

Francesco Saitto

L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti tra giurisdizioni nazionali e corti sovranazionali

(doi: 10.17394/94622)

Diritto pubblico comparato ed europeo (ISSN 1720-4313)

Fascicolo 3, luglio-settembre 2019

Ente di afferenza:

Universit Sapienza di Roma (Uniroma1)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Francesco Saitto

L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti tra giurisdizioni nazionali e corti sovranazionali

Constitutional Complaints in the Dynamics of Conflicts between National Jurisdictions and Supranational Courts

In Italy, breaches of constitutional rights cannot be brought before the Constitutional Court *via* individual constitutional complaints. Conversely, constitutional complaints play a key role in Austria and Germany. Against this backdrop, the article examines how constitutional complaints can operate as a useful tool to foster a sound integration of national constitutional courts in the European system of protection of fundamental rights. Then, the article analyses the Italian experience, focusing on the efforts of the Constitutional Court to play a more prominent role in the protection of fundamental rights in Europe.

Keywords: Constitutional complaints, Austria, Germany, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Constitutional courts.

1. Una premessa sulla funzione dell'accesso diretto nel sistema integrato europeo di protezione dei diritti fondamentali

Da tempo, con l'idea del *Verfassungsgerichtsverbund*, si punta a valorizzare la *funzione* costituzionale del sistema di tutela dei diritti in Europa. Si spiega così l'uso di un concetto che, volendo definire la tutela integrata dei diritti fondamentali, presuppone la cooperazione del sistema nazionale di *constitutional adjudication* con la Corte EDU e la CGUE¹. Tale approdo, tuttavia, impone di considerare pienamente ricompresa nel modello di giustizia costituzionale nazionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) anche la tutela costituzionale dei diritti fondamentali (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*)². E ciò è, in realtà, tutt'altro che scontato³.

¹ A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, 1 ss. Cfr. anche P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018.

² In generale P. Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit-Verfassungsprozessrecht*, Berlin, 2014 ed E. Friesenhahn, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Jura*, 1982, 505 ss.

³ Cfr. M. Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1971 e R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018.

Così impostata la questione, le norme processuali che definiscono gli strumenti di accesso alle corti costituzionali hanno profonde ricadute sulla concreta capacità di queste ultime di interloquire a livello sovranazionale⁴. A questa altezza, però, non si tratta di riprendere le fila di un confronto sull'ortodossia della presunta aderenza del controllo di costituzionalità al modello kelseniano⁵. Tantomeno appare fruttuoso evocare il dibattito sulla tendenza di un modello accentrato a farsi diffuso⁶. È piuttosto necessario indagare il rapporto tra corti costituzionali e giudici comuni, per valutare come le prime siano messe in condizione di partecipare alla protezione dei diritti fondamentali nel *Verfassungsgerichtsverbund* europeo⁷.

In questa prospettiva, l'accesso diretto appare uno strumento di grande interesse. Nel contesto tedesco e in quello austriaco, infatti, tale strumento ha senza dubbio contribuito, secondo itinerari differenziati, a favorire l'integrazione dei tribunali costituzionali nella conflittuale concorrenza tra giurisdizioni (*Rechtsprechungskonkurrenz*) che si snoda sul piano europeo⁸.

In Italia invece, dove non è prevista alcuna forma di ricorso individuale, la Corte ha seguito un percorso meno lineare nella sua giurisprudenza più recente in materia, risentendo sia dell'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), che ha inciso in particolare sull'oggetto delle questioni di costituzionalità, sia della speculare impostazione del *Verfassungsgerichtshof* (VfGH), che invece ha operato sull'allargamento del parametro⁹.

⁴ Sulla crisi del sindacato accentrato in prospettiva europea, cfr. J. Komarek, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in *ICON* (2014), vol. 12, 525 ss.

⁵ G. Volpe, *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977.

⁶ A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss., L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (Appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1984, 7 ss., P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 680 ss. e G. Rolla, *Il processo di ibridazione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, 3979 ss.

⁷ J.H. Merryman, V. Vigoriti, *When Courts Collide: Constitution and Cassation in Italy*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1966, 665 ss., L. Garlicki, *Constitutional Courts versus Supreme Courts*, in *ICON* (2007), vol. 5, 44 ss. e M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 466 ss.

⁸ S. Oeter, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *VVDStRL*, 2007, 362 ss.

⁹ Nella sent. n. 269 del 14-12-2017, come noto, vi è un riferimento a quella sentenza del *Verfassungsgerichtshof* che ha innalzato la Carta di Nizza-Strasburgo (CDFUE) a parametro di legittimità costituzionale (cfr. *infra* § 2).

2. L'accesso diretto nel processo di integrazione sovranazionale: la *Grundrechtsgerichtsbarkeit* in Austria tra ruolo del VfGH e riforme costituzionali...

In Austria e in Germania, per quanto le due esperienze presentino elementi che le differenziano in modo considerevole, il ricorso diretto è legato a una tradizione che vede nell'accesso dei singoli alla giustizia costituzionale una garanzia di pienezza di tutela¹⁰.

Il ricorso diretto di matrice tedesca, prevedendo la possibilità di ricorrere anche contro le decisioni delle varie corti (*Urteilsverfassungsbeschwerde*), ha favorito un'immersione totale del BVerfG nel dibattito costituzionale. Esso si è poi dimostrato particolarmente versatile al punto da ergersi, sin dal *Maastricht Urteil*¹¹, a principale canale di controllo sul corretto esercizio dell'*Integrationsverantwortung* (responsabilità per l'integrazione) da parte dei vari organi costituzionali¹².

Nel suo impianto originario, invece, il sistema dell'accesso diretto davanti al VfGH differisce in modo significativo dal modello tedesco, non essendo ammesso il ricorso non solo contro le decisioni delle altre giurisdizioni superiori, ma neanche contro le decisioni dei tribunali di primo grado in materia civile e penale. Con riferimento ai ricorsi amministrativi era però disciplinata una specifica forma di accesso davanti alla Corte costituzionale contro le decisioni delle autorità indipendenti (*Verwaltungsbehörde*) competenti a decidere in prima istanza, che ha contribuito ad attenuare un possibile isolamento del VfGH: la cd. *Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit* (art. 144 B-VG)¹³.

¹⁰ M. Cappelletti, *La giurisdizione*, cit., *passim*.

¹¹ BVerfG 2 BvR 2134, 2159/92 del 12-10-1993.

¹² R. Lehner, *Die „Integrationsverfassungsbeschwerde“ nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, 2013, 535 ss. Se si vuole, F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 2016. Criticamente sul ruolo preponderante assunto dal BVerfG I. Maus, *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich*, Berlin, 2018, 27 ss. e 220 ss. e M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011.

¹³ K. Lachmayer, *La giustizia costituzionale in Austria*, in R. Tarchi (cur.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, 112-113, M. Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria*, Oxford, 2011, 178 ss., A. Gamper, F. Palermo, *The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review*, in *JCL*, 2008, 75-76, P. Bußjäger, *The New Austrian Administrative Court System: From 121 to 12. A Review of an Ambitious Reform*, in *Studi parl.*, 2017, 85 ss. e E. D'Orlando, U. Haider-Quercia, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2012-2013*, in *Giur. cost.*, 2014, 4223 ss. Sul ruolo del VfGH, E. Wiederin, *Grundlagen und Grundzügen staatlichen Verfassungsrechts: Österreich*, in A. von Bogdandy, P.C. Villalón, P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band I, Heidelberg, 2007, 417-418. Sul modello austriaco, cfr. anche B. Caravita di Toritto, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, 1985.

