



FOCUS HUMAN RIGHTS  
EDITORIALE – 5 FEBBRAIO 2020

Il “nuovo corso” del  
*Bundesverfassungsgericht* nei ricorsi diretti  
di costituzionalità: bilanciamento fra  
diritti confliggenti e applicazione del  
diritto dell’Unione.

di Lucia Serena Rossi  
Giudice presso la Corte di Giustizia dell’Unione europea



# Il “nuovo corso” del *Bundesverfassungsgericht* nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell’Unione.\*

di Lucia Serena Rossi

Giudice presso la Corte di Giustizia dell’Unione europea

**Sommario:** 1. Il complesso bilanciamento “plurifocale” fra diritti fondamentali confliggenti nel sistema multilivello dell’Unione europea. 2. Il bilanciamento nei casi non interamente coperti da norme europee. 3. Il bilanciamento nei casi interamente disciplinati da norme europee. 4. *Not all those who wander are lost...*

## 1. Il complesso bilanciamento “plurifocale” fra diritti fondamentali confliggenti nel sistema multilivello dell’Unione europea

Il 6 Novembre 2019 il primo Senato della Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*, d’ora in avanti BVerfG<sup>1</sup>) ha pronunciato due importanti ordinanze su ricorsi individuali di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerden*), in materia di diritto all’oblio<sup>2</sup>. Le due pronunce costituiscono un pacchetto unitario e vanno lette l’una alla luce dell’altra, disegnando assieme una nuova teoria dei rapporti fra i sistemi di protezione dei diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento costituzionale da un lato, e dall’ordinamento dell’Unione europea dall’altro, nonché del ruolo dei rispettivi giudici, con particolare riferimento allo stesso BVerfG, nel controllo sull’applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in seguito, Carta o CDF).

---

\* Le opinioni illustrate sono strettamente personali e non attribuibili alla Corte.

<sup>1</sup> In realtà questo articolo si riferisce sempre al Primo Senato del BVerfG.

<sup>2</sup> BVerfG, ordinanze del primo senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 (Right to be forgotten I), DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr001613 e 1 BvR 276/17 (Right to be forgotten II), DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr027617; per il testo della prima ordinanza v. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106\\_1bvr001613.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr001613.html). Per quello della seconda v. [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106\\_1bvr027617.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rs20191106_1bvr027617.html).

Per i comunicati stampa in lingua inglese v. rispettivamente

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/BVerfG19-083.html> e

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/BVerfG19-084.html>

Nei casi in esame, diversamente dai fatti che avevano originato la sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE)<sup>3</sup>, o la sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana<sup>4</sup>, si tratta di situazioni orizzontali, in cui è innanzitutto necessario bilanciare i diritti di due privati, un soggetto che indicizza o diffonde informazioni *online* e l'individuo che invoca l'oblio, nella specie la deindicizzazione di informazioni da Google. Tuttavia, come si vedrà, il bilanciamento necessario è più complesso, perché deve tenere conto di interessi e diritti non solo di questi due soggetti, ma anche di altri, in particolare la libertà di espressione di chi ha creato l'informazione e l'interesse generale del pubblico ad essere informato. In questi casi, il bilanciamento dei diritti in gioco ha una natura *plurifocale*, dovendo appunto esaminare, al fine di operare una scelta, una pluralità di diritti ed interessi, in astratto gerarchicamente equivalenti, all'interno dello stesso ordinamento.

La situazione si complica ulteriormente quando tale bilanciamento deve essere operato tenendo conto delle interazioni che si creano nel sistema di protezione multilivello, fra gli ordinamenti dell'Unione europea e i sistemi costituzionali dei suoi Stati membri. Quello che è in gioco in questi casi, e che li rende doppiamente complessi, non è un conflitto fra una norma dell'Unione e un diritto costituzionalmente garantito, vale a dire una situazione come quella del caso *Melloni*<sup>5</sup>, risolvibile utilizzando i parametri del primato e dell'armonizzazione, in cui spetta ai giudici nazionali dare concreta applicazione al diritto dell'Unione ed ai principi interpretativi sviluppati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (ma anche della Corte EDU). Si pone piuttosto il problema di individuare quale, fra vari diritti, che sono tutti riconosciuti e garantiti da *entrambi* gli ordinamenti (nonché dal sistema CEDU), debba prevalere nel caso concreto.

Poiché ogni giudice, tenendo conto dei valori del proprio ordinamento, può potenzialmente valutare in maniera diversa il “*mix*” dei diritti tutelati che vengono in gioco in una determinata situazione, potrebbero sorgere dei “*conflitti di bilanciamento*”, che portino ad una disforme applicazione degli stessi diritti nei diversi ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. La complessità della situazione richiede dunque anche un coordinamento fra sistemi di protezione.

Le due ordinanze costituzionali tedesche esercitano, almeno con riferimento ai ricorsi diretti di costituzionalità, una sorta di *actio finium regundorum*, sia in merito al giudice competente che al parametro applicabile, delineando una teoria nuova, che il presente contributo cercherà di riassumere e di analizzare alla luce del diritto dell'Unione europea.

---

<sup>3</sup> Sentenza Corte giust. dell'8 settembre 2015, *Taricco e a.*, C-105/14, EU:C:2015:555.

<sup>4</sup> Sentenza Corte cost. del 7 novembre 2017, n. 269, IT:COST:2017:269.

<sup>5</sup> Sentenza Corte giust. del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107.

## 2. Il bilanciamento nei casi non interamente coperti da norme europee

La prima ordinanza, riguardava la situazione di una persona che aveva commesso un reato nel 1981 e che vedeva in Internet, a causa dell'indicizzazione fatta da Google, il proprio nome associato in primis alla notizia di quel reato, a seguito della pubblicazione online da parte del quotidiano *Der Spiegel* dei propri archivi. Invocando il diritto all'oblio, e chiedendo quindi la deindicizzazione della notizia dal motore di ricerca, il ricorrente ha impugnato una sentenza, a lui avversa, che era stata pronunciata dalla Corte Suprema tedesca (*Bundesgerichtshof*)<sup>6</sup>.

Il BVerfG ricorda che il c.d. *media privilege*, che viene in gioco in questa fattispecie, costituisce una materia che non è stata completamente determinata (*nicht vollständig determiniert*) dal diritto dell'Unione europea, in particolare dalla direttiva 95/46<sup>7</sup> e dal regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)<sup>8</sup>. Entrambi questi atti lasciano infatti esplicitamente agli Stati membri il compito di prevedere, per il trattamento di dati personali che sia effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe “necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme sulla libertà d'espressione”<sup>9</sup>. Il BVerfG inoltre ricorda che la Corte di giustizia, pur avendo affermato che il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di bilanciare il diritto alla riservatezza con la tutela della libertà di stampa, considera che la questione di come conciliare questi due diritti fondamentali sia di competenza degli Stati membri<sup>10</sup>.

La Corte federale tedesca afferma che, in mancanza di una completa copertura della fattispecie da parte del diritto dell'Unione, il fatto che i sistemi di protezione dei diritti fondamentali possano variare da Stato a Stato costituisce un “principio strutturale” (*Strukturprinzip*) dell'Unione europea. Inoltre il BVerfG

<sup>6</sup> Sentenza Bundesgerichtshof del 13 novembre 2012, VI ZR 330/11, OLG Hamburg e LG Hamburg.

<sup>7</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, GU L 281 del 23.11.1995, pagg. 31–50.

<sup>8</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), GU L 119 dell'4.5.2016, pagg. 1-78.

