

A tale of two courts. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht nel sistema di tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa

di Francesco Saitto

Abstract: *A tale of two courts. Corte costituzionale and Bundesverfassungsgericht in the System of Integrated Protection of Fundamental Rights in Europe* - This essay undertakes an examination of the process of European integration through a comparative lens, with a specific focus on the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court. The initial segment delves into the *Frontini* and *Solange I* judgments, followed by an analysis of the constitutional case law during the 1980s in the second section. The concluding part addresses decisions that grapple with the issue of the Charter of Fundamental Rights of the European Union as a constitutional yardstick. Despite both constitutional courts addressing similar issues, this paper illustrates the divergence in their approaches, emphasizing the distinct characteristics of their respective systems of constitutional adjudication.

Keywords: Bundesverfassungsgericht; Charter of fundamental rights of the EU; European integration; Italian Constitutional Court.

497

1. Giurisdizione costituzionale e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: inquadramento del problema

In questo contributo, si vuole esaminare, in relazione al processo di integrazione europea, il percorso parallelo di due corti costituzionali – quella italiana e quella tedesca –, partendo dagli anni Sessanta per giungere sino ai più recenti sviluppi. L'idea non è quella di ricostruire analiticamente le numerose questioni con cui gli ordinamenti presi in considerazione si sono confrontati negli anni. Piuttosto, raccontandone gli sviluppi¹, l'obiettivo è di soffermarsi su alcune tendenze – utili per spiegare le tensioni più recenti sorte dopo il riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE del medesimo valore giuridico dei Trattati – che sono emerse sul piano dei

¹ Il titolo del lavoro, che ovviamente richiama il libro di Charles Dickens, *A Tale of Two Cities*, è stato utilizzato anche, guardando ai rapporti tra Corte EDU e Corte di Giustizia, in S. Douglas-Scott, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in 43(3) *Common Mkt. L. Rev.* 629 (2006).

rapporti tra ordinamenti e tra giurisdizioni in relazione al progressivo definirsi di un sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali.

In proposito, saranno isolati due differenti approcci che, a partire dalla concezione stessa del processo di integrazione, per quanto apparentemente convergenti, non possono essere considerati pienamente equivalenti e devono essere compresi alla luce delle specificità ordinamentali in base alle quali i giudici costituzionali presi in esame sono chiamati ad operare nei rispettivi contesti di riferimento. Una volta ricostruiti gli elementi caratterizzanti i due “cammini comunitari” prescelti, nell’ultima parte, si focalizzerà l’attenzione sui modi in cui i giudici costituzionali italiani e tedeschi hanno, dopo il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, fatto ricorso alla Carta come parametro di giudizio, incidendo su assetti che sembravano ormai divenuti, nonostante fossero tendenzialmente stabilizzati, assai usurati.

Non può essere negato, del resto, che, in seguito al riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dell’UE del medesimo valore giuridico dei Trattati, qualcosa nel rapporto tra ordinamenti e tra giurisdizioni in Europa sia cominciato a cambiare. Si è, in particolare, aperta una sfida nuova che investe la giurisdizione costituzionale. Rispetto ad essa, si è iniziato a parlare di un vero e proprio rischio «displacement»², da collegarsi a una sempre più pervasiva *incorporation* delle garanzie imposte a livello europeo³. Negli ultimi anni, infatti, la progressiva costituzionalizzazione del diritto sovranazionale ha inevitabilmente finito per ripercuotersi non solo sulla forza normativa delle costituzioni nazionali, ma soprattutto sulla capacità di intervento dei giudici costituzionali accentrati. Si è reso, dunque, necessario ragionare su forme di coordinamento che, abbandonate le logiche di un sistema costruito sull’idea di un ordine perfettamente predeterminabile, tenessero conto dell’effettiva armonizzazione tra i livelli sostanziali di protezione⁴ e che, però, al contempo, includessero stabilmente il giudice costituzionale in quella che potrebbe definirsi la giurisdizione costituzionale europea.

In un quadro più generale, entro il quale è possibile riscontrare una tendenza all’espansione dell’ambito di applicazione del diritto dell’UE⁵, per

² Si v. J. Komárek, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in 12(3) *Int’l J. Const. L.* 525 (2014); in replica M. Dani, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: A Reply to Jan Komárek*, in 15(3) *Int’l J. Const. L.* 785 (2017). Del cammino comunitario come un percorso di progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale, A. Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 12.

³ A. Torres Pérez, *The Federalizing Force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in 15(4) *Int’l J. Const. L.* 1080 (2017)

⁴ Si v. in proposito P. Ridola, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 242. Con riferimento alla sfida che rappresenta l’integrazione materiale tra ordinamenti per gli stati costituzionali, si v. A. Schillaci, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, Napoli, 2012.

⁵ Accelerata, per esempio, dall’imporsi dell’obbligo di interpretazione conforme e dal progressivo allentamento, sul piano dogmatico, dei requisiti al ricorrere dei quali è collegato il riconoscimento dell’effetto diretto: in merito, diffusamente, F. Costamagna, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell’ordinamento dell’Unione europea*, Torino, 2022, ma anche, con particolare attenzione alla diretta applicabilità della Carta, M.E.

individuare un momento in cui più precisamente si può constatare un'accelerazione del processo che, tuttora in atto, sta mettendo in discussione i protocolli definitisi tra gli anni Settanta e Ottanta per disciplinare i rapporti tra ordinamenti in Italia e Germania, è necessario risalire al 2013. È, infatti, con le decisioni *Fransson* e *Melloni*⁶, depositate il medesimo giorno, che la Corte di Giustizia ha impostato gli elementi fondamentali di una svolta, proponendo un'interpretazione degli artt. 51 e 53 della Carta sostanzialmente in grado di erodere in modo potenzialmente significativo la giurisdizione delle corti costituzionali nazionali⁷. È dopo quelle sentenze, pertanto, che si può riscontrare una crescente consapevolezza della necessità di ripensare il rapporto tra corti e ordinamenti, in modo da ristabilire un più equilibrato sistema di relazioni tra le giurisdizioni. Si può trovare riscontro di quanto riferito sia nel dibattito italiano sulla tenuta della "regola *Granital*"⁸, sia nel confronto tedesco sull'inadeguatezza della teoria della separazione dei parametri (*Trennungsthese*)⁹.

Nonostante alcune significative convergenze, ad un esame più attento non deve stupire, però, che l'impostazione dei problemi e, di conseguenza, le soluzioni proposte dalle due corti prese in considerazione siano solo in parte sovrapponibili. E, come già tra gli anni Settanta e Ottanta, per spiegare le differenze cui si è accennato è necessario ancora una volta leggere i più recenti sviluppi attraverso le specificità processuali che connotano i sistemi di *constitutional adjudication*.

Gennusa, *Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*, in *Diritti Comparati*, 1, 2023, 152 ss.

⁶ Corte di Giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson* e Corte di Giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*. In seguito, sul punto, a ulteriore precisazione di quanto stabilito nel 2013 e con specifico riferimento all'ordinamento tedesco, si v. Corte di Giustizia (Grande sezione), 29 luglio 2019, C-476/17, *Pelham*, §§ 78 ss., spec. § 80; nello stesso senso anche Corte di Giustizia (Grande sezione), 29 luglio 2019, C-469/17, *Funke Medien Gruppe*, § 32 e Corte di Giustizia (Grande sezione), 29 luglio 2019, C-516/17, *Spiegel-Online*, § 21.

⁷ 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.

⁸ Rispetto al quale si rinvia, in particolare, ai contributi di A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 2017, 1 ss. e M. Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, 1 ss.

⁹ Nei prossimi paragrafi si tornerà sul punto più diffusamente. Intanto, per questo ampio confronto, si rinvia a C. Franzius, *Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa*, in *EuGRZ*, 2015, 139 ss.; D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *JZ*, 2015, 53 ss.; Id., *Separation versus Fusion—or: How to Accomodate National Autonomy and the Charter*, in 9(3) *Eur. Const. L. Rev.* 391 (2013); C. Calliess, *Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union—Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem Bundesverfassungsgericht*, in *JRP*, 2015, 17 ss.; M. Bäcker, *Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte*, in *EuR*, 2015, 389 ss.; G. Britz, *Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof*, in *EuGRZ*, 2015, 275 ss. e J. Masing, *Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes*, in *JZ*, 2015, 477 ss.

In Germania, in particolare, per quanto la percezione della tendenza espansiva della Corte di Giustizia fosse ben chiara, con specifico riferimento alla difesa della giurisdizione costituzionale è stato percepito il rischio che, a partire da *Fransson e Melloni*, venisse messa in discussione la regola per cui la legittimità della disciplina di recepimento, qualora residui un margine di discrezionalità, va giudicata ricorrendo al parametro nazionale di giudizio. La presa di posizione della Corte di Giustizia, al di là dell'interpretazione ampia del concetto di "attuazione" in *Fransson*, presuppone, infatti, la possibilità che negli ambiti parzialmente armonizzati sia possibile astrattamente ricorrere sia al parametro nazionale sia al parametro europeo. Ciò riflette un'idea di "applicabilità parallela" dei cataloghi: un principio in irriducibile contrasto logico con l'impostazione – fortemente difesa negli anni dal *Bundesverfassungsgericht* – della separatezza dei parametri secondo cui questi si porrebbero in una logica di rigido *aut-aut*. Secondo la Corte di Giustizia, invece, se l'ambito è parzialmente determinato, l'art. 53 CDFUE opera come norma di salvaguardia minima, i cui effetti sono da chiarirsi in base ai cd. "limiti *Melloni*". Nello specifico, fermo restando che è comunque utilizzabile la Carta se la disciplina rientra nel suo ambito di applicazione, è anche possibile ricorrere al parametro nazionale nel caso in cui non ne venga compromesso il livello di tutela e non si mettano in discussione primato, unità ed effettività del diritto dell'Unione¹⁰. Nel caso in cui il diritto dell'UE sia integralmente determinato, d'altro canto, non sarebbe possibile in nessun caso ricorrere al parametro nazionale. In quest'ultima costellazione, l'art. 53 CDFUE sarebbe, dunque, una norma volta a risolvere esclusivamente eventuali conflitti intra-sistemic.

