴⁰ Cfr. M. Aragón Reyes, *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 85, 2009, 12 ss.

⁴¹ LOTC, art. 50.1, lett. b): «La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: [...] b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia

Gli stessi giudici costituzionali, nel chiarire l'interpretazione da accordare al requisito della «speciale rilevanza costituzionale» sono stati costretti ad ammettere l'ampiezza e l'indeterminatezza dell'espressione e dei tre criteri stabiliti dalla LOTC (sent. 155/2009)⁴². Tuttavia, essi hanno compiuto lo sforzo di enumerare una casistica che comporterebbe la «speciale rilevanza costituzionale» del ricorso: si tratta dei casi in cui manchi una giurisprudenza costituzionale o per i quali il TC intenda chiarire o modificare un orientamento precedentemente espresso; quando la lesione derivi dalla legge o altra disposizione di carattere generale; in caso di contrasto interno alla giurisprudenza ordinaria o di orientamenti giurisprudenziali che in modo generale, reiterato o manifesto risultino contrari rispetto alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale; infine, come clausola di salvaguardia, quando la questione «trascende il caso concreto» e assume una rilevanza generale sul piano sociale, economico o politico⁴³.

Come intuibile, il tentativo – pur encomiabile – del TC di conferire chiarezza alle disposizioni della LOTC si scontra con la necessità di assicurare all'istituto dell'*amparo* una certa "libertà operativa", senza la quale risulterebbe praticamente impossibile addivenire a determinazioni giurisprudenziali nello scivoloso campo dei diritti fondamentali. In tal senso, la stessa casistica individuata nella sentenza del 2009 lascia aperta la porta a non meglio precisate questioni di «rilevanza generale sul piano sociale, economico o politico», riportando – se non *in toto*, quantomeno in parte – il problema al punto di partenza in termini di vaghezza e indeterminatezza del requisito⁴⁴. Alla stessa maniera, il tentativo – altrettanto encomiabile – del legislatore di limitare il numero di ricorsi diretti non sembra aver sortito gli effetti sperati, dato che essa non è riuscita ad evitare la presentazione dei ricorsi, ma ha spostato il problema sulla dichiarazione di inammissibilità degli stessi per mancanza del requisito della *especial trascendencia constitucional*, che comunque comporta un lavoro non di poco conto per il TC⁴⁵.

para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

⁴² *Tribunal Constitucional*, sent. 25 giugno 2009, n. 155: «El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo "justifi[ca] una decisión sobre el fondo [...] en razón de su especial trascendencia constitucional». Cfr., in dottrina, R. Romboli, *Il Tribunal Constitucional spagnolo e le condizioni di ammissibilità del «nuovo» amparo*, in *Quad. cost.*, 1, 2010, 119-123.

⁴³ Cfr. *Tribunal Constitucional*, sent. 155/2009, cit., *Fundamentos jurídicos*, p. 2.

⁴⁴ *Ibid.*: «[...] g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

⁴⁵ Tuttavia, è innegabile che a seguito della riforma il *Tribunal constitucional*, a fronte di un numero sempre elevatissimi di ricorsi di amparo ricevuti, possa decidere oggi con maggiore celerità con declaratoria di inammissibilità per mancanza del requisito della «speciale rilevanza costituzionale»: questa possibilità sta aiutando comunque la Corte a smaltire l'arretrato. Cfr. U. Adamo, *L'amparo constitucional in Spagna*, cit., 714.

Al di là dei risultati ottenuti, il modello spagnolo di ricorso diretto, a differenza di quello tedesco, ha intrapreso, o ha comunque cercato di intraprendere, la strada della c.d. “oggettivazione” dell’istituto, a fronte di una comunanza di elementi procedurali – come la presenza di un catalogo di diritti “ricorribili” e il carattere sussidiario del ricorso – e fattuali – l’elevata frequenza dei ricorsi – che consente comunque di mettere a confronto i due sistemi con riferimento all’oggetto di questo contributo, ossia la ricorribilità diretta davanti ai giudici costituzionali dei diritti riconosciuti nella CDFUE.

4. Considerazioni sulla normatività della CDFUE

Come descritto, il ricorso diretto in Germania e in Spagna è ammesso soltanto in riferimento a determinati diritti fondamentali “ricorribili”, che sono precisamente elencati nei rispettivi testi costituzionali e rimandano ad altre disposizioni costituzionali.