<sup>9</sup> L'art. 9, direttiva 95/45, disponeva in particolare che “gli Stati membri prevedono, per il trattamento di dati personali effettuato esclusivamente a scopi giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni o le deroghe alle disposizioni del presente capo e dei capi IV e VI solo qualora si rivelino necessarie per conciliare il diritto alla vita privata con le norme sulla libertà d'espressione”; l'art. 85, par. 2, regolamento (UE) 2016/679, dispone invece che “ai fini del trattamento effettuato a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria, gli Stati membri prevedono esenzioni o deroghe rispetto ai capi II (principi), III (diritti dell'interessato), IV (titolare del trattamento e responsabile del trattamento), V (trasferimento di dati personali verso paesi terzi o organizzazioni internazionali), VI (autorità di controllo indipendenti), VII (cooperazione e coerenza) e IX (specifiche situazioni di trattamento dei dati) qualora siano necessarie per conciliare il diritto alla protezione dei dati personali e la libertà d'espressione e di informazione.”

<sup>10</sup> Il BVerfG cita in proposito le sentenze Corte giust. del 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, punto 52 e ss. e del 14 febbraio 2019, Buivids, C-345/17, EU:C:2019:122, punto 48 e ss.

suggerisce di ancorare il suddetto principio anche all'art. 53 della Carta<sup>11</sup>, interpretandolo in modo tale che i conflitti di diritti fondamentali possano, in linea di principio, essere risolti sulla base dei rispettivi sistemi di protezione dei diritti fondamentali degli Stati membri

Tale lettura inoltre, secondo il BVerfG, è confermata sia dal principio di sussidiarietà, a sua volta richiamato dall'art. 51, par. 1, della Carta<sup>12</sup>, sia dai Preamboli del Trattato sull'Unione europea e della stessa Carta, i quali entrambi riconoscono la diversità di culture e tradizioni degli Stati membri. Secondo il BVerfG, il legislatore dell'Unione, adottando norme che coprono in misura maggiore o minore una materia, definisce anche il quadro per l'applicazione dei diritti fondamentali degli Stati membri, "in un equilibrio federale" (*in einer föderativen Balance*). Tale quadro si basa quindi su decisioni politicamente responsabili, che devono rispettare il principio di sussidiarietà.

Di conseguenza, in un ambito non interamente coperto dal Diritto dell'Unione, i diritti fondamentali sono principalmente regolati dalla Costituzione tedesca, anche quando il diritto interno serve ad attuare quello dell'Unione. Si può infatti presumere sia che il diritto dell'Unione europea intenda lasciare spazio ai diversi regimi nazionali di protezione dei diritti, sia che il regime di tutela tedesco soddisfi anche il livello prescritto dall'ordinamento dell'Unione, così come interpretato dalla Corte di Giustizia. Inoltre, tanto la Costituzione federale, quanto il diritto dell'Unione, sono accomunati dallo standard minimo costituito dalla CEDU. Secondo il BVerfG, un'ulteriore valutazione sulla base del diritto dell'Unione diviene necessaria solo quando vi siano sufficienti e specifiche indicazioni che mostrino l'insufficienza del livello di protezione assicurato dal *Grundgesetz*.

Il BVerfG ammette infatti che, anche se i diritti fondamentali previsti dalla Costituzione nazionale devono essere interpretati alla luce della Carta dell'Unione, ed entrambe alla luce della CEDU, ci si può trovare di fronte ad interpretazioni divergenti e dunque la scelta dello standard prevalente va cercata caso per caso, anche con riferimento al contesto. Pur se, in assenza di una completa disciplina di una fattispecie da parte dell'Unione, la Costituzione tedesca è, come regola generale, l'unico standard applicabile, il BVerfG riconosce tuttavia che a tale regola possono porsi delle eccezioni, in particolare quando il diritto

---

<sup>11</sup> L'art. 53 CDF prevede che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri."

<sup>12</sup> Secondo tale disposizione, che come noto definisce l'ambito di applicazione della CDF, "le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati."

dell'Unione, pur lasciando un margine di discrezionalità agli ordinamenti nazionali, prevede, al di là di una sostanziale consonanza (*substantielle Gleichklang*), standard più alti.

Il BVerfG sembra però voler delimitare la portata della Carta, e in particolare del rapporto fra quest'ultima e il diritto secondario dell'Unione, precisando che essa, pur contribuendo a riconciliare le diverse visioni che gli Stati membri hanno dei diritti fondamentali, anche in considerazione del contesto storico e sociale di ciascuno di essi, non intende – e non può – uniformare totalmente né i sistemi nazionali di protezione dei diritti, né, tantomeno, il bilanciamento fra diritti confliggenti. Pertanto eventuali indicazioni che norme europee, che pure lascino margini di discrezionalità agli Stati, richiedano standard di tutela più elevati di quelli nazionali, dovranno risultare specificatamente dalla lettera e dal contesto di tali norme, mentre l'obbligo generale che gli atti dell'Unione rispettino la Carta dei diritti fondamentali non sarebbe di per sé sufficiente a stabilire standard più rigorosi di quelli nazionali.

Ci si può chiedere se questo passaggio comporti un'inversione del “teorema *Solange*”<sup>13</sup>, secondo la quale si debba presumere che il diritto nazionale soddisfa lo standard minimo – e dunque rispetta il primato – fintanto che non si dimostri che il livello di protezione da esso assicurato è insufficiente secondo i parametri fissati dall'Unione europea. La Corte tedesca ammette che la presunzione dell'idoneità del *Grundgesetz* ad assicurare il livello di protezione previsto dalla Carta è una presunzione *iuris tantum*, che può essere rovesciata nel caso la Corte di Giustizia affermi che lo standard nazionale è insufficiente per garantire la tutela prescritta dal diritto dell'Unione. Tuttavia, precisa che farà rinvio alla Corte di Giustizia europea (solo) in caso nutra dubbi relativi allo standard prescritto dall'Unione; ove invece ritenga tali dubbi non sussistano, essa procederà direttamente ad incorporare lo standard dell'Unione in quello costituzionale e a dare applicazione allo stesso.

D'altro canto, il BVerfG specifica di non volere mettere minimamente in discussione gli effetti diretti della Carta, qualora questa trovi applicazione ai sensi del proprio art. 51, e che i giudici ordinari tedeschi possono essi stessi applicare direttamente la Carta, o rinviare alla CGUE per l'interpretazione della stessa, pur essendo essi tenuti anche ad applicare il *Grundgesetz*, qualora il diritto dell'Unione lasci agli Stati membri un margine di discrezionalità. Si fa salva, sembra di capire, un'ipotesi come quella del caso *Max-Planck*<sup>14</sup>, in cui è la Carta stessa, e non la direttiva, a rivestire effetti diretti orizzontali<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> V. *infra*, nota n.18.

<sup>14</sup> Sentenze Corte giust. del 6 novembre 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punti 73-75.

<sup>15</sup> Sugli effetti diretti orizzontali delle disposizioni della Carta rinvio alle considerazioni già sviluppate in L.S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi.it*, 10/2019 e ID., “Stesso valore giuridico dei Trattati”? Rango, *primato ed effetti diretti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, ne *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2016, 329-356; in tema si v. più in generale anche D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione negli ordinamenti nazionali. Una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018; N. LAZZERINI, *La Carta dei Diritti*

Nella teoria enunciata dalla Corte Costituzionale tedesca, il margine di manovra lasciato agli standard nazionali dipende, in proporzione inversa, dal grado, per così dire, di armonizzazione degli standard che le norme dell'Unione (siano esse regolamenti o direttive) mirano specificamente a garantire. Tale Corte tuttavia riconosce il carattere dinamico del processo di armonizzazione effettuato dall'Unione europea e, di conseguenza, la relativa espansione del campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali.