Ciò si spiega considerando la peculiare collocazione del VfGH nell'ordinamento austriaco, in cui le corti superiori (oltre al VfGH, l'*Oberster Gerichtshof* e il *Verwaltungsgerichtshof*) costituiscono un sistema paritario in cui le tre giurisdizioni hanno competenze differenziate in base alle funzioni¹⁴.

Il VfGH ha comunque competenze di grande rilievo¹⁵ e da tempo ha un suo spazio¹⁶. Peraltro la sua giurisdizione come giudice dei diritti si è progressivamente ampliata grazie all'introduzione dell'*Individualantrag* nel 1975¹⁷ e al riconoscimento della rilevanza costituzionale alla CEDU¹⁸, che ha contribuito a sopperire alla laconicità del catalogo dei diritti fondamentali¹⁹. Tuttavia, il VfGH ha parallelamente visto almeno in parte erodersi i suoi margini di azione sul piano interno e sul piano esterno.

Sul piano interno, l'espansione degli ambiti di applicazione del diritto europeo²⁰ ha finito per ampliare gli spazi di operatività delle due corti supreme diverse dal VfGH, anche in ragione del fatto che, se un diritto non è considerato costituzionalmente garantito («*ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht*»), non è comunque possibile accedere alla Corte costituzionale²¹. Come in Germania la mancata presentazione di un rinvio pregiudiziale può considerarsi una violazione del diritto costituzionale al giudice naturale competente ai sensi dell'art. 83, *Abs. 2, B-VG*²².

¹⁴ M. Stelzer, *The Constitution*, cit., 176 ss. e C. Bezmek, *A Kelsenian Model of Constitutional Adjudication*, in *ZÖR*, 2012, 119.

¹⁵ E. Wiederin, *Grundlagen*, cit., 400 e L. Adamovich, *Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1950, 33 ss.

¹⁶ Sul piano storico H. Schäffer, *Der Beitrag Österreichs zur europäischen Rechtskultur*, in *JöR*, 2004, 53-55 e 56-57.

¹⁷ M. Stelzer, *The Constitution*, cit., 224.

¹⁸ In merito, C. Grabenwarter, *Offene Staatlichkeit: Österreich*, in A. von Bogdandy, P.C. Villalón, P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band II, Heidelberg, 2008, 233 ss. e *ivi* A. Somek, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich* (647).

¹⁹ E. Wiederin, *Grundlagen*, cit., 439 ss.

²⁰ Sui rapporti con l'Unione europea, P. Mörth, *Vorrang und unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts. Vor einer Bruchlinie in einem zeitgenössischen Verfassungskonflikt*, in *ZÖR*, 2015, 33 ss., R. Streinz, *Österreich und die Europäische Union*, in *ZÖR*, 2013, 319 ss., H. Schäffer, *Österreich und die Europäische Union-Erfahrungen und Leistungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes*, in *ZÖR*, 2005, 345 ss. e più in generale Id., *Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive*, in *ZÖR*, 2007, 1 ss. Sul punto, P. Cede, *Report on Austria and Germany*, in G. Martinico, O. Pollicino (eds.), *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, 2012, 60-62. Cfr. anche E. D'Orlando, U. Haider-Quercia, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2014-2015*, in *Giur. cost.*, 2016, 1915 ss. e T. Öhlinger, M. Potacs, *EU-Recht und staatliches Recht*, Wien, 2017.

²¹ M. Handstanger, *Schutz der Unionsgrundrechte am Beispiel des VfGH*, in *ZÖR*, 2014, 39 ss. Sul concetto di diritto costituzionalmente garantito, A. Jakab, *Two Opposing Paradigms*, in *Int'l. & Comp. L.Q.*, 2009, 933 ss., 952.

²² K. Lachmayer, *La giustizia*, cit., 112-113.

Tuttavia i margini per una piena affermazione dell'accesso diretto come strumento di vigilanza sui diritti costituzionali sono inevitabilmente ridotti dall'assenza dell'*Urteilsverfassungsbeschwerde*.

Sul piano esterno, il VfGH ha invece risentito del veloce affermarsi della Corte EDU, essendo a quell'altezza ammissibile ricorrere contro ogni decisione delle tre corti supreme nazionali. La Corte EDU assumeva così rilievo preminente, conquistando un ruolo sostanzialmente apicale²³.

A seguito del riconoscimento alla CDFUE del rango dei Trattati, secondo un itinerario che avrebbe poi consentito alla Corte di Giustizia di emanare decisioni come *Melloni* e *Fransson*²⁴, il rischio rappresentato da una definitiva marginalizzazione del VfGH ha innescato una reazione piuttosto netta²⁵. Il VfGH, con una controversa decisione del 2012, ha innalzato come parametro direttamente la CDFUE²⁶. Si è così introdotta un'eccezione ai principi espressi in *Simmenthal*, aprendo alla possibilità di agire dinanzi alla Corte costituzionale, sia in via incidentale sia per ricorso diretto, per violazione della CDFUE²⁷.

Con riferimento a questa sentenza si è parlato di uno «spectacular move to partially constitutionalize the Charter»²⁸. Ed essa è stata vista come una reazione al rischio che fosse messo in discussione lo *standard* di tutela nazionale²⁹.

Questa innovazione giurisprudenziale è stata inoltre accompagnata da una serie di riforme che, a livello costituzionale, sono intervenute su alcuni profili dell'assetto del sistema giurisdizionale interno. Nello specifico, a partire dal 2012, sono state introdotte modifiche che hanno inciso sugli

²³ Di una «supervisory function» della Corte EDU parla M. Stelzer, *The Constitution*, cit., 244.

²⁴ Corte giust., sent. 26-2-2013, C-399/11, *Melloni*, e sent. 7-5-2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*. Sul riaccendersi del conflitto costituzionale dopo *Melloni*, L.F.M. Besselink, *The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni*, in *Eur. L. Review*, 2014, 531 ss.

²⁵ J. Komarek, *National*, cit., 526 ss.

²⁶ VfGH, U 466/11-18; U 1836/11-13 del 14-3-2012, facendo ricorso, non certo pacificamente, al principio di equivalenza tra i diritti in essa incorporati con quelli garantiti dalla Convenzione.

²⁷ Cfr. A. Orator, *The Decision of the Austrian Verfassungsgerichtshof on the EU Charter of Fundamental Rights: An Instrument of Leverage or Rearguard Action?*, in *GLJ*, 2015, 1429 ss. e S. Kieber, R. Klaushofer, *The Austrian Constitutional Court Post Case-Law After the Landmark Decision on Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *European Public Law*, 2017, 221 ss. Sul seguito K. Lenaerts, *Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten*, in *EuR*, 2015, 11 e D. Paris, *Constitutional Courts as European Union Courts: the Current and Potential Use of EU as a Yardstick for Constitutional Review*, in *MJ*, 2017, 14 ss. Cfr. poi E. D'Orlando, U. Haider-Quercia, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2014-2015*, cit., 1921 ss. e E. D'Orlando, U. Haider-Quercia, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2012-2013*, cit., 4248 ss.

