

Prof. Daniel Thym

Unificate i diritti fondamentali!

(In: *Juristenzeitung*, 2015, pag.53)

Con l'espansione della giurisprudenza CEDU e l'introduzione della Carta dei diritti fondamentali UE l'internalizzazione raggiunge il diritto costituzionale. Sulla base della generosa applicazione della Carta da parte della Corte di Giustizia UE (CdGUE) si giunge, inoltre, ad una doppia tutela di diritti fondamentali, che scuote la separazione, fino a qui seguita dal Tribunale Costituzionale Federale (BVerfG), delle sfere di diritti fondamentali. Offre una via d'uscita un nuovo indirizzo giuridico- costituzionale che nel suo nucleo si risolve in un accostamento di contenuto di Legge Fondamentale, CEDU e Carta dei diritti fondamentali. Una simile configurazione sostanziale e processuale dell'architettura dei diritti fondamentali favorisce un allineamento delle aree e garantisce, così, spazi operativi intra – statali. Se molteplici diritti fondamentali nazionali e sovra - statali si trovano in una nuova unità il diritto pubblico tedesco può aprire nuovi spazi di discussione in una cooperazione toto- europea.

I. Situazione fondamentale di confusione

I diritti umani non sono un'invenzione della Legge Fondamentale. Per la costituzione tedesca il loro riconoscimento è " fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo".¹ Di fatto, il diritto sovrastatale presenta sempre più riferimenti al primo articolo della Legge Fondamentale. Ciò vale, oltre per gli accordi sui diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, soprattutto per la Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU), che dà un sostegno ai diritti umani sopranazionali per una evidenza e una forza di penetrazione rafforzate. Si giunge ad una confusione, per la quale lo stato tramandato della dogmatica federal - repubblicana sui diritti fondamentali è vacillante.

1. Strutture concordate nel diritto comune

¹ Art. 1 comma 2 GG.

Non è un nuovo riconoscimento che l'europeizzazione ed internalizzazione del diritto intra - statale hanno luogo in molteplici modi. E' evidente il carattere cooperativo nella produzione normativa a gradini sulla base di direttive UE, che collegano i compiti sovra - statali a spazi operativi conformativi nazionali. Numerosi ambiti giuridici necessitano oggi di una visione complessiva che va al di là dei confini e fanno apparire legislazione, amministrazione e giurisdizione nazionali solo come una parte del tutto.² Certamente il processo fondamentale dell'europeizzazione e dell'internalizzazione non comprende tutti gli ambiti giuridici con la stessa intensità. Non si tratta già da tempo, al riguardo, di un aspetto marginale. I riferimenti alla cooperazione amministrativa europea,³ al ravvicinamento del diritto privato⁴ e ad uno spazio giuridico penale comune⁵ appartengono ad un canone argomentativo consolidato.

Nel quadro giuridico europeo ciò non vale soltanto per il diritto UE, ma per una considerazione complessiva sotto l'influsso delle tradizioni normative nazionali.⁶ Anche vicende fattuali oltre confine non hanno importanza centrale,⁷ perché in conseguenza dell'incremento dell'armonizzazione ampie parti del diritto nazionale sono vincolate e variamente intrecciate a livello sopra statale. Ciò porta, invero, a che questo processo, fino ad oggi, ha trovato un punto di forza nel diritto semplice, mentre il diritto costituzionale ha garantito solo un'impronta nazionale e può riguardare in futuro specialmente l'organizzazione dello stato.⁸ Per quanto riguarda i diritti fondamentali si presentano sempre in misura più rilevante i sintomi di un incombente nuovo orientamento. Ciò che ha preso inizio dal nuovo valore della CEDU ha subito un'accelerazione con la Carta dei diritti fondamentali. Ne risulta che si volatilizzano i fondamenti giuridico-costituzionali per la separazione delle sfere di diritto fondamentale.

2.CEDU come costituzione accessoria

² Fra tutti *Rainer Wahl* Der Staat 38 (1990), 495 (498 e segg.).

³ V. *Eberhard Schmidt – Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2a ed. 2004, pagg. 31 e segg.

⁴ In proposito *Stefan Grandmann* JZ 2005, 860- 870.

⁵ Cfr. *Ulrich Sieber* ZStW 121 (2009), 1-67.

⁶ V. *Armin von Bogdandy* JZ 2011, 1 (2).

⁷ Così il rilievo di *Christian von Bar* JZ 2014, 473 – 488.

⁸ Cfr. *Martin Nettesheim*, in: Festschrift für Josef Isensee, 2007, pag. 753 (736 e seg.); *Friedrich Schoch* DV Beiheft 7 / 2007, 177 (195).

Nei primi decenni la CEDU ha svolto uno scarso ruolo in Germania e in altri stati membri.⁹ C'era, perciò, già da presto, la richiesta di un rango costituzionale¹⁰ e il *BVerfG* riconosceva che “ i diritti umani previsti nella convenzione” possono essere utilizzati come ausilio interpretativo per la Legge Fondamentale.¹¹ La CEDUE ha, però, raggiunto per la prima volta l'attuale dinamica solo col caso del diritto di ferro e della riforma del sistema giudiziario attraverso il protocollo allegato. Fino al 1989 la CEDU aveva pubblicato circa 200 sentenze; nel decennio seguente il numero totale si quintuplicava e ammontava, nel frattempo, a meno di 17 000 sentenze.¹² Questo esplosivo risultato finale faceva sì che nelle controversie giuridiche intrastatali veniva più spesso fatto riferimento ai giudicati di Strasburgo.¹³ Da allora il dibattito otteneva la partenza della posizione giuridica costituzionale della CEDU.

Vi sono diversi segni di impostazione dogmatica che possono stabilire un rango costituzionale della CEDU sulla base dell'art.1.2 GG¹⁴ attraverso la costruzione a gradini come diritto consuetudinario secondo l'art. 25.1 GG¹⁵ con riferimento alla libertà generale di agire¹⁶ attraverso attivazione della clausola d'integrazione dell'art. 24.1 GG¹⁷ o sulla base del principio del *favor* per il diritto internazionale¹⁸ (paragonabilmente allo sviluppo in altri Stati membri ¹⁹). Il *BVerfG* ha certamente seguito tutte queste proposte solo in forma più attenuata di quanto esso abbia posto in rilievo con riferimento al *favor* per il diritto internazionale, come pure all'art. 1.2 GG, dopo la svolta millenaria, il significato tradizionale della convenzione come ausilio interpretativo.²⁰ Questa è una via di mezzo pragmatica che riconosce in via principale la rilevanza giuridico-costituzionale della CEDU, ma

⁹ V. *Scott Greer* The European Convention on Human Rights, 2006, cap. 1.

¹⁰ V. *Rudolf Echterhölder* JZ 1955, 689 (691 e seg.).

¹¹ Cfr. *BVerfGE* 74, 358 (370).

¹² V. *CEDU*, Relazione annuale 2011, pag.73, oltre alla stessa, 2013, pag. 197

¹³ Un esempio: la tutela di richiedenti asilo nei confronti di persecuzione non statale, alla quale inizialmente il *BVerfG* (Bundesverwaltungsgericht, Tribunale Federale Amministrativo, *nota .del trad.*) era contrario; più precisamente *Kay Hailbronner* DÖV 1999, 617 – 624.

¹⁴ Così *Albert Bleckmann* EuGRZ 1994, 149 (152 – 155).

¹⁵ Cfr. *Jochen A. Frowein* in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, vol. II, 1987, pag. 1764 (1776 e segg.).

¹⁶ In proposito *Georg Röss* in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, vol.II, 1987, pag. 1775 (1789 – 1796); *Christian Walter* ZaöRV 59 (1999), 961 (974 – 978).

¹⁷ V. *Frank Hoffmeister* Der Staat 40 (2001), 349 (367 – 375).

¹⁸ Più precisamente *Karl- Peter Sommermann* AöR 114 (1989), 391 (414 – 418); *Heiko Sauer*, Jurisdictionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, cap. 8.

¹⁹ V. *Giuseppe Martinico* EJIL 23 (2012), 4011 (407 – 418).

²⁰ V. *BVerfGE* 111, 307 (317 e seg., 318 e seg.); in JZ 2004, 1171 (con nota di *Eckart Klein*); *BVerfGE* 128, 326 (369) – JZ 2011, 845; in proposito *Franz Streng* JZ 2011, 827 e *Uwe Volkmann* JZ 2011, 835; inoltre, per il Trattato ONU, *BVerfGE* 128, 282 (306) con riferimento alla convenzione per gli handicappati.

nello stesso tempo impedisce, per l'attribuzione formale di rango come legge federale, un'equiparazione generale.²¹ Karlsruhe ha "aperto il sentimento di transizione"²² ma non assicura, però, il controllo sulle dimensioni del trasferimento.

Da un punto di vista del contenuto la soluzione si basa su due elementi. Sotto un primo profilo il *BVerfG* controlla l'accostamento da un punto di vista di diritto sostanziale, in cui si tratta di una sincronizzazione della dogmatica nazionale attraverso una prevenzione di conflitti "orientata verso il risultato"²³ e, in aggiunta, di una doppia riserva di sovranità per rapporti di diritti fondamentali con più parti e dell'introduzione dei metodi riconosciuti dell'interpretazione costituzionale.²⁴ In secondo luogo il *BVerfG* verifica processualmente il recepimento intrastatale in quanto assume un controllo rafforzato dei giudici ordinari²⁵ e garantisce il suo monopolio di rifiuto per il diritto legislativo formale.²⁶ Secondo questo il tribunale è fondamentalmente obbligato ad un accostamento tra Legge fondamentale e Convenzione e garantisce, così, il controllo sull'intensità dell'assimilazione.

Una simile conduzione di convergenza attenuata funziona anche perché la *CEDU* - diversamente dal diritto UE - non impone un primato applicativo. Il principio di validità giuridico - convenzionale, il principio, da ultimo rafforzato, di sussidiarietà, oltre allo spazio operativo, supportano un graduale processo di accostamento,²⁷ che per le dette ragioni, in Germania, non si risolve dogmaticamente in uniformità, ma di fatto in un più intensivo interessamento sulla convenzione.²⁸ Nella prassi la comparazione non si limita da tempo a correzioni puntuali, ma concerne fondamentalmente posizioni di scambio.²⁹ Questo processo si potrebbe ancora accelerare se i tribunali federali potessero inviare a Strasburgo pareri su questioni astratte di interpretazione dopo l'entrata in vigore del 16° Protocollo aggiuntivo.³⁰ In dottrina deve certamente evidenziarsi una crescente curiosità sulla *CEDU*, da

²¹ Fra molti *Stefan Oeter* VVDStRL, 66 (2007), 361 (378 – 380).

²² Così la critica di *Josef Isensee* AöR 138 (2013), 325,(351).

²³ Cfr. *BVerfGE* 128, 326 (370- 374).

²⁴ Confermato *ibid.* pag. 369, 371.

²⁵ V. *BVerfGE* 111, 307 (328 – 330).

²⁶ I giudici ordinari non possono disapplicare leggi formali per violazione della *CEDU*, perché questa possiede formalmente solo un valore di legge.