In Italia, i motivi di tensione legati alle due decisioni sembrano altri. La reazione a *Fransson*, infatti, non verte tanto sul problema della tenuta della regola del grado di determinazione come base per stabilire la giurisdizione costituzionale. Del resto, in Italia, quel criterio, seppur utilizzato, non è mai riuscito a imporsi come il principale strumento per stabilire la giurisdizione costituzionale. Piuttosto, assume una specifica minacciosità la diretta applicabilità della Carta da parte dei giudici comuni, specialmente nel caso in cui il contrasto non si configuri come puntuale, ma derivi da una presunta incompatibilità di una legge interna con norme di principio. La "regola *Granital*", infatti, sancita come noto con la sent. n. 170 del 1984, sembra escludere in radice l'ammissibilità di una questione qualora sia riconosciuto che un articolo della Carta è dotato di effetto diretto.

Entrambe le corti costituzionali, dunque, per motivi diversi, vedono potenzialmente ridotta l'estensione della loro giurisdizione. Nella sua giurisprudenza, tuttavia, la Corte di Giustizia sembra aver colto il malessere delle corti costituzionali di fronte al tentativo di rafforzare la sua giurisdizione di rilievo costituzionale in materia di diritti fondamentali. Lungi dal reagire sancendo la necessità di escludere le corti costituzionali dall'unità funzionale delle giurisdizioni in Europa, seppur tra molte cautele e ribadendo alcuni *caveat*, ha, per un verso, cercato di chiarire gli spazi di utilizzabilità del parametro nazionale, riconoscendo il rilievo del margine di

¹⁰ Corte di Giustizia (Grande sezione), 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, § 60.

discrezionalità nel recepimento¹¹, e, per altro, ha spiegato che è ammissibile immaginare che il giudice *a quo* possa ritenere più *appropriato* agire prima di tutto ponendo una questione di legittimità costituzionale, sollevando solo alla fine un eventuale rinvio pregiudiziale¹². Non è possibile approfondire ulteriormente in questa sede¹³. Basti per il momento sottolineare che ciò pone l'esigenza di considerare – con particolare riferimento al caso italiano – se non sia lo stesso diritto dell'Unione a rendere inopportuno un orientamento giurisprudenziale che impedisca come regola generale la possibilità che si pronunci prima di tutto la Corte costituzionale nazionale, qualora ciò possa comunque rivelarsi funzionale a garantire proprio il primato e l'effettività dei diritti fondamentali europei, grazie alla capacità di rimediare a una sistematica situazione di incertezza del diritto generata sul piano della giurisdizione ordinaria o legata alle reticenze di una pubblica amministrazione di dare piena e diretta applicazione al diritto dell'Unione¹⁴. Del resto, la stessa Corte costituzionale italiana ha da tempo rilevato come certezza del diritto e primato siano due facce della stessa medaglia nel momento in cui, sebbene impossibilitata a intervenire in base alla “regola *Granital*”, non rinunciava però a ricordare come all'obbligo di non applicare dovesse corrispondere un necessario impegno ad abrogare la disciplina interna che altrimenti sarebbe rimasta sostanzialmente in vigore, generando una possibile confusione negli operatori¹⁵.

2. C'era una volta. Diritti fondamentali e primato del diritto comunitario tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta

¹¹ Si v., per una visione di insieme, C. Bilz, *Margin of Appreciation der EU-Mitgliedstaaten*, Tübingen, 2020 e M. Wendel, *Europäischer Grundrechtsschutz und nationale Spielräume*, in *EuR*, 2022, 327 ss. In merito, anche, M.E. Bartoloni, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, 55 ss. Cfr. poi *supra* nt. 6 per alcuni riferimenti giurisprudenziali.

¹² Si v., in particolare, Corte di Giustizia (Grande sezione), 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki* e Corte di Giustizia (Quinta Sezione), 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e altri*. Sul rilievo di questa giurisprudenza, si v. con accenti critici R. Mastroianni, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 5, 2014, 4089 ss.

¹³ Sui problematici rapporti tra corti costituzionali e Corte di Giustizia si sofferma D. Tega, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, spec. 620 ss.

¹⁴ Sembra confermare, di recente, questo atteggiamento di apertura, sensibile alle specificità nazionali dei vari ordinamenti, un passaggio della sentenza Corte di Giustizia (Grande sezione), C-350/20, 2 settembre 2021, *O.D. e a. contro Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS)*, § 40. Si considera, infatti, ammissibile sul punto il rinvio pregiudiziale anche in ragione del fatto che la Corte costituzionale, che lo aveva effettuato (ord. n. 182 del 2020), è da ritenersi nel caso specifico non «il giudice chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali, bensì un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto».

¹⁵ Corte cost., sent. n. 389 del 1989, cons. in dir., p.to 4.

Il processo di integrazione ha sempre richiesto di ragionare sul “posto” che avrebbe dovuto essere riconosciuto alle corti costituzionali nei sistemi accentrati. È per questo che, per inquadrare meglio e comprendere i più recenti sviluppi, sembra necessario tornare al tempo in cui i protocolli che oggi sono messi in discussione vennero definiti.

Negli anni Sessanta, effetto diretto¹⁶ e primato¹⁷, nonostante la loro indubitabile forza dirompente, non sembrano ancora imporre una soluzione univoca in capo agli Stati membri sui modi in cui inverte l'immediata applicabilità del diritto comunitario. I due principi richiamati, nella loro combinazione, lasciano già intravedere, tuttavia, a certe condizioni, un possibile effetto *displacement* delle giurisdizioni costituzionali nazionali. Al tempo, si pongono soprattutto due problemi. In primo luogo, a valle dell'individuazione delle clausole di apertura, occorre giustificare come possa essere riconosciuta ad atti estranei al proprio ordinamento la capacità di produrre effetti immediatamente tra i privati, inserendoli in un quadro ordinato di rapporti tra fonti; in seguito, è anche necessario verificare che, una volta riconosciuta ad essi la forza di produrre effetti, sia comunque garantito un certo livello di protezione dei diritti fondamentali sia sul piano processuale (i.e. diritto di agire in giudizio), sia su quello sostanziale (un livello di protezione comparabile per i vari diritti rispetto ai quali gli atti comunitari producono eventuali limitazioni).

Sul primo problema – il rapporto tra fonti comunitarie e fonti nazionali – è lo stesso Avvocato generale Maurice Lagrange nelle sue conclusioni al caso *Costa* a soffermarsi. In quella occasione – dopo aver ammesso che il tema si pone solo per le leggi nazionali posteriori al Trattato o a un regolamento, in quanto per le altre si potrebbe parlare di «abrogazione tacita», ed esclusivamente nei due ordinamenti che al tempo hanno effettivamente una giurisdizione costituzionale accentrata (Germania e Italia)¹⁸ – viene suggerito alla Corte di considerare che la modalità con cui rispondere all'esigenza che al diritto comunitario sia in concreto riconosciuto effetto diretto venga lasciata ai singoli ordinamenti trattandosi «di questioni relative alla ripartizione delle competenze fra le giurisdizioni». Non sarebbe compito della Corte di Giustizia risolvere, pertanto, una volta per tutte questo dilemma, in particolare imponendo un obbligo diretto di disapplicazione. Del resto, se il giudice comune è obbligato dal suo

¹⁶ Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, Causa 26-62, *van Gend & Loos*.

¹⁷ Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, Causa 6-64, *Costa c. E.N.E.L.*; sulla combinazione di queste due pronunce, R. Luzzatto, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, 15 ss. Sul contesto e il significato delle fondamentali decisioni della Corte di Giustizia *van Gend en Loos* e *Costa*, si v. W. Phelan, *Great Judgments of the European Court of Justice*, Cambridge, 2019, rispettivamente 31 ss. e 58 ss., J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in 100(8) *Yale L.J.* 2403 (1991) e, in particolare sulla sentenza *Costa*, A. Arena, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. Enel*, in 30(3) *Eur. J. Int'l L.* 1017 (2019).

¹⁸ Per le sue peculiarità non è al tempo preso in considerazione il *Conseil constitutionnel*, su cui, però, per una ricostruzione delle sue prerogative, si v. almeno M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014; sul rapporto con il diritto dell'Unione e la Convenzione EDU, si v., di recente, sinteticamente A. Di Martino, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *DPCE*, 3, 2019, 765 ss.

ordinamento a sollevare questione di legittimità costituzionale per essere autorizzato a non applicare, «è certo che il giudice» dovrebbe «limitarsi al rinvio dinanzi» al giudice costituzionale, il quale in un secondo momento potrebbe interrogare la Corte di Giustizia al fine «di interpretare il Trattato»¹⁹.

Anche con riferimento al secondo problema – la qualità della tutela dei diritti fondamentali apprestata a livello sovranazionale – dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emergeva, però, un quadro piuttosto problematico. È da subito evidente, infatti, che la diretta applicabilità del diritto comunitario può implicare un inammissibile vuoto di protezione, non essendovi a quel livello un catalogo di diritti capace di fungere da parametro di validità degli atti di diritto derivato. La delicatezza della questione si definiva, inoltre, anche in ragione del dubbio sulla sussistenza di forme processuali idonee a portare le singole rivendicazioni individuali davanti al giudice del Kirchberg²⁰. Nonostante le rassicurazioni attraverso il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni, confermando che i cataloghi nazionali non potevano trovare applicazione per sindacare il diritto derivato comunitario, la decisione *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 si sarebbe rivelata particolarmente problematica, specialmente per la sensibilità tedesca. In essa, infatti, si afferma che il principio del primato opera anche nei confronti delle norme di rango costituzionale, con ciò precludendo nei vari casi potenzialmente coinvolti la possibilità di utilizzare il catalogo nazionale. Nel caso tedesco, ad essere inutilizzabili sarebbero stati i *Grundrechte* e, di conseguenza, preclusa sarebbe stata la possibilità di ricorrere dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*²¹.