²⁸ A. Orator, *The Decision*, cit., 1438.

²⁹ P. Mörth, *Vorrang*, cit., 50. In merito, G. Delledonne, *Carta di Nizza e corti costituzionali nazionali: quali implicazioni?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 449 ss.

spazi riconosciuti per accedere direttamente al VfGH. Ciò è avvenuto, per un verso, come conseguenza indiretta dell'introduzione di un sistema di corti amministrative di primo grado, rivedendo la *Verwaltungsgerichtsbarkeit*. Quest'ultima era una riforma attesa da tempo che ha ripensato gli assetti della giustizia amministrativa, sul cui impianto originario molto si era discusso circa la sua conformità ai principi CEDU³⁰.

Per altro verso, con riferimento alle corti di primo grado penali e civili, si è introdotto un peculiare strumento che consente di agire dinanzi alla Corte costituzionale, per esempio nel caso in cui il giudice non abbia sollevato questione di costituzionalità come pure sarebbe tenuto a fare in caso di dubbio (artt. 89, 139 e 140 B-VG). Circondata da significative condizioni, tra cui l'obbligo per le parti di ricorrere nel merito nelle sedi opportune, questa azione consente alla Corte di pronunciarsi, se non contro la sentenza, almeno contro la legge che in essa trova applicazione su istanza delle parti (*Gesetzesbeschwerde*).

Tutto ciò ha l'obiettivo di rimettere la Corte costituzionale al centro del sistema di *constitutional adjudication*, senza alterare l'impianto tendenzialmente monista con riferimento al diritto inter- e sovranazionale e di fatto separatista quanto ai rapporti tra le corti di vertice, ma valorizzando l'azione dei singoli interessati³¹.

Proprio questo nuovo assetto ha immediatamente generato una reazione da parte dell'*Oberster Gerichtshof*, provocando una significativa decisione della Corte di Giustizia in materia di doppia pregiudizialità³², che ha rappresentato un momento di un confronto manifestatosi in forme simili sul problema anche con Francia, Germania e Italia³³.

³⁰ Sulla *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, K. Pabel, *Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel*, in *ZÖR*, 2012, 61 ss. Di una delle riforme più importanti della storia costituzionale austriaca hanno parlato G. Holzinger, *Verfassungsgerichtshof und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *ZVG*, 2014, 209 ss, E. D'Orlando, U. Haider-Quercia, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2014-2015*, cit., 1915 e P. Bußjäger, *The New Austrian*, cit., 83 ss. Sul «fallimento» dei precedenti tentativi K. Lachmayer, *La giustizia*, cit., 113 ss. Tra il 2008 e il 2014, un particolare tipo di tribunali, disciplinato dall'art. 144a B-VG e da cui ha avuto origine la citata sentenza del 2012, aveva previsto una prima deroga al precedente sistema.

³¹ M. Harnoncourt, *Der Parteiantrag auf Normenkontrolle-die Gesetzesbeschwerde*, in *ZfV*, 2015, 263 ss. e B. Kneihns, *Der Subsidiarantrag auf Verordnungs- und Gesetzeskontrolle*, in *ZfV*, 2015, 35 ss.

³² Corte giust., sent. 11-9-2014, C-112/13, *A v. B and Others*. Di reazione parla A. Orator, *The Decision*, cit., 1440.

³³ Corte giust., sent. 22-6-2010, C-188/10, *Melki e Abdeli*; analogamente sent. 4-6-2015, C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH v. Hauptzollamt Osnabrück* e sent. 20-12-2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd v. Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*. Non stupisce in questo quadro lo sforzo della Corte di Giustizia di essere più attiva: C. Fasone, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *www.diritticomparati.it*, 3.12.2018.

3. ... e il dibattito sulla *Rechtsprechungskonkurrenz* in Germania nel prisma delle tensioni della giurisprudenza *Solange*

Il *BVerfG*, come riportato dal suo presidente Voßkuhle, è considerato tradizionalmente «il più alto garante dell'attuazione dei diritti fondamentali», in quanto rappresenta non solo «il Custode della Costituzione» ma anche «l'ultima ancora di salvezza» dei singoli contro i provvedimenti dei pubblici poteri³⁴. La *Verfassungsbeschwerde* è cruciale per sostenere questi argomenti. Del resto, come rilevava Kelsen, dal modo in cui si introduce il giudizio dipende «la misura in cui il Tribunale [può] adempiere il proprio compito di garante della Costituzione»³⁵.

In questa prospettiva, lo strumento dell'*Urteilsverfassungsbeschwerde* rappresenta il completamento di un sistema che vede nella difesa e nella piena effettività del catalogo dei *Grundrechte* il puntellamento dell'ordinamento liberal-democratico³⁶ e che, non senza tensioni, trova oggi la sua affermazione in una vivace concorrenza tra giurisdizioni (*Rechtsprechungskonkurrenz*)³⁷. Da questo punto di vista, l'esperienza tedesca si differenzia da quella austriaca per il rilievo che viene riconosciuto alla Convenzione e al diritto eurounitario³⁸.

Analizzando la funzione del ricorso diretto in questa chiave, occorre preliminarmente chiarire che, come nell'ordinamento italiano, alla CEDU è formalmente riconosciuto il rango di legge ordinaria. Tuttavia sin dalla decisione *Görgülü*³⁹, passando attraverso il principio dello stato di diritto (art. 20, Abs. 3, GG), il Tribunale ha stabilito che la CEDU sprigiona una *Bindungswirkung* (effetto di vincolo) per i giudici nell'interpretare i *Grundrechte*. Se i giudici ignorano tale piano argomentativo nelle loro opera-

³⁴ A. Voßkuhle, *Menschenrechtsschutz durch die Europäischen Verfassungsgerichte*, in *RdA*, 2015, 336 ss.

³⁵ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 194.

³⁶ P. Häberle, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000 e J. Luther, *Pratica dei diritti fondamentali*, Torino, 2000.

³⁷ S. Oeter, *Rechtsprechungskonkurrenz*, cit., *passim*. Il sistema trova una corrispondenza anche sul piano interno: J.F. Lindner, *Bindung der Landesverfassungsgerichte an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?*, in *JZ*, 2018, 369 ss. e M.D. Poli, *Bundesverfassungsgericht e Landesverfassungsgerichte. Un modello "policentrico" di giustizia costituzionale*, Milano, 2012.

³⁸ S.-P. Hwang, *Die EMRK im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG*, in *EuR*, 2017, 512 ss. e A. Di Martino, *The "Open Constitutional State": Germany's Response to International and European Legal Pluralism*, in L. Mezzetti (cur.), *International Constitutional Law*, Torino, 2014, 109 ss. Sul punto A. Jakab, *Two*, cit., 948.