In questo quadro, occorre chiedersi se e come possano venire in rilievo i diritti stabiliti dalla CDFUE, la quale – come accennato in apertura – è atto dell’UE equiparato ai Trattati a partire dal 2009⁴⁶. Tuttavia, questo salto di qualità della Carta in termini di vincolatività non è stato accompagnato da quelle modifiche del testo che avrebbero dovuto precisare meglio la portata della tutela giurisdizionale dei diritti in essa stabiliti⁴⁷. L’unico vero riferimento in tal senso è contenuto nell’art. 52.5 CDFUE, il quale stabilisce le disposizioni della Carta «che contengono principi» possono essere invocate davanti ad un giudice solo ai fini dell’interpretazione e del controllo di legalità di quegli atti, adottati dall’UE o dagli Stati membri, che diano attuazione al diritto dell’UE⁴⁸. In altri termini: non vi sarebbe spazio – o quantomeno la CDFUE nulla specifica in merito – per una tutela giurisdizionale dei diritti contenuti nella CDFUE qualora la questione esuli dall’attuazione del diritto unionale.

Tale timidezza – che trova giustificazione nelle vicende storiche che hanno portato la Carta a passare da dichiarazione di intenti a vero e proprio testo “costituzionale” europeo – appare ancora più fuori luogo se si considera che l’art. 47 della stessa CDFUE riconosce come diritto fondamentale per i cittadini dell’UE il “diritto ad un ricorso effettivo” per la tutela giurisdizionale dei propri diritti e delle proprie libertà: sembra, infatti,

⁴⁶ Art. 6 TUE: «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».

⁴⁷ Cfr. S. Gambino, *I diritti fondamentali fra ‘Carta dei diritti UE’ e “costituzionalismo multilivello”*, in *La cittadinanza europea*, 1, 2020, 47-85; N. Lazzerini, *La carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: i limiti di applicazione*, Milano, 2018; M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; G. Parodi, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2022. Sulle interazioni con il sistema italiano, cfr. A.O. Cozzi, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent’anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2020, 659-715.

⁴⁸ Cfr. R. Cisotta, *Brevi note sulla giurisprudenza sull’art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali ... con uno sguardo in avanti*, in *Oss. fonti*, 1, 2021, 19-80.

quantomeno “stonato” che tale diritto non trovi piena attuazione proprio con riferimento ai diritti sanciti nella CDFUE.

In questo discorso si inserisce anche il dibattito che ha riguardato la formulazione dell'art. 51.1 CDFUE, su cui la Corte di giustizia si è espressa con la nota sentenza *Åkerberg*⁴⁹. L'articolo in questione, infatti, impone l'applicazione delle disposizioni della CDFUE agli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», avendo cura di precisare che la 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» (art. 51.2). Nella sentenza *Åkerberg*, la Corte, sebbene specifica questione non fosse stata sollevata espressamente dal giudice del rinvio, ha confermato e chiarito la propria precedente giurisprudenza che, già prima della Carta di Nizza, imponeva agli Stati membri di conformarsi alle prescrizioni derivanti dai diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'UE nei casi in cui le situazioni concrete ricadessero «nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»⁵⁰. In tal senso, infatti, depongono anche le Spiegazioni relative alla Carta, inclini a sostenere la continuità tra l'interpretazione della Carta e la precedente giurisprudenza in materia di diritti fondamentali⁵¹. Perentoriamente, la Corte ha affermato che «non possono quindi esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione»⁵²; pertanto, «l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta»⁵³. Per quanto chiarito questo punto, in concreto – a partire dallo stesso caso *Åkerberg* – non appare sempre agevole stabilire quanto una questione possa dirsi ricompresa «nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE», considerata anche la *vis expansiva* che inesorabilmente connota il diritto di matrice unionale⁵⁴.

Dato questo quadro, appare indiscutibile il fatto che i giudici statali, compresi quelli costituzionali, siano costretti a confrontarsi, quantomeno nel determinato (o, forse più correttamente, difficilmente determinabile) «ambito di applicazione del diritto dell'UE», con l'interpretazione e l'applicazione dei diritti fondamentali stabiliti dalla CDFUE. Occorre ora verificare come tale applicazione possa avvenire a livello di giurisprudenza costituzionale in quei sistemi in cui – come quello tedesco e quello spagnolo

⁴⁹ CGUE, sent. 26 febbraio 2013, C-617/10. Cfr. in dottrina F. Vecchio, *I casi Melloni e Åkerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2, 2013, 454-456; N. Lazzerini, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2013, 883-912.