Partendo da tali premesse, la Corte costituzionale tedesca rileva che nella presente procedura si applica solo il parametro costituzionale, dato che, per quanto attiene il c.d. *media privilege*, la Direttiva 95/41 ed il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati lasciano espressamente agli Stati membri un margine di discrezionalità.

Essa procede dunque ad un bilanciamento fra i vari diritti in conflitto, rilevando che il diritto all'oblio, pur rientrando nei diritti della personalità, non si risolve in una totale "autodeterminazione informativa" (*informationelle Selbstbestimmung*), vale a dire un diritto esclusivo di decidere cosa deve essere rimosso da Internet, in quanto si contrappone a diritti di altre persone e dunque occorre valutarne gli effetti indiretti "orizzontali". Nel caso di specie, anche se la libertà di espressione e di stampa appaiono meno rilevanti, in quanto si tratta di semplice disseminazione online di contenuti, occorre comunque considerare il diritto del pubblico ad essere informato.

Da un lato, la Corte Federale afferma che il diritto all'autodeterminazione informativa deve essere distinto dai diritti personali generali. Pur garantendo agli individui la possibilità di esercitare un'influenza sul contesto e sul modo in cui i propri dati vengono resi accessibili ed utilizzati da altri, non va loro riconosciuto un diritto a filtrare le informazioni pubblicamente disponibili in base ad una libera scelta e alle proprie idee, né a limitarle a quegli aspetti che essi considerano appropriate in relazione alla propria immagine personale.

D'altro lato, il BVerfG riconosce che la profilazione di un individuo, che risulta dall'indicizzazione dei contenuti Internet che lo riguardano, riesce a costruirne un ritratto, e in particolare influenza il modo in cui il soggetto si rapporta con la società nelle sue reazioni personali. In particolare un individuo ha il diritto di cambiare e di evolversi, senza essere continuamente associato agli errori che ha commesso nel passato<sup>16</sup>. Al riguardo, sottolinea inoltre l'importanza di alcuni fattori, che vanno presi in esame nel caso concreto, elementi peraltro considerati rilevanti anche dalla giurisprudenza della CGUE<sup>17</sup>, quali la lunghezza del tempo trascorso o il fatto che le informazioni fossero o meno state diffuse legalmente, e

---

*Fondamentali dell'Unione Europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018 e E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, Oxford, 2019.

<sup>16</sup> Il BVerfG cita al riguardo le sentenze Corte giust. del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 98 e del 9 marzo 2017, Manni, C-398/15, EU:C:2017:197, punto 77.

<sup>17</sup> Sentenza Corte giust. del 3 ottobre 2019, Glawischnig-Piesczek, C-18/18, EU:C:2019:821.

afferma che la disciplina giuridica deve impedire che le posizioni, dichiarazioni e azioni passate siano rese indefinitamente disponibili al pubblico.

A fronte di queste contrapposte esigenze, il BVerfG afferma che è necessario, da un lato, assicurare l'accesso ai dati da parte del pubblico, ma dall'altro limitare gli effetti dannosi sull'immagine della persona interessata e conclude che la sentenza impugnata non ha effettuato un adeguato bilanciamento fra tutti questi fattori, accogliendo la pretesa della ricorrente.

### 3. Il bilanciamento nei casi interamente disciplinati da norme europee

La seconda ordinanza, aveva per oggetto una sentenza della Corte d'appello (*Oberlandsgericht*) di Celle, che aveva respinto la richiesta del ricorrente di imporre a Google la deindicizzazione della trascrizione di una intervista televisiva ad un datore di lavoro accusato di pratiche scorrette, che era stata diffusa online. A differenza del caso sopra esaminato, la materia ricade interamente nel campo di applicazione della direttiva 95/46 e del GDPR<sup>18</sup>, che hanno completamente unificato la materia (*vollständig vereinheitlicht*) e non sono applicabili le eccezioni previste per il *media privilege* dall'art. 9 della direttiva, dunque non vi è alcun margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri.

Il BVerfG afferma che, poichè la materia è disciplinata in questo caso in maniera esaustiva dal diritto dell'Unione, che ha proceduto ad una completa uniformazione delle legislazioni degli Stati membri, il sistema di protezione dei diritti dell'Unione europea gode di un "primato nell'applicazione" (*Anwendungsvorrang*) rispetto a quello della Costituzione tedesca.

Il BVerfG compie al riguardo due precisazioni. Da un lato, tale primato deriva dal trasferimento di poteri sovrani all'Unione europea, per cui, in presenza della disciplina di una certa materia da parte di quest'ultima, anche la protezione dei diritti fondamentali deve seguire gli standard uniformi europei, derivanti dal diritto dell'Unione, in particolare dalla Carta, ma anche dalla CEDU, che costituisce una base minima comune. D'altro lato però il BVerfG ricorda che, come già affermato in passato, il riconoscimento di tale primato è soggetto alla riserva che la protezione assicurata dal Diritto dell'Unione sia sufficientemente efficace, anche se, secondo la consolidata giurisprudenza dello stesso BVerfG,<sup>19</sup> si può presumere che gli standard dell'Unione siano equivalenti a quelli previsti dal *Grundgesetz*.

<sup>18</sup> Quanto alla direttiva 95/46, il diritto alla cancellazione dei dati personali (c.d. diritto all'oblio) è desumibile dal combinato disposto degli artt. 12, lett. b) e 14, co. 1, lett. a), così come interpretati dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317 (sulla quale si v. più diffusamente *infra*, nota n.38); nel caso del regolamento (UE) 2016/679, invece, il diritto all'oblio è espressamente previsto all'art. 17, che codifica sostanzialmente la giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>19</sup> Fin dalla sentenza del 22 ottobre 1986 – 2 BVR 197/83 (c.d. *Solange II*), il BVerfG ha infatti riconosciuto il primato del diritto comunitario – e dunque affermato l'irricevibilità di un ricorso costituzionale proposto contro un atto adottato dalla Comunità – fintanto che la protezione dei diritti fondamentali a livello europeo fosse stata adeguata; nella propria giurisprudenza successiva, a partire dalla sentenza del 12 ottobre 1993 - 2 BvR 2134, 2159/92, sul trattato di Maastricht,





Nella misura in cui i diritti fondamentali della costituzione tedesca sono sostituiti dal primato dell'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte costituzionale federale controlla l'applicazione di quest'ultimo da parte delle autorità tedesche, sulla base non della Costituzione, ma dei diritti fondamentali dell'Unione, inclusa la Carta dei diritti fondamentali. In maniera tanto inedita quanto esplicita, il BVerfG afferma dunque la propria competenza ad effettuare tale bilanciamento, controllando che le autorità nazionali, nell'applicazione del diritto dell'Unione, rispettino, appunto, i diritti fondamentali sanciti da tale diritto.

Il “nuovo corso” è qui ancora più evidente che nel caso precedente, perché in passato il BVerfG non aveva mai scelto di applicare direttamente i parametri comunitari, lasciando tale compito ai giudici ordinari tedeschi, che agivano in cooperazione con la Corte di Giustizia tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale. Ora invece, di fronte alla questione se le autorità e i giudici nazionali, applicando al caso di specie norme dell'Unione che dettino una disciplina completa della materia, abbiano rispettato i diritti fondamentali previsti dall'ordinamento della stessa Unione, la Corte Federale afferma di non potersi astenere da un pieno controllo su tale rispetto, anche se in piena collaborazione con la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE. Questo perché l'art. 23, par. 1 della Costituzione tedesca ed il “principio di apertura” ivi sancito vanno interpretati, non in un senso, per così dire “negativo”, che esoneri la Corte federale tedesca da qualunque controllo nelle materie la cui competenza è stata trasferita all'Unione, ma invece attribuendo, in senso positivo, la “responsabilità per l'integrazione” a tutti gli organi dello Stato tedesco, incluso il BVerfG, per quello che riguarda l'attuazione e lo sviluppo del processo di integrazione dell'Unione. In questo modo, i diritti fondamentali dell'Unione vengono incorporati fra gli strumenti del giudizio che la Corte federale esercita nei *Verfassungsbeschwerden*.