Gli approcci seguiti in Italia e in Germania sarebbero stati, da subito, molto diversi, quasi speculari. In particolare, la Corte italiana, la cui giurisdizione è fondamentalmente costruita intorno alla verifica della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti equiparati (*Verfassungsgerichtsbarkeit* in senso stretto), avrebbe guardato con

¹⁹ AG Lagrange, Conclusioni (25 giugno 1964) alla sentenza *Costa*, spec. 1161-1166.

²⁰ Si fa riferimento in particolare – entrambe decisioni pronunciate contro l’Alta autorità della comunità europea del Carbone e dell’Acciaio – a Corte di Giustizia, 4 febbraio 1959, C-1/58, *Stork e a.* e Corte di Giustizia, 15 luglio 1960, Cause riunite C-36, 37, 38-59 e 40-59, *Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH, Gettling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG*. In quest’ultima, in particolare, oltre a ribadire l’impossibilità di far riferimento alle costituzioni nazionali, si precisava anche che «il diritto comunitario, quale risulta dal Trattato C.E.C.A., non contiene alcun principio generale, esplicito od implicito, che garantisca il mantenimento delle situazioni acquisite» (p. 859). Non è un caso che sia stato sottolineato che, in seguito, «la decisione strategica di porre il principio non scritto della tutela dei diritti fondamentali (e di conseguenza l’insieme delle costituzioni nazionali) a fondamento del diritto comunitario» è stata considerata come una mossa preventiva della Corte di Giustizia per affermare il *primato* del diritto europeo»: così M. Dani, A.J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo*, Napoli, 2022, 53. In merito, cfr. anche J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, cit., spec. 2417 ss. Si v., su questi sviluppi, almeno le sentenze *Stauder* (Corte di Giustizia, 12 novembre 1969, C-29/69), *Internationale Handelsgesellschaft* (Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70), *Nold* (Corte di Giustizia, 14 maggio 1974, C-4/73) e *Hauer* (Corte di Giustizia, 13 dicembre 1979, C-44/79).

²¹ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

preoccupazione alla possibilità che fosse il giudice comune a non dare applicazione a un atto dotato di forza di legge successivo nel tempo rispetto a un regolamento. Leggendo il processo di integrazione secondo una concezione formale, ovvero prevalentemente dentro una logica di rapporto tra fonti, negli anni, la Corte sarebbe dunque passata, per risolvere eventuali antinomie, dal criterio cronologico (sent. n. 14 del 1964) – quando alla interpretazione facoltizzante dell’art. 11 Cost. si era legata l’impossibilità di poter utilizzare il diritto comunitario come parametro interposto secondo un itinerario analogo a quello costruito per l’art. 76 Cost. – al riconoscimento (più o meno esplicito) del primato, con il solo controllo sui controlimiti, nel 1973. In quel momento, non solo si prelude al passaggio verso il criterio gerarchico (che come noto sarebbe stato esplicitato solo nel 1975 con la sent. n. 232²²), ma, soprattutto, si parla di coordinamento tra ordinamenti (sebbene separati e distinti), si fa riferimento all’art. 11 Cost. come norma che detta un preciso indirizzo politico, si tratteggiano i “controlimiti”, di fatto permettendo al diritto comunitario di derogare anche al diritto di rango costituzionale che non rientrasse in quella categoria e, infine, si afferma che a livello comunitario la tutela dei diritti è perfettamente adeguata, tanto più che ad essere investiti sono i soli rapporti economici²³. Da quest’ultimo punto di vista, nella sentenza n. 183 del 1973, la Corte nega che vi sia il rischio di conculcamento dei diritti in ragione del processo di integrazione²⁴. La

²² Nel 1975, infatti, i giudici di Palazzo della Consulta – chiamati a sciogliere il nodo lasciato aperto nel 1973 sul modo in cui garantire in concreto il riconoscimento del primato – si sarebbero attribuiti il potere di dichiarare l’incostituzionalità della legge interna successiva incompatibile con un atto comunitario dotato di effetto diretto, usando come parametro interno l’art. 11 Cost. ed escludendo il potere dei giudici di non applicare direttamente la legge (Corte cost., sent. n. 232 del 1975, cons. in dir., p.to 8). Anche Barile, in un suo risalente lavoro, pur riconoscendo la primazia, entro certi limiti anche costituzionale (712-713), al diritto comunitario nelle sfere di competenza conferite (707), sottolineava come il controllo sulla conformità «delle norme primarie interne a quelle comunitarie e di queste alla Costituzione spetta alla Corte costituzionale»: si v. in questo senso P. Barile, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali primarie italiane*, in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 715 ss., 718 per la citazione e, nello stesso senso, Id., *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 35 ss.

²³ Una prima anticipazione del nuovo orientamento si era avuta già con la sent. n. 98 del 1965. Si v. però il p.to 7 del cons. in dir. della sent. n. 183 del 1973, dove viene superata una sostanziale ambiguità di quella decisione (cons. in dir., p.to 2). Mette in evidenza questo dato P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2411. La sentenza *Granital* avrebbe portato poi l’idea del coordinamento come un principio costituzionale imposto alla Repubblica alle «estreme conseguenze», secondo una concezione per la quale «l’art. 11 si pone come “garante” della coesistenza di due ordinamenti giuridici [...] ciascuno legittimato ad operare nell’ambito di competenze ad esso assegnato»; così E. Cannizzaro, *Il diritto dell’integrazione europea*, Torino, 2022, 326.

²⁴ Cons. in dir., p.to 9: «la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall’art. 189 del Trattato di Roma limitatamente 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». Si v. in proposito, criticamente, P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, cit., 2415-6. Ma già, come

soluzione adottata nel 1973 appare mossa, pertanto, a differenza di quanto sarebbe stato sostenuto l'anno successivo dal *Bundesverfassungsgericht* in *Solange I*, dalla convinzione che a livello europeo le garanzie dei diritti fossero sostanzialmente equiparabili a quelle offerte a livello nazionale.

D'altro canto, in Germania, il Tribunale tedesco aveva già sostanzialmente riconosciuto tra il 1967²⁵ e il 1971²⁶ primato ed effetto diretto, sancendo che non era possibile sollevare questioni di legittimità costituzionale aventi per oggetto direttamente un regolamento comunitario, che non era costituzionalmente ammissibile "ratificare" o abrogare un atto comunitario e, soprattutto, che i giudici specializzati erano chiamati a dare immediata applicazione a un atto di diritto comunitario dotato di effetto diretto²⁷. A differenza di quanto visto con riferimento alla Corte italiana, invece, specifici dubbi sarebbero sorti proprio con riferimento alla capacità dell'ordinamento comunitario di garantire un'adeguata protezione dei diritti fondamentali. La dottrina, in particolare, aveva già ampiamente denunciato il rischio che primato ed effetto diretto in assenza di un catalogo di diritti fondamentali avrebbero potuto rappresentare una severa minaccia per la garanzia dei *Grundrechte* dei cittadini tedeschi²⁸. Quando, infine, nel 1974²⁹, si presenta l'occasione di esaminare un eventuale contrasto con i diritti fondamentali da parte del diritto comunitario immediatamente applicabile, la questione non è, pertanto, del tutto inedita. Anzi, essa pendeva proprio dal 1967 come una spada di Damocle: il Tribunale, al tempo, aveva infatti rinviato ogni valutazione sulla possibilità di configurare un controllo usando come parametro il catalogo dei diritti fondamentali nel caso in cui la controversia, a differenza di quella decisa in quel caso, si fosse rivelata ammissibile³⁰. Con *Solange I*, sollecitato di nuovo sul punto, peraltro nell'ambito del medesimo procedimento nel corso del quale la Corte di Giustizia aveva sostanzialmente precisato che il primato deve operare anche nei confronti delle norme di rango costituzionale (la già richiamata *Internationale Handelsgesellschaft*), il *BVerfG* – nello specifico il Secondo Senato – ritiene che, in effetti, a livello europeo lo *standard* di protezione

detto, nella sent. n. 98 del 1965, cons. in dir., p.to 2, si legge che «l'ordinamento comunitario assicura la tutela giurisdizionale contro gli atti dei suoi organi che riguardano singoli soggetti (il solo punto ritenuto rilevante dal giudice *a quo*): appresta infatti una protezione mediante impugnazione ad una Corte di giustizia che [...] ha il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che compongono il suo sistema e che è costituita ed opera *secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento giurisdizionale*» (enfasi aggiunta).

²⁵ *BVerfG*, 1 BvR 248/63 e 216/67 del 18 ottobre 1967, Rn. 13-18, in particolare dove si legge che gli atti delle autorità sovranazionali «non devono essere confermati ("ratificati") dagli Stati membri, né possono essere da essi abrogati» (Rn. 13).

²⁶ *BVerfG*, 2 BvR 225/69 del 9 giugno 1971, Rn. 94-97.

²⁷ Si veda sull'evoluzione di questa linea giurisprudenziale del *BVerfG*, S. Simon, *Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess*, Tübingen, 2016, 55 ss.

²⁸ H.H. Rupp, *Die Grundrechte und das Europäische Union*, in *NJW*, 1970, 353 ss.

²⁹ *BVerfG*, 2 BvL 52/71 del 29 maggio 1974. La decisione dispone che la questione è ammissibile (Rn. 38), pur respingendo i dubbi di legittimità costituzionale (Rn. 60 ss.).