⁵⁰ Cfr., per es., CGCE, sent. 29 maggio 1997, C-299/95 (caso *Kremzow*).

⁵¹ Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, 2007/C 303/02, 14 dicembre 2017, Spiegazione relativa all'art. 51 – Ambito di applicazione: «Per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione».

⁵² CGUE, sent. 26 febbraio 2013, cit., par. 21.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. A. Di Stasi, *Parabola evolutiva della sovranità statale ed espansione delle competenze dell'Unione Europea: in particolare i limiti di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Di Stasi, G. Fauceglia, G. Martino, P. Pennetta (Eds), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, 185-218.

– l’ordinamento consente il ricorso diretto per la tutela dei diritti fondamentali e, anzi, questa forma di ricorso costituisce – come descritto nei paragrafi precedenti – la via di accesso al giudice costituzionale largamente più diffusa.

5. I diritti della CDFUE nei ricorsi diretti: le opposte risposte di Karlsruhe e Madrid

A partire dalla equiparazione della CDFUE ai Trattati, è stata la Corte costituzionale austriaca a propendere per prima per la ricorribilità diretta dei diritti sanciti nella CDFUE, operando, con la decisione nota come “*Charta-Erkenntnis*”⁵⁵, un importante *overruling* rispetto all’impostazione tradizionalmente portata avanti in materia di applicazione del diritto dell’UE⁵⁶, ancora prima che la Corte di giustizia si pronunciasse con la sentenza *Åkerberg*.

Senza entrare nei dettagli della decisione specifica e senza poter qui approfondire le peculiarità del sistema austriaco⁵⁷, occorre solo notare come l’impulso austriaco non abbia trovato immediato seguito da parte delle altre Corti, comprese quella tedesca e quella spagnola, rimaste fedeli alla tradizionale impostazione discendente della c.d. *Trennungstheorie* nel solco degli approdi delle sentenze *Solange*.

Tuttavia, nel 2019, ossia a dieci anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il BVerfG ha considerato maturi i tempi per un’inversione di tendenza, con cui, su presupposti diversi da quelli seguiti dalla Corte austriaca, è arrivato a stabilire la sindacabilità dei diritti stabiliti dalla CDFUE in un giudizio promosso davanti a sé mediante ricorso diretto.

La decisione in esame è nota come *Right to be forgotten II*⁵⁸, così chiamata perché resa nello stesso giorno di un’altra sentenza riguardante il diritto all’oblio (*Right to be forgotten I*⁵⁹). L’orientamento appare ancora più singolare e pregnante dato che, a differenza del precedente austriaco, in questo caso il ricorso diretto non lamentava una violazione della CDFUE,

⁵⁵ Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*), sent. 14 marzo 2012, U-466/11. La decisione riguardava la ricorribilità diretta proprio dell’art. 47 CDFUE sul diritto ad un ricorso effettivo sopra menzionato (cfr. *supra*, par. 4).

⁵⁶ Il ragionamento della Corte distingue nettamente tra una applicazione dei diritti fondamentali ante-CDFUE e una post-CDFUE. Intanto – seguendo una logica non del tutto chiara – considera la CDFUE “diversa” dai Trattati, in quanto non facente parte di questi ma “solo” equiparata. Inoltre, una volta che il catalogo di diritti è stato “positivizzato”, la sua valenza deve essere diversa dalle deduzioni sulle posizioni giuridiche soggettive derivanti dai principi giuridici generali, come accadeva appunto prima del Trattato di Lisbona. Pertanto, ad oggi i diritti garantiti dalla CDFUE costituiscono “criterio di controllo” (*Prüfungsmaßstab*) nei procedimenti davanti alla Corte costituzionale. Cfr. Corte costituzionale austriaca, sent. 14 marzo 2012, cit., p. 38.

⁵⁷ Cfr., *amplius*, K. Lachmayer, *La giustizia costituzionale in Austria*, in R. Tarchi (cur.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 101-116; G. Parodi, *Corte costituzionale austriaca e Corti europee*, in G.F. Ferrari (cur.), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, 227-258.

⁵⁸ BVerfG, 152, 216, 6 novembre 2019 (*Right to be forgotten II*). Cfr., in dottrina, G. Repetto, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 329-352.