Il “nuovo corso” sembra però strettamente limitato ai ricorsi diretti: essa infatti afferma di poter in questo modo colmare una lacuna, derivante dal fatto che nel sistema dell'Unione gli individui non hanno la possibilità di effettuare ricorsi diretti in merito all'applicazione del diritto di quest'ultima. Tale lacuna, afferma il BVerfG, non sarebbe sufficientemente colmata dalla possibilità che i giudici ordinari chiedano l'ausilio della CGUE mediante il rinvio pregiudiziale e che dunque è opportuno estendere il rimedio del *Verfassungsbeschwerde* all'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione.

---

il BVerfG ha individuato due strumenti mediante i quali accertare tale adeguatezza: la c.d. *identity review* e la *ultra vires review*, entrambe fondate sull'art. 79, par. 3 GG ed esercitate in conformità al principio di apertura al diritto dell'UE (*Europarechtsfreundlichkeit*); esse consentono al BVerfG di verificare che gli atti dell'UE non siano stati adottati in violazione manifesta e strutturale dei limiti alla competenza dell'Unione derivanti dal principio di attribuzione o non violino il nucleo duro dell'identità costituzionale nazionale; si v., per una sintesi di tali principi, l'ordinanza del 24 gennaio 2014 – 2 BvR 2728/13, punti 22-30.

Con riferimento a questi suoi nuovi compiti, la Corte federale riconosce però che, quando si troverà ad utilizzare il parametro della Carta dei diritti fondamentali, lo farà in stretta cooperazione con la Corte di Giustizia, la quale, ai sensi degli artt. 19 TUE e 267 TFUE, ha l'ultima parola (*letztverbindliche Auslegung*) quando si tratta di interpretare il diritto dell'Unione, il che include anche l'interpretazione dei diritti fondamentali della Carta e lo sviluppo dei principi da essi derivati per la loro applicazione, fermo restando l'obbligo per i giudici di ultima istanza di rinviare alla CGUE, secondo quanto prescritto dalla sentenza *CILFIT*<sup>20</sup>.

Il BVerfG precisa che utilizzerà esso stesso lo strumento del rinvio pregiudiziale quando la questione interpretativa non sia stata già chiarita dalla CGUE, o se i principi di interpretazione da applicare non siano evidenti – ad esempio sulla base della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che determina anche il contenuto della Carta in singoli casi ex art. 52, par. 3, CDF<sup>21</sup>.

Il BVerfG riconosce anche che, pur se la protezione dei diritti fondamentali del *Grundgesetz* e quella della Carta possono spesso coincidere e i principi di interpretazione possono essere trasferiti da un ordinamento ad un altro, è necessario procedere con cautela per non intaccare l'unità del diritto dell'UE. In linea di principio, l'interpretazione del BVerfG deve in questi casi basarsi direttamente sui diritti fondamentali della Carta stessa e sulla giurisprudenza della CGUE, la quale è legata alla comprensione dei diritti fondamentali negli Stati membri dell'Unione nel suo insieme. In particolare, spetta alla Corte di giustizia l'interpretazione dei diritti fondamentali dell'Unione ai sensi dell'articolo 267, par. 3, TFUE e quando decide su un *Verfassungsbeschwerde*, la Corte costituzionale tedesca è di fatto giudice di ultima istanza.

Nel caso in esame, tuttavia, il BVerfG conclude che non è necessario rinviare alla CGUE, in quanto non si pongono questioni interpretative la cui risposta non sia già evidente, o che non siano state già chiarite dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, letta alla luce di quella della Corte di Strasburgo, che costituisce una fonte supplementare di interpretazione ai sensi dell'art. 52, par. 3 CDF. Inoltre non è nemmeno necessario porsi la questione se il giudice ordinario, qualora giudichi in ultima istanza, sia esso tenuto a rivolgersi a Lussemburgo, visto che l'*Oberlandesgericht* non è un giudice di ultima istanza. Infine, il primo Senato afferma di potere essa stessa prendere la decisione senza dover deferire la questione al *plenum* della Corte costituzionale, in quanto non procede ad alcun *revirement* rispetto a *Solange II*<sup>22</sup>. Mentre

---

<sup>20</sup> Sentenza Corte giust. del 6 ottobre 1982, *Cilfit e a.*, 283/81, EU:C:1982:335.

<sup>21</sup> L'art. 52, par. 3, CDF dispone infatti che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.”

<sup>22</sup> Sentenza BVerfG del 22 ottobre 1986 – 2 BVR 197/83.

infatti quest'ultima sentenza sollevava problemi di conformità delle norme dell'Unione con la Costituzione tedesca, il caso in esame è diverso, in quanto si tratta di applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione Europea in un contesto normativo completamente armonizzato.

Il BVerfG afferma che il suo compito è, in questa sede, non quello di controllare la corretta applicazione della direttiva, ma piuttosto di verificare se la sentenza impugnata ha proceduto correttamente ad effettuare il bilanciamento fra i diversi diritti in gioco. Pertanto, utilizzando il parametro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, effettua direttamente la valutazione dell'applicazione del diritto dell'Unione da parte delle autorità nazionali e giudica il ricorso ammissibile, ma non fondato.

A tal fine, il BVerfG riformula la questione: la ricorrente, pur riferendosi solo alla Costituzione tedesca, di fatto lamenta la violazione dei propri diritti al rispetto della vita privata e familiare e alla riservatezza, come emergono dagli artt. 7 e 8 della Carta. La risposta, al riguardo, è che la sentenza impugnata non appare viziata, in quanto ha correttamente valutato tutti gli interessi in gioco e le loro relazioni reciproche. Il BVerfG sottolinea che la fattispecie in esame è diversa<sup>23</sup> da quella che ha esaminato la CGUE in *Google Spain*<sup>24</sup> e che non si può presumere che il diritto alla *privacy* debba prevalere automaticamente sugli altri diritti confliggenti, come la libertà di espressione, i quali devono invece essere posti sullo stesso piano. Nel bilanciamento dei vari interessi la Corte tedesca tiene conto, richiamandole espressamente, di diverse sentenze della CGUE<sup>25</sup>.

Innanzitutto, i diritti di esercitare un'attività economica di Google, affermato dall'art. 16 della Carta, e di manifestare la propria opinione, tutelato dall'art. 11 della stessa, non risultano di per sé preminenti rispetto alla tutela della *privacy* della ricorrente. Tuttavia occorre prendere in conto anche i diritti di terzi, in particolare l'interesse generale del pubblico ad essere informato e la libertà di espressione dell'emittente televisiva, e si deve concludere che la deindicizzazione richiesta dalla ricorrente si tradurrebbe in una restrizione della disseminazione di una pubblicazione *online* in ragione del suo contenuto.

Inoltre, il bilanciamento va effettuato non attribuendo all'individuo il diritto a decidere quali informazioni che lo concernono possono essere disseminate *online*, ma valutando in concreto in che misura la diffusione di certe informazioni nuocciano al libero sviluppo della sua personalità e prendendo in esame diversi fattori. A tal riguardo l'*Oberlandsgericht* ha sbagliato nel ritenere che la questione riguardasse solo la vita sociale della ricorrente, perché, data la facilità di reperire informazioni in Internet diventa difficile tracciare

---

<sup>23</sup> Il BVerfG in sostanza abbraccia gli argomenti difensivi sollevati da Google secondo cui nel caso di specie, si dovrebbe in particolare apprezzare il fatto che il trattamento dei dati personali sia inserito in comunicazioni televisive; il fatto che la vita privata del denunciante non era interessata, in quanto si trattava di notizie sulla sua vita professionale, e che sull'argomento sussisteva ancora un interesse pubblico.