³⁰ *BVerfG*, 1 BvR 248/63 und 216/67 del 18 ottobre 1967, Rn. 21.

materiale non sia comparabile rispetto al grado apprestato su base nazionale a tutela dei diritti fondamentali. È di conseguenza necessario, nel caso in cui si rinvenga in fase applicativa una lesione di un *Grundrecht*, opporsi a primato ed effetto diretto. In casi del genere, il Tribunale, forzando le regole processuali in punto di ammissibilità dei procedimenti attivati ai sensi dell'art. 100 I LF, si riserva di ordinare che quell'atto di diritto comunitario, sebbene valido (in quanto appartenente a un diverso ordinamento), non avrebbe potuto essere applicato nell'ordinamento nazionale³¹, ammettendo così di far riferimento al catalogo nazionale per agire sugli usi applicativi interni (che avrebbero potuto essere sentenze o atti amministrativi).

La decisione *Solange I* – che in Germania è immediatamente molto controversa e obiettivo di dure critiche³² – appare sia a una parte dello stesso *Bundesverfassungsgericht* (come si evince dal voto particolare dei giudici dissenzienti che vi fanno un riferimento adesivo)³³ sia nella dottrina italiana «ben diversa, nel contenuto e nel tono», rispetto alla sentenza *Frontini*³⁴. E la profonda asimmetria si annida, prima di tutto tra gli spazi di intervento rimessi rispettivamente alla Corte italiana e al Tribunale tedesco, nella misura in cui l'assetto gerarchico³⁵ che connota in Germania il sistema di *constitutional adjudication* consente al giudice di Karlsruhe di operare con una capacità di sperimentazione molto più penetrante e di ragionare in una logica materiale che appare invece preclusa nella medesima estensione ai giudici costituzionali italiani³⁶. Tutto ciò, però, può stupire fino a un certo punto. A differenza del Tribunale tedesco, nella decisione *Frontini* non sembra, infatti, prevalere la volontà di mantenere il controllo su quello che in Germania è stato definito l'effetto di irradiazione dei diritti fondamentali (*Ausstrahlungswirkung*) intesi come «objektive Wertordnung»³⁷. In fondo, la Corte italiana, a differenza di quanto accade in Germania³⁸, non è, se non indirettamente, il soggetto su cui incombe la responsabilità di porsi come

³¹ BVerfG, BvL 52/71 del 29 maggio 1974, Rn. 54-55.

³² Si v. almeno H.P. Ipsen, *BVerfG versus EuGH re „Grundrechte“*, in *EuR*, 1975, 1 ss.

³³ BVerfG, BvL 52/71 del 29 maggio 1974, Rn. 85, nel punto in cui si dice che i regolamenti non possono mai essere oggetto di controllo da parte della Corte costituzionale (cosa in realtà formalmente ribadita anche da parte del Tribunale costituzionale, ma sostanzialmente aggirata in quanto la questione originava da un controllo concreto).

³⁴ Così S.M. Carbone, F. Sorrentino, *Corte di Giustizia o Corte federale delle comunità europee?* (1978), ora in F. Sorrentino, *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 515 (nota 17).

³⁵ Si v. almeno in proposito M. Jestaedt, *Gleichordnung der Grenzgerichte oder Überordnung des Verfassungsgerichts*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2008, 17 ss.

³⁶ Efficacemente e sinteticamente, si v. P.M. Huber, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, in *AöR*, 2016, 117 ss.

³⁷ BVerfG, 1 BvR 400/51 del 15 gennaio 1958, Rn. 21 ss. Per un'ampia riflessione sul punto, si v. A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2016, 11 ss.

³⁸ Per un approfondimento, se si vuole, F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, 43 ss.

*giudice dei diritti*³⁹ e non è propriamente investita del ruolo di esaminare in ultima istanza la reale concretizzazione, guardando ai suoi usi applicativi, della Costituzione nell'ordinamento giuridico.

3. La svolta degli anni Ottanta tra *Granital* e *Solange II*. Tutela dei diritti fondamentali e ruolo delle corti costituzionali

Ad un esame più attento, l'analisi della duplice svolta che, negli anni Ottanta, avrebbe preso piede sia in Italia, con la sentenza *Granital*, sia in Germania, con l'ordinanza *Solange II*, conferma l'impostazione generale del sistema di rapporti che si era imposto nel decennio precedente. Per un verso, in Italia, nel 1984, il processo di integrazione è ancora letto, infatti, secondo un'impostazione eminentemente formale. I rapporti tra ordinamenti si riflettono nella necessità di definire gli strumenti per risolvere eventuali antinomie compatibilmente con quanto previsto a livello comunitario, considerando, al contempo, in definitiva soddisfacente il modo in cui a livello sovranazionale sono tutelati i diritti. Viceversa, in Germania, il problema è, dentro una logica di integrazione materiale, quello di garantire un certo livello di protezione sostanziale dei diritti fondamentali, non ritenendo problematico ammettere in generale il potere dei giudici specializzati di non applicare il diritto interno se incompatibile con un atto di diritto comunitario dotato di effetto diretto.

Su queste basi, al tempo, la sentenza n. 232 del 1975 sembra ancora potenzialmente in armonia con quanto richiesto dalla Corte di Giustizia tra il 1963 e il 1964 con *van Gend en Loos* e *Costa*. La Corte di Giustizia, come visto, al di là del seguito giurisprudenziale del caso *Costa*⁴⁰, se, per un verso, aveva già innalzato primato ed effetto diretto a pilastri del suo assetto costituzionale, per altro, non aveva ancora imposto, infatti, espressamente l'obbligo di permettere la disapplicazione come specifico rimedio agli Stati membri⁴¹. È noto, tuttavia, che, in seguito, rispetto a quanto stabilito con la

³⁹ R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018, 633 ss.

⁴⁰ Si v. in proposito A. Arena, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. Enel*, cit., 1031 e, poi, sul dibattito in proposito in quegli anni, 1032-1034.

⁴¹ Anche se, in effetti, si potrebbe ritenere che fosse implicito nella affermazione, espressa in *van Gend en Loos*, per la quale «il diritto comunitario, *indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri*, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi» (p. 23; enfasi aggiunta). Questa affermazione sarebbe stata poi ribadita in *Costa*, quando si legge che «[t]ale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune» (p. 1144). E, tuttavia, quando poi viene declinato in concreto il principio della «preminenza», la Corte si limita per il momento a sancire (potenzialmente aprendo a più soluzioni pratiche) che «un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità,» dovrebbe quindi considerarsi «del tutto privo di efficacia» (p. 1145). Sottolineano come in *Simmenthal* vi sia un significativo scarto rispetto alla precedente concezione, veicolando l'idea di una

sent. n. 232 del 1975, che avrebbe consentito alla Corte di entrare stabilmente nella unità funzionale della giurisdizione comunitaria, la Corte di Giustizia avrebbe espresso una sonora bocciatura⁴² con la celebre sentenza *Simmenthal* nel 1978⁴³. Pur non arrivando a sancire in tale circostanza l'impossibilità di coinvolgere le corti costituzionali, la Corte di Giustizia, infatti, non poteva tollerare che il giudice comune fosse del tutto impossibilitato a garantire attraverso la non applicazione i diritti tutelati a livello comunitario⁴⁴. All'epoca, particolarmente dura fu la reazione di chi lamentava che in tal modo si sarebbe persino messo in discussione un principio supremo dell'ordinamento come la «“riserva” alla Corte costituzionale della potestà di sindacare la validità delle leggi»⁴⁵.

D'altro canto, in Germania, dopo *Solange I*, si susseguono reazioni molto critiche non solo da parte della Commissione, ma anche da parte del Governo⁴⁶. Quasi subito, cominciano, però, a vedersi diversi segnali⁴⁷, che sembrano in qualche modo offrire una via d'uscita al *BVerfG*. La Corte di Giustizia, infatti, sembra confermare di voler sostanzialmente accogliere la richiesta di rispondere all'esigenza di garantire una protezione effettiva dei diritti fondamentali a livello sovranazionale. Inoltre, sul piano politico sarebbe stata accolta con particolare favore la Dichiarazione comune delle istituzioni del 5 aprile 1977⁴⁸. Nell'arco di pochi anni, il Tribunale avrebbe registrato questi sviluppi, emanando una serie di decisioni in cui, a sua volta, segnalava di aver imboccato la strada per ripensare il suo margine di intervento⁴⁹.

vera e propria supremazia del diritto europeo, M. Dani, A.J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo*, cit., 61.

⁴² Ritengono che la Corte di Giustizia «sembra decisamente contestare» la soluzione della Corte italiana proposta con la sent. n. 232 del 1975 S.M. Carbone, F. Sorrentino, *Corte di Giustizia o Corte federale delle comunità europee?* (1978), ora in F. Sorrentino, *Scritti scelti*, cit., 512.

⁴³ In particolare, si v. Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, Causa 106-77, § 24. Del resto, proprio tra la metà degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta colloca una seconda fase in cui progressivamente la Corte di Giustizia avrebbe ampliato i limiti competenziali delle Comunità, dopo la fase fondativa, J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, cit., 2431 ss.

⁴⁴ Sottolinea la centralità di questo profilo anche nella giurisprudenza più recente in materia di “doppia pregiudizialità” G. Martinico, *La doppia pregiudizialità nel diritto comparato*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2022, 757 ss.

⁴⁵ Così F. Modugno, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di Giustizia delle Comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1979, 936.

⁴⁶ In merito si v. ora, con un interessante lavoro d'archivio, F. D'Aniello, *Per una “preistoria” dei rapporti tra Bonn, Berlino, Karlsruhe, Bruxelles e il Lussemburgo Le reazioni tedesche ed europee alla sentenza Solange I*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2022, 199 ss., spec. 213 ss.