³⁹ *BVerfG 2 BvR 1481/04 del 14-10-2004*; altre applicazioni di rilievo in *1 BvR 1602/07 del 26-2-2008* e in *2 BvR 2365/09 del 4-5-2011*.

zioni di ponderazione si configura pertanto la violazione di un obbligo su cui è possibile fondare un ricorso individuale⁴⁰. Coerentemente si è intesa la CEDU come una *Neben-* o una *Komplementärverfassung* capace di integrare il parametro dei diritti fondamentali⁴¹. Tale assetto riflette il vincolo generato dalla *Völkerrechtsfreundlichkeit*, nei limiti in cui l'operazione di interpretazione conforme non si scontri con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale⁴². Peraltro, il ricorso individuale, nel consentire un controllo sulla tenuta del catalogo costituzionale dei *Grundrechte*, ha anche la funzione di ridurre i casi in cui i singoli hanno un interesse ad agire davanti alla Corte EDU, in definitiva favorendo una convergenza tra le giurisprudenze delle due corti e possibili innovazioni nell'interpretazione dei diritti fondamentali⁴³.

Con ciò è possibile considerare nei bilanciamenti il catalogo convenzionale, senza subire passivamente una immediata penetrazione nella dimensione statale dei principi sanciti nella giurisprudenza della Corte EDU. La «primazia assiologica» del *Grundgesetz* viene, infatti, assecondata dalla dogmatica delle relazioni multipolari tra diritti fondamentali (*mehrpole Grundrechtsverhältnisse*)⁴⁴. Con essa, si riconosce alle controversie costituzionali una complessità tendenzialmente assente nell'atteggiarsi *bipolare* (stato-individuo) che i ricorsi assumono dinanzi alla Corte EDU, essendo sul piano delle controversie costituzionali coinvolti simultaneamente anche quegli interessi che, seppur estranei alla causa svoltasi a Strasburgo, devono comunque essere presi in considerazione nelle operazioni di ponderazione in quanto costituzionalmente rilevanti⁴⁵.

Diverse sono, invece, le funzioni svolte dal ricorso diretto in relazione al diritto eurolunitario. Ispirato alla più risalente giurisprudenza *Solange*, su cui si sono poi innestati i controlli *ultra vires* e di identità, il rapporto con il diritto dell'Unione europea ha seguito un percorso edificato sul tentativo di stabilire una complementarietà più che una materiale integrazione dei cata-

⁴⁰ BVerfG 2 BvR 1481/04 (Rn. 30). In merito, A. Di Martino, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Per una prospettiva comparata sull'esperienza italiana*, in *federalismi.it*, 2012.

⁴¹ Cfr. A. Di Martino, *La Convenzione*, cit., 29 (nt. 97).

⁴² BVerfG 2 BvR 1481/04, Rn. 35.

⁴³ S. Mückl, *Kooperation oder Konfrontation?—Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *Der Staat*, 2005, 403 ss.

⁴⁴ W. Hoffmann-Riem, *Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnisse*, in *EuGRZ*, 2006, 492 ss. Cfr. BVerfG 2 BvR 1481/04, Rn. 50.

⁴⁵ C. Grabenwarter, *Das mehrpolige Grundrechtsverhältnisse im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Aa.Vv., Völkerrecht als Wertordnung*, Kehl, 2006, 193 ss.

loghi: al di là dei casi che concernevano i limiti del processo di integrazione europea, il diritto comunitario avrebbe beneficiato di una materiale primazia fintantoché avesse garantito un livello sostanzialmente equivalente di protezione. Ciò non corrispondeva certo a un disinteresse del *BVerfG*, rappresentando piuttosto una sorta di auto-marginalizzazione legata alla necessità di garantire un'uniforme interpretazione del diritto comunitario⁴⁶.

La Corte di Karlsruhe però, per quanto ritenesse inammissibili i ricorsi individuali o le questioni sollevate in via incidentale in cui avesse dovuto trovare applicazione il diritto comunitario⁴⁷, si riservava di valutare se il giudice avesse violato, non sollevando rinvio pregiudiziale, il diritto delle parti al giudice naturale (art. 101 GG)⁴⁸. E lo strumento che permette tale supervisione è proprio il ricorso individuale.

In questo quadro, l'*Urteilsverfassungsbeschwerde* si atteggia a strumento che consente di avviare processi volti a favorire l'effettività dello stesso diritto europolitano. Ne è stata confermata una recente decisione su un mandato d'arresto europeo (MAE)⁴⁹. La questione si colloca nel quadro di una risalente e vivace controversia sui limiti del controllo che il Tribunale costituzionale può porre in essere senza ledere le specifiche competenze delle altre giurisdizioni, quando sia adito per giudicare se una sentenza abbia leso un diritto fondamentale protetto dal *Grundgesetz*⁵⁰.

⁴⁶ Per quanto un approccio di questo tipo, edificato sulla separatezza tra sfere di competenza, sembri funzionare, sono di tutta evidenza i suoi limiti. Un caso celebre in cui le sue contraddizioni si sono manifestate ha riguardato una disciplina in materia di monopoli. Dopo una prima pronuncia del Tribunale di Karlsruhe, che dava un margine temporale al legislatore per intervenire al fine di ristabilire la conformità a Costituzione della legge impugnata, la Corte di Giustizia, sottolineando di esprimersi utilizzando come parametro solo le fonti del diritto comunitario a tutela del primato di quest'ultimo, affermava che, qualora il giudice nazionale avesse accertato l'incompatibilità del diritto interno con il diritto comunitario sulla base dei principi espressi nella sentenza, quest'ultima avrebbe dovuto produrre effetti immediati, rendendo pertanto da subito inapplicabile la disciplina controversa (*BVerfG* 1 BvR 1054 del 28-3-2006, poi precisata con il *Beschluss* 1 BvR 2218/06 del 22-11-2007, e il *Beschluss* 1 BvR 2677/04 del 2-8-2006; e, infine, su questioni giuridiche analoghe, Corte giust., sent. 8-9-2010, C-409/06, Winner Wetten che fa riferimento alle decisioni richiamate). Di notevole interesse sono anche, con riferimento al parametro, le decisioni *BVerfG* 1 BvR 1916/09 del 19-7-2011 e 1 BvR 2821/11 del 6-12-2016, in cui il Tribunale ha interpretato la Legge fondamentale alla luce del diritto europeo.

⁴⁷ *BVerfG* 2 BvL 1/97 del 7-6-2000 (*Bananenmarktordnung*) e *BVerfG* 1 BvL 3/08 del 4-11-2011, Rn. 45 ss.

⁴⁸ S. Oeter, *Rechtssprechungskonkurrenz*, cit., 383-384.

⁴⁹ *BVerfG* 2 BvR 424/17 del 19-12-2017.

⁵⁰ Sul conflittuale rapporto tra *Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit*, R. Allewelt, *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, Tübingen, 2006 e, più nello specifico sulla giurisprudenza in materia di rinvio pregiudiziale, D. Wolff, *Willkür und Offensichtlichkeit*, in *AöR*, 2016, 40 ss. Tra i primi, in merito, K. Zweigert, *Die Verfassungsbeschwerde*, in *JZ*, 1952, 327. In prospettiva comparata, M. de Visser, *Constitutional Review in Europe*, Oxford, 2014, 385 ss.