<sup>24</sup> Sentenza Corte giust., del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317.

<sup>25</sup> In particolare le sentenze Corte giust. del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317 e del 24 settembre 2019, *Google (Portata territoriale della deindicizzazione)*, C-507/17, EU:C:2019:772.

un confine fra le minacce alla sfera sociale e quelle alla sfera privata. Ciononostante, l'*Oberlandsgericht* ha correttamente valutato, in primo luogo, l'influenza del tempo trascorso, come prescritto dall'art. 17 del GDPR; in secondo luogo il fatto che l'informazione trasmessa non fosse una calunnia, ma si basasse su dati fattuali reali; in terzo luogo, il fatto che l'informazione riguardasse non la vita privata della ricorrente, ma la sua qualità professionale di datore di lavoro; e, infine, che l'intervista era stata concessa volontariamente. Pertanto, secondo il BVerfG, la sentenza impugnata non ha mancato di assicurare sufficiente efficacia alla Carta, né si è basata su una comprensione fondamentalmente sbagliata del significato e della portata dei diritti previsti dalla stessa.

#### 4. Not all those who wander are lost...

Le ordinanze sopra illustrate suscitano alcuni interrogativi sulla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del “nuovo corso” da esse enunciato.

Innanzitutto, ci si potrebbe chiedere se il fatto che la Corte costituzionale decida essa stessa la causa, senza rinviare ai giudici nazionali – soprattutto per quando riguarda nella prima ordinanza il *Bundesgerichtshof*, che, a sua volta, in quanto giudice di ultima istanza, avrebbe in caso di dubbio potuto e dovuto rivolgersi alla CGUE ai sensi dell'art. 267, par. 3 TFUE – rischi di provocare un cortocircuito nel rapporto fra ordinamenti e di violare il principio di leale cooperazione, affermato dall'art. 4, par. 3, TUE. In realtà, se tale nuovo corso è limitato, come sembra desumersi dall'analisi delle due ordinanze, ai soli ricorsi diretti di costituzionalità in materia di diritti fondamentali (*Verfassungsbeschwerden*)<sup>26</sup>, la risposta sembra negativa, perché il giudice nazionale avrebbe comunque potuto (e se di ultima istanza dovuto, nei limiti della sentenza *CILFIT*) rivolgersi alla CGUE prima di emettere la propria sentenza e dunque in un momento anteriore a quello in cui il BVerfG si pronuncia sul ricorso diretto.

Un elemento essenziale, che porta a considerare questo “nuovo corso” compatibile con il diritto dell'Unione è che lo stesso BVerfG afferma che i poteri dei giudici nazionali di rinviare alla Corte di Giustizia non vengono messi in discussione, ed anzi sarà esso stesso che, dovendo applicare la Carta dei diritti dell'Unione, si rivolgerà a detta Corte. I giudici di ultima istanza dunque possono anch'essi rinviare per ogni questione di interpretazione alla CGUE, senza dipendere da un ricorso diretto, in merito al quale magari sia il BVerfG a fare quel rinvio.

---

<sup>26</sup> Il ricorso diretto di costituzionalità è disciplinato dall'art. 93, comma 1, n. 4a del Grundgesetz; detta disposizione afferma, in particolare, la competenza del BVerfG rispetto ai ricorsi di costituzionalità promossi da persone fisiche o giuridiche che ritengano di essere state lese da azioni od omissioni della pubblica autorità in uno dei propri diritti fondamentali (artt. 1-19) o in uno degli altri diritti (di carattere politico e giurisdizionale) previsti da specifiche disposizioni costituzionali espressamente richiamate.

Si tratta perciò di un approccio diverso dall'idea di limitare i poteri dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE, che sembrava poter emergere dalla sentenza n. 269 del 2017 della Corte Costituzionale italiana<sup>27</sup>, idea peraltro poi negata dalla stessa Corte nelle successive pronunce<sup>28</sup>.

È chiaro invece che, se la giurisprudenza della Corte federale in futuro evolvesse in maniera tale da espandere il proprio ruolo aldilà dei *Verfassungsbeschwerden* e a discapito di quello riconosciuto dall'art. 267, par. 3, TFUE ai giudici ordinari, si potrebbero ad essa applicare le stesse critiche che erano state formulate dalla dottrina con riferimento appunto alla sentenza 269/2017 della Corte italiana, in quanto si porrebbe in violazione con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire da *Simmenthal*<sup>29</sup>. Certo, in comune vi è il desiderio di un ruolo più attivo e diretto delle Corti costituzionali nell'applicazione dei diritti fondamentali, ma, pur desiderose di ritagliarsi un ruolo maggiore, nessuna delle due Corti sembra avere l'intenzione di scardinare il sistema del rinvio pregiudiziale.

Ciò premesso, vi è tuttavia un altro importante elemento di cui occorre tenere conto per valutare la compatibilità del “nuovo corso” con il diritto dell'Unione, vale a dire la distinzione (per la verità spesso non facile da tracciare) fra interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione.

Occorre partire dal fatto che sull'interpretazione di tale diritto, che include anche la Carta dei diritti fondamentali, il Trattato stabilisce, con il meccanismo del rinvio pregiudiziale, un vero e proprio monopolio in capo alla Corte di Giustizia, monopolio che è necessario per garantire l'uniforme applicazione delle regole giuridiche europee e l'uguaglianza di fronte alla legge dei cittadini dell'Unione e degli Stati membri. Ciò non toglie che è ai giudici di questi ultimi che spetta, nel caso concreto,

---

<sup>27</sup> Sentenza Corte cost. del 7 novembre 2017, n. 269, IT:COST:2017:269, in particolare ai punti 5.1. e 5.2. Sul tema v., tra gli altri, C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, ne *Il Diritto dell'Unione europea – Osservatorio europeo*, 2017; R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità*, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2017, 234-247. Per una ricostruzione restrittiva della portata dell'*obiter dictum* contenuto nella sentenza si v. L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 3/2018. In tal senso si cfr. anche A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 149-171, p. 166; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2017, 2948-54, pp. 2952-3 e A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 194-197, p. 196.

<sup>28</sup> Si v. Corte cost., sentenze del 23 gennaio 2019, n. 20, IT:COST:2019:20 e del 20 febbraio 2019, n. 63, IT:COST:2019:63 e ordinanza del 6 marzo 2019, n. 117, IT:COST:2019:117; su tale evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale si cfr. le osservazioni di A. ANZON DEMMIG e G. SCACCIA all'ordinanza citata, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2019, rispettivamente a pp. 1417-27 e 1428-37.

<sup>29</sup> Sentenza Corte giust., del 9 marzo 1978, *Simmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, punti 21 e 24 e, quanto ai suoi corollari relativi ai casi di doppia pregiudizialità e alla facoltà/obbligo del giudice ordinario di rinviare alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali, le sentenze Corte giust. dell'11 settembre 2014, A, C-112/13, EU:C:2014:2195, punti 34-46, del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, punti 34-37 e del 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, C-322/16, EU:C:2017:985, punti 21-26.

l'applicazione delle norme europee e dei principi elaborati dalla giurisprudenza di Lussemburgo, eventualmente anche disapplicando, a fronte di norme europee aventi effetti diretti<sup>30</sup>, il diritto nazionale. Del resto sempre più frequentemente la Corte di Lussemburgo esorta i giudici nazionali a trovare essi stessi la soluzione concreta, applicando il diritto dell'Unione al caso di specie, alla luce delle caratteristiche che quest'ultimo presenta<sup>31</sup>.