⁴⁷ È noto, peraltro, che la Corte di Giustizia avesse già cercato di rassicurare in tal senso il *Bundesverfassungsgericht* con la citata sentenza *Nold*, che era stata emanata solo qualche giorno prima della ordinanza *Solange I*. Considera *Nold* come un tentativo di «preemptive reconciliation» B. Davies, *Resisting the European Court of Justice*, Cambridge, 2012, 26 e 85 ss.

⁴⁸ *Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione C 103/1 del 27 aprile 1977.*

⁴⁹ Si fa in particolare riferimento, tra altre pronunce, al *Vielleicht Beschluss* (BVerfG, 2 BvL 6/77 del 25 luglio 1979) e alle decisioni *Eurocontrol I e II* (BVerfG, 2 BvR 1107,

Con la sentenza *Granital* e l'ordinanza *Solange II*, rispettivamente tra il 1984 e il 1986, la Corte costituzionale italiana e il Tribunale costituzionale tedesco avrebbero precisato il quadro dei rapporti ordinamentali con la CEE, di fatto trovando un solido compromesso con la Corte di Giustizia, pur nella innegabile inconciliabilità di alcuni presupposti concettuali dei rispettivi punti di vista. In particolare, con la sent. n. 170 del 1984, la Corte costituzionale avrebbe per lungo tempo stabilizzato i rapporti con l'ordinamento comunitario: nel caso in cui il diritto sovranazionale sia dotato di effetto diretto, il giudice comune può/deve disporre la non applicazione della legge⁵⁰. Da un lato, si sarebbe così avviato un progressivo isolamento della Corte costituzionale che si sarebbe rafforzato con la decisione di ritenere impraticabile per la giurisdizione costituzionale il rinvio pregiudiziale e inammissibili le questioni in cui fosse previamente necessario chiarire profili collegati alla portata del diritto comunitario⁵¹; dall'altro, si sarebbe scelto di dare un'attuazione alla sentenza *Simmenthal* ben più rigida di quanto effettivamente richiesto dalla Corte di Giustizia, correlando in modo inestricabile effetto diretto e inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale⁵².

La Corte, al tempo, coglie anche l'occasione per ridefinire lo spazio del suo intervento. A parte la conferma della sua giurisdizione in materia di controlimiti⁵³, da un lato, viene ricordato che il potere di dare applicazione

1124/77 e 195/79 del 23 giugno 1981 e BVerfG, 2 BvR 1058/79 del 10 novembre 1981).

⁵⁰ Per un'autorevole ricostruzione dell'impostazione dei rapporti tra ordinamenti impostosi a seguito della sent. n. 170 del 1984, si v. A. La Pergola, *Il Giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 4, 2003, 2419 ss.

⁵¹ Si v., in particolare, l'ord. n. 536 del 1995 e l'ord. n. 85 del 2002. In merito, S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005, 23 ss. e M. Luciani, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, in AA. VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, 328 ss., 344. Per un quadro complessivo dell'equilibrio che si assestò a partire dalla sent. n. 170 del 1984, nonché in merito al progressivo estraniamento della Corte, D. Tega, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., spec. 617 ss. Più in generale, criticamente, su quanto deciso sino a quel momento in relazione alla possibilità di effettuare ricorso al rinvio pregiudiziale da parte del giudice costituzionale, si v. M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 99 ss. Sulla svolta successivamente impressa, a commento della ord. n. 207 del 2013, A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 4, 2013, 2897 ss.

⁵² È questa, a ragione, la parte considerata meno vitale della sentenza *Granital*, in quanto ormai «la Carta dei diritti fondamentali, col suo corredo di disposizioni che non rimandano più solamente all'alternativa effetto diretto o meno, perché chiamano in causa un percorso più strutturato di integrazione materiale tra ordinamenti, ha messo indubbiamente in crisi un correlato operativo di quel criterio di ripartizione di compiti e di funzioni tra attori giurisdizionali»: così G. Repetto, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e "doppia pregiudizialità"*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2022, 788-789.

⁵³ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, cons. in dir., p.to 7. Sulla problematica dei limiti del controllo sui principi supremi e dei suoi effetti, con riferimento alla sent. n. 183 del 1973, e il superamento della alternativa tra ammettere comunque la continuità del

al diritto comunitario «opera però, nei confronti della fonte statale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno» e che pertanto «fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia», soggiacendo «al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi incluso il controllo di costituzionalità»⁵⁴; dall'altro, viene recuperata in parte l'intuizione della sent. n. 232 del 1975 di considerare l'art. 11 Cost. la chiave attraverso cui ampliare il parametro di giudizio, consentendo alla Corte costituzionale di decidere su «quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari». In modo non del tutto univoco, si precisava così che, in casi del genere, «la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.»⁵⁵.

A conferma del fatto che, tuttavia, la sentenza *Granital* restasse in definitiva espressione di una concezione meramente formale del processo di integrazione va ricordato il richiamo operato nella decisione al sistema tedesco di rapporti con l'ordinamento comunitario. In particolare, nell'argomentare il superamento della sent. n. 232 del 1975, viene chiarito che riconoscere il potere di non applicazione non significa compromettere il principio dell'accentramento. E, a tal fine, la Corte costituzionale richiama il protocollo vigente in Germania nel 1984⁵⁶: salvo il riconoscimento del potere di non applicare la legge successiva a una norma di diritto derivato dotata di effetto diretto, è ancora pendente, dunque, la minaccia di usare il catalogo nazionale dei *Grundrechte* sancita con *Solange I*.

Sul punto, è noto che il cambio di giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco avrebbe avuto luogo solo nel 1986. Con *Solange II*, non viene, tuttavia, sancito un vero e proprio *overruling*, in quanto

processo di integrazione e l'uscita dal Trattato nel caso di attivazione dei controlimiti, anche alla luce della giurisprudenza successiva, si v. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. 107 ss.

⁵⁴ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, cons. in dir., p.to 5.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 170 del 1984, cons. in dir., p.to 7. Sulle ragioni della possibilità di ricorrere al diritto comunitario come parametro interposto, si v. R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto dell'Unione europea*, 3, 2007, 585 ss. In prospettiva comparata, cfr. D. Paris, *Constitutional Courts as European Union Courts: The Current and Potential Use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review*, in 24(6) *Maastricht J. Eur. & Compar. L.* 792 (2017) e, con riferimento specifico ai soli giudizi in via principale, Id., *Il parametro negletto*, Torino, 2018; di recente, a commento della sent. n. 263 del 2022, sia consentito rinviare, per un ulteriore approfondimento, a F. Saitto, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in *Giur. Cost.*, 6, 2022, 2903 ss.

⁵⁶ Cons. in dir., p.to 6.

sarebbe stato introdotto uno specifico controllo residuale in materia di diritti fondamentali⁵⁷. Nonostante ciò è indubitabile che il Tribunale costituzionale avrebbe considerato finalmente adeguato lo *standard* complessivamente raggiunto a livello comunitario. Di conseguenza, si legge nella decisione, fino a quando sarà riscontrabile questo dato non è più necessario utilizzare il parametro nazionale per presidiare la miglior tutela dei diritti fondamentali anche nelle aree di competenza comunitaria ed eventuali questioni di legittimità sono da considerarsi inammissibili. Nella decisione, di un certo interesse, è anche l'affermazione per la quale, nel ribadire che i due ordinamenti sono distinti, viene però sottolineata, la loro inestricabile unità funzionale sul piano della tutela giurisdizionale al punto che il Tribunale afferma, riprendendo le fila di un discorso solo accennato nella giurisprudenza precedente e di cui non è possibile indagare i pur interessanti sviluppi successivi, di considerare la Corte di Giustizia come un giudice precostituito per legge ai sensi dell'art. 101 I fr. 2 LF⁵⁸. Non è un caso che se, nel merito, il ricorso individuale viene complessivamente dichiarato inammissibile⁵⁹, con riferimento a questo diritto processuale, per quanto ammissibile, è ritenuto infondato⁶⁰.

Sono a questo punto necessarie due considerazioni a margine della decisione *Solange II*. In primo luogo, deve essere sottolineato che il Tribunale tedesco mette in luce come, rispetto al precedente assetto, ormai la Corte di Giustizia avesse accettato di usare come parametro i diritti fondamentali comunitari così come dedotti dalle tradizioni costituzionali comuni, facendo anche, dove possibile, riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo⁶¹. In tal modo, il *BVerfG* allude implicitamente al suo ruolo da protagonista nel plasmare le tradizioni costituzionali comuni. Per quanto rinunci a usare direttamente il suo catalogo, viene di fatto sottolineato come sostanzialmente la Corte di Giustizia non possa prescindervi nel delineare le tradizioni costituzionali comuni⁶². La seconda considerazione riguarda, invece, la difficoltà concreta che, in seguito, avrebbe incontrato il *BVerfG* nel maneggiare il controllo sui diritti fondamentali che, in via residuale, viene predisposto. Questo dato risulta evidente praticamente da subito. In particolare, come accennato, ribaltando quanto affermato nel 1974, il

⁵⁷ Sui diversi controlli, si v. di recente P. Faraguna, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. Repetto, F. Saitto (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, cit., 191 ss.; v. anche, diffusamente, R. Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 2022.

⁵⁸ *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 74 ss. In prospettiva comparata, si v. almeno C. Lacchi, *Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU*, in 16(6) *German L.J.* 1663 (2015).

⁵⁹ *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 101-102.

⁶⁰ *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 73.

⁶¹ A tal proposito, il *BVerfG* riconosce che il «wesentlichen Schritt» (passo fondamentale) sarebbe avvenuto proprio con la sentenza *Nold*, di poco precedente *Solange I*: *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 110 ss. Il Tribunale ricorda anche la citata Dichiarazione C-103/1 di Parlamento, Consiglio e Commissione: *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 114 ss.

⁶² Si v. in particolare *BVerfG*, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 128.

