

**Quanto può e deve essere neutrale la  
Cancelliera federale tedesca?  
Note sulla sentenza del  
*Bundesverfassungsgericht* del 15 giugno 2022 \***

*Fernando D'Aniello*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “caso” Turingia e le affermazioni della Cancelliera federale. – 3. La giurisprudenza del Secondo senato del Tribunale costituzionale federale. – 4. Le poche novità del 2022. Un’occasione mancata? – 5. Conclusioni: Una conferma o un punto di partenza per una nuova giurisprudenza del Secondo senato?

**1. Premessa**

Fino a che punto può spingersi lo scontro politico quando a prendervi parte sono soggetti che ricoprono incarichi di governo? In una democrazia parlamentare è davvero possibile distinguere le esternazioni di uomini e donne quando occupano una funzione di governo, che dovrebbe restare estranea alla contesa politica, da quelle compiute come esponenti di partito che, al contrario, prendono esattamente parte a una battaglia politica e alla competizione elettorale? A queste domande il *Bundesverfassungsgericht* si è dedicato più volte nel corso degli ultimi anni, tant’è che esiste ormai sul *Neutralitätsgebot*<sup>1</sup> dei ministri della *Bundesregierung* una giurisprudenza certamente consolidata ma anche molto criticata.

L’ultima, in ordine di tempo, è stata la sentenza dello scorso 15 giugno<sup>2</sup> con la quale il Tribunale costituzionale federale ha considerato una dichiarazione di Angela Merkel lesiva dei diritti del partito di estrema destra<sup>3</sup> *Alternative für Deutschland* (AfD) e

---

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Traduco *Neutralitätsgebot* indifferentemente con “principio di neutralità”, certamente più corretta come formula, o “obbligo alla neutralità”, perché, ai fini della giurisprudenza qui analizzata, dal principio si ricava un obbligo corrispondente per i membri del governo.

<sup>2</sup> Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022 - 2 BvE 4/20, [http://www.bverfg.de/e/es20220615\\_2bve000420.html](http://www.bverfg.de/e/es20220615_2bve000420.html), qui è possibile leggere anche l’*abweichende Meinung*.

<sup>3</sup> Sulla definizione di estrema destra e in generale sulle cd. *Nuove destre* tedesche mi permetto di rinviare al mio contributo *Popolo e populismo in Germania dalla Repubblica di Weimar a quella di Berlino*, in *Parolechiave*, 1/2020, p. 199-213.

che ha, ancora una volta, diviso esperti<sup>4</sup> e opinione pubblica. Trattandosi di un cosiddetto *Organstreit*<sup>5</sup>, a emetterla è stata il Secondo senato, non nuovo a polemiche sulla “creatività” della propria giurisprudenza<sup>6</sup>, ed è stata assunta a maggioranza: cinque giudici contro tre, una delle quali ha pubblicato un’opinione dissenziente.

A chi scrive la sentenza di giugno appare complessivamente condivisibile nel suo impianto generale, pur non esente, come si vedrà, da qualche perplessità.

Nel merito, la decisione di Karlsruhe non ha immediati effetti pratici – è stata respinta la richiesta di rimborso delle spese per il ricorso – ma indubbiamente costringe il Governo federale e i suoi membri a una più attenta valutazione delle esternazioni fatte quando si è in carica, sebbene, e questa costituisce la vera occasione mancata, il Secondo senato non abbia precisato con maggiore chiarezza i limiti assegnati e le possibilità concesse alla Cancelliera federale, il cui ruolo nella *Bundesregierung* è certamente particolare<sup>7</sup>.

Proprio il complesso controllo che il *Bundesverfassungsgericht* ha definito soprattutto negli ultimi anni sulla neutralità lascia immaginare che, anche in ragione della crescente polarizzazione e radicalizzazione dello scontro politico, quella di giugno 2022 non sarà certamente l’ultima sentenza e che, anzi, ne seguiranno altre. È pure da ipotizzare, come si vedrà, che la giurisprudenza possa evolversi in altro modo, come sembrano dimostrare sia il voto a stretta maggioranza sia l’opinione contraria della giudice Astrid Wallrabenstein, entrata nel collegio del 2020, dunque estranea alla giurisprudenza prodotta sino ad oggi.