Il *BVerfG*, nella pronuncia richiamata, ha chiesto al giudice di tornare sulla sua decisione, ritenendo che non fosse stato effettuato un rinvio pregiudiziale invece necessario. Ribadendo di non considerarsi un «oberstes Vorlagenkontrollgericht» (una «suprema istanza di controllo sui rinvii»), il Tribunale ha così confermato di svolgere una vigilanza limitata al modo in cui la discrezionalità in merito all'espletamento di un rinvio viene esercitata⁵¹. Nella decisione si legge anche, tuttavia, che tale limitato campo di azione non impedisce ai giudici di Karlsruhe di esercitare, qualora siano raggiunti gli specifici requisiti di ammissibilità, il controllo di identità (*Identitätskontrolle*), in difesa dell'intangibilità della dignità umana di cui all'art. 1, Abs. 1, GG (cfr. *infra* in questo paragrafo)⁵². E si innesta proprio a questa altezza un'altra virtualità del ricorso diretto in relazione al diritto eurounitario.

L'*Identitätskontrolle* getta, infatti, una luce nuova sulla vicenda connessa con il più recente tentativo della CGUE di dare all'art. 51 CDFUE un valore che sembra potenzialmente estendersi anche agli ambiti del diritto UE non armonizzati. L'assetto *Solange* descritto in precedenza è stato, del resto, negli ultimi anni messo sotto pressione dal crescente rilievo riconosciuto ai diritti sanciti nella Carta di Nizza-Strasburgo⁵³. In questa prospettiva, si è alimentato un vasto dibattito sull'opportunità di rivedere le «strategie di ottimizzazione» dei cataloghi dei diritti⁵⁴. Si sono così contrapposte la tesi di chi propone di superare l'idea della separazione in favore di una aggiornata *Fusionsthese*, sulla falsariga del modello CEDU, che punta a fare del *BVerfG* il vero garante dell'implementazione dei diritti fondamentali⁵⁵ e quella di chi ha, invece, tentato di aggiornare la *Trennungsthese*, ovvero la dottrina *Solange II*, mantenendo però fermo il principio per cui i cataloghi, per quanto se necessario usati parallelamente, debbono restare «costruttivamente separati»⁵⁶.

⁵¹ BVerfG 2 BvR 424/17, Rn. 37 ss.

⁵² BVerfG 2 BvR 424/17, Rn. 34.

⁵³ A parziale precisazione delle implicazioni di questo filone giurisprudenziale, cfr. però Corte giust., sent. 6-3-2014, C-206/13, *Cruciano Siragusa*, spec. Rn. 24.

⁵⁴ C. Franzius, *Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa*, in *EuGRZ*, 2015, 139 ss.

⁵⁵ Da vari punti di vista: D. Thym, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *JZ*, 2015, 53 ss., Id., *Separation versus Fusion—or: How to Accomodate National Autonomy and the Charter*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, 391 ss., C. Calliess, *Kooperativer Grundrechtsschutz in der Europäischen Union—Überlegungen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und deutschem Bundesverfassungsgericht*, in *JRP*, 2015, 17 ss. e M. Bäcker, *Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte*, in *EuR*, 2015, 389 ss. Cfr. anche J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *Eur. L. Rev.*, 2013, 420 ss.

⁵⁶ Sul tema, con accenti diversi, G. Britz, *Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof*, in *EuGRZ*, 2015, 275 ss. e J. Masing, *Einheit und Vielfalt des*

Il *BVerfG* ha di fatto optato per questa seconda alternativa in un crescendo culminato, dopo due discusse decisioni (*Vorratsdatenspeicherung*⁵⁷ e *Anti-Terror-Datenschutz-Gesetz*⁵⁸), in un caso (enfaticamente denominato *Solange III*)⁵⁹ in cui, all'esito di un ricorso contro l'esecuzione di un MAE, si è giunti a considerare ammissibile un ricorso diretto volto a valutare la violazione dell'identità costituzionale tedesca in tutti quei casi in cui, incidendo su quel nucleo che inerisce alla dignità umana, la violazione di un diritto fondamentale finisce per andare a ledere la clausola di eternità (art. 79, Abs. III, GG)⁶⁰.

Questo controverso approdo, peraltro recepito con notevole intelligenza dalla Corte di Lussemburgo⁶¹, ha prodotto non solo una delimitazione dell'efficacia dei principi sanciti nella decisione *Solange II*, ma anche un'innovazione nella forza di irradiazione riconosciuta al controllo di identità, rappresentando l'ultimo sviluppo di un confronto altamente vivace intorno alla spinta federatrice della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo⁶².

Tuttavia non può non vedersi come l'elemento che, anche in quest'ultimo snodo, ha consentito al sistema di adattarsi all'innovazione deve essere rinvenuto nella possibilità per il *BVerfG* di essere chiamato in causa indipendentemente dalla cooperazione delle altre giurisdizioni nazionali, oltre che nell'autorevolezza con cui il Tribunale è in grado di innovare la sua dogmatica, adattandola alle esigenze pratiche che gli vengono poste.

Europäischen Grundrechtsschutzes, in *JZ*, 2015, 477 ss. Sul complesso quadro dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario e i margini per un uso parallelo dei cataloghi, rispetto al quale il controllo di identità appare un momento di chiusura, cfr. il Beschluss *BVerfG 1 BvF 1/13* del 21-3-2018.

⁵⁷ *BVerfG 1 BvR 256/08* del 2-3-2010.

⁵⁸ *BVerfG 1 BvR 1215/07* del 24-4-2013.

⁵⁹ *BVerfG 2 BvR 2735/14* del 15-12-2015 su cui H. Sauer, "Solange" geht in Altersteilzeit – Der unbedingte Vorrang der Menschenwürde vor dem Unionsrecht, in *NJW*, 2016, 1134 ss. Cfr. S. Dietz, *Die europarechtsfreundliche Verfassungsidentität in der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 2017, 78 ss.

⁶⁰ Di un «Supergrundrecht auf menschenwürdigen Verfassungsidentität» parla C. Schönberger, *Anmerkung*, in *JZ*, 2016, 422 ss.

⁶¹ Corte giust., sent. 5-4-2016, C-404/15 e C-659/15 PPU, su cui M. Hong, *Human Dignity, Identity Review of the European Arrest Warrant and the Court of Justice as a Listener in the Dialogue of Courts: Solange-III and Aranyosi*, in *Eur. L. Rev.*, 2016, 549 ss. e S. Bartole, *La Corte europea di giustizia fra Taricco e Aranyosi*, in *Giur. cost.*, 2016, 1562 ss. Collega la decisione alla flessibilità del Regolamento Dublino III, F. Meyer, *Anmerkung*, in *JZ*, 2016, 621 ss.

⁶² A. Ruggeri, *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *medialaws*, 2018 e A. Torres Pérez, *The Federalizing Force of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ICON* (2017), vol. 15, 1080 ss.