Tribunale si riserva di intervenire, in sussidiarietà, laddove a livello comunitario la tutela dei diritti fondamentali si dimostri complessivamente inadeguata. Il Tribunale, tuttavia, in particolare nella sua giurisprudenza successiva al *Maastricht Urteil*⁶³ – decisione in cui, nel passaggio sul *Kooperationsverhältnis* (relazione di cooperazione), viene intravista una minaccia ad esercitare in modo più intenso il suo potere di intervento⁶⁴ nei confronti degli atti di diritto dell’UE – avrebbe reso, anche in ragione della riforma dell’art. 23 LF (che sostanzialmente avrebbe costituzionalizzato quella giurisprudenza), il controllo in materia di diritti fondamentali progressivamente sempre più uno strumento difficilmente utilizzabile. Non a caso, grazie alla versatilità e alla forza di penetrazione dei controlli *ultra vires* e di identità, negli anni, il Tribunale avrebbe trovato spazio maggiore per sviluppare la sua giurisprudenza in materia di integrazione ampliando le maglie dell’intervento dei singoli a protezione del principio democratico e, attraverso di esso, dei principi contenuti nella clausola di eternità (art. 79 III LF), piuttosto che facendo riferimento al controllo in materia di diritti fondamentali⁶⁵. L’inutilizzabilità pratica di questo strumento sarebbe divenuta evidente, in particolare, con la decisione *Bananenmarktordnung*⁶⁶. In definitiva, quanto stabilito in quest’ultima decisione sembrava essere l’esito inevitabile del fatto che il controllo in materia di diritti fondamentali non poteva riguardare il singolo diritto concretamente leso, in quanto, piuttosto,

⁶³ BVerfG, 2 BvR 2134, 2159/92 del 12 ottobre 1993, Rn. 70.

⁶⁴ BVerfG, 2 BvR 2134, 2159/92 del 12 ottobre 1993, Rn. 70.

⁶⁵ In questo senso, R. Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 185 che poi precisa che il rilievo pratico di questa forma di controllo sarebbe ormai «nulla» (213). Si v. anche P.M. Huber, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre nach*, cit., 132-133. Sulla specificità che hanno assunto i ricorsi individuali in materia europea, si v. almeno R. Lehner, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, 4, 2013, 535 ss.

⁶⁶ BVerfG, 2 BvL 1/97 del 7 giugno 2000. In questo caso, il Tribunale avrebbe sancito la sostanziale inapplicabilità del controllo in materia di diritti. In particolare, all’esito di una lunga e tortuosa storia processuale, la questione, sollevata come controllo concreto ai sensi dell’art. 100 I LF, veniva infine ritenuta inammissibile. Concettualmente, il Tribunale chiariva che non avrebbe ammesso bilanciamenti tra diritti diversi per compensare lo *standard* adeguato di protezione a livello comunitario; la valutazione di adeguatezza andava, dunque, stabilita con riferimento al singolo diritto. Avrebbe però, di converso, ribadito che l’esame avrebbe dovuto essere condotto in generale e non con riferimento alla specifica situazione interessata. In sintesi, il *BVerfG* non solo avrebbe interpretato un controverso passaggio del *Maastricht Urteil* relativo a *Solange I* in senso assai restrittivo (BVerfG, 2 BvL 1/97 del 7 giugno 2000, Rn. 60 ss., poi, ancora più apertamente, entrando nelle valutazioni delle motivazioni del ricorso, Rn. 64-65, dove si legge che l’interpretazione proposta dal giudice specializzato che aveva posto la questione si basava «auf einem Missverständnis des Maastricht-Urteils»), ma avrebbe anche precisato che i ricorsi diretti e le richieste di controllo concreto sarebbero stati considerati inammissibili, se non si fosse circostanziato nel dettaglio un abbassamento dello standard necessario di tutela dei diritti fondamentali, dimostrando che il livello complessivo era sceso al di sotto di quello riconosciuto come equivalente al tempo di *Solange II* attraverso una comparazione tra i due sistemi (BVerfG, 2 BvL 1/97 del 7 giugno 2000, Rn. 57 ss., soprattutto Rn. 62, che cita BVerfG, 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986, Rn. 107 ss.).

occorreva dimostrare una garanzia non comparabile a livello ordinamentale con riferimento a un certo *Grundrecht* in astratto⁶⁷.

Non stupisce, su queste basi, che il Tribunale avrebbe iniziato, parallelamente, a ritagliarsi dei margini di intervento, sebbene nel formale rispetto di quanto sancito nel 1986. In particolare, con la forza che viene dalla possibilità per i singoli di ricorrere direttamente al giudice costituzionale in caso di lesione della giurisdizione costituzionale, sarebbe stata ridefinita la sfera di intervento del giudice costituzionale, rendendo determinante stabilire se la norma di diritto comunitario lasciasse o meno un margine di discrezionalità nel recepimento⁶⁸. Qualora la disciplina europea, infatti, necessiti di una attuazione che lascia una certa libertà, il Tribunale impone l'obbligo di utilizzare solo la Legge fondamentale come parametro; viceversa, in caso di ambito integralmente determinato, l'unico parametro di riferimento sarebbe stato il diritto comunitario. È su queste basi che si assesta negli anni la c.d. *Trennungsthese*, espressione di una logica che implica una rigida separazione tra le due giurisdizioni basata sulla possibilità di poter utilizzare un certo parametro, in relazione al quale si può concepire l'ammissibilità o meno della questione. A tal proposito, negli anni, il Tribunale non è solo arrivato a considerare oggetto di possibile verifica l'argomentazione sviluppata dal giudice specializzato in merito al fatto di ritenere un ambito integralmente determinato o meno, nella misura in cui ciò significa proteggere il sindacato accentrato e con esso la forza normativa della Costituzione nazionale⁶⁹, ma ha anche precisato che il mancato chiarimento sull'esistenza di un margine di discrezionalità, in caso di dubbio, è uno specifico motivo di inammissibilità nel controllo concreto ai sensi dell'art. 100 I LF⁷⁰.

⁶⁷ Lo mette in luce H.-G. Dederer, *Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle*, in *JZ*, 2014, 313 ss., 315.

⁶⁸ Si v. almeno BVerfG, 1 BvF 1/05 del 13 marzo 2007, Rn. 69 ss.; in quest'ultima pronuncia, il Tribunale ritenne che il vincolo per il quale la sua giurisdizione era da considerarsi esclusa si estendeva anche alle leggi di attuazione di direttive che non lasciassero margini di discrezionalità nel recepimento. Sulla decisione e il ruolo del giudice specializzato in questi casi, si v. M. Cornils, *BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05 – Urteilsbesprechung*, in *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2008, 69 ss. Di grande rilievo anche, su questi profili, però, già BVerfG, 2 BvR 2236/04 del 18 luglio 2005 e BVerfG, 1 BvR 256/08 del 2 marzo 2010.

⁶⁹ Si v. in particolare BVerfG, 1 BvR 1916/09 del 19 luglio 2011, Rn. 54 e Rn. 88 ss.

⁷⁰ BVerfG, 1 BvL 3/08 del 4 ottobre 2011; si v. in proposito, M. Wendel, *Neue Akzente im europäischen Grundrechtsverbund*, in *EuZW*, 2012, 231 ss. Sul punto, si definiva un assetto per il quale, in casi di "doppia pregiudizialità", era prima di tutto necessario chiarire se permanesse o meno un margine di discrezionalità, eventualmente con un autonomo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

4. Giurisdizione costituzionale e tutela integrata dei diritti in Europa: la sfida della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Giunti a questo punto, seppur in modo sommario e senza riferimenti specifici alla già copiosa giurisprudenza, si vuole sinteticamente mettere in luce come, inevitabilmente, spetti ormai alle giurisdizioni costituzionali, sulla base dei criteri proposti da parte della Corte di Giustizia e sinteticamente richiamati in apertura, valorizzare gli spazi di flessibilità ordinamentali riconosciuti, cercando al contempo di presidiare le esigenze collegate con l'emersione di tradizioni costituzionali comuni affinché queste ultime continuino a orientare l'interpretazione della Carta, insieme alla CEDU, e diano un posto alla specificità della forza normativa delle singole costituzioni nazionali.

Se la Corte italiana sembra aver ormai pienamente compreso che quell'idea meramente formale del processo di integrazione non è più sostenibile e che è quindi necessario impostare un percorso originale, compatibile con gli elementi di struttura del modello italiano di *constitutional adjudication*, volto a garantire l'inclusione della giurisdizione costituzionale nel sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali, il Tribunale tedesco, di fronte al rischio di veder erosa la sua giurisdizione, non solo ha messo in discussione la teoria separazionista, al fine di aggiornarne i criteri applicativi, ma soprattutto ha puntato a conquistare un posto come giudice costituzionale dei diritti fondamentali europei. A tal fine, la strada che i giudici italiani e tedeschi hanno seguito, lungo traiettorie del tutto diverse, è passata attraverso il riconoscimento alla Carta di un particolare rilievo parametrico.

In proposito, bisogna ricordare che il primo giudice costituzionale che ha reagito al rischio di una sua marginalizzazione, già prima delle sentenze *Melloni* e *Fransson*, è stato, nel 2012, il *Verfassungsgerichtshof* austriaco. Con una sentenza espressamente citata in seguito sia dalla Corte italiana sia da quella tedesca⁷¹, quest'ultimo ha, infatti, attraverso una controversa applicazione del principio di equivalenza, innalzato la Carta a parametro di legittimità costituzionale sia nei procedimenti incidentali sia nei ricorsi individuali, chiarendo che, sulla base di un richiamo testuale della Costituzione e a presidio dell'accentramento come caratteristica dell'ordinamento costituzionale austriaco, solo alla giurisdizione costituzionale è affidata (testualmente) la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (art. 144 B-VG)⁷². È sulla base di questa intuizione, e di una qualche apertura manifestata da parte della Corte di

⁷¹ Corte cost., sent. n. 269 del 2017, cons. in dir., p.to 5.2; BVerfG, 1 BvR 276/17 (*RaV II*) del 6 novembre 2019, Rn. 50.