²⁷ V. *Luzius Wildhaber* EuGRZ 2002, 569 (570 e seg.)

²⁸ CFR. *Andras Voßkuhle* NVwZ 2010, 1 (3 e seg.)

²⁹ Nell'esempio della garanzia di sicurezza *Uwe Volkmann* JZ 2011, 835 – 841; in generale *Angelika Nußberger* in: handbuch des Staatsrechts (HStR) X, 3a ed. 201\2, § 209, punti 52 e segg.

³⁰ Il 16° Protocollo aggiuntivo alla *CEDU* (CETS n. 214) veniva approvato il 2.10. 2013, ma finora non ancora sottoscritto dalla Germania..

trattazioni generali ad analisi per specifici ambiti giuridici.³¹ Si realizzava così nel presente la rilevanza già da tempo pronosticata della CEDU come “costituzione accessoria”.³²

3. Diritti fondamentali UE: dalla tesi della separazione...

Non è un caso che la Carta dei diritti fondamentali UE non abbia finora assunto nella prassi costituzionale tedesca un ruolo statale.³³ Tradizionalmente il *BVerfG* segue nei confronti dei diritti fondamentali UE una visione diversa da quella della CEDU. Si può, al riguardo, parlare della “tesi di separazione” del *BVerfG*³⁴ che mira a che carta e Legge Fondamentale abbiano per quanto possibile ambiti di regolamentazione separati e no abbiano reciproci riferimenti. Attualmente questa tesi perde la sua forza di convincimento a causa degli sviluppi sul piano UE.

E' importante la considerazione che la separazione delle sfere di diritti fondamentali conseguiva da un fondamentale riconoscimento favorevole all'Europa e veniva inizialmente promossa dalla *CdGUE*, quando questa tracciava una netta linea di confine tra le costituzioni nazionali e il diritto UE. Le relative interpretazione unitaria e validità primaria esigono che i diritti fondamentali nazionali non possono essere contrapposti al diritto dell'Unione.³⁵ Fu questo il tempo della nascita dei diritti fondamentali UE come principi giuridici generali non scritti, che vivevano stentatamente nella prima giurisprudenza della *CdGUE* come un'esistenza ombra,³⁶ ma garantivano però il primato, fino ad oggi perché solo i diritti fondamentali sovranazionali potevano essere fatti valere come metro di validità per il diritto UE.³⁷ Questa linea giurisprudenziale consolidata conquistava attualità col Trattato di Lisbona, perché la Carta giuridicamente

³¹ Fra tutti *Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), *Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2 voll., 2° ed. 2013.

³² *Christian Tomuschat* *VVDStRL* 36 (1978), 7 (52).

³³ Un'eccezione: *BVerfGE* 124, 199 (220) – *JZ* 2010, 37, con nota critica di *Christiane Hillgruber*: “inutilizzabile poltiglia di fonti giuridiche” (pag. 43); più analiticamente *Jörn Griebel* *Der Staat* 52 (2013), 371 (380 – 390).

³⁴ Così già *Daniel Thym* *NVwZ* 2013, 889 (891-896).

³⁵ Fondamentalmente *CdGUE*, 11770, E:U:C: 1970, 1125, *Internationale Handelsgesellschaft*, punti 3 e seg.

³⁶ Classicamente *Joseph H.H. Weiler/Nicholas Loockhart* *CML Rev.* 32 (1995), 51 (67 – 92).

³⁷ Sulla tesi di separazione della *CdGUE* *Thym* *EuConst* 9 (2013), 391 (407 – 412), indirettamente *Philip Allott* *EL Rev.* 25 (2000), 538 541-543).

vincolante sembrava esercitare un effetto potenziale sulla giurisprudenza dei diritti fondamentali sovranazionali che la sentenza sulla memorizzazione di dati produce in modo impressionante.³⁸

Nelle sentenze Solange il *BVerfG* riconosceva questa evoluzione e si asteneva dal controllo del diritto europeo.³⁹ Fino ad oggi i ricorsi costituzionali e i controlli normativi concreti sono “a priori inammissibili” quando riguardano atti UE vincolanti.⁴⁰ In materie di legislazione ordinaria la distinzione diventa difficile e perciò il *BVerfG* mira anche qui ad una separazione precisa. Passo per passo esso elabora in diversi decenni un sistema complessivo ben ponderato che gradua, specialmente per le direttive, disposizioni dell’Unione vincolanti e ambiti operativi adeguatori nazionali e assoggetta solo gli ultimi alla Legge Fondamentale.⁴¹ Questa delimitazione giuridico – sostanziale è accompagnata da indicazioni limite di riferimento processuale. Nel caso di atti vincolanti i giudici ordinari si prendono cura della tutela di diritti fondamentali con la *CdGUE*, mentre in ambiti operativi di conformazione nazionali è aperta la porta di Karlsruhe.⁴²

Secondo quanto detto il riassunto è il seguente: in osservanza della formula Solange il *BVerfG* ha affinato, passo per passo, i fondamenti sostanziali e processuali di un modello di separazione che sottopone, sulla base di una il più possibile precisa delimitazione concrete controversie giuridiche o alla Legge Fondamentale o alla Carta dei diritti fondamentali. Devono essere del tutto evitate sovrapposizioni nel senso di una dottrina di due domini in materia di diritti fondamentali.

4. ... alla doppia vigenza di GG e Carta dei diritti fondamentali

La tesi della separazione funziona solo se il diritto UE persegue un identico programma. E’ questo anche il caso, fino ad un certo livello perché la Carta ha valore per gli stati membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”.⁴³ D’altra parte l’ambito di questa disposizione era fin dall’inizio controverso ed è stabilito, a partire dalla sentenza Åkerberg Fransson, che la *CdGUE*

³⁸ V. *CdGUE*, C – 293/ 12, C- 594/12, EU: C: 2014: 238, *Digital Rights Ireland*.

³⁹ In particolare *BVerfG*, 37, 271 (277- 281) – JZ 1975, 429 (in proposito *Konrad Feige* JZ 1975, 476); *BVerfGE* 73, 339 (374 – 387) – JZ 1987, 236 con nota di *Hans Heinrich Rupp*.

⁴⁰ Cfr. *BVerfGE* 102, 147 (164)- JZ 2000 , 1155 con nota di *Claus Dieter Classen*.

⁴¹ Per le direttive *BVerfGE* 118, 79 (95 e seg.); *BVerfGE* 121, 1 (15); per i regolamenti *BVerfGE* 122, 1 (20 e seg.)

⁴² Per i ricorsi costituzionali *BVerfGE* 12, 78 (102 e segg.); per il controllo concreto di norme *BVerfG*, ordinanza del 4.10.2011 – 1 BvLL 3/08, punti 44- 62; più in dettaglio *Matias Wendel* *EuZW* 2012, 213 (215 – 217).

⁴³ Art. 51.1 Carta diritti fondamentali.

sostiene una forma di lettura generosa, che estende la Carta, in conformità alle dichiarazioni ufficiali e alle prime sentenze, “all’ambito di applicazione del diritto dell’Unione”.⁴⁴ In generale essa postula che “non sono concepibili configurazioni di casi che siano previsti dal diritto dell’Unione senza che siano applicabili questi diritti fondamentali”.⁴⁵ Questa formula si presenta tanto semplice quanto generosa: se ha vigenza il diritto dell’Unione vale anche la Carta come “ombra” del diritto primario e secondario dell’Unione.⁴⁶

Ora, la plausibilità intuitiva della formula non può nascondere che questa possedeva fin dall’inizio imprecisioni nel contenuto, che rendevano necessaria e possibile una concretizzazione nelle successive decisioni.⁴⁷ Il *BVerfG* avrebbe preso in considerazione anche questo quando pronunciò nella sentenza sugli archivi terroristici una censura ultra vires e richiese alla *CdGUE* un più restrittivo approccio.⁴⁸ Di fatto la Corte, nel frattempo, attenuava alcuni dei timori iniziali, quando le prime decisioni optavano per alcune limitazioni: “effetti indiretti” di disposizioni nazionali sul diritto dell’Unione non dovevano essere sufficienti per l’apertura dell’ambito di applicazione e sarebbe necessaria “una sufficiente relazione”⁴⁹, che nel singolo caso doveva essere accertata sulla base di un fascio di indizi.⁵⁰ La Corte persevera sull’ ampia applicazione, in via di principio, della Carta ed esclude le preoccupazioni di un’eccessiva dilatazione con una soppesata concretizzazione.

Queste limitazioni non escludono certamente che la *CdGUE* assoggetta gli spazi operativi conformativi nazionali, specialmente nella trasposizione di direttive.⁵¹ Lussemburgo non concede spazio con un’interpretazione restrittiva dell’art. 51 Carta dei diritti fondamentali, ma attraverso un raddoppiamento della tutela dei diritti fondamentali.⁵² Nella prassi, attraverso questo percorso potrebbero

⁴⁴ V. *CdGUE*, C-617/10, EU:C:2013:280, Åkerberg Fransson, punti 18 – 21 – JZ 2013, 613, con nota di *Gerhard Dannecker*; più dettagliatamente *Thorsten Kingreen* JZ 2013, 801 ((802-806); *Filippo Fontanelli* EuConst 9 (2013), 315 (322-327).

⁴⁵ *Ibid.* punto 21.

⁴⁶ *Koen Lenaerts / José Antonio Gutiérrez – Fons*, in: *Steve Peers e a.* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014. Pag. 1559 (1568).

⁴⁷ V. *Daniel Sarmiento* CML Rev. 50 (2013), 1\267 (1279 – 1287); *Thym NVwZ*, 2013, 889 (892 – 896); *Christoph Ohler NVwZ* 2013, 1433 (1434 – 1436).

⁴⁸ V. *BVerfGE* 133, 277 (313-316) – JZ 2013, 621 con nota di *Klaus Ferdinand Gärditz; Dieter Grimm* JZ 2013, 585 (589 – 592).

⁴⁹ Richiamo dalla *CdGUE*, C-296/ 13, EU:C:2014:126, Siragusa, punto 24.

⁵⁰ Cfr. *Thym DÖV* 2014, 941 (942 – 945).

⁵¹ Più dettagliatamente in *Thym*, *ibid.*, pagg. 948 – 951.

⁵² *CdGUE* (nota 44), punto 29; più dettagliatamente *Thym* EuConst 9 (2013), 391 (4101- 404).

certamente formarsi liberi spazi per casi particolari nazionali se la *CdGUE* derivasse dalla Carta soltanto regole generali e lasci ai giudici nazionali più ampi casi particolari.⁵³ Tuttavia la doppia vigenza provoca specialmente in Germania gravose conseguenze, perché nel diritto sopranazionale dell'Unione le condizioni - quadro per l'interazione dei diritti fondamentali sono conformate diversamente da quanto avviene nel rapporto con la CEDU.