Nel triangolo giurisdizionale che le due ordinanze configurano, il compito che il BVerfG si ritaglia è quello di controllare, mediante lo strumento dei ricorsi diretti di costituzionalità, che i giudici tedeschi procedano a questa applicazione nel rispetto dei diritti fondamentali, utilizzando ai fini di tale controllo il parametro della Costituzione se la materia non è completamente disciplinata dal diritto dell'Unione, e quello della Carta dei diritti fondamentali in caso sia stata adottata una disciplina completa. Trattandosi di bilanciamento fra diritti fondamentali, il ricorso diretto di costituzionalità rappresenta una forma ulteriore di garanzia per gli individui, che si aggiunge, senza sostituirsi in alcun modo, ai poteri dei giudici ordinari e alla relazione fra essi e la CGUE secondo quanto previsto dall'art. 267 TFUE

Dal punto di vista del diritto dell'Unione, questa costruzione teorica è sicuramente accettabile, ma vi sono alcuni punti delicati, su cui è opportuno effettuare qualche precisazione.

Il primo riguarda il concetto di “copertura completa”, che nella visione del BVerfG riveste un'importanza decisiva per definire i parametri del bilanciamento fra i vari diritti confliggenti.

Innanzitutto, va precisato che, in caso di dubbio, può essere solo la Corte di Giustizia, e non una Corte costituzionale nazionale, a definire il grado di copertura, esaustivo o meno, effettuato da una norma dell'Unione e, di converso, anche il margine di discrezionalità, che residua o meno per gli Stati membri e le loro Corti<sup>32</sup>. Se così non fosse, il “nuovo corso” del BVerfG porterebbe ad una conseguenza

---

<sup>30</sup> Si v., in particolare, la recente sentenza Corte giust. del 24 giugno 2019, *Popławski*, C-573/17, EU:C:2019:530 (c.d. *Popławski II*), punti 52-64, ricapitolativa della consolidata giurisprudenza della Corte sul rapporto tra primato, effetto diretto e disapplicazione delle norme nazionali in conflitto con disposizioni di diritto dell'Unione direttamente efficaci.

<sup>31</sup> Al riguardo, volendo tracciare una mappa di “chi fa cosa” fra i vari giudici dell'ordinamento multilivello, si può rilevare che il concetto di piena armonizzazione utilizzato dal BVerfG non sempre si presta ad essere coordinato con quello di effetti diretti, che la Corte di Giustizia (si v., nuovamente, la sentenza *Popławski II*) ha ribadito costituire la precondizione del potere/dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma nazionale confliggente con quella dell'UE, qualora non possa procedere ad un'interpretazione della prima in conformità con la seconda.

<sup>32</sup> È infatti la stessa Corte di giustizia a riconoscere, nella propria giurisprudenza, l'incidenza del grado di armonizzazione di una materia da parte del diritto dell'Unione sulla possibilità per gli Stati membri di invocare standard nazionali di tutela di tali diritti: nel caso in cui si sia confrontati ad un'armonizzazione di detti standard da parte di un atto di diritto dell'UE, agli Stati membri è precluso invocare i propri, anche qualora siano più elevati di quelli armonizzati, e dunque, *a fortiori*, proporre un proprio autonomo bilanciamento nel caso di eventuali conflitti tra diritti fondamentali; in assenza di armonizzazione, invece, le autorità e i giudici nazionali restano liberi di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali (e dunque di operare un bilanciamento tra tali diritti), a condizione di non compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta. Si v., rispettivamente, la sentenza Corte giust. del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, in particolare punti 56-63 e la sentenza Corte giust. del 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, C-42/17, EU:C:2017:936, punti 44-49.

paradossale, riservando al giudice nazionale – e alla difforme applicazione – una delicatissima questione di ripartizione di competenze fra UE e Stati membri.

Inoltre, il concetto su cui le due ordinanze basano l'applicazione della Carta dei diritti, anziché della Costituzione nazionale, non deve essere inteso come “armonizzazione” in senso tecnico, ma piuttosto come “copertura” o “disciplina”. Del resto, contrariamente ai comunicati di stampa in lingua inglese, le due ordinanze, nel testo originale, utilizzano non il termine “armonizzazione” (*Harmonisierung*), ma (*nicht*) *vollständig determiniert* la prima e *vollständig vereinheitlicht werden* la seconda. Le due espressioni non coincidono fra loro: la prima, utilizzata abitualmente al BVerG a proposito del diritto dell'Unione, indica che una materia è pienamente determinata, mentre la seconda implica una vera e propria unificazione. Ci si potrebbe per la verità chiedere se l'utilizzo di due termini diversi, nell'ambito di due ordinanze che affermano rispettivamente l'applicazione nel primo caso del parametro costituzionale e nel secondo della Carta dei diritti fondamentali, sia casuale o se invece sia voluto e, in questa seconda ipotesi, il BVerG intenda così effettuare una distinzione anche in merito al campo di applicazione della Carta.

Ma al di là di questo dubbio, il fatto che non si parli di armonizzazione è importante per tre ragioni. Innanzitutto, va ricordato che la Carta trova applicazione anche con riferimento alle libertà fondamentali e ad altre disposizioni del Trattato sull'Unione europea<sup>33</sup>, a proposito delle quali sarebbe tecnicamente improprio parlare di armonizzazione<sup>34</sup>. Inoltre, l'armonizzazione, in senso tecnico, è espressamente esclusa dal Trattato sul Funzionamento dell'UE in un gran numero di materie, su cui pure sussistono competenze dell'Unione<sup>35</sup>. Infine, la “copertura” più o meno completa della fattispecie da parte del diritto dell'Unione può derivare non solo dall'armonizzazione, in senso tecnico, ma anche dall'interpretazione che la CGUE ha dato a norme esistenti. Anche se un atto dell'Unione non armonizza *in toto* una materia, occorrerà pur sempre applicarlo in connessione con l'interpretazione – che a volte ne costituisce un'integrazione – fornita dalla CGUE.

---

<sup>33</sup> Un caso estremo di applicabilità della Carta in combinato disposto con le disposizioni del Trattato potrebbe essere rappresentato dal principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, di cui all'art. 18 TFUE e all'art. 21, par. 1, CDF; l'applicabilità della prima disposizione, infatti, presuppone proprio che la situazione ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE ma non sia disciplinata da specifici divieti di discriminazione sulla base della nazionalità previsti da altre norme di diritto primario o derivato, quali ad esempio le disposizioni in materia di libertà fondamentali; si v., per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte in materia, la sentenza del 18 giugno 2019, Austria/Germania, C-591/17, EU:C:2019:504, punti 37-41.

<sup>34</sup> Già prima del riconoscimento del valore giuridico vincolante della Carta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la CGUE aveva affrontato problemi simili nelle sentenze del 12 giugno 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333 e del 14 ottobre 2004, Omega, C-36/02, EU:C:2004:614.

<sup>35</sup> In particolare il TFUE la esclude nella lotta alle discriminazioni (art. 19), nell'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti (art. 79), nella prevenzione della criminalità (art. 84), nell'incentivazione all'occupazione (art. 149), nelle competenze di sostegno, quali lo sport (art. 165), la cultura (art. 166), la sanità pubblica (art. 168) il turismo (art. 195), la protezione civile (art. 196), la cooperazione amministrativa (art. 197), nella politica commerciale comune (art. 207), e infine nella clausola residuale generale sui poteri implicite (art. 352).