⁷² VfGH, U-466/11-18 e U-1836/11-13 del 14 marzo 2012. Per una valutazione comparativa, si v. almeno C. Rauegger, *National Constitutional Courts as Guardian of the Charter: A Comparative Appraisal of the German Federal Constitutional Court's Right to be Forgotten Judgments*, in 22 *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.* 258 (2020). Per un esame di quella sentenza alla luce di un più complessivo processo di riforme volto ad ampliare l'accesso alla Corte costituzionale si rinvia a F. Saitto, *L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti tra giurisdizioni nazionali e corti sovranazionali*, in *DPCE*, 3, 2019, spec. 785 ss.

Giustizia⁷³, che, prima, la Corte italiana e, poi, il Tribunale tedesco hanno deciso di rivedere la loro giurisprudenza in materia europea.

Più nello specifico, la Corte italiana, in un passaggio della sent. n. 269 del 2017 assai celebre, ha inaugurato una svolta finalizzata a “precisare” la “regola *Granital*” ogni qual volta siano coinvolti diritti della Carta sostanzialmente sovrapponibili sul piano contenutistico a quelli della Costituzione⁷⁴. Sottolineando l’infungibilità delle sue sentenze di illegittimità costituzionale⁷⁵, in particolare per la loro capacità di produrre effetti *erga omnes*, la Corte ha valorizzato il «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale», precisando che sarà chiamata a giudicare «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni»⁷⁶. Il tentativo di agganciare la “precisazione” della “regola *Granital*” alla Carta in ragione della specificità dei suoi contenuti è, da ultimo, oggetto di qualche critica in dottrina⁷⁷, ma sembra al contempo sostenuta da valide ragioni⁷⁸. Per il momento, questo limite appare ancora reggere, per quanto in una giurisprudenza comunque non sempre univoca⁷⁹.

⁷³ Si v. in particolare Corte di Giustizia (Quinta Sezione), 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e altri*.

⁷⁴ Cons. in dir., p.to 5.2. Può essere ricordato che, nel caso italiano, probabilmente, una specifica spinta in questo senso sia venuta dalle ragioni che portarono a sollevare il celebre rinvio pregiudiziale contenuto nell’ord. n. 24 del 2017, cui la Corte di Giustizia rispose solo pochi giorni prima che fosse depositata la sent. n. 269 del 2017 con la sentenza (Grande sezione), 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.* Non a caso, l’ord. n. 24 del 2017 è, infatti, citata nella sentenza n. 269 del 2017, proprio al cons. in dir., p.to 5.2 con specifico riferimento all’interpretazione dell’art. 53 CDFUE.

⁷⁵ Con un tono che sembra rievocare peraltro la sent. n. 1 del 1956, quando, per un verso, si distingueva l’abrogazione dall’annullamento e si ricordava che «i due istituti giuridici dell’abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse» in quanto il campo dell’abrogazione è «più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale»; e, per altro, si arrivava alla conclusione per la quale «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche».

⁷⁶ Cons. in dir., p.to 5.2.

⁷⁷ P. Faraguna, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate»*, in *Dir. soc.*, 1, 2023, 1 ss.

⁷⁸ G. Scaccia, *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in C. Amalfitano, M. D’Amico, S. Leone (cur.), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, 147 ss.

⁷⁹ Si v., in generale, per un tentativo di sistematizzazione, G. Repetto, *Esercizi di pluralismo costituzionale*, cit., *passim* e S. Barbareschi, *Corte costituzionale e certezza dei diritti*, Napoli, 2022, spec. 242 ss. Criticamente, sulle incertezze di questa giurisprudenza, si v. C. Pinelli, *Ma cosa ha detto “un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale”? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali*

Si può osservare, tuttavia, che l'attenzione rivolta a quella decisione è stata sin dal primo momento prevalentemente concentrata sul tema della ammissibilità, senza focalizzarsi più propriamente sul problema volto a chiarire il parametro effettivamente rilevante. Questo dato non dovrebbe stupire. In primo luogo, infatti, a differenza dell'esperienza austriaca e del caso tedesco, in Italia, da tempo è ormai radicata l'idea che la Corte costituzionale possa ricorrere, sebbene indirettamente, al diritto dell'Unione come parametro di giudizio: cosa assolutamente preclusa in Austria sino al 2012 – salvo eccezioni minime che non sono in grado di incidere sulla tenuta della regola generale – e, come si dirà, fino al 2019, in Germania. In entrambi questi Paesi, l'eccezione al principio per il quale il diritto dell'Unione non può mai essere parametro di giudizio – in ragione del fatto che a sua volta quest'ultima necessita di una spiegazione – è limitabile, dunque, con maggiore facilità. In Italia, invece, la deroga alla “regola *Granital*” impone di argomentare per quale motivo e su quali basi la “precisazione” consente di ritenere ammissibili le questioni anche se il diritto dell'Unione non sia privo di effetto diretto. In secondo luogo, è intuitivo che le difficoltà della Corte di concentrarsi sull'uso del parametro riflettono, inesorabilmente, l'assetto ordinamentale che, in assenza di ogni forma di ricorso diretto, impedisce materialmente ai giudici costituzionali di imporre dall'alto agli altri giudici un protocollo univoco e di vigilare sugli usi applicativi della Carta stessa⁸⁰.

Ad ogni modo, insieme alla sfida di normalizzare la “precisazione” della “regola *Granital*” e di spiegare l'impianto che da quella discende nei rapporti con i giudici comuni, sembra ormai necessario che la Corte chiarisca come debba essere individuato il parametro rilevante. Da questo punto di vista, anche in Italia deve essere primariamente considerato se la materia sia o meno integralmente vincolata, così come suggerito da parte della Corte di Giustizia. Senza pretesa di completezza, al momento, la Corte costituzionale sembra comunque aver piuttosto chiari i diversi ordini di questioni in cui invocare la Carta e i modi in cui ciò dovrebbe avvenire. Talvolta, si è, per esempio, richiamato il parametro interno, anche laddove avrebbe forse potuto non essere necessario, oltre che per giustificare la ammissibilità, al fine di sottolineare una sostanziale convergenza tra i contenuti di valore dei due ordinamenti⁸¹. In altre occasioni, si è fatto ricorso al rinvio pregiudiziale lasciando intravedere, più o meno velatamente, il possibile ricorso ai controlimiti al fine di innalzare la tutela europea al livello inderogabile previsto dall'ordinamento costituzionale italiano⁸². In altre circostanze

dell'Unione europea, in *Giur. cost.*, 3, 2022, 1574 ss. Sulla necessità di precisare la giurisprudenza sul protocollo da utilizzare a seguito della sent. n. 269 del 2017 per meglio orientare l'azione dei giudici comuni, si v. anche R. Mastroianni, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 1, 2020, 493 ss.

⁸⁰ Ciò potrebbe bastare a spiegare la necessità di ammettere il criterio della *singolare connessione* (sent. n. 20 del 2019): su cui si v. 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, spec. 669 ss.

⁸¹ Si v., per esempio, Corte cost., sent. n. 54 del 2022, cons. in dir., p.to 13.2, dove viene evocato specificamente, tra l'altro, l'art. 3, co. 2, Cost.

⁸² Si v. in questo senso le ord. nn. 117 del 2019 e 216 del 2021. Sui modi in cui la Corte sembra impostare i propri rinvii pregiudiziali, S. Filippi, *Sulle più recenti evoluzioni dei*

ancora, si è utilizzato, se del caso congiuntamente alla tecnica del parametro interposto, il parametro interno letto alla luce del diritto dell'Unione⁸³. Resta l'impressione che, più in generale, il giudice costituzionale italiano, però, non riesca al momento a tematizzare propriamente le modalità del suo intervento, distinguendo formalmente gli ordini di questioni. Eppure, è evidente come l'invocazione di una violazione congiunta abbia implicazioni diverse a seconda che questa porti alla necessità di rivedere l'applicabilità della "regola *Granital*", in quanto la questione sarebbe altrimenti inammissibile, o meno. In altri ordini di questioni, infatti, da tempo, la Corte ha riconosciuto la sua giurisdizione e l'ammissibilità, qualora ricorrano le necessarie condizioni, non si pone, pertanto, come problema. Soprattutto con riferimento a questi ultimi casi diventa, dunque, ancora più chiara l'esigenza che si faccia il punto su quale sia il parametro corretto da invocare a seconda che la materia sia o meno integralmente determinata. E, proprio in un quadro di insieme, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, il requisito della "doppia pregiudizialità" potrebbe necessitare di un ripensamento più generale⁸⁴.

In Germania, la situazione sembra molto diversa. Da qualche anno, infatti, come accennato, le inadeguatezze del controllo in materia di diritti fondamentali erano già emerse in modo piuttosto evidente. Non a caso, nel tentativo di salvaguardare il protocollo stabilito con *Solange II* senza rinunciare a spazi della sua giurisdizione, il Tribunale non solo è più volte intervenuto per puntualizzare gli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma ha anche elaborato particolari utilizzi dei controlli *ultra-vires* e di identità, attraverso i quali, sostanzialmente, il diritto comunitario può diventare nei fatti oggetto del suo sindacato, consentendo anche esami su questioni individuali⁸⁵. Alla fine, però, il *BVerfG* è stato costretto a rivedere la cd. *Trennungsthese*. In particolare, con le due fondamentali decisioni del novembre 2019 sul diritto all'oblio⁸⁶, si è dato corso a una svolta assai significativa, ridefinendo in modo "rivoluzionario"⁸⁷ la dottrina *Solange II*

rapporti tra Corti: riflessioni a partire da Corte cost., sent. 30 aprile, n. 84, in Consulta online, III, 2021, 767 ss.