Anzitutto la *CdGUE* controlla, al posto del *BVerfG*, i confini di diritto sostanziale di un raddoppiamento, perché essa nega un principio sopranazionale di preferenza senza limiti a favore di standards nazionali di sicurezza.⁵⁴ L'applicazione dei diritti fondamentali nazionali accanto alla Carta non può condurre, in generale, a più alti standards di tutela perché la *CdGUE* insiste affinché i diritti fondamentali nazionali rispettino il primato del diritto primario e secondario dell'Unione.⁵⁵ Solo se la *CdGUE* trattasse in modo generoso queste regole e riconoscesse volentieri spazi operativi nazionali essa controllerebbe' però, la misura della possibile divergenza – e il *BVerfG* dovrebbe, in casi dubbi, richiedere nella via della domanda pregiudiziale quanto sia ampio lo spazio operativo nazionale.⁵⁶ In casi particolari potrebbe intervenire il controllo d'identità della legge fondamentale,⁵⁷ ma di regola la doppia vigenza è soggetta alle condizioni del diritto dell'Unione e si scontra, così, con l'affermazione della tesi fondamentale concettuale della separazione.

In secondo luogo la doppia vigenza non pone termine alla posizione di primato processuale del *BVerfG*. Nel quadro di una domanda pregiudiziale ogni giudice di merito può chiedere alla *CdGUE* un'interpretazione autentica sui diritti fondamentali e disapplicare in ogni tempo leggi formali- a differenza di quanto avviene con la CEDU – per il primato del diritto dell'Unione. Secondo questo la giurisdizione di merito tedesca sarebbe il grande vincitore se la *CdGUE* non enunciasse regole dettagliate e lasciasse l'applicazione della Carta ai giudici nazionali.⁵⁸ Questi ultimi potrebbero applicare direttamente la Carta, con tutte le

⁵³ In proposito, II.2.1.

⁵⁴ Dà tale interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali *CdGUE*, C- 399 /11, EU:C:2013: 107, Melloni, punto 60; diversamente, ad es. *Christian Calliess* JZ 2009, 113 (119 e seg.).

⁵⁵ *CdGUE* (nota 44), punto 29.

⁵⁶ Conforme *Thomas von Danwitz*, in: *Festschrift für Roman Herzog*, 2009, pag. 19 (27 e seg.)-

⁵⁷ In un tale ipotetico conflitto dell'interpretazione dei diritti fondamentali UE con l'art. 79.3 GG i diritti fondamentali tedeschi riprenderebbero vita; cfr. *BVerfG* 125m 260 (307, 324) – JZ 2010, 611 con note di *Christoph Ohler* e *Diethelm Klescewski*.

⁵⁸ In altri stati membri la doppia vigenza ha altri effetti a causa di architetture giudiziarie di minore ampiezza; cfr. *Zdeněk Kühn*: *Miguel Póaires Maduro/ Loïc Azoulai* (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law*, 2010, pag. 151 (154); *Thym* EuConst 9 (2013), 391 (414).

finezze dogmatiche, e la sentenza Google della *CdGUE* dimostra che specialmente in una ponderazione di diritti fondamentali in una costellazione triangolare potrebbe restare poco spazio per Karlsruhe.⁵⁹ A causa di una combinazione di enunciazioni e/o di decisioni dei giudici di merito potrebbero sopraggiungere posizioni deboli prima che si arrivi ad un ricorso costituzionale.

Dopo di ciò resta da stabilire: una rigorosa separazione tra Legge Fondamentale e Carta dei diritti fondamentali non potrebbe sopravvivere a causa dell'ampio ambito applicativo della seconda. Non esisterebbe una sfera della vigenza giuridica della doppia vigenza, che metterebbe a disposizione degli stati membri spazi operativi di contenuto, i cui confini, però, sarebbero tracciati, in caso di conflitto, dalla *CdGUE*. Con la doppia vigenza il fondamento della tesi della separazione vacillerebbe.

II. Elementi di base di una riunione dei diritti fondamentali

Dall'espansione della separazione della giurisprudenza della *CEDU* e dall'ingresso della Carta dei diritti fondamentali consegue una sostanziale e processuale trasformazione dell'architettura dei diritti fondamentali. Per questo motivo vengono successivamente concepiti gli elementi di base di una fondamentale riunione dei diritti fondamentali, che favorisce un accostamento dei piani senza promuovere un'uniformazione di contenuti o presupporre una decisione sulla competenza di ultima istanza. Il diritto dell'Unione, il diritto nazionale e il diritto internazionale hanno un reciproco riferimento, ma non danno luogo, però, ad un ordinamento giuridico comune. Con la riunione dei diritti fondamentali si tratta di una indicazione di finalità su come scienza e prassi possano reagire alla nuova situazione.

1. Fondamento dogmatico

a) Formazione del sistema e libertà di obiezione

Un'origine della separazione dualistica tra diritto nazionale e internazionale era la constatazione di diversi contenuti regolatori. Su questa base si sviluppava la dottrina degli ordinamenti giuridici separati, che concepiva autonomamente

⁵⁹ V. *CgGUE*, C-131/12, EU:C:2014:317, Google Spain & Google, punti 68 e segg.- JZ 2014, 1009 (in proposito *Gerald Spindler JZ 2014, 981*).

norme giuridiche e concetti del diritto pubblico nazionale.⁶⁰ Tale caratteristica del diritto pubblico statale corrispondeva all'indirizzo storico delle idee e ai dati sociali di un tempo che anteponeva lo stato nazionale come principio centrale di ordine, nella consapevolezza della sua contingenza storica.⁶¹ Non si deve richiamare un principio di ordinamento centrale per riconoscere che i riconoscimenti fondamentali di questa costruzione sono diventati fragili.⁶² Chi volesse fermarsi allo scopo di una formazione sistematica giuridico – costituzionale nel senso di un'unità ordinata⁶³ dovrebbe trovare una soluzione per il gran numero comprensivo delle sfere di diritto fondamentale, che per i detti motivi completa e guida in modo aggiuntivo le strutture di unificazione già oggi esistenti del diritto comune.

Da un punto di vista teorico – giuridico un ordinamento giuridico esente da contraddizioni non esige accostamenti di contenuto di diritti fondamentali nazionali e sovrastatali; sono necessarie solo norme di conflitto, che conducono pretese regolatorie contrastanti ad una risoluzione del conflitto. Quando, per esempio, Legge Fondamentale e Carta dei diritti fondamentali hanno vigenza parallela in spazi operativi, la logica unità può essere ottenuta attraverso due contrarie interpretazioni di diritti fondamentali che, quindi, devono essere elaborate secondo regole di primato.⁶⁴ Non è certamente una soluzione soddisfacente se si parte dal fatto che l'unità della costituzione non vuole solo impedire contrasti, ma cerca di stabilire una positiva coerenza.⁶⁵ Si tratta di una formazione sistematica interna, che pone concrete questioni giuridiche a linee direttive superiori e consolida a questo livello un'unità sistematica del diritto.⁶⁶ I diritti fondamentali possono in futuro meglio adempiere a questa funzione ordinamentale se, senza considerare tutte le differenze esistenti, se questa persegue un accostamento tra i due piani. Questa non è una difesa di una formazione sistematica cieca del contesto, ma la tesi che una riunione dei diritti

⁶⁰ Fondamentalmente *Heinrich Triepel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pag. 11 – 26; prima critica in *Hans Kelsen*, *das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1920, pagg. 120 e segg.

⁶¹ A titolo di esempio, sul concetto fattuale di stato di *Georg Jellinek v. Christoph Möllers*, *Staat als Argument*, 2000, cap. 1.

⁶² Da un punto di vista programmatico *Andreas Wimmer/ Nina Glick Schiller* *Global Networks 2* (2002), 301, (302 – 307).

⁶³ In proposito *Christian Bumke* *JZ* 2014, 641 (647).

⁶⁴ Ove non siano in contrasto il controllo ultra vires e d'identità, ciò dà luogo, secondo l'opinione dominante, e il *BVerfG*, al primato del diritto dell'unione.

⁶⁵ V. *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a ed., 1999, punto 70; e *Wolfgang Hoffmann- Riem* *EuGRZ* 2002, 473 (473).

⁶⁶ Più dettagliatamente *Klaus – Wilhelm Canaris/ Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3a ed 1995, cap. 5; *Jestaedt* *JZ* 2014, 1 (7 e sg.).

fondamentali promuove una formazione sistematica interna, che deve prendere in considerazione il diritto dell'Unione e il diritto internazionale, considerata la loro crescente sovrapposizione.

b) Lettera e sistematica della Legge Fondamentale

Non è un nuovo riconoscimento che la legge fondamentale si presenta come modello di uno stato costituzionale chiuso e che questo sistema si rompe, al contempo, con l'opzione di un trasferimento di poteri autoritativi.⁶⁷ Sulla base degli artt. 22 e segg. GG il diritto dell'Unione ha una validità diretta e rimuove norme giuridiche intrastatali contrastanti. Nel quadro di questa apertura il *BVerfG* potrebbe finora proteggere i diritti fondamentali tedeschi per mezzo della tesi della separazione nei confronti di una sovrapposizione, ma certamente otterrebbe questo solo al prezzo della ritirata, perché i diritti fondamentali tedeschi non trovano applicazione per i fatti previsti come unionali.⁶⁸ Determinante per questa soluzione resta un ricollegamento genetico, se il *BVerfG* fa dipendere il ritiro del controllo dei diritti fondamentali dall'esistenza di uno standard di tutela equivalente "nell'essenziale".⁶⁹ In principio non risulta mai, così, dalla prospettiva della legge Fondamentale una separazione categoriale tra vigore nazionale ed europeo, se questi si riferiscono reciprocamente nella loro pretesa di validità,⁷⁰ fino ad un riconoscimento programmatico di un "incameramento" normativo di Legge Fondamentale, CEDU ed attuale Carta dei diritti fondamentali.⁷¹

Dal ricollegamento genetico della tutela di diritto fondamentale nazionale e unionale e dal recesso, da costruirsi al riguardo, dai rapporti fatto regolati dal diritto UE consegue che la caratteristica autoreferenziale del diritto costituzionale tedesco è da tempo infranta; un oggetto centrale, la tutela di diritto fondamentale, subisce col diritto sovrastatale una limitazione nell'applicazione del diritto.⁷² Nel testo normativo della Legge Fondamentale quest'apertura trova, fino ad oggi, solo

⁶⁷ Indicativo *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine international Zusammenarbeit, 1964; sulla annosa discussione in Germania e in altri stati membri *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2012, pag. 166 – 181.

⁶⁸ Al riguardo v. sopra, l.3.

⁶⁹ In particolare *BVerfGE* 73, 339 (376, 387); tendenzialmente più severo ancora *BVerfGE* 37, 271 (278 – 280).

⁷⁰ Dopo che Karlsruhe, inizialmente, aveva posto in rilievo la separazione degli ordinamenti giuridici (cfr. in particolare *BVerfGE* 22, 293, 296 – JZ 1968, 99 con nota di *Wilhelm Wengler*), erano venuti successivamente in primo piano le limitazioni e gli effetti (cfr. *BVerfGE* 52, 187, 200; 73, 339, 369); sulla "affinità" di Legge Fondamentale e CEDU v. *BVerfGE* 74, 358 (370).

⁷¹ Così *BVerfGE* 73, 339 (384).