⁵⁹ BVerfG, 152, 152, 6 novembre 2019 (*Right to be forgotten I*).

ma bensì degli artt. 1 e 2 GG riguardanti la dignità umana e il libero sviluppo della propria personalità. Per comprendere parte delle ragioni di questa decisione, occorre leggerla assieme alla “gemella” *Right to be forgotten I*.

In questo primo caso, la richiesta del ricorrente, che lamentava sempre la violazione degli artt. 1 e 2 GG, riguardava la limitazione di informazioni personali nell’archivio online di una famosa testata giornalistica nazionale, nell’ambito del classico bilanciamento dei diritti della persona con la libertà di stampa e di informazione. Al di là degli aspetti relativi a questo bilanciamento, che hanno comunque portato la Corte ad accogliere il ricorso, ciò che preme qui notare è l’assunto per cui i giudici individuano nei soli diritti fondamentali stabiliti dalla Costituzione tedesca il parametro di riferimento. A questo approdo si perviene perché si reputa che il diritto dell’UE in materia non sia «completamente armonizzato»: pertanto, è necessario che operi un margine di discrezionalità a livello statale in grado di riempire di contenuto le disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali, a condizione che sia garantito quantomeno lo standard minimo previsto dalla CDFUE⁶⁰.

In *Right to be forgotten II*, il caso verteva sulla richiesta di cancellazione di un collegamento online alla trascrizione di un documentario a cui il ricorrente aveva partecipato e che conteneva informazioni disdicevoli per la sua reputazione. In questo caso, il BVerfG, confermando l’esito del precedente grado di giudizio, ravvisava che non sussistesse violazione dei diritti fondamentali del ricorrente, ma curiosamente giungeva a questa conclusione interrogandosi sulla presunta violazione delle disposizioni della CDFUE, nonostante il ricorso lamentasse invece la contrarietà alle disposizioni contenute nella GG. Questa scelta scaturiva dal fatto che, a differenza del caso “gemello”, con riferimento alla specifica materia di cui si discuteva il diritto dell’UE appariva ai giudici “pienamente armonizzato”, in quanto il GDPR e le conseguenti decisioni della Corte di giustizia – sempre secondo l’opinione dei giudici tedeschi – non lascerebbero agli Stati membri un margine di manovra relativo alla regolamentazione in materia di visualizzazione dei risultati nei motori di ricerca⁶¹. Trattandosi quindi di

⁶⁰ BVerfG, *Right to be forgotten I*: «The application of the fundamental rights of the Basic Law as the primary standard of review is informed by the assumption that European Union law, where it affords Member States latitude in the design of ordinary legislation, is generally not aimed at uniformity in fundamental rights protection, but allows for fundamental rights diversity. This then leads to the presumption that the application of the fundamental rights of the Basic Law simultaneously ensures the level of protection of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. [...] An exception to the assumption in favour of fundamental rights diversity in cases where Member States are afforded latitude in the design of ordinary legislation, or a rebuttal of the presumption that the application of the Basic Law’s fundamental rights simultaneously ensures the level of fundamental rights protection of the Charter, should only be considered where there is specific and sufficient indication therefore».

⁶¹ I giudici di Karlsruhe considerano tale fattispecie pienamente armonizzata a livello UE in virtù dell’art. 17 GDPR (rubricato “*Right to be forgotten*”) e della interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, specialmente nel celebre caso *Google Spain* (CGUE, sent. 13 maggio 2014, C-131/12): dall’incrocio di questi dati normativi e giurisprudenziali, sarebbe indubbia l’interpretazione da accordarsi, in via diretta, agli artt. 7, 8 e 16 CDFUE, che riconoscono il diritto alla riservatezza, alla protezione dei dati personali e alla libertà di impresa.

disposizioni pienamente armonizzate, il sindacato del BVerfG non deve riguardare i diritti fondamentali di matrice costituzionale, ma esclusivamente i diritti fondamentali stabiliti a livello europeo nella CDFUE: in questi casi – sostengono i giudici –, il diritto dell'UE ha la precedenza nell'applicazione (*Anwendungsvorrang*) sui diritti fondamentali della GG⁶².