⁸³ Si v. Corte cost., sent. n. 20 del 2019; ma anche la sent. n. 178 del 2023.

⁸⁴ Sul punto, per un approfondimento, si rinvia a F. Saitto, *Al di là della "regola Granital". Individuazione del parametro in due sentenze della Corte costituzionale in materia di mandato d'arresto europeo*, in *Giur. cost.*, 5, 2023, 2219 ss.

⁸⁵ Per una valutazione complessiva dei diversi tipi di controllo si v. R. Pracht, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., *passim*. Si fa riferimento, con specifico riguardo alle forme di controllo di identità in casi individuali, in particolare alle decisioni BVerfG, 2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010, in cui si è sviluppato un controllo *ultra vires* in casi individuali, e BVerfG, 2 BvR 2735/14 del 15 dicembre 2015, in reazione a *Melloni*, in cui si è teorizzato un controllo di identità in casi individuali, su cui si v. almeno H. Sauer, "*Solange*" geht in *Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht*, in *NJW*, 2016, 1134 ss. Si v. però, come esempi di una fase che lasciava trasparire una certa insofferenza, anche BVerfG, 1 BvR 1215/07 del 24 aprile 2013, in reazione a *Fransson* e BVerfG, 1 BvR 1585/13 del 31 maggio 2016, Rn. 123-124.

⁸⁶ BVerfG, 1 BvR 16/13 del 6 novembre 2019 e BVerfG, 1 BvR 276/17 (*RaV II*) del 6 novembre 2019.

⁸⁷ J. Kühling, *Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem*, in *NJW*, 2020, 275 ss.

soprattutto al fine di garantirne, però, alcuni tratti essenziali ritenuti imprescindibili⁸⁸. Il Primo Senato, infatti, con *Recht auf Vergessen I*, negli ambiti non integralmente determinati, ha ribadito la necessità di utilizzare la Legge fondamentale come parametro, sebbene con l'indicazione di leggere il catalogo dei diritti fondamentali alla luce dei diritti della Carta e prevedendo una generale presunzione di equivalenza nella tutela per cui, salvo la possibilità di dimostrare il contrario, si ritiene che il livello nazionale offra una garanzia sostanzialmente adeguata a quella imposta a livello sovranazionale. Qui, alla tradizionale tesi separazionista, si sostituisce una visione per la quale la pluralità dei diritti fondamentali (*Grundrechtsvielfalt*) pone in essere un regime di co-garanzia (*Mitgewährleistung*) e di stretta interconnessione materiale. Alla potenziale applicabilità parallela dei cataloghi, però, si oppone, come criterio pratico, la primaria utilizzabilità, su base presuntiva, della Legge fondamentale letta alla luce della Carta.

Viceversa, in *Recht auf Vergessen II*, il Tribunale ha espressamente sancito che, laddove l'ambito sia integralmente determinato, o comunque quando non sia permesso in nessun caso di ricorrere al parametro nazionale, è sempre possibile azionare un ricorso individuale diretto, utilizzando come parametro la CDFUE, contro gli usi applicativi di quest'ultima posti in essere da parte dei giudici specializzati. Con ciò, il Tribunale sancisce una pesante deroga rispetto al principio per il quale il diritto dell'Unione non avrebbe mai potuto essere utilizzato come parametro di validità. Al momento, tale svolta, tuttavia, resta esclusivamente confinata alle *Urteilsverfassungsbeschwerden*: ovvero i ricorsi costituzionali contro le decisioni giudiziarie. In tal modo – confermando il criterio della distinzione in base al grado di determinazione di una disciplina come strumento per stabilire il parametro cui ricorrere, ma superando quest'ultimo come il fondamentale criterio di ammissibilità – il Tribunale si pone in prima persona come “giudice dei diritti fondamentali europei”: viene, infatti, oltrepassata, un'ulteriore barriera e, nello specifico, la tesi che gli impediva di pronunciarsi in tutti quei casi in cui il giudice specializzato si fosse trovato ad applicare un atto di recepimento/attuativo di una norma di diritto dell'UE che non lasciava alcun margine di discrezionalità nella attuazione⁸⁹.

La forza di questo ragionamento, che si basa integralmente sulla esistenza in quell'ordinamento di una specifica modalità di ricorso individuale (l'*Urteilsverfassungsbeschwerde*) e sull'assenza – almeno per il momento – a livello europeo di una garanzia simile, riflette l'attenzione per

⁸⁸ Si v. BVerfG, 1 BvR 276/17 e BVerfG, 1 BvR 16/13 del 6 novembre 2019. Per una analisi più in dettaglio, si rinvia a F. Saitto, *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa dopo le sentenze sul diritto all'oblio del Bundesverfassungsgericht*, in C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (cur.), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020, 177 ss.

⁸⁹ M. Wendel, *Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte*, in *JZ*, 2020, 168. Si può ricordare che, in questi casi, la Corte di Giustizia ha più volte ribadito che è necessario, prima di dichiarare la incostituzionalità di una legge che recepisce un atto che determina integralmente una materia, sollevare previamente un rinvio pregiudiziale: si v. almeno Corte di Giustizia (Grande sezione), C-188/10 e C-189/10, 22 giugno 2010, *Melki*, §§ 54-56 e Corte di Giustizia (Quinta Sezione), C-112/13, 11 settembre 2014, *A c. B e altri*, §§ 41-43.

le diverse costellazioni in cui opera il *BVerfG* e la sua ambizione di incidere in modo significativo nel plasmare sul piano applicativo i diritti fondamentali dell'UE, favorendo un'accelerazione del processo di integrazione materiale tra i livelli di tutela in cui si tenga conto non solo del parametro nazionale, ma anche della Convenzione EDU e delle tradizioni costituzionali comuni⁹⁰. Del resto, in tal modo, il Tribunale, senza ricorrere al parametro nazionale, ma anzi esaltando la forza normativa della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, diventa un interlocutore fondamentale della Corte di Giustizia, oltre che il principale garante dell'esatta applicazione dei diritti fondamentali europei in Germania. Questo assetto, nel suo complesso, presuppone l'eventuale coinvolgimento del Tribunale costituzionale solo a seguito di una pronuncia non ulteriormente ricorribile. In questo senso, pertanto, a differenza di quanto accade in Italia, *prima facie*, le possibili critiche volte a sottolineare l'eventuale lesione dei principi del primato e dell'effetto diretto sono aggirate. Si possono, tuttavia, intravedere nuove possibili linee di tensione collegate, tra l'altro, con i margini di intervento del *BVerfG* rispetto a quanto deciso da parte dei giudici specializzati, in relazione alla possibilità che si operino forzature sul piano interpretativo al momento di vigilare sull'applicazione della Carta e, infine, alla verifica delle condizioni in cui si configura un obbligo di effettuare eventualmente al rinvio pregiudiziale anche in capo al giudice costituzionale.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, sia la Corte italiana sia il Tribunale tedesco hanno ormai impostato un dialogo che certifica la necessità di leggere la tutela integrata dei diritti fondamentali dentro la logica dell'integrazione materiale tra sistemi di tutela. In questo senso, la loro comune ambizione sembra essere quella di contribuire a portare sul piano sovranazionale la forza normativa dei testi costituzionali su cui si fonda la loro legittimazione e di orientare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, favorendo un ispessimento della dimensione costituzionale europea. A tal fine, devono a pieno titolo entrare nell'unità funzionale della giurisdizione costituzionale europea.

La forza con cui i due giudici costituzionali riusciranno a fare ciò dipende, tuttavia, in larga misura, anche dai diversi contesti ordinamentali in cui operano. Per il Tribunale costituzionale – che ha difeso la possibilità di ricorrere al parametro nazionale quando l'ambito sia parzialmente determinato e che grazie all'*Urteilsverfassungsbeschwerde* riesce a controllare gli usi applicativi della Carta negli ambiti integralmente determinati – la sfida è rappresentata dalla capacità di non imporre una *germanizzazione* della Carta, considerando che sul piano dei rapporti con le altre giurisdizioni può gerarchicamente rivendicare uno spazio assai significativo. Per la Corte

⁹⁰ In questo senso, *BVerfG*, 2 BvR 1845/18 del 1° dicembre 2020, Rn. 37. Con quest'ultima decisione, il Secondo Senato ha deciso di accogliere l'innovazione proposta dal primo. Sul modo in cui interpretare Carta e Legge fondamentale e sulla necessità di individuare correttamente il parametro qualora vi sia una materiale convergenza di contenuti, si v. anche, però, problematicamente per una riflessione sull'inestricabile rapporto tra diritti della Carta, della CEDU e della Legge fondamentale, *BVerfG*, 2 BvR 206/14 del 27 aprile 2021, spec. Rn. 57 ss.

italiana, invece, la difficoltà nasce dal fatto che, di fronte all'inadeguatezza del criterio dell'effetto diretto nel disciplinare i rapporti tra corti e ai limiti che derivano dalla circostanza per la quale la sua giurisdizione in materia di diritti fondamentali è integralmente assorbita dentro la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in assenza di una stretta cooperazione con i giudici comuni, con grande difficoltà sarà materialmente in grado di presidiare il suo margine di intervento, nonostante l'opportuno incremento del numero dei rinvii pregiudiziali. La Corte rischia, dunque, di veder compromessa la sua ambizione di superare quella visione angusta del processo di integrazione inteso come un fenomeno prevalentemente schiacciato su un'idea formale di rapporti tra ordinamenti e, al contempo, di dover ampliare ulteriormente i criteri di ammissibilità, senza riuscire a sfruttare appieno le aperture che pure la Corte di Giustizia ha dimostrato di offrire e senza essere in grado di tematizzare che il cuore della questione sembra, ormai, concentrarsi soprattutto sulla corretta individuazione del parametro e sulle ricadute applicative dell'interpretazione della Carta.

Francesco Saitto
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università "Sapienza" di Roma
francesco.saitto@uniroma1.it