⁷² Analogicamente *Giulio Itzcovich* ELJ 18 (2012), 358,(362 – 374); *Ingolf Pernice* VVDStRL 60 (2001), 148 (165 e seg.); *Peter M. Huber* *ibid.* 194 (212 e seg.).

una rudimentale ripercussione. Quando gli artt. 23 e seg. GG rendono possibile un trasferimento di poteri autoritativi ed esigono, al riguardo, “una tutela di diritto fondamentale sostanzialmente identica”.⁷³ Inoltre il riferimento tettonico resta incerto, perché i trasferimenti di poteri autoritativi non sono legati all’art. 79.1.1 GG, anche se producono “sostanzialmente una modifica costituzionale”⁷⁴ Speciali articoli della Costituzione, che vengono resi utilizzabili per richiedere un rango costituzionale della CEDU, possiedono, al relativo confronto, una rilevanza subordinata; essi servono, nel testo della costituzione, come guida per un nuovo orientamento, che nella sostanza si fonda sul ricollegamento sistematico dei piani giuridici in conseguenza del trasferimento di poteri autoritativi.

c) Rinascita dei diritti fondamentali tedeschi

Il modulo della separazione ha portato fino a qui una stabile soluzione che ha garantito l’essenza dei diritti fondamentali tedeschi e, al contempo, ha riconosciuto l’applicazione primaria del diritto dell’Unione. Attualmente si affievolisce la forza persuasiva di questa tesi con la crescente preminenza della CEDU e l’entrata in vigore della Carta. Sarebbe stato quindi proposto un nuovo indirizzo giuridico – costituzionale, che nella sostanza conduce ad un ulteriore sviluppo della giurisprudenza Solange e, al riguardo, la duplice promozione della Legge fondamentale secondo l’evoluzione dei diritti fondamentali e nuovamente combinata a favore di un’apertura sovrastatale. La mia proposta è la trasposizione della tesi della separazione in un modulo di fusione, che ricollega un ambito applicativo fattualmente ampliato dei diritti fondamentali tedeschi ad un accostamento di GG, CEDU e Carta dei diritti fondamentali.

Dovrebbe rinunciarsi del tutto concretamente alla separazione delle sfere di diritto fondamentale fino a qui sostenuta. Nell’attuazione intrastatale del diritto UE avrebbe di nuovo luogo un regolare controllo dei diritti fondamentali sulla base della Legge Fondamentale, che comprenderebbe anche la competenza del *BVerfG*. Un semplice ritorno allo *status quo ante* secondo i criteri della sentenza Solange I non avrebbe tale significato, perché nello stesso tempo verrebbe intensificato l’accostamento nel contenuto di Legge Fondamentale, CEDU e Carta dei diritti fondamentali con inclusione della Carta, che secondo i criteri delle successive

⁷³ Art. 23.1.1 GG, che secondo il rapporto della Commissione Costituzionale Comune (BT – Drs. 12/ 6000, pag. 21) mira ad una codificazione della formula Solange.

⁷⁴ *BVerfGE* 58, 1 (36) – JZ con nota di di *Ludwig Gramlich*) per la competenza formale, il che, per il recesso dal controllo di diritto fondamentale, vale anche per le questioni costituzionali sostanziali.

riflessioni, lascerebbe libero spazio a vie speciali e concretizzazioni nazionali, e garantirebbe in caso di conflitto il primato in conformità con l'art. 23 e seg. GG. Tale soluzione sarebbe compatibile con le regole del diritto dell'Unione e della CEDU e si baserebbe nel contempo, in sostanza, su una nuova combinazione di articoli sui diritti fondamentali immanente alla costituzione e su un modulo d'integrazione al posto del modulo della separazione.⁷⁵

Questa trasformazione di separazione in riunione avrebbe diversi vantaggi. In primo luogo la lottizzazione della tutela dei diritti fondamentali secondo aree di fatto in conseguenza della tesi della separazione sarebbe superata. A tutte le misure intrastatali sarebbero applicabili i diritti fondamentali tedeschi, la cui interpretazione sarebbe, certamente, maggiormente orientata alla CEDU⁷⁶ e alla Carta e, su questa via, rafforzerebbe la sistematica interna di un tutela dei diritti fondamentali che supera le relative aree. In secondo luogo è proprio che con vero che con la coincidenza amplificata di GG e Carta sui diritti fondamentali sopravvenga un'incrementata complessità per l'applicazione del diritto. Diversamente verrebbe, così, accentuata solo un'apparenza, il cui rafforzamento, in conseguenza del sopravvenuto raddoppiamento di GG e Carta dir. fond. peserebbe senz'altro sull'agenda della scienza giuridica e della prassi tedesche.⁷⁷ In terzo luogo ciò vale anche per l'accostamento nel contenuto dell'interpretazione dei diritti fondamentali su disposizioni sovrastatali, che fino ad ora è in fasce, e dovrebbe essere resa più intensiva al riguardo, in conseguenza del modulo di riunione. Un ruolo chiave paneuropeo spetta al riguardo alla CEDU, perché questa, al contempo, serve come criterio per l'interpretazione della Carta UE.⁷⁸

In quarto luogo il primato del diritto primario e secondario dell'Unione in casi di conflitto non contiene alcuna modificazione nei confronti della situazione attuale, e si modificano solo le modalità del riconoscimento. Nel quadro della tesi della separazione il primato viene, fino ad ora, affermato per atti UE vincolanti, mentre nel modulo di riunione il bilanciamento avveniva, nel singolo caso, per l'atteso ambito applicativo dei diritti fondamentali tedeschi.⁷⁹ Il *BVerfG* potrebbe fermarsi anche in futuro alla riserva di sovranità dei controlli *ultra vires* e d'identità, senza

⁷⁵ V. note da 14 a 18 e il relativo testo; per la Carta dei diritti fondamentali sarebbe integrativo il rinvio all'art. 23.1 GG, come pure la mandato costituzionale per un'Europa unita; cfr *BVerfGE* 123, 267 (346) - JZ 2009, 890 (in proposito *Gärditz/Hillgruber* JZ 2009, 872 e *Classen* JZ 2009, 881).

⁷⁶ Su questa finalità già *supra* II.1.a.

⁷⁷ V. *supra* I.4.

⁷⁸ V. art. 52.3 Carta dir. fond.

⁷⁹ In spazi operativi ciò avviene per la doppia valenza di Legge Fondamentale e Carta dir. fond.

che ciò influisca sul primato del diritto dell'Unione al di sotto di questa soglia d'intervento.⁸⁰ In quinto luogo la componente processuale del modulo della separazione determina che il *BVerfG* non possieda una competenza nel caso di atti vincolanti dell'Unione. Nel quadro del modulo di riunione questa divisione di competenza giurisdizionale sarebbe superata, il che significherebbe, del tutto concretamente, che Karlsruhe potrebbe sostituirsi se la *CdGUE*, nel caso di una totale armonizzazione (ad es. per la tutela di dati), secondo il criterio delle successive riflessioni, lasci spazi operativi di contenuto per la concretizzazione degli atti vincolanti dell'UE.

2. Molteplicità invece di uguale controllo

I critici del modulo di riunione obietteranno che l'accostamento di GG, CEDU e Carta dir. fond. non sarebbe più di una facciata per l'uniformazione contenutistica sotto l'egida del diritto sovrastatale. Secondo ciò non sarebbe più conferito alla Legge Fondamentale non molto altro che alle costituzioni dei Länder, alle quali era conferito nell'ambito bancario solo un ruolo ombra.⁸¹ Per questa ragione è centrale, per la capacità funzionale di un riunione di diritti fondamentali, esistano garanzie normative su un piano sovrastatale nei confronti di un'unificazione incombente e siano garantite considerazioni strutturali a che tali regole e principi perduranti sotto molteplici aspetti consentano, nella prassi, agli Stati membri un libero spazio per una particolare costruzione d'identità. Nella considerazione degli spazi operativi diviene al contempo significativo quale funzione posseda il concetto di riunione per l'interazione degli ambiti giuridici.

a) Riassicurazione sovrastatale

Non fa meraviglia, in generale, che nel processo d'integrazione europeo si formavano inizialmente i principi fondatori di unità, mentre più tardi comparivano contrappesi di plurime garanzie.⁸² In definitiva, ciò durava più decenni, fino a quando tutti i giudici costituzionali riconoscevano in via di principio il primato della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione.⁸³ Riguardo a questo antefatto è assolutamente degno di nota quando il *BVerfG* ammette espressamente, ormai,

⁸⁰ Nel caso di un contrasto tra una direttiva e norme nazionali (ivi compresi i diritti fondamentali) il primato compete – come in precedenza - al diritto UE, finchè l'atto dell'UE non entri in conflitto con l'art. 79.3 GG.

⁸¹ V. *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: HSTR IX, 3a ed. 2011, § 189 punti 38 – 49.

⁸² Così *von Bogdandy*, in: lo stesso (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 1a ed. 2003, pag. 149 (184).

⁸³ Più dettagliatamente *Wendel* (nota 67), pag. 442 – 462.

l'applicazione dei diritti fondamentali nazionali oltre che della Carta.⁸⁴ Si dubita, perciò, che la Corte di Giustizia trasferirà nella prassi il suo annuncio,⁸⁵ perché, nello stesso tempo, essa resta categorica sul primato del diritto dell'Unione e così pare confermare la tradizionale critica che essa, nel dubbio, deciderebbe sempre a favore del diritto sovranazionale.⁸⁶ Ciò non considera, però, che nel diritto primario UE venivano in generale rafforzate plurime componenti di tutela⁸⁷ e a seguito del fallito trattato costituzionale dell'eurocrisi matura, in generale, il riconoscimento che una integrazione sopranazionale coronata da successo rimane affidata alle permanenti forze di stati nazionali integrati.

La *CdGUE* ha, effettivamente, più volte e in importanti procedimenti, incrementato gli spazi operativi nazionali. Globalmente essa consente diversi livelli di tutela⁸⁸ nelle libertà fondamentali, che possono essere ampliati come espressione dell'identità nazionale.⁸⁹ La Corte potrebbe procedere similmente nel caso della Carta, specialmente in vicende per le quali non esiste un diritto secondario elaborato.⁹⁰ Nel quadro dell'art. 51 Carta dir. fond. questa norma è applicabile e la Corte si limiterà spesso, però, a considerazioni applicative astratte, che per lo più riguardano la giurisprudenza *CEDU* e l'ulteriore giudizio verrà lasciato ai giudici nazionali. Da un punto di vista processuale questo risultato viene privilegiato attraverso la prevalenza della domanda pregiudiziale, oltre che del rifiuto di un ricorso UE in materia di diritti fondamentali. Specialmente negli ambiti marginali del diritto dell'Unione la *CdGUE* come giudice speciale, la cui competenza non può essere in alcun modo limitata a questioni di diritti fondamentali, non possiede né la capacità su, né l'interesse ad una microgestione sui diritti fondamentali.⁹¹ La doppia

⁸⁴ Sulla sentenza Melloni alal nota 54 e relativo testo.