4. La tutela dei diritti fondamentali e le «nuove missioni» della Corte costituzionale

In Italia, si è spesso discusso dell'opportunità di introdurre il ricorso diretto, ritenendo accesso incidentale e *Verfassungsbeschwerde* tra loro infungibili⁶³. È stata persino presentata, al culmine del primo conflitto tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, una proposta di revisione costituzionale in tal senso⁶⁴. Senza pretesa di completezza, sono testimonianza del vivace confronto sia le prese di posizione di Aldo Mazzini Sandulli⁶⁵, che avanzava anche l'idea di regolare l'istituto, di altra natura, dell'*actio popularis*, sia alcune occasioni di studio successive⁶⁶.

Per quel che rileva in questa sede, si può osservare, tuttavia, come, al di là delle divisioni nel merito, il dibattito sulla proposta di affidare la tutela delle libertà alla giurisdizione costituzionale abbia oscillato intorno all'idea di una sostanziale inadeguatezza dei giudici comuni a tutelare i diritti costituzionali con riferimento «non solo alla loro "importanza", ma anche alla loro stessa complessa struttura, al loro oggetto [...], alle necessarie peculiarità della loro interpretazione o attuazione, all'urgenza della loro tutela, ecc. ecc.»⁶⁷. Mauro Cappelletti avrebbe coerentemente espresso un fulminante ripensamento circa la necessità di introdurre nell'ordinamento italiano il ricorso diretto per realizzare una compiuta giurisdizione costituzionale delle libertà, anche in ragione del ruolo che era ormai andato a rivestire il sistema CEDU⁶⁸. Ma il tema connesso con l'inadeguatezza della *Verfassungsgerichtsbarkeit* italiana a sovrapporsi con le esigenze pratiche della *Grundrechtsgerichtsbarkeit* in Europa appariva in realtà collegato proprio con le difficoltà di accesso alla Corte.

⁶³ C. Mezzanotte, *Il problema della fungibilità tra eccezione di incostituzionalità e ricorso diretto alla Corte costituzionale*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, 77 ss.

⁶⁴ S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 158 ss.

⁶⁵ A.M. Sandulli, *Stato di diritto e stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, 8 ss. e Id., *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale in Italia*, Padova, 1968.

⁶⁶ R. Tarchi, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali*, in Id. (cur.), *Patrimonio*, cit., 51 ss. Sull'*actio popularis*, M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015.

⁶⁷ M. Cappelletti, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 92-93. Cfr. almeno A. Anzon, *Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania federale, Austria e Spagna*, in *Pol. dir.*, 1989, 329 ss., L. Carlassare (cur.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 11 ss. e V. Onida, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1095 ss.

⁶⁸ M. Cappelletti, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in Aa.Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 31 ss. Cfr. poi B. Randazzo, *Il ricorso alla corte europea dei diritti dell'uomo come ricorso diretto*, in R. Tarchi (cur.), *Patrimonio*, cit., 297 ss.

Operavano in tal senso, più o meno volutamente, non solo l'auspicio che la Corte coltivava di evitare il formarsi di un nuovo arretrato, ma anche alcune caratteristiche strutturali del processo costituzionale italiano, che nella giurisprudenza in punto di ammissibilità, sempre più restrittiva, avevano peraltro trovato un chiaro momento di saldatura⁶⁹. Parallelamente, con l'assestarsi del principio della primazia del diritto comunitario (sent. n. 170 del 1984), che faceva perno sulla collaborazione dei giudici comuni⁷⁰, la Corte costituzionale, con un'accelerazione a seguito della riforma del Titolo V, sembrava progressivamente rassegnarsi a svolgere un ruolo più vicino ai canoni della *Staatsgerichtsbarkeit*⁷¹. Non stupisce se, in questo mutato scenario, Leopoldo Elia, che aveva mostrato una certa ritrosia verso il tema in un primo momento⁷², avrebbe invece aperto al ricorso diretto, al fine di rispondere a «talune situazioni [che] spingono verso l'attribuzione alla Corte di nuove missioni»⁷³.

Negli ultimi anni la Corte costituzionale ha cercato di invertire quella rotta, lottando per riconquistare spazi di giurisdizione. Tale sforzo appare evidente, in particolar modo con riferimento alla tutela dei diritti, sia se si guarda al «rango» infine riconosciuto alla CEDU, sia se si osservano gli ultimi sviluppi collegati al diritto europeo. Considerando che la Corte costituzionale, nella sent. n. 269 del 2017, ha richiamato la decisione del *Verfassungsgerichtshof* del 2012, con cui la CDFUE è stata innalzata a parametro in ragione del rango riconosciuto sul piano interno alla CEDU, può essere fruttuoso osservare gli sviluppi intercorsi sia in merito all'individuazione del rango della Convenzione europea in Italia dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 sia le attuali turbolenze connesse con il tentativo di definire un nuovo equilibrio con l'ordinamento europeo recentemente registratesi con riferimento al controllo di identità (cd. «Saga Taricco»). Nel far ciò verrà sottolineato l'influsso delle giurisprudenze del *Verfassungsgerichtshof* e del *Bundesverfassungsgericht* sulla Corte costituzionale italiana, partendo dalla constatazione per cui, come visto, l'accesso individuale ha svolto però in quei contesti un ruolo decisivo.

⁶⁹ Cfr. sent. n. 356 del 22-10-1996. Su alcuni sviluppi recenti in punto di ammissibilità G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017.

⁷⁰ Su questo itinerario G. Pistorio, *Interpretazione e giudici*, Napoli, 2012.

⁷¹ Cfr. B. Caravita di Toritto (cur.), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012.

⁷² Cfr. l'intervento in Commissione parlamentare per le riforme costituzionali (antim. 26-6-1997). Sul punto, A. Manzella, *Leopoldo Elia in Parlamento*, in L. Elia, *Discorsi parlamentari*, Bologna, 2018, 26.

⁷³ L. Elia, *Intervento*, in P. Pasquino, B. Randazzo (cur.), *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti)*, Milano, 2009, 128.

Si impone allora di verificare se il ricorso diretto possa rappresentare una possibile risposta procedurale alle sfide cui è chiamata la Corte costituzionale⁷⁴. In Italia, del resto, come la progressiva apertura sull'uso del rinvio pregiudiziale ha fornito uno strumento fondamentale per costruire degli spazi nuovi di partecipazione della Corte costituzionale al processo di integrazione sovranazionale⁷⁵, così il ricorso diretto potrebbe dimostrarsi, se ben pensato, un fattore di flessibilità attraverso cui favorire, più specificamente, una più forte capacità del sistema interno di *constitutional adjudication* nel suo insieme di interagire con il piano sovranazionale di difesa dei diritti fondamentali⁷⁶.

Un tale approdo deve però prescindere da un giudizio sull'adeguatezza dei giudici comuni a tutelare i diritti costituzionali. I giudici comuni, infatti, hanno dimostrato di rispondere efficacemente, quando possibile, alle richieste di tutela dei diritti, rappresentando un ingranaggio fondamentale della tutela integrata dei diritti in Europa⁷⁷. E, tuttavia, al contempo con ciò non si può negare la strutturale multipolarità di tutte quelle questioni in cui la rivendicazione del singolo caso necessita di essere bilanciata a un livello sistematico e alla cui altezza la pretesa individuale risulta inevitabilmente più sfumata⁷⁸. L'introduzione del ricorso diretto, in tale quadro, potrebbe aiutare a mantenere i due piani distinti, in una prospettiva per cui l'accesso diretto non è finalizzato a supplire un'inadeguatezza del giudice comune, ma è strumento funzionale a coordinare il sistema di

⁷⁴ Su cui cfr. almeno A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, 149 ss. e M. Cartabia, *Convergenza e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁷⁵ R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014. Sul tema della «doppia pregiudiziale» G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*, 2018 e G. Repetto, *Rinvio alla Corte di Giustizia UE e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Aa.Vv., Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, 659 ss.