Se è vero che, come afferma il BVerfG, la Carta di per sé non può armonizzare il diritto dell'Unione – e in effetti, essa difficilmente potrebbe trovare applicazione in connessione con una materia che non sia, almeno in parte, disciplinata da tale diritto (v. la sentenza *TSN e AKT*<sup>36</sup>) – essa potrà però essere utilizzata dalla CGUE come uno strumento interpretativo che colmi, come fonte di principi generali (in linea con l'art. 6 TUE), eventuali lacune dell'atto. E' quanto accaduto, ad esempio, nella sentenza *Max-Planck*, in cui l'attribuzione di effetti diretti ad una disposizione della Carta ha consentito di superare la mancanza di effetti orizzontali di una direttiva<sup>37</sup>. In proposito va peraltro reso atto al BVerfG di aver espressamente escluso di volere mettere in discussione gli effetti diretti della Carta.

Il secondo punto delicato riguarda la natura del bilanciamento e la delimitazione del concetto di “applicazione” del diritto dell'Unione europea. Come si è detto, in questi casi, si discute non dell'applicazione, in un rapporto verticale fra individuo e autorità pubblica, di atti dell'Unione e dei diritti da questi stabiliti, ma di un bilanciamento fra diritti confliggenti di diversi individui. Una domanda allora si pone: questo bilanciamento è applicazione o interpretazione?

Il confine è sottile: nella misura in cui la soluzione dipenda dai fatti del caso concreto è applicazione, ma nella misura in cui invece si parli del contenuto di certi diritti, del loro carattere assoluto o relativo, o addirittura di una gerarchia fra di essi (come accade ad esempio per la dignità, verso l'alto, o per il diritto di proprietà, verso il basso), questa sarebbe senza dubbio un'interpretazione. Diversi dunque sarebbero, in caso di interpretazione o di applicazione del diritto (e dei diritti) dell'Unione, i giudici chiamati a risolvere il problema.

Da un lato, in linea di principio, vanno attribuiti ai giudici nazionali il compito di applicare i diritti fondamentali previsti dal diritto dell'Unione ed il possibile bilanciamento fra gli stessi quando confliggano fra loro, portando, al variare delle circostanze concrete, a soluzioni diverse nei singoli casi e nei diversi ordinamenti degli Stati membri. Dall'altro tuttavia, non sarebbe legittimo che la portata ed il valore di quei diritti, nonché eventuali criteri di priorità fra di essi – desumibili dalla Carta, o da norme di diritto dell'Unione –, venissero assoggettati a valutazioni difformi dai giudici nazionali, anche costituzionali,

---

<sup>36</sup> Sentenza Corte giust. del 19 novembre 2019, *TSN e AKT*, C-609/17 e C-610/17, EU:C:2019:981, punti 43-55, nella quale la Corte, muovendo dalla duplice consolidata premessa che “i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione sono destinati ad essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione” e che tuttavia “il solo fatto che misure nazionali ricadano, come nel caso di specie, in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarle nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, determinare l'applicabilità della Carta”, ha rilevato che, nella misura in cui un atto dell'Unione si limiti a fissare prescrizioni minime che non pregiudicano l'adozione di norme nazionali più favorevoli, queste ultime “si colloca[n]o al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta e la situazione di cui trattasi non può essere valutata alla luce delle disposizioni di quest'ultima”.

<sup>37</sup> Sentenza Corte giust. del 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C-684/16, EU:C:2018:874, punti 65-69.



sottraendoli all'uniforme interpretazione della Corte di Giustizia. Va infine rilevato che, in via (sebbene non rara) di eccezione, si possono presentare situazioni in cui la qualificazione stessa dei fatti della causa diventa un fatto di interpretazione del diritto dell'Unione<sup>38</sup>, a cui si possono ricollegare soluzioni giuridiche diverse, e su cui è opportuno che la Corte di Giustizia si pronunci.

Ciò premesso, va riconosciuto che, in concreto, le due ordinanze qui esaminate tengono in debito conto l'ormai cospicua giurisprudenza della CGUE sulla direttiva 95/46 e sul GDPR<sup>39</sup> e danno applicazione ai

---

<sup>38</sup> Si v. ad esempio, la sentenza Corte giust. del 18 dicembre 2019, *Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava e a.*, C-447/18, EU:C:2019:1098, punti 50-53, nella quale la Corte, sulla sola base delle circostanze fattuali della causa, ha qualificato la prestazione oggetto della causa come un "vantaggio sociale", distinguendola così da quella oggetto della sentenza Corte giust. del 16 settembre 2004, *Baldinger*, C-386/02, EU:C:2004:535.

<sup>39</sup> V., innanzitutto, la sentenza Corte giust. del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, nella quale la Corte ha affermato il principio che la ricerca e l'indicizzazione automatica da parte di un motore di ricerca di informazioni pubblicate online da terzi *costituisce una forma di trattamento di dati personali*, di cui è responsabile il gestore di un tale motore di ricerca; nella misura in cui l'indicizzazione può incidere sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali, consentendo di stabilire un profilo dettagliato della persona che ne è oggetto, il gestore deve assicurare il rispetto delle garanzie previste dalla direttiva 95/46; in particolare, la Corte ha ritenuto che il gestore di un motore di ricerca debba sopprimere dall'elenco di risultati quelli che violano tali garanzie e che anche un trattamento inizialmente lecito di dati esatti può, col tempo, diventare incompatibile con la direttiva se tali dati non siano più trattati per le finalità per le quali sono stati raccolti; da ciò consegue che la persona interessata ha *diritto a chiedere la cancellazione di tali informazioni*, e tale diritto prevale generalmente sia sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, sia sull'interesse del pubblico all'informazione.

A tale pronuncia, che ha sancito il c.d. diritto all'oblio, hanno fatto seguito numerose sentenze, tra le più recenti delle quali merita di essere segnalata, *in primis*, la sentenza Corte giust. del 14 febbraio 2019, *Buivids*, C-345/17, EU:C:2019:122; tale causa riguardava la pubblicazione su *youtube* di una registrazione video di un interrogatorio di polizia, rispetto alla quale la Corte ha sostenuto che essa rientrava nell'ambito di applicazione della direttiva 95/46, ma che spettava al giudice nazionale valutare se detta pubblicazione potesse essere coperta dal c.d. *media privilege* di cui al suo art. 9 (che, come detto, consente la divulgazione di dati personali a scopi giornalistici in deroga alle disposizioni previste dalla direttiva) sulla base delle finalità perseguite.

Con la successiva sentenza del 24 settembre 2019, *GC e a. (Deindicizzazione di dati sensibili)*, C-136/17, EU:C:2019:773, la Corte ha determinato l'ambito di applicazione materiale e modalità di esercizio del diritto alla deindicizzazione; a tal fine, essa ha innanzitutto riaffermato le responsabilità del gestore di un motore di ricerca nell'assicurare il rispetto delle garanzie previste dal diritto dell'UE per il trattamento dei dati personali, anche se limitatamente all'indicizzazione della pagina internet pubblicata da terzi nella quale tali dati personali compaiono; la Corte ha sottolineato, poi, che, se i diritti della persona interessata al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati prevalgono generalmente nel bilanciamento con la libertà di informazione degli utenti di Internet potenzialmente interessati, i primi non hanno carattere assoluto, dovendo tenersi conto del carattere più o meno sensibile dell'informazione e dell'eventuale ruolo pubblico rivestito dalla persona interessata; la Corte ha dunque ritenuto che *spetti al gestore del motore di ricerca verificare se l'indicizzazione di una pagina sia strettamente necessaria per garantire la libertà di informazione ed eventualmente rifiutare una richiesta di deindicizzazione nel caso in cui i dati personali siano stati manifestamente resi pubblici dall'interessato*; ciò vale anche per il trattamento di dati relativi a un procedimento penale, sebbene in quest'ultimo caso il gestore del motore di ricerca è sempre tenuto a indicizzare le pagine in modo tale che riflettano la situazione giudiziaria attuale della persona interessata.