⁸⁵ Dubbiosi, ad es., *Edouard Dubout* C.D.E. 48 8 2013), 293 (304 – 314); *Leonard Besselink* EL Rev. 39 (2014), 531 (542 – 552); *Kingreen* JZ 2013, 801 (808).

⁸⁶ Fra tutti *Joachim Wieland* NJW 2009, 1841 – 1845; *Johannes Masing*, Vortrag an der Humboldt - Universität am 15.4. 2014, fa riferimento, al riguardo, al fatto che singoli attoeri di uno status unitario dei diritti fondamentali UE tendono ad uno scopo strategico, ad esempio *l'Avvocata Generale Sharpston* in conclusioni del 30.9. 2010, C- 34 / 09, EU:C:2010:560, Ruiz Zambrano, punti 139 – 150-

⁸⁷ Ad esempio: sussidiarietà, identità nazionale, separazione puù chiara di competenza, diritti per i parlamenti nazionali, ecc.; giunge al riguardo l'opposizione dei tribunali costituzionali nazionali.

⁸⁸ Per esempio, *CdGUE*, C-110/05, EU:C:2009:66 – Rac. 2009, I – 519, Commissione/ Italia, punto 61; più dettagliatamente *Rudolf Streinz* AöR 135 (2010), 1 (19 – 24).

⁸⁹ Esemplarmente *CdGUE* C – 208 / 09, EU:C:2010;2010: 806 – Racc. 2010- I – 13693, Sayn – Wittgenstein, punti 91 – 93; più dettagliatamente *Pernice* AöR 136 (2011), 185 (187 – 200).

⁹⁰ Nella causa Melloni (nota 54) si tarttava di latro, perché una disposizione – quadro UE aveva introdotto dettagliate disposizioni; più chiaramente in *Åkerberg Fransson*, dove la *CdGUE* (nota 44) punti 32 – 37 aveva dichiarato applicabile l'art. 50 della Carta dir. fond, limitandosi così, però, a considerazioni applicative generali.

⁹¹ Più dettagliatamente *Thym* EuConst 9 (2013), 391 (401 – 403); *Ohler* NVwZ 2013, 1433 (1437).

vigenza di diritti fondamentali nazionali e UE non è una vuota formula, ma concede spazio alla concretizzazioni intrastatali.

Questa visione possiede, al riguardo, una portata teoretica - costituzionale, dal momento che l'interpretazione dei diritti fondamentali può essere anche un mezzo per il rafforzamento e lo sviluppo ulteriore di identità nazionali.⁹² Se gli Stati membri possono porre o propri rilievi nell'ambito della Carta producono gli spazi operativi per i quali la Carta non ha come conseguenza che "rimanga uno spazio sufficiente per la conformazione politica delle relazioni di vita economiche, culturali e sociali."⁹³ Per i nostri fini è al riguardo decisivo che lo spazio di opzione di diritti fondamentali venga ottenuto attraverso una limitazione di competenza, ma nella via dell'apertura interpretativa. Lo spazio per l'autodeterminazione esiste *all'interno* della Carta e non *a fianco* della stessa - in modo del tutto simile di quello per la CEDU, che riconosce spesso agli Stati firmatari uno spazio operativo valutativo.⁹⁴ In una frase: nella riunione di diritti fondamentali diventa possibile la costruzione particolare dell'identità attraverso una fusione, anziché una separazione delle sfere di diritto fondamentale.

b) Recepimento di impulsi nazionali

Da quanto sopra deriva che Carta e CEDU lasciano uno spazio per la concretizzazione intrastatale. Ciò vale, però, anche nel senso inverso? Esiste al di là dello stato una disponibilità al recepimento di impulsi nazionali? Gli articoli principali del Trattato UE sottolineano il comune valore fondamentale di Unione e Stati membri⁹⁵ e fin dall'inizio la CdGUE creava i diritti fondamentali sovranazionali nelle "tradizioni costituzionali comuni degli stati membri",⁹⁶ che non avevano perso la loro importanza nel periodo iniziale della Carta secondo l'art. 6.3 TUE e l'art.52.4 della Carta dir. fond.⁹⁷ Questo rinvio alle prassi nazionali come fundamenti dell'interpretazione sovrastatale dei diritti fondamentali non è affatto esclusivamente simbolico. Nella soluzione di concrete questioni la CEDU e la CdGUE si orientano più intensivamente ad un confronto fra tradizioni nazionali e proposte

⁹² Conforme *Michel Rosenfeld*, *The Identity of the Constitutional Subject*, 2010, cap. 2; *Uwe Volkmann*, *Grundzüge einer Verfassungslehre*, 2013, pag. 228 e seg.

⁹³ *BVerfGE* 123, 267 (358).

⁹⁴ V. *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism*, 2010, vvap.4.

⁹⁵ V. art. 2 TUE, oltre a *Callies JZ* 2004, 1033 (1035 – 1038); von *Bogdandy/Stephan Himghofer - Szalkay ZaöRV* 73 (2013), 209 (246 e seg.).

⁹⁶ *CdGUE* (nota 35), punto 4; similmente nella premessa *Peter Badura VVStRL* 23 (1964); *Pierre Pescatore C.D.E.* 4 (1968), 629 (632 – 639, 652 – 655).

⁹⁷ Conforme *Huber*, in: *Ius Publicum Europaeum (IPE)* II, 2007, § 26 punto 108.

di soluzione come rappresentate dai motivi ufficiali della decisione.⁹⁸ Ciò vale, per il resto, anche per il *BVerfG*, nella cui pronuncia di decisioni, come nei motivi della sentenza, vengono, in modo manifesto, intensamente discussi la CEDU e il diritto UE.⁹⁹

I diritti fondamentali sovrastatali possiedono certamente, nel frattempo, un livello di saturazione, che complica¹⁰⁰ il rinvio argomentativo di concrete decisioni alle tradizioni dei 28 stati membri. Per l'identificazione di singoli diritti fondamentali basta attualmente uno sguardo alla Carta e anche per l'interpretazione di questa la giurisprudenza *CEDU* fornisce spesso le direttive. Specialmente nelle domande di pronuncia pregiudiziale la *CdGUE* potrebbe prendere regolarmente nuovamente in considerazione questi *standards* e lasciare l'ulteriore decisione ai giudici nazionali.¹⁰¹ Nel caso di nuove questioni, che *richiedono un'espressa verifica di diritto fondamentale della CdGUE, potrebbe* andare diversamente. L'esempio delle scorte dati mostra che il Lussemburgo aveva recepito espressamente la posizione del *BVerfG*.¹⁰² Questo è un modello per il futuro. I giudici nazionali, che dispongono di un maggior materiale di casi e di incredibili risorse, potrebbero elaborare una premessa caratteristica e attivare attraverso le sue sentenze *CdGUE* e *CEDU* con una "pressione di equivalenza".¹⁰³ Attraverso le dette norme viene assicurato dal punto di vista dogmatico il recepimento sovranazionale di impulsi nazionali.

c) Riunione tra euristica e dogmatica

Il presente contributo utilizza il concetto di "riunione di diritti fondamentali" con un intento di sviamento della conoscenza. Come categoria euristica esso non è destinato a conseguire risultati, ma alla descrizione riassuntiva delle sovrapposizioni e degli effetti d'interazione tra diritti fondamentali nazionali e sovrastatali. La presente ipotesi si basa specialmente su una continuata separazione degli ordinamenti giuridici. Io non affermo che nasca un nuovo complessivo ordinamento

⁹⁸ Espressamente *Lenaerts* ICLQ 52 (2003), 873 (874 – 897); v. anche *Vassilios Skouris*, in: Festschrift für Günther Hirsch, 2008, pag. 175 (178 e seg.) e *Franz C. Mayer* ICON 11 (2013), 1003 (1009 e seg.)

⁹⁹ Specialmente il rapporto concomitante si dedica al recepimento , secondo la premessa, quanto meno espressamente per i rapporti tra giurisprudenza *CEDU* e *CdGUE*.

¹⁰⁰ Così *Matthias Herdegen*, in: HStR, vol. X, 3a ed. 2012, § 21, punto 48; e *Augustin José Menéndez* ELJ 15 (2009), 277 (297 – 299).

¹⁰¹ Al riguardo già *supra* II.2.a.

¹⁰² Conforme *Jürgen Küling* NVwZ, 2014, 681 – 685.

¹⁰³ *Ulrich Hufeld/ Hannes Rathke* EuR Beiheft 3 / 2013, 7 (13).

giuridico;¹⁰⁴ anche una decisione nella lite e il principio giuridico dell'ultima decisione non vengono qui presupposti.¹⁰⁵ Perciò derivano diverse sovrapposizioni tra GG, CEDU e Carta dir.fond.che dogmaticamente vengono stabilite dal diritto nazionale, dal diritto dell'UE e dal diritto internazionale e rendono possibile al contempo, nella loro interazione, una scambievole apertura, che non elimina la formale autonomia dei diversi ordinamenti giuridici e, nel risultato, guida però un processo normativo d'integrazione.¹⁰⁶ Non esiste al riguardo una differenza categoriale rispetto ad altre, nel nucleo di utilizzazioni euristiche del concetto, di volta in volta autolimitativo, di riunione nella forma della riunione di stati¹⁰⁷ o di costituzioni,¹⁰⁸ di un'amministrazione¹⁰⁹ o di una unione di tribunali costituzionali.¹¹⁰

3.Preparazione processuale

Una riunione di diritti fondamentali esige tecniche formali e materiali per l'inserimento di Legge Fondamentale, CEDU e Carta dir. fond. nell'applicazione del diritto.¹¹¹ Ciò vale anche per il proposto nuovo indirizzo giuridico – costituzionale che riattiva la Legge Fondamentale nell'attuazione del diritto dell'Unione e lo accosta dal punto di vista del contenuto a garanzie sovrastatali. Poiché i giudici di merito applicano completamente già oggi il diritto dell'Unione, il *BVerfG* vivrebbe un decisivo cambio, che aprirebbe l'accesso al tribunale costituzionale, come la sua relazione con la *CdGUE*.

a) Diritti fondamentali sovrastatali di fronte al *BVerfG*

Nonostante la vigenza nazionale della CEDU nel rango di una legge federale il *BVerfG* si ritiene competente nel quadro della regolare verifica dei diritti

¹⁰⁴ Nello stesso senso *Wendel* (nota 67), pag. 14 – 27; più ampiamente *Pernice* VVDStRL 60 (2001), 148 (172 – 176); v. anche *Jestaedt*, in: *Callies* (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten – und Verfassungsverbund*, 2007, pag. 93 (103 – 107).

¹⁰⁵ In caso di conflitto il *BVerfG* può stabilire, nell'esercizio del controllo ultra vires e d'identità, come la *CdGUE*, un'affermazione incondizionata di primato.

¹⁰⁶ Conforme von *Bogdandy*, in: HStR, vol. XI, 3° ed. 2013, § 232 punti 1 -38; *Wendel* (nota 67), pag. 33 – 34; *Piet Eeckhout* Current Legal Problems 66 (2013), 169, (198 – 202); *Besselink*, A Composite European Constitution, 2008; *Pernice* VVDStRL 60 (2001), 148 (172 e segg.); *Lars Viellechner* Der Staat 51 (2012) e *Callies*, in: lo stesso (nota 104), pag. 187 (213 – 224).