Sebbene il Tribunale espliciti il proprio ragionamento in modo chiaro e lineare, questo presta comunque il fianco ad alcune critiche e ambiguità su cui si tornerà nelle conclusioni.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, al contrario, non ha mai aperto a questo genere di soluzioni. Davanti ai numerosissimi ricorsi di *amparo* pervenuti, il giudizio ha sempre avuto come oggetto i diritti garantiti dalla Costituzione spagnola, in piena coerenza con l'impostazione tradizionale basata sulla *Trennungstheorie*. La Corte spagnola non ha ceduto alla tentazione di estendere il suo sindacato neanche nel delicato e dibattuto caso *Melloni*, primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia operato dal Tribunale costituzionale spagnolo⁶³. Come noto, si trattava dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo, che, stando alla direttiva quadro dell'UE in materia, avrebbe comportato l'obbligo dello Stato spagnolo di consegnare il condannato ad altro Stato membro (nel caso specifico, l'Italia) per l'esecuzione della sentenza. Tuttavia, con ricorso di *amparo*, il ricorrente, sulla base di precedente giurisprudenza costituzionale, lamentava la lesione del proprio diritto ad un processo equo (art. 24.2 Cost. spagnola), poiché lo Stato richiedente non assicurava alcuna possibilità di revisione della sentenza. Il giudice costituzionale spagnolo sospendeva, quindi, il giudizio e chiedeva alla Corte di giustizia la corretta interpretazione dell'art. 53 CDFUE, secondo cui «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri». A tale riguardo, il Tribunale si domandava se questa disposizione consentisse (o meglio, potesse non consentire) di accordare ad un diritto comunque riconosciuto dalla CDFUE (artt. 47 e 48) un livello di protezione più elevato nell'ordinamento interno rispetto a quello europeo.

La decisione della Corte di giustizia (resa nello stesso giorno della sentenza *Åkerberg*) non lasciava dubbi: nella misura in cui il diritto dell'UE rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla CDFUE, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nell'ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale⁶⁴. Davanti a questa risposta, il

⁶² BVerfG, *Right to be forgotten II*: «Regarding the application of legal provisions that are fully harmonised under EU law, the relevant standard of review does not derive from the fundamental rights of the Basic Law, but solely from EU fundamental rights; this follows from the precedence of application of EU law. This precedence of application is subject, *inter alia*, to the reservation that the fundamental right in question be given sufficiently effective protection through the EU fundamental rights that are applicable instead».

⁶³ CGUE, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11 (caso *Melloni*).

⁶⁴ La decisione è stata ampiamente commentata, anche criticamente, in dottrina. Cfr. A. Ruggeri, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013,*

giudice costituzionale spagnolo ingoiava il boccone amaro⁶⁵: da una parte, ricordava la possibilità di azionare i “controlimiti” secondo l’interpretazione dell’art. 93 Cost. fornita dallo stesso Tribunale; dall’altra, però, non ravvisava gli estremi per provvedere in tal senso, reputando nel caso specifico la violazione del diritto ad un processo equo solo “possibile” e “indiretta”. In tal modo, però, pur di non applicare la teoria dei controlimiti, il giudice spagnolo, al primo rinvio pregiudiziale della sua storia, sconfessava la propria giurisprudenza precedente sull’art. 24 Cost., su cui si basavano – come detto – le pretese del ricorrente⁶⁶.

Per ciò che qui è di nostro interesse, la soluzione del faticoso dialogo tra Corti nel caso *Melloni* lascia come corollario la conferma della costante e pacifica giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, che considera “amparabili” soltanto i diritti espressamente richiamati nella Costituzione e contenuti nello stesso Testo costituzionale. In effetti, il Tribunale non prende minimamente in considerazione l’idea di giudicare il caso concreto lanciandosi in una interpretazione degli artt. 47 e 48 CDFUE, magari sostenuta dal disposto dell’art. 53 CDFUE, come possibile oggetto del ricorso. Soluzione che, per quanto estrema, impronosticabile e di dubbia praticabilità, avrebbe tolto qualche imbarazzo ad un Tribunale costituzionale che, al primo caso di rinvio pregiudiziale della sua storia, ha dovuto “piegarsi” ai dettami della Corte di giustizia abbastanza malvolentieri.