La sentenza del 24 settembre 2019, *Google (Portata territoriale della deindicizzazione)*, C-507/17, EU:C:2019:772, resa anch'essa su rinvio del Consiglio di Stato francese, ha ulteriormente specificato la portata del diritto alla deindicizzazione, in questo caso sotto il profilo territoriale; pur ritenendo che il motore di ricerca debba essere considerato un soggetto che procede ad un unico trattamento di dati personali indipendentemente dalle versioni nazionali di detto motore e che una deindicizzazione mondiale sarebbe l'unica idonea a conseguire l'obiettivo di tutela del diritto alla protezione dei dati personali, la Corte ha ribadito che quest'ultimo non ha carattere assoluto, dovendo essere considerato alla luce della sua funzione sociale e temperato con altri diritti fondamentali, sulla base del principio di proporzionalità; la Corte ha inoltre rilevato che il diritto dell'Unione non intende, allo stato attuale, imporre al gestore del motore di ricerca un obbligo di deindicizzazione su scala globale, dovendo detto obbligo intendersi come limitato alle versioni del motore di

criteri da essa elaborati. Per quel che riguarda il diritto all'oblio, è in effetti preferibile che il bilanciamento fra i vari diritti, che dopo *Google Spain* sembrava affidato al gestore del sito internet, venga effettuato dal giudice nazionale sotto il controllo della Corte Costituzionale.

Il terzo punto delicato concerne il ruolo che in questa costruzione teorica giocano la CEDU e la relativa giurisprudenza. Il fatto che, ai sensi degli articoli 52, par. 3 e 53 CDF, essa possa essere strumento interpretativo e standard minimo rispetto alla Carta, o fonte di principi generali di diritto (come si desume dall'art. 6 TUE) potrebbe rivelarsi di scarso aiuto quando si tratta di procedere ad un bilanciamento fra molti diritti, soprattutto se Strasburgo e Lussemburgo giungessero a diverse configurazioni di tale bilanciamento. Il BVerfG qualifica la CEDU come fonte supplementare, ma nella prima ordinanza sembra sostenere che non sarà necessario rinviare alla CGUE, nel caso non nutra dubbi sull'adeguatezza dei parametri della Costituzione tedesca rispetto alla Carta o sull'interpretazione di norme della Carta, ad esempio perché gli standard CEDU sono soddisfatti. Certo, il BVerfG precisa anche che gli standard elaborati dalla CGUE vengono incorporati nella Costituzione tedesca, ma dovrebbe essere precisato che, in caso di bilanciamento divergente nella giurisprudenza delle due Corti sopranazionali, deve prevalere quello di Lussemburgo e che la conformità ai parametri della CEDU non necessariamente equivale al rispetto di quelli della Carta. In altre parole, la CEDU non potrebbe essere utilizzata come un alibi per aggirare il monopolio interpretativo della CGUE sul diritto dell'Unione.

In una logica di leale cooperazione, l'assetto complessivo della cooperazione giurisdizionale inaugurato dalle due ordinanze qui esaminate, in materia di ricorsi diretti di costituzionalità, aventi per oggetto il bilanciamento fra diversi diritti fondamentali in connessione con norme dell'Unione europea, dovrebbe essere inteso come segue. In caso di copertura non completa della fattispecie da parte di norme dell'Unione, se il bilanciamento va fatto alla luce dei parametri della Costituzione tedesca, compito che

---

ricerca corrispondenti agli Stati membri dell'UE, *salva la possibilità per le autorità nazionali di richiedere una tale deindizzazione, all'esito di un proprio autonomo bilanciamento fondato sugli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali.*

Infine, nella sentenza del 3 ottobre 2019, Glawischnig-Piesczek, C-18/18, EU:C:2019:821, la Corte di giustizia ha coordinato le norme in materia di tutela dei dati personali con la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico; la causa riguardava la compatibilità con queste ultime disposizioni di un provvedimento ingiuntivo, adottato da un giudice austriaco, che imponeva a *Facebook* di cancellare non solo un commento pubblico di un utente ritenuto lesivo dell'onore di una deputata nazionale, ma anche tutte le affermazioni identiche o equivalenti a tale commento; sebbene la direttiva 2000/31 vieti di imporre a un prestatore di servizi di *hosting* quale *Facebook* di sorvegliare o ricercare attivamente la presenza di informazioni illecite, la Corte ha ritenuto che detta direttiva non osti a un provvedimento ingiuntivo che imponga a detto prestatore di rimuovere, di propria iniziativa e anche a livello mondiale, informazioni identiche o equivalenti ad altre dichiarate precedentemente illecite, purché il contenuto sia sostanzialmente invariato e dunque il prestatore non debba effettuare una nuova e autonoma valutazione dello stesso, potendo utilizzare tecniche di ricerca automatizzate.

Tra i commenti a tale giurisprudenza si v., tra gli altri, O. POLLICINO, *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi.it*, 19/2019 e B. NASCIMBENE – F. ROSSI DAL POZZO, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei media. Diritto dell'Unione europea e orientamenti giurisprudenziali*, *Eurojus.it*, 4/2019.



svolge il BVerfG, alla CGUE spetta la definizione dell'esistenza e del grado di copertura della disciplina dettata dal diritto dell'Unione e dunque del residuo margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri. Nel caso invece di copertura completa, la CGUE interpreterà le norme dell'Unione in via esclusiva, definendo non solo la portata ma anche il significato, mentre, fermo restando i poteri "usuali" dei giudici ordinari tedeschi ad effettuare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, il BVerfG vigilerà, in sede di ricorsi diretti, sul rispetto e sul bilanciamento dei diritti fondamentali nell'applicazione che questi ultimi daranno alle norme dell'Unione.

In definitiva, il "nuovo corso" della Corte Costituzionale tedesca non sembra deviare da una consolidata logica di cooperazione con la CGUE, né, salve le precisazioni sopra svolte, pare mettere in discussione la logica del rinvio pregiudiziale che si desume dall'art. 267, par. 3, TFUE e dalla relativa giurisprudenza della CGUE. La leale cooperazione imposta ai giudici costituzionali dall'art. 4, par. 3, TUE, così come il principio di apertura al diritto dell'Unione, sancito dall'art. 23, par. 1, del *Grundgesetz*, richiedono tuttavia che la Corte federale rimanga nei limiti da essa stessa tracciati nelle due ordinanze sul diritto all'oblio.

Un problema delicato, su cui saranno sempre più necessari una riflessione ed uno scambio di idee fra la Corte di Giustizia e i giudici degli Stati membri, rimane quello di stabilire a chi spetti, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, procedere al bilanciamento fra diversi diritti individuali in conflitto, delineando una sorta di gerarchia fra gli stessi.

Così come per quanto riguarda la natura e la portata dei singoli diritti affermati dalla Carta, anche con riferimento al bilanciamento fra gli stessi, la risposta sembra dipendere, da un lato, dal fatto che quest'ultimo abbia natura generale e astratta, o invece concreta e legata alle particolarità del caso di specie, e, dall'altro, che si tratti di un'interpretazione del diritto dell'Unione. Ove sorgano dubbi su queste alternative, il chiarimento degli stessi dovrebbe essere affidato alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art.267 par.3 TFUE.