¹⁰⁷ V. *Paul Kirchhof*. In: HStR, vol. VII, 1a ed. 1992, § 183 punto 50.

¹⁰⁸ Così *Pernice*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG – Kommentar, vol. II, 1a ed. 1998, art. 23 GG punto 20.

¹⁰⁹ In proposito *Schmidt – Abmann* (nota 3), pag. 31.

¹¹⁰ Cfr. *Voßkuhle* NVwZ 2010, 1 (4 – 7).

¹¹¹ Più dettagliatamente *Voßkuhle* NVwZ 2010, 1 (4-7).

fondamentali sul controllo dell'applicazione della CEDU.¹¹² Ciò consente un indiretto richiamo alla CEDU nel quadro della verifica sui diritti fondamentali secondo la Legge Fondamentale nei ricorsi costituzionali e nei controlli concreti di norme.¹¹³ Lo stesso potrebbe avvenire in un mantenimento della formula Solange. Se i diritti soggettivi tedeschi riprendono vita nel proposto modello di riunione per misure di attuazione del diritto nazionale, i ricorsi costituzionali e i controlli concreti di norme, diversamente che in passato, sarebbero in principio ammissibili, anche in ambiti che siano regolati dal diritto dell'Unione.¹¹⁴ Secondo quanto detto Karlsruhe potrebbe giudicare in futuro, sulla base delle sue ordinarie competenze, su fatti disciplinati dal diritto europeo. Ne deriva un controllo incidentale sui diritti sovranazionali, che prende in considerazione indirettamente della Carta e della CEDU nel quadro del controllo dei diritti fondamentali tedeschi.

Si potrebbe alternativamente ritenere di applicare la Carta come metro autonomo accanto ai diritti fondamentali nazionali – una strada che il *Verfassungsgerichtshof* austriaco ha imboccato poco tempo dopo la sentenza Åkerberg Fransson.¹¹⁵ Per la Germania è però preferibile il riesame incidentale. Questo ha un duplice vantaggio: impedire unna sovrapposizione di controllo ed essere conforme alle regole sulla competenza.¹¹⁶ Non si minacciano lacune di tutela perché la dogmatica tedesca sui diritti fondamentali - diversamente che per la CEDU e la Carta dir. fond. – non prevede una generale libertà d'agire.¹¹⁷ Un controllo incidentale così costruito promuove, attraverso un identico tenore dell'area di controllo, l'accostamento a medio termine dell'interpretazione dei diritti fondamentali sul piano nazionale e sovrastatale.

b) Possibilità e obbligo del rinvio alla CdGUE

¹¹² In proposito v. *supra*, 1.2.

¹¹³ In tal senso *Griebel* Der Staat 52 (2013), 371 (373 -380).

¹¹⁴ Per i controlli concreti di norme si possono presentare limitazioni in forza del diritto dell'Unione, se si tratta sostanzialmente di conformità dei diritti fondamentali del diritto secondario UE, per il quale la *CdGUE*, C-112/ 13, EU:C:2014:2195, "A", punto 19, postula un primato della decisione pregiudiziale.

¹¹⁵ Così l'affermazione della sentenza 14.3.2012, U 455/11, punti 14 – 36; critico *Franz Merli* [Öst] Journal für Rechtspolitik 20 (2012), 355,(356 e seg.).

¹¹⁶ Gli artt. 93,1 n. 4° e 100.1 GG fondano la competenza del *BVerfG* unicamente su norme GG, ma non della Carta dir. fond. o la CEDU.

¹¹⁷ Nel caso in cui la CEDU o la Carta dir. fond. grantiscano una più ampia tutela, (ad es., con riferimento ai diritti sociali e ai principi di cui agli artt. 27 – 38 della Carta dei dir. fond.) la competenza può essere sostenuta con riferimento ad un'interpretazione costituzionale alla luce del diritto sovrastatale; non è questo il caso dell' Austria perché il *VerfGH* limita il controllo di diritto fondamentale alla CEDU.

Notoriamente i giudici superiori sono tenuti al rinvio pregiudiziale alla CdGUE quando l'interpretazione del diritto dell'Unione è rilevante per la decisione.¹¹⁸ Significato e scopo di quest'obbligo di domanda pregiudiziale è l'interpretazione unitaria e l'efficacia pratica del diritto dell'Unione – e non, in particolare, la garanzia dei diritti fondamentali.¹¹⁹ Diversamente dalla CEDU, la CdGUE non è un giudice di diritti fondamentali ma, quale Corte Suprema dell'UE, deve dedicare a numerose questioni di diritto comune la sua continua attenzione, che è essenziale per la stabilità della comunità giuridica sovranazionale. Un'efficace tutela dei diritti fondamentali è uno dei suoi compiti, ma non la primaria fissazione di scopo, né la base della competenza. Da ciò deriva, in ogni caso, una molteplice persecuzione di scopi: *in un primo luogo* i tribunali federali restano nell'architettura giudiziaria tedesca il destinatario primario dell'obbligo di domanda pregiudiziale. L'ampio significato dell'art. 51 Carta dir. fond. non cambia nulla nel fatto che la Carta non ha un vigore autonomo, ma lo ha solo in collegamento con l'altro diritto dell'Unione.¹²⁰ Per il resto, per esempio, le direttive o le regole contrattuali sostanziali, sono però competenti i tribunali federali. Nel quadro della loro competenza questi devono, anche in futuro, interpellare la CdGUE se si tratta, in via prioritaria, di questioni di diritto comune e/o di tutela di diritti fondamentali. Solo i giudici comuni possono fornire una completa applicazione del diritto dell'Unione, la cui unitarietà è garantita dall'obbligo di domanda pregiudiziale. *In secondo luogo* la proposta reattività dei diritti fondamentali tedeschi non cambia nulla nel fatto che tutti i tribunali tedeschi devono applicare pienamente il diritto dell'Unione sotto l'influsso della Carta e disapplicare, al riguardo, anche leggi parlamentari.¹²¹ Diversamente che nel diritto nazionale e in relazione alla CEDU il BVerfG, con la confermata giurisprudenza Solange, non ottiene un rinnovato monopolio di trattazione per leggi parlamentari su fatti previsti dal diritto dell'Unione.¹²² *In terzo luogo* tale riflessione consente al BVerfG un nuovo giudizio sul rapporto coi tribunali federali. I ricorsi costituzionali contro le decisioni di questi che riguardano essenzialmente fatti regolati dal diritto europeo e non sono stati ancora oggetto di una domanda pregiudiziale alla CdGUE, e ciò potrebbe, come in precedenza, essere rinviato solo dopo la domanda pregiudiziale alla CdGUE, come in precedenza, in

¹¹⁸ V. art. 267.3 TFUE.

¹¹⁹ Fondamentalmente CdGUE, 283/81, EU:C:1982:335 – Racc. 1982, 3415, CILFIT, punto 7.

¹²⁰ In proposito *supra* I.4.

¹²¹ Confermato in relazione al *Conseil Constitutionnel* da CdGUE, C-188/10 & C-189/10, EU:C:2010:1116 - Racc. 2010 I – 5667, Melki & Abdeli, punti 52 – 56.

¹²² Una rimopolizzazione, che era stata concepita dal VerfGH austriaco (nota 115), veniva negata a chiare lettere dalla CdGUE, (nota 114), punti 34 e segg.

conformità all'art. 101.1.2 GG.¹²³ Il *BVerfG* avrebbe in alternativa, in considerazione dell'ampliato ambito di applicazione dei diritti fondamentali tedeschi, la possibilità di provvedere direttamente, ma dovrebbe, allora, certamente esser sufficiente l'obbligo di rinvio pregiudiziale. *In quarto luogo* i giudici superiori nazionali non dovrebbero sottoporre alla *CdGUE* ogni applicazione della Carta.¹²⁴ Questa vede, esattamente, il senso e lo scopo del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione unitaria del diritto dell'Unione; il rinvio pregiudiziale, perciò, non ha luogo nel caso di una giurisprudenza stabile ed anche quando non esistono, con riferimento alle caratteristiche del diritto dell'Unione, ragionevoli dubbi sulla risposta della *CdGUE*.¹²⁵

Secondo questi criteri non ogni applicazione di diritti fondamentali esige un rinvio pregiudiziale. Determinante è, piuttosto, il livello dell'interdipendenza col diritto speciale dell'Unione. Le cui particolarità la *CdGUE* è tenuta a garantire. Nel caso di invalidità del diritto secondario UE o di una interpretazione della stessa conforme ai diritti fondamentali l'obbligo di rinvio pregiudiziale è evidente.¹²⁶ Lo stesso vale per stretti collegamenti tra diritti fondamentali e atti materiali UE. Potrebbero invece essere non necessari rinvii pregiudiziali su questioni di diritto fondamentale in ambiti giuridici unionali marginali, come pure, di regola, nel caso di una stabile giurisprudenza CEDU,¹²⁷ una volta che la *CdGUE*, in tali casi, possa comunque rispondere in luogo di controlli specialistici di diritto fondamentale.¹²⁸ Si stabilizzerà una prassi in tal senso nel corso degli anni, senza che sembri al riguardo significativa una generale limitazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale,¹²⁹ perché la situazione di confusione tra diritto sostanziale dell'Unione e le questioni di diritto fondamentale è difficilmente accessibile a chiare delimitazioni e la cooperazione

¹²³ Questo modulo è a disposizione specialmente dove dove l'interpretazione dei diritti fondamentali è strettamente legata al diritto UE semplice: la strada per Karlsruhe sarebbe aperta solo dopo la questione preliminare alla *CdGUE*, nella quale il *BVerfG* potrebbe, o un giudizio analitico di principio in attesa dei provvedimenti UE, ovvero negare l'ammissibilità della già ottenuta tutela di diritto fondamentale.

¹²⁴ Ciò teme *Masing* (nota 86).

¹²⁵ Classica *CdGUE* (nota 119), punti 13 -18; più dettagliatamente *Itzcovich*, GLJ 10 (2009), 537 (548).

¹²⁶ Come esempio si ricordi la sentenza *Google* (nota 59) sull'interpretazione della tutela dei dati RiL alla luce della Carta dir. fond.

¹²⁷ Con riferimento alla *CEDU* è da condividersi il *VerfGH austriaco* (nota 115), punto 40; qualcosa d'altro vale se la Carta dir. fond. prende in considerazione la *CEDU*, ad es. nella salute dei bambini secondo l'art. 24.

¹²⁸ Similmente *Sarmiento* CML Rv, 50 (2013), 1267 (1299 e seg.).

¹²⁹ Giustamente esclude, inizialmente, un primato generale di diritti fondamentali nazionali sul base di una " formula Solange invertita" da parte della *CdGUE*, perché i tribunali nazionali devono applicare il diritto UE, inclusa la Carta dir. fond.; *contra* manifestamente *Eike Michael Frenzel*, *Der Staat* 53 (2014), 1 (13).

intensiva coi tribunali nazionali è essenziale per la *CdGUE*.¹³⁰ La gestione accurata resta affidata al giuridico quotidiano. In ambiti fattuali in cui la *CdGUE* fa riferimento a considerazioni generali i tribunali nazionali si asterranno subito dall'applicare autonomamente la Carta a livello intrastatale senza rinvio pregiudiziale.