⁷⁶ Intravede solo nella possibilità di un sollevamento di un conflitto dinanzi a se stessa lo strumento a disposizione della Corte per far fronte a un eventuale abuso da parte dei giudici comuni M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *federalismi.it*, 2007, 15.

⁷⁷ Cfr. almeno Corte giust., sent. 28-2-2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*. Ma è la stessa Corte costituzionale che anche in alcune recenti decisioni ha valorizzato il ruolo del giudice comune: cfr. almeno la sent. n. 272 del 18-12-2017 e la sent. n. 194 dell'8-11-2018.

⁷⁸ Sui diritti come un «sistema a somma zero» R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 33 ss., spec. 63 ss.

constitutional adjudication nazionale, per disinnescare alcuni conflitti del costituzionalismo plurale⁷⁹.

Relativamente ai rapporti con la Corte EDU, il ricorso diretto alla Corte costituzionale potrebbe, per esempio, favorendo una maggiore soggettivizzazione dei conflitti, configurarsi come un elemento per ammorbidire le rigidità dell'assetto che, a partire dalle cd. «sentenze gemelle», è andato strutturandosi sul rango del diritto convenzionale. Ciò potrebbe implicare, peraltro, non solo una riduzione dei ricorsi a Strasburgo, ma anche un processo di più salda integrazione tra i cataloghi.

Il sistema che si è delineato a partire da quella giurisprudenza del 2007, infatti, rappresentò al tempo una risposta alla necessità di evitare che i giudici comuni potessero aggirare il controllo di costituzionalità delle leggi, attraverso l'applicazione diretta della Convenzione. A tal fine, tuttavia, la Corte optò per una logica di «ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali [...] e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»⁸⁰. Come corollario di tale impostazione si precisò che solo la Corte costituzionale può operare una «valutazione sistemica [...] dei valori coinvolti»⁸¹. Questi assunti presentano significative ripercussioni, presupponendo la necessità, pure comprensibile, di incasellare in modo tendenzialmente rigido la Convenzione nel sistema delle fonti attraverso l'art. 117, co. 1, Cost. e rimuovendo l'esigenza di valorizzare processi integrativi tra i cataloghi dei diritti⁸². Conferma tale visione l'affermazione per cui in questo senso

⁷⁹ A. Cerri, *Profili processuali del costituzionalismo plurale*, Roma, 2010.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 348 del 24-10-2007, cons. in dir. 4.7.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 264 del 28-11-2012, cons. in dir. 5.4. Su cui C. Pinelli, «Valutazione sistemica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4228 ss. La vicenda ha avuto un interessante sviluppo con la sent. n. 166 del 12-7-2017. Sugli sforzi in altre occasioni di ricondurre la giurisprudenza CEDU ad armonia con la Costituzione, a commento della sent. n. 15 del 26-1-2012, M. Massa, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2012, 167 ss.

⁸² Cort. cost., sent. n. 388 del 22-10-1999, su cui L. Montanari, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo: ma forse con un'inedita apertura*, in *Giur. cost.*, 1999, 3001 ss., ma anche Corte cost., sent. n. 10 del 19-1-1993. Per due diversi approcci, G. Silvestri, *Fonti interne e fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011 e P. Ridola, *La giustizia costituzionale e le sfide del "diritto costituzionale europeo"*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012. Per un uso interno del parametro Corte cost., sent. n. 278 del 22-11-2013, su cui criticamente G. Amato, *Corte costituzionale e corti europee*, Bologna, 2015, 64 ss. Per un uso diverso del precedente CEDU, l'ord. n. 150 del 7-6-2012 su cui G. Repetto, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «supervenienti»*, in *Giur. cost.*, 2012, 2069 ss.

va declinata la «primazia assiologica» della Costituzione con riferimento all'effetto di vincolo delle pronunce della Corte EDU⁸³.

La prospettiva di un bilanciamento tra gli obblighi internazionali e gli interessi costituzionali tradisce, tuttavia, una vocazione a operare su un piano astratto, rifiutando un'integrazione dei parametri in concreto. Si innesca così una conflittualità tra due poli che non sembrano in realtà porsi in una dimensione di sostanziale alternatività (*aut-aut*), ma anzi di necessaria coesistenza (*et-et*). Il rischio, in tal modo, è di portare alla progressiva «cristallizzazione istituzionale del ruolo delle due Corti»⁸⁴.

Con riferimento al diritto eurounitario, analogamente, il ricorso diretto potrebbe rappresentare uno strumento per favorire un più agevole coinvolgimento della Corte costituzionale, a seguito del crescente rilievo assunto dalla Carta di Nizza-Strasburgo, nel sistema di tutela dei diritti in Europa.

In questa chiave, la rivendicazione della Corte a essere coinvolta sempre in materia di diritti garantiti dalla CDFUE, nella sent. n. 269, assume una coloritura decisamente problematica. Il riferimento alla sentenza austriaca del 2012 operata nella sent. n. 269 lascia, infatti, pensare che la Corte punti a una qualche forma di «fusione» da operare volta per volta sul piano dell'argomentazione del catalogo costituzionale con quello della Carta oppure – così come avvenuto in Austria – a omogeneizzare lo *status* dei diritti sanciti dalla CDFUE a quelli della CEDU. Tale ultimo scenario in Italia significherebbe, tuttavia, logicamente il riconoscimento di un rango subcostituzionale alla Carta di Nizza-Strasburgo, del tutto incompatibile con il rilievo del diritto eurounitario, quando vi siano le condizioni perché sia invocabile la sua primazia (art. 51 CDFUE).

Anche altre implicazioni derivano da quanto affermato dalla Corte nella sent. n. 269 del 2017. Con riferimento al rapporto con l'ordinamento europeo, la sent. n. 269 lascia prefigurare una terza via tra l'esperienza tedesca e quella austriaca che prova a tenere insieme le scelte di Austria e Germania. E, infatti, la «Saga Taricco», sulla falsariga del modello tedesco, ha dimostrato che il controllo di identità può operare ove siano in gioco i principi supremi dell'ordinamento⁸⁵. In questa costellazione, la

⁸³ Corte cost., sent. n. 49 del 14-1-2015 su cui G. Repetto, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 2015.

⁸⁴ G. Repetto, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 1075 ss., 1084 e A. Guazzarotti, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.*, 2011, 3779 ss.