Lo stesso orientamento è stato confermato dal TC di recente, proprio in un caso riguardante il diritto all’oblio⁶⁷, la cui tutela ricade nella Costituzione spagnola sotto il dettato dell’avanguardistico art. 18.4, il quale impone limiti all’uso dell’informatica per salvaguardare l’onore e l’intimità personale e familiare dei cittadini e il pieno esercizio dei loro diritti. In questo caso, il Tribunale spagnolo ha formalmente riconosciuto il diritto *ex* art. 18.4 Cost. come oggetto dell’*amparo*, ma di fatto ha compiuto il proprio ragionamento seguendo pedissequamente normativa e giurisprudenza unionale in materia, attraverso la porta dell’art. 10.2 Cost., secondo cui le norme relative ai diritti fondamentali devono essere interpretate in conformità ai trattati e agli accordi internazionali – compresi, evidentemente, i Trattati dell’UE e la Carta ad essi equiparata – ratificati dallo Stato spagnolo⁶⁸. Tale operazione – come evidenziato dalla *dissenting opinion* di due giudici del TC – è stata condotta senza aver adeguatamente individuato gli altri diritti fondamentali parte del bilanciamento: debolezza che si sarebbe forse potuta colmare dedicando più attenzione alle disposizioni

in causa C-399/11, Melloni c. Ministerio Fiscal), in *Diritti Comparati*, 2 aprile 2013; A. Di Martino, *Mandato d’arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*, in *Diritti Comparati*, 2 aprile 2013; M. Iacometti, *Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2013.

⁶⁵ *Tribunal Constitucional*, sent. 13 febbraio 2014, n. 26.

⁶⁶ Così fa notare F. Viganò, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e ‘controlimiti’: la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

⁶⁷ *Tribunal Constitucional*, sent. 29 giugno 2022, n. 89.

⁶⁸ Cfr. R. Alonso García, *El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino “a la alemana” de la CDFUE como parámetro directo de amparo?*, in *Rev. esp. der. eur.*, 82, 2022, 9-16.

costituzionali sulla libertà di informazione e di espressione, quasi “fagocitate” dalla dottrina di matrice unionale sul diritto all’oblio in via di evoluzione e consolidamento⁶⁹.

La situazione appare chiara. I due modelli principali di ricorso diretto operanti in Europa – quello tedesco e quello spagnolo – stanno prendendo direzioni differenti con riguardo alla considerazione dei diritti stabiliti dalla CDFUE come oggetto delle rispettive forme di ricorso. Questa evoluzione porta con sé delle conseguenze che non possono essere trascurate e che arrivano a riguardare i rapporti, in costante evoluzione dialettica, tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo.

6. Tra soluzione tedesca e spagnola: alla ricerca di una “terza via”

Come intuibile, il radicarsi di posizioni completamente opposte sulla “amparabilità” dei diritti sanciti dalla CDFUE pone un vistoso problema di asimmetria territoriale nella garanzia di diritti che dovrebbero definire uno *status civitatis* europeo comune, oltre che imporre i medesimi obblighi ai poteri pubblici di Stati membri differenti⁷⁰. Se, infatti, la stessa disposizione della CDFUE è interpretata in alcuni Paesi (come la Germania) dai giudici costituzionali nazionali, mentre in altri (come la Spagna) i giudici costituzionali si rimettono alle strade classiche dell’interpretazione conforme e delle *Trennungstheorie*, agitando sullo sfondo il baluardo dei controlimiti, allora la tutela “a geografia variabile” appare assai probabile.

Questo effetto si realizza attraverso una differente interpretazione di regole procedurali inerenti allo strumento del ricorso diretto, che però non sorprende se guardiamo alle peculiarità dei due modelli. In effetti, a fronte di una analoga popolarità dell’istituto e a fronte di disposizioni procedurali affini, che individuano già a livello costituzionale con precisione i diritti “ricorribili”, il modello spagnolo si distingue da quello tedesco per un perseguimento più convinto della c.d. oggettivazione del ricorso, la quale passa anche attraverso l’ambiguo parametro della “*especial transcendencia constitucional*”. Al contrario, la *Verfassungsbeschwerde*, consentita anche per i ricorsi contro le leggi, è stata sempre più utilizzata come porta di accesso per ricorsi assai significativi anche da un punto di vista politico, con particolare riferimento ai rapporti con l’UE⁷¹. Pertanto, l’atteggiamento dei giudici costituzionali nella decisione *Right to be forgotten II* non appare certo una novità e svela ancora una volta – se mai ce ne fosse bisogno – l’intenzione di esercitare intensivamente il c.d. *Identitätskontrolle* a Karlsruhe. Inteso in questo senso, il ricorso diretto resta solo sullo sfondo istituto di garanzia dei diritti fondamentali a vantaggio degli individui e diventa, invece, pregnante strumento di “controllo” sull’interpretazione dei diritti fondamentali

⁶⁹ Cfr. *Tribunal Constitucional*, sent. 29 giugno 2022, cit., *Voto particular que formulan el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón respecto de la sentencia pronunciada en el recurso de amparo avogado núm. 5310-2020*.