4. Accostamento dell'interpretazione di diritto fondamentale

Punto di partenza della proposta per una riunione di diritti fondamentali erano le molteplici strutture di riunione sul piano del diritto comune, oltre al crescente raddoppiamento della tutela di diritto fondamentale. Ciò preparò il terreno per un accostamento di contenuto dell'interpretazione dei diritti fondamentali, che è applicata nella lettera e nella sistematica della legge Fondamentale e all'epoca si incentivava la formazione sistematica interna di sfere sovrapposte di diritto fondamentale. Rimaneva ancora aperto secondo quali modelli dovesse svilupparsi tale accostamento.

a) Autonomia dogmatica e ruolo dei tribunali

In generale una riunione di diritti fondamentali non richiede uno schematico parallelismo della dogmatica dei diritti fondamentali; compete alle affermazioni metodiche fondamentali della comparazione giuridica orizzontale e verticale che i contenuti di altri ordinamenti giuridici [debbano] essere "ripensati nel quadro di un processo (di recezione) nel contesto dell'ordinamento costituzionale recipiente".¹³¹ Il *BVerfG* poté, nel caso della CEDU, limitare questo percorso di recepimento attivo ad una convergenza di risultati successivamente accantonata, che lasciava, in principio, impregiudicata l'autonomia dei diritti fondamentali nazionali e prendeva in considerazione influssi sovrastatali soltanto sotto l'aspetto della proporzionalità.¹³² Anche la Carta non riceveva una sincronizzazione dogmatica dei diritti fondamentali nazionali. Dalla proseguita separazione degli ordinamenti giuridici consegue che devono essere in principio ravvisate

¹³⁰ Meritevole la lettura di *Poiarés Maduro*, Eur.J. Legal Stud. 2 (2007), 1 (15 – 18); già oggi non tutti i tribunali sono propensi al rinvio pregiudiziale come quelli tedeschi; circa il 20% di tutte le domande pregiudiziali vengono dalla Germania e circa la metà soltanto da quattro Stati membri (Germania, Italia, Belgio, Olanda); cfr. *CdGUE*, Rapporto annuale 2013, pag. 108.

¹³¹ *BVerfGE* 128, 326 (370); più dettagliatamente *Peter Häberle* JZ 1989, 913 (916); *Sommerrmann*, in: *Handbuch der Grundrechte (DGrdR)*, vol. I, 2003, §16 punti 31 – 40.

¹³² Così *BVerfGE* 128, 326 (371 e seg.)

incompatibilità strutturali delle dogmatiche coinvolte, ad esempio nel diritto di proprietà.¹³³ Perciò un rifiuto ad una “euforia di convergenza”¹³⁴ non significa che, a prescindere da puntuali correzioni, tutto rimanga come prima. Nel caso della Carta non sarà sufficiente una convergenza di risultato.

Sulla base dello stretto intreccio col diritto secondario e con la sua interpretazione la Carta incide ulteriormente nella prassi giuridica più profondamente di quanto avvenisse nei confronti della CEDU. Ciò non vale solo, come nel caso *EGMR*, per situazioni in cui il *BVerfG* giunge ad risultato diverso da quello della *CdGUE*. Per il primato del diritto dell’Unione i tribunali tedeschi verificano in principio, in ogni caso, se l’interpretazione nazionale dei diritti fondamentali è conforme alle regole UE.¹³⁵ Al riguardo si può pervenire ad un diverso effetto di unificazione dogmatica se la *CdGUE* sviluppa sottigliezze dogmatiche nell’interpretazione della Carta con riferimento al diritto secondario UE, che sono da attribuire ai giudici di merito, anche relativamente a fatti regolati dal diritto dell’Unione.¹³⁶ Specialmente in situazioni triangolari - ad es. nella tutela dei dati - una ponderazione tra due diritti fondamentali della Carta dir. fond. resta un gioco di somme zero che rimuove i diritti fondamentali nazionali anche quando la *CdGUE* concede uno spazio operativo ai tribunali nazionali.¹³⁷ Riguardo a queste coincidenze resta insoddisfacente un impedimento di un conflitto negativo, orientato al risultato. La dottrina e la prassi giuridiche tedesche dovrebbero, invece, adattarsi ad un sondaggio di opzioni convergenti tra GG, Carta dir. fond. e CEDU, i fondamenti costituzionali dei quali sono stati esposti.

Nei trascorsi decenni il *BVerfG* otteneva un ruolo dominante nell’interpretazione della costituzione.¹³⁸ Per questo motivo il successo di una riunione di diritti fondamentali dipende dalla presa di posizione delle giudicesse e dei giudici di Karlsruhe. Ciò mostra un vantaggio centrale del modulo proposto, se la reattività di diritti fondamentali nazionali crea nell’attuazione possibilità d’incidenza ampliate del *BVerfG*. Un esempio mostra che in questa via potrebbe essere ottenuta una maggiore mutevolezza nell’interpretazione dei diritti fondamentali: in conseguenza della tesi della separazione l’interpretazione dei diritti

¹³³ In proposito *Fabian Michl*, JZ 2013, 504 – 513: sulla riserva di legge *Bardo Fassbender* NVwZ 2010, 1049 – 1054.

¹³⁴ *Christoph Schönberger* VRÜ 2010, 6 (10).

¹³⁵ In proposito già *supra*, l.4.

¹³⁶ Così *Masing* (nota 86).

¹³⁷ Si fa ancora riferimento all’esempio della sentenza *Google* (nota 59).

¹³⁸ Classico *Bernard Schlink* Der Staat 28 (1989), 161 – 172.

fondamentali obbliga in ambiti di fatto previsti dal diritto dell'Unione, allo stesso tempo - e quindi anche quando l'ultimo lascia spazi operativi nella concretizzazione - giudici ordinari e *CdGUE*. In un modulo di riunione il *BVerfG* potrebbe sostituire ed anche porre i propri accenti in ambiti totalmente armonizzati nei quali esso concretizza (non modifica) gli spazi operativi conformativi di diritto dell'Unione. Tale raffinato giudizio certamente esige - e rende possibile - un dettagliato bilancio in tutti i livelli dogmatici nazionali e sovrastatali del controllo sui diritti fondamentali.

Nel caso ideale nascerebbe, in questa via, un processo autoriflessivo che produrrebbe del tutto, nel senso del razionalismo critico, una graduale apertura della dogmatica autoctona per le garanzie sovrastatali.¹³⁹ In tali casi ci si dovrebbe attendere, quanto meno, che all'interno del controllo dei diritti fondamentali tedesco si riflettano attivamente le garanzie sovrastatali a tutti i livelli e, oltre ad un impedimento di conflitti orientato al risultato, accanto all'ampliamento degli spazi operativi nazionali, vengano anche apertamente esternate e motivate le comunità e le divisioni dogmatiche di GG, Carta dir. fond. e CEDU e vengano positivamente fondate le deroghe dogmatiche.¹⁴⁰ Per il *BVerfG* questa soluzione potrebbe essere anche attraente perchè in questo modo potrebbero forzate restrizioni dogmatiche che risultano gravose indipendente dal diritto sovrastatale.¹⁴¹ Anzitutto, però, il *BVerfG* sarebbe già pronto per un dialogo con *CdGUE* e *CEDU*, che non dovrebbe, però, evitare dibattiti di contenuto, ormai sulla base di una dogmatica sui diritti fondamentali costruita a livello sovrastatale.

b)Un'agenda per la dottrina

Per la dottrina costituzionalistica tale sviluppo potrebbe aprire nuovo campi di attività. Con studi sulla tutela dei diritti umani estesa di area il diritto pubblico potrebbe sviluppare nuove ipotesi di soluzione, anche come modello per la giurisprudenza. Formulazioni di questioni, per le quali si era da lungo tempo formata una dottrina dominante, si porrebbero in modo nuovo e richiederebbero

¹³⁹ Per l'assimilazione all'esperienza estera, che aiuta il proprio ad una migliore esistenza, v. *Susanne Baer* ZaöRV 64 (2004), 735 (745 – 753).

¹⁴⁰ Similmente *von Bogdandy*, in: HStR (nota 196), §232 punto 24; e *Viellechner*, in: *Nele Matz/ Lück* Mathias Hong (Hrsg.). Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, 2012, pag. 109 (140 – 144).

¹⁴¹ Cfr. *Oliver Lepsius*, in: *lo stesso e a., Das entgrenzte Gericht*, 2011, pag. 159 (214 – 219).

una nuova concezione.¹⁴² Il ritenuto chiaro tenore di alcune decisioni della *CdGUE* e della *CEDU* nasconde incertezze argomentative; entra in gioco, insieme a quella geografica, un'apertura metodica perché la scienza giuridica in altri paesi europei non lavora affatto dogmaticamente, ma al riguardo, però, prende in considerazione punti centrali diversi che in Germania.¹⁴³ La dogmatica può senz'altro non ottenere al di là dello stato, per motivi strutturali, la stessa stabilità dello spazio giuridico nazionale ed inoltre *CdGUE* e *CEDU* sono di scarsa affinità scientifica.¹⁴⁴ Per la dottrina dalla riunione dei diritti fondamentali seguirebbe senz'altro un nuovo orientamento nell'oggetto e metodico.

Tale impresa possiede anche componenti strategiche. Fino ad ora la dottrina costituzionalistica tedesca si opponeva all'internalizzazione spesso con una posizione difensiva¹⁴⁵ e correva il pericolo di essere marginalizzata nella discussione transnazionale.. Un nuovo indirizzo nel cuore del marchio della dottrina costituzionalistica tedesca, la dogmatica dei diritti fondamentali, potrebbe servire come riconoscimento e motivazione per una maggiore visibilità sovrastatale, che potrebbe servire non per esportare il punto di vista tedesco a condizioni di parità, ma tuttavia sviluppare un contrappeso anche rispetto ad accessi anglosassoni.¹⁴⁶ Un successo a lungo termine di tale agenda presuppone certamente che ci si apra, da un punto di vista linguistico e argomentativo, a discorsi transnazionali¹⁴⁷ e su una riforma di ricostruzioni e di pubblicazioni di prestigio-¹⁴⁸ Ciò mostra che una riunione di diritti fondamentali significhi assai più che una trasposizione della formula Solange e un accostamento nel contenuto di GG, CEDU e Carta dir. fond. Con l'interpretazione di diritti fondamentali viene anche integrata sovrastatalmente la dottrina costituzionale.

III. Collocamento teoretico – costituzionale

¹⁴² In proposito si tratterebbe, oltre che a CEDU e Carta dir. fond., anche della comparazione orizzontale con altri D'altronde non si amplirebbe soltanto l'oggetto della ricerca. paesi, i cui giudici supremi (come il *BVerfG*) mandano avanti la giurisprudenza sui diritti fondamentali attraverso impulsi.