⁸⁵ Corte cost., ord. n. 24 del 26-1-2017 e sent. n. 115 del 10-4-2018. In merito G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 229 ss.

questione di costituzionalità ha come oggetto, indiretto o sostanziale, le fonti eurounitarie da parametrare ai principi supremi: un approdo tutto sommato coerente con la giurisprudenza del «cammino comunitario». In Germania, però, il controllo di identità ha potuto trovare nuova linfa, da ultimo, proprio grazie alla sua saldatura con l'accesso diretto in tutti quei casi in cui la violazione del diritto fondamentale è tanto grave da ledere l'identità costituzionale tedesca, riespandendo così la capacità del *Grundgesetz* di essere parametro in materia di *Grundrechte*.

Viceversa, con la sent. n. 269, sulla falsariga dell'esperienza austriaca, il problema appare del tutto diverso. Secondo una direttrice che sembra rievocare quanto accaduto nel dibattito sul rango della Convenzione, al fine di garantire una valutazione di tipo sistemico al diritto interno eventualmente incompatibile con una specifica fonte di diritto eurounitario (ie. la CDFUE), la Corte costituzionale pretende, infatti, di superare in parte le implicazioni del principio del primato del diritto eurounitario. Secondo la Corte, seppur in ambiti pienamente armonizzati, quando il diritto fondamentale sancito dalla CDFUE riproduca diritti costituzionali, deve trovare spazio, proprio nei limiti di efficacia dell'art. 51, la possibilità per i giudici costituzionali di pronunciarsi, per dare corso alla tutela di tipo sistemico. Ciò implica, però, un corrispettivo e problematico obbligo del giudice comune di sollevare questione di costituzionalità.

Senza sottovalutare il rilievo che riveste la certezza del diritto nell'ordinamento italiano, è evidente che il perimetro di questa scelta non coincide con la difesa dei principi supremi. È in questo senso che tale opzione tradisce l'idea di inadeguatezza del giudice comune (anche nel suo collegamento privilegiato con la Corte di Giustizia) a far fronte alle questioni concernenti i diritti costituzionali⁸⁶. L'azione del giudice comune e quella della Corte costituzionale paiono infatti tratteggiate in termini alternativi, mentre invece i tipi di controllo dovrebbero essere pensati come eventualmente cumulativi (e in questo senso infungibili), perché operanti su piani distinti.

Pur nella perdurante assenza del ricorso diretto, più coerente con l'attuale assetto dei rapporti appare allora la lettura di chi propone di assecondare anche in Italia una sorta di ripensamento della *Trennungsthese*, che, come accaduto in Germania, definisca i termini in cui è ammissibile un uso parallelo dei cataloghi. Questa scelta necessiterebbe però di ammorbidire alcuni passaggi della sent. n. 269, in merito alla possibilità per

⁸⁶ G. Mastroianni, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giur. cost.*, 2014, 4089 ss.

la Corte costituzionale di pronunciarsi in tutti quegli ambiti pienamente armonizzati in cui la Carta, ai sensi dell'art. 51, trova applicazione⁸⁷.

Per certi versi coerente con questa opzione interpretativa è una lettura «minimalista» della sent. n. 269. Alla luce delle difficoltà di tenuta pratica, si può immaginare, infatti, che la Corte stia cercando di segnalare come, per i diritti fondamentali, tutto ciò prelude a un abbassamento del grado di rigidità in merito all'ammissibilità delle questioni, invitando i giudici ordinari a sollevare ordinanze di rimessione con maggiore disinvoltura, non preoccupandosi eccessivamente della doppia pregiudizialità o dell'effetto di vincolo prodotto dal diritto eurounitario. Tale scenario sembra anche più in linea con la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo da *Melki* in poi, considerando l'apertura con cui ormai la Corte costituzionale valuta l'ipotesi di operare rinvii pregiudiziali e, allo stesso tempo, la circostanza per cui i giudici comuni non possono comunque essere limitati, se ne ricorrono le condizioni e la questione presenta dubbi di compatibilità anche con il diritto eurounitario, nel loro potere di interrogare la Corte di Giustizia.

5. Della potenziale positività di un «susseguirsi a casaccio di tentativi di soluzione»

Nelle decisioni collegate alla «Saga Taricco» e alla sent. n. 269 del 2017 molti sono i profili di interesse su cui non è possibile soffermarsi in questa sede. Alcuni, come il rilievo dell'art. 53 CDFUE, assumeranno una sempre maggiore centralità. Altri, come la categoria cui far riferimento con riguardo alla natura dei diritti fondamentali coinvolti⁸⁸, richiederanno un sforzo di precisazione⁸⁹.

Di certo la via austriaca di uniformare il parametro, elevando la CDFUE al rango di norma costituzionale, pare convergere con le riforme costituzionali in materia di accesso verso l'obiettivo di reintegrare a pieno il *VfGH*, anche sul piano simbolico, nella tutela dei diritti fondamentali. Il *BVerfG* parallelamente, lungi dall'abbandonarla, cerca invece di puntellare

⁸⁷ Cfr. G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2955 ss.

⁸⁸ Non vi è per esempio un richiamo a un'univoca categoria di diritti: se nella ord. n. 24 del 26-1-2017 si fa riferimento ai «diritti fondamentali della persona», nella sent. n. 115 del 10-4-2018 si usa la dizione di «diritti inalienabili della persona», mentre nella sent. n. 269 è utilizzato il concetto di «diritti della persona».

⁸⁹ Cfr. G. Scaccia, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, 2018.

la *Trennungsthese*, precisando i casi in cui è possibile spingersi a valutare se il diritto europeo è compatibile con l'identità costituzionale tedesca e definendo i margini per un uso parallelo dei cataloghi. Per la sostenibilità di tale assetto, tuttavia, l'*Urteilsverfassungsbeschwerde* appare un caposaldo imprescindibile.

In Italia, gli ultimi assestamenti consentono di individuare i pro-dromi di prassi volte a conciliare, non senza qualche difficoltà, le due strade. Tuttavia, in assenza del ricorso diretto, la Corte costituzionale non può che provare a convincere i giudici comuni della necessità di essere coinvolta. È in tale prospettiva che, uscendo dalla logica del dibattito sull'adeguatezza di questi ultimi a tutelare i diritti fondamentali, il ricorso diretto potrebbe agevolare una piena integrazione dell'organo accentrato di giustizia costituzionale nel sistema di tutela giurisdizionale europea.

Per ora, la via intrapresa ricorda quelle soluzioni matematiche per cui, come riporta l'Ulrich di Musil, non è possibile ottenere una soluzione generale ma solo «soluzioni singole che, combinate, s'avvicinano alla soluzione generale», perché, come nella vita, la «soluzione esatta e totale» può ottenersi solo da un'«ampia disordinata fiumana di situazioni» che apparentemente costituiscono «un susseguirsi a casaccio di tentativi di soluzione, insufficienti e, se presi singolarmente, anche sbagliati»⁹⁰. Nel processo di avvicinamento alla soluzione generale, intanto, il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali deve però continuare a rafforzare la protezione degli spazi di libertà dei singoli⁹¹.

Francesco Saitto
Ricercatore in Diritto pubblico comparato
Università "Sapienza" di Roma
P.le Aldo Moro, 5, 00185 Roma
francesco.saitto@uniroma1.it

⁹⁰ R. Musil, *L'uomo senza qualità* (1978), Torino, 1996, 404.

⁹¹ P. Ridola, *Il principio*, cit., *passim*.