⁷⁰ Cfr. P. Cruz Villalón, *¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la carta de derechos fundamentales de la UE*, in *An. Iberoam. just. const.*, 25, 1, 2021, 57-85.

⁷¹ Cfr. G. Naglieri, *Il ricorso diretto di costituzionalità nell’era della crisi della politica. Verfassungsbeschwerde e recurso de amparo tra percorsi di innovazione e apertura alla società*, in *Federalismi.it*, 11, 2023, 158 ss.

prospettata dalle Istituzioni dell'UE sulla base delle disposizioni della CDFUE.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare come questo orientamento, oltre a porre i problemi di cui sopra in termini di possibile “disarmonizzazione” del diritto europeo, si muova su un terreno abbastanza scivoloso quando tenta – come fatto dal BVerfG nelle sentenze gemelle sul diritto all'oblio – di distinguere tra discipline pienamente armonizzate, per le quali sarebbe possibile una interpretazione “diretta” del catalogo di diritti della CDFUE da parte delle Corti costituzionali nazionali, e discipline non pienamente armonizzate, per le quali invece le stesse Corti dovrebbero limitarsi all'interpretazione delle norme costituzionali. Inoltre, tale ragionamento forza inevitabilmente le norme – costituzionali e non – sulla *Verfassungsbeschwerde*, le quali prevedono la possibilità di ricorrere per la violazione di specifici diritti garantiti dalla GG. Infine, anche da un punto di vista logico, sia consentito manifestare delle perplessità su un meccanismo quasi “on-off” di attivazione/disattivazione del diritto europeo e di quello nazionale a seconda del grado di armonizzazione della disciplina in un campo così delicato come quello dei diritti fondamentali.

In questo quadro, l'approccio prudente dei giudici di Madrid, che scelgono di limitare l'*amparo* alla garanzia dei soli diritti stabiliti dalla Costituzione (e conseguentemente si rifanno alle indicazioni della Corte di giustizia per l'interpretazione della CDFUE), sembra ancora preferibile, per quanto non esaurisca tutti i profili problematici. Da un lato, permangono, nonostante la sentenza *Ákerberg*, dubbi sulla normatività della CDFUE e sul rapporto delle sue disposizioni con i testi costituzionali. Inoltre, deve registrarsi un dialogo tra Corti costituzionali e Corte di giustizia ancora molto faticoso, in cui l'attivazione dei controlli resta sullo sfondo, ma nella pratica i giudici di Lussemburgo, sorretti dal meccanismo di un rinvio pregiudiziale sempre più “dovuto”⁷², riescono a fare valere la propria posizione anche con riferimento all'interpretazione e all'applicazione dei diritti fondamentali (v. caso *Melloni*). Così si spiega anche l'ambiguità del TC, che, proprio nel recente caso sul diritto all'oblio, ha formalmente deciso sulla violazione di disposizioni costituzionali, ma di fatto ha operato un ragionamento di “mero recepimento” della giurisprudenza della Corte di giustizia, evidentemente inerente a disposizioni contenute nella CDFUE e in altri atti dell'UE.

La questione dell'evoluzione dei modelli di ricorso costituzionale diretto si intreccia, quindi, con la definizione dei rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento dell'UE. Probabilmente, risposte soddisfacenti non possono trovarsi mediante prese di posizione assunte in un contesto isolato e non condivise nello spazio europeo, come continua a preferire il BVerfG; né è pensabile che le Istituzioni europee, dal cui operato passa ormai inevitabilmente la garanzia dei diritti fondamentali in territorio europeo, si impongano d'imperio sulle tradizioni costituzionali dei Paesi membri. La ricerca di soluzioni adeguate, nell'ottica di una tutela multilivello dei diritti, non può prescindere dall'esplorazione di un dialogo tra Corti, che possa attraversare delicati momenti dialettici, ma comunque volti al

⁷² Cfr. L. Melica, *The unconstitutional development of the European legal framework*, in *DPCE*, 3, 2018, 581-630.

raggiungimento di un equilibrio condiviso e, per quanto possibile, destinato a durare nel tempo.

Alberto Orlando
Dip.to di Scienze Giuridiche
Università del Salento
alberto.orlando@unisalento.it