¹⁴³ V. *Jestaedt* JZ 2012, 1 (9); *Möllers*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, 2a ed. 2012, §3 punto 37.

¹⁴⁴ V. *Georg Nolte* VVStRL 67 (2008), 129 (151 – 155); e *von Danwitz* EuR 2008, 769 (780 – 782).

¹⁴⁵ V. *Frowein* NVwZ 2002, 29 (29 e seg.).

¹⁴⁶ Cfr. *von Bogdandy* JZ 2011m 1 (3 – 5); *Wahl* JZ 2012, 861 (865 – 867).

¹⁴⁷ In proposito *Thym*, Die Eiskheit des deutschsprachigen Europarechts, *VerfBlog* del 29, 5. 2014 (www.verfassungsblog.de).

¹⁴⁸ Da un punto di vista programmatico il Consiglio di scienze, prospettive edella Scienza giuridica in Germania, lo stesso 2558 – 12 del 9.11. 2012.

Sono sempre esistite diverse concezioni di stato e anche attualmente esistono moduli di spiegazione per la progressiva internalizzazione, che possiedono parzialmente un diretto riferimento all'orientamento argomentativo di questo contributo. Per la configurazione a medio termine di una riunione di diritti fondamentali questi convincimenti fondamentali teoretici sono determinanti, perché guidano la sovrapposizione contenutistica di GG, CEDU e Carta dir. fond. in diverse direzioni – ed anche quando il nuovo giudizio dogmatico proposto può essere accompagnato, in via di principio, da tutte le ipotesi di teorie. Detto diversamente: una comunicazione sui fondamenti dogmatici di una riunione di diritti fondamentali non esige, come primo passo, un'unitarietà a medio termine sull'intensità, la direzione dello scopo e i confini dell'accostamento nel significato. Possono qui coesistere a lungo convinzioni contrastanti.¹⁴⁹ Quest'apertura a medio termine della riunione di diritti fondamentali per differenti contenuti è mostrata da un breve confronto con teorie che si riferiscono in parte all'interazione di diritto nazionale e sovrastatale e, per il resto, si aggiungono alle caratteristiche dei diritti fondamentali.

In primo luogo, solo autori che giudicano la statualità sovrana accettano una riunione di diritti fondamentali, quando ciò consegue da una concezione di sovranità che si riferisce in prima linea al potere di ultima decisione di istanze nazionali e/o a liberi spazi di autodeterminazione particolare e per il resto riconosce che la sovranità non si contrappone “ a un dialogo internazionale ed europeo dei tribunali, ma al loro fondamento normativo “. ¹⁵⁰ E' certamente un'affermazione indebolita, che non dovrebbe illudere sul fatto che i sostenitori di una sovranità nazional-statale classica, che intendono la costituzione come punto di fuga di un'unità politica e/o sociale rifiuterebbero un'ampia apertura, specialmente dei diritti fondamentali.¹⁵¹ Solo se si riconosce una riunione di diritti fondamentali, da questo schieramento verrebbero messi in rilievo la dimensione pluriprotettiva e l'autonomia della dogmatica dei diritti fondamentali nazionale e i risultati interpretativi. In secondo luogo, i sostenitori di un costituzionalismo europeo o globale secondo il modello nazionale non solo qualificerebbero

¹⁴⁹ V. anche *Neil Walker* ICON 6 (2008), 373 (385 – 396).

¹⁵⁰ *BVerfG* 128, 326 (369) con riferimento alla CEDU-

¹⁵¹ In modo chiaro *Isensee* AöR 138 (2013), 325 (325 – 362); sul fondamento teoretico *Möllers* (nota 61), cap. 11 e seg.

favorevolmente, all'interno degli stessi, una fusione il più possibile ampia con stretti spazi operativi per divergenze nazionali.¹⁵²

In terzo luogo la garanzia giuridico – costituzionale dei diritti fondamentali, è da sempre oggetto di numerosi discorsi teorici, che hanno almeno tre forme in riferimento all'internazionalizzazione e determinano diverse accentuazioni all'interno di una riunione di diritti fondamentali. Da un lato alcuni autori accentuano la comparazione strutturale degli ordinamenti dei diritti fondamentali e forzano su questa base una comparazione mondiale senza che sia necessaria al riguardo una camera dogmatica secondo il modello CEDU.¹⁵³ D'altra parte all'interno dell'Europa viene parzialmente accentuato il rapporto di vicinanza culturale- ideologico degli stati ed elaborato su questa base un comune diritto costituzionale europeo.¹⁵⁴ Singoli autori accentuano, infine, con riferimento ad altri ordinamenti giuridici, la fondazione morale dei diritti dell'uomo.¹⁵⁵ Tutte queste affermazioni potranno sostenere la locale concezione anche quando questa non presuppone, né promuove specialmente postulati culturali di unità o un fondamento di diritto naturale. Una forza del diritto costituzionale si trova nel fatto che ciò consente un accordo su risultati anche senza totale unità teoretica.¹⁵⁶

In quarto luogo nel dibattito internazionale, ora, ottengono una sicura prevalenza le ipotesi di soluzione a gradi, che sotto il topos del " pluralismo" descrivono in principio un gioco di scambio di diversi ordinamenti giuridici, che restano assiomaticamente separati.¹⁵⁷ In una più esatta considerazione ce sono due varianti di tale pluralismo: alcuni autori accentuano un profondo conflitto tra ordinamenti strutturalmente incompatibili, il cui antagonismo viene ammortizzato attraverso una coordinazione politica, ma non viene risolto con una convergenza di contenuti nella via dell'integrazione giuridica.¹⁵⁸ Altri, al contrario, accettano che l'internazionalizzazione non crea un ordinamento giuridico unitario, ma sottolineano quindi, però, l'esistenza di norme e principi fondanti l'unità, che possono portare

¹⁵² Per l'Europa *Pernice* VVDStRL 60 (2001), 148 (160 – 176); per il diritto internazionale *Fassbender* EuGRZ 2003, 1 – 16.

¹⁵³ Per la Germania *Häberle* JZ 1989, 913 – 919; *Sommermann*, in: HbGR (nota 131), §16 punti 131 – 140; per il dibattito USA *Jeremy Waldron* Harvard L. Rev. 119 (2005). 129 – 147.

¹⁵⁴ In proposito *Häberle*, *Europäische Rechtskultur*, 1997, pagg. 9 e segg.; come pure *Constance Grewew / Hélène Ruiz Fabri*, *Droits constitutionnels européens*, 1995.

¹⁵⁵ V. *Lorenzo Zucca*, in: *Julia Dickson / Pavlos Eleftheriadis* (Hrsg.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, 2012, pagg. 331 – 353..

¹⁵⁶ V. *Cass R. Sunstein*, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996.

¹⁵⁷ Più dettagliatamente *Walker* ML Review 65 (2002), 317-359; *Matej Avbelj/ Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*, 2013.

¹⁵⁸ Senza considerare le differenze v. *Krisch* (nota 94); *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments*, 2012.

un accostamento nel contenuto, nel quale tali norme – cerniera determinano parzialmente la collocazione nel diritto positivo¹⁵⁹ e sono definiti, in parte, come pellicola fondamentale su uno spazio secondario.¹⁶⁰ Tale pluralismo integrativo si accosta in modo speciale alle argomentazioni qui svolte.

Con questo non viene affermato che giudici sovrastatali debbano decidere definitivamente su tutte le questioni di diritto fondamentale. Specialmente su temi etici e culturali che caratterizzano l'autocoscienza sociale, da riflessioni concezionali viene spesso attribuita ai giudici nazionali¹⁶¹ una decisione che viene garantita su un piano sovrastatale attraverso spazi operativi nazionali.¹⁶² Tale concezione non contiene, perciò, una complessiva costituzionalizzazione del diritto sovrastatale secondo modelli nazionali.¹⁶³ L'orientamento semantico del concetto di riunione in ampie concezioni non dovrebbe, senz'altro, essere scambiato con una deduzione da stabili principi costituzionali.¹⁶⁴ L'interpretazione di diritti fondamentali riuniti fonda un processo induttivo, che ha in considerazione la costruzione di un sistema, attraverso il quale si giunge, però, ad una unità relativa. Spazi liberi per la concretizzazione o il completamento di Carta e CEDU, come pure impulsi intrastatali per nuove soluzioni fanno sì che incertezze, contrasti ed anche conflitti nell'interpretazione dei diritti fondamentali vengano superati. In casi particolari ciò può condurre all'attivazione di riserve costituzionali nazionali, il che, però, nulla cambia nel fatto che sia condotto un dialogo sull'oggetto riconosciuto comune.¹⁶⁵ La riunione di diritti fondamentali resta incompiuta in confronto con lo stato costituzionale sovrano e l'unità sistematica resta relativa.

IV. Prospettiva

Dal significato mutevole di CEDU e Carta dir. fond. consegue che l'autonomia dei diritti fondamentali tedeschi non può essere mantenuta. Da ciò deriva che la proposta di un nuovo indirizzo giuridico – costituzionale, che si basa,, da un punto di

¹⁵⁹ In proposito gli autori nominati nella nota 106.

¹⁶⁰ V. *Mathias Kumm*, in: *Jeffrey Dunoff / Joel Trachtman* (Hrsg.), *Ruling the World*, 2009, pag. 258 – 324; *Poiaries Maduro*, in: *Walker* (Hrsg.), *Sovereignty in Transition*, 2003, pag. 501 (524 – 530).

¹⁶¹ Più dettagliatamente *Floris de Witte CML Rev. 50 (2013), 1545 – 1578*; *Jan Kamárek EuConst 9 (2013), 420 (425 e seg.)*.

¹⁶² In proposito II.2.

¹⁶³ Cfr. *Möllers*, in: *Bogdandy / Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*. 2a ed. 2009, pag.227 (248); *Nettesheim EuR Beiheft 2/2013, 7 (8 – 13)*.

¹⁶⁴ Cfr.

¹⁶⁵ Da leggere *Alida Torres Pérez, Conflicts of Rights in the European Union*, 2009, pagg. 108 e segg-

vista letterale e sistematico sulla Legge Fondamentale ed inoltre promuove la formazione di un sistema che supera i piani. Se il presente contributo persegue, sostanzialmente, un'ipotesi in considerazione, che sviluppa i fondamenti sistematici di una riunione di diritti fondamentali, ciò viene chiarito col desiderio di indicare una costruttiva via d'uscita per l'interazione delle sfere di diritto fondamentale. Una crescente formula Solange, come pure un intensivato accostamento di GG, CEDU e carta dir. fond. sarebbero disponibili solo per il primo passo. A medio termine l'attuale apertura dell'interpretazione dei diritti fondamentali potrebbe indicare la strada di un nuovo indirizzo metodico, discorsivo e linguistico del diritto pubblico per dibattiti transnazionali. In questo senso una riunione di diritti fondamentali indica, al contempo, uno spazio opzionale, all'interno del quale dottrina e tribunali conformano insieme lo sviluppo europeo dei diritti fondamentali e possono, così, sostenere l'eredità tedesca di diritti fondamentali per un'espansione sovrastale.

(Traduzione di Enrico Altieri)