Le ragioni per le quali anche quest’ultima decisione di Karlsruhe ha polarizzato il dibattito<sup>8</sup> sono da individuare soprattutto nei protagonisti della vicenda: la ex

---

<sup>4</sup> Per una prima valutazione critica della sentenza: F. Michl, *Was darf eine Bundeskanzlerin sagen?*, 16.6.2022, M. Payandeh, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu den Äußerungsbefugnissen der Bundeskanzlerin*, 17.6.2022 e M. Hong, *Das Merkel-Urteil verpasst die Chance, den Willen zur Verfassung zu stärken*, 18.6.2022, M. Welsch, *Demokratische Neutralität*, 27.6.2022, disponibili su [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de). Tutti gli indirizzi internet sono stati controllati nel settembre 2022.

<sup>5</sup> Su questa figura si veda da ultimo S. Filippi, *Il procedimento di Organstreit: il Bundesverfassungsgericht come interlocutore necessario degli attori politici*, in *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, a cura di G. Repetto e F. Saitto, Napoli, 2020, p. 87-111.

<sup>6</sup> Si veda in chiave critica A. Kulick – J.J. Vassel, *Das konservative Gericht*, Tübingen, 2021; un’opinione molto diversa è, ovviamente, contenuta nei saggi raccolti in A. Voßkuhle, *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021.

<sup>7</sup> Per quanto si legge nella seconda massima della sentenza: «Secondo la ripartizione delle competenze esiste certamente un diritto di esternazione ulteriore – rispetto agli altri membri del Governo federale– del Cancelliere federale, ma da questo non derivano, tuttavia, altre pretese in riferimento all’osservanza dell’obbligo di neutralità e di obiettività (*Neutralitäts- und Sachlichkeitsgebot*)». Sul ruolo della Cancelliera federale si veda da ultimo W.-R. Schenke, *Die Bundesrepublik als Kanzlerdemokratie – zur Rechtsstellung des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz*, in *Juristen Zeitung*, 70/2015, p. 1009-1018.

<sup>8</sup> Due esempi: la *Süddeutsche Zeitung* ha parlato di una sentenza *lontana dalla vita reale* (17.6.2022, p. 4), il *Tagesspiegel* di una *bella giornata per la democrazia* (edizione on-line del 15.6.2022, commento apparso con il titolo *Karlsruhe rügt Ex-Kanzlerin. Ein Urteil gegen Machtmissbrauch* sul giornale cartaceo il 16.6.2022, p. 6).

Cancelliera Merkel che viene richiamata dal *Bundesverfassungsgericht* per aver leso i diritti di AfD, per giunta in una vicenda, il “caso” Turingia, che è stata vissuta da gran parte dell’opinione pubblica come uno *shock*, per usare l’espressione contenuta in un saggio di Jürgen Habermas<sup>9</sup>. Il rimprovero di Karlsruhe a Merkel appare a molti come un aiuto, seppur indiretto, alla politica di AfD, della quale si sottovaluterebbe il potenziale eversivo, e un ritorno del Tribunale costituzionale federale a ipotesi anacronistiche di separazione della sfera statuale, neutra, da quella sociale, politica<sup>10</sup>: in questo scenario una polarizzazione delle opinioni, persino di quelle specialistiche, è quasi inevitabile sebbene poco utile per mettere correttamente a fuoco il contributo del *Bundesverfassungsgericht* e le sue conseguenze.

## 2. Il “caso” Turingia e le affermazioni della Cancelliera federale

Il 5 febbraio del 2020<sup>11</sup>, poche settimane prima l’inizio della pandemia del Covid-19, a Erfurt il Parlamento del *Land* era chiamato a eleggere il nuovo Presidente del governo (*Ministerpräsident*) della Turingia. L’uscente, Bodo Ramelow, non aveva ottenuto la maggioranza richiesta nei primi due scrutini. Al terzo, nel quale era necessaria la maggioranza semplice, era stato eletto il liberale Thomas Kemmerich grazie ai voti di AfD: un’elezione fortemente contestata che rompeva per la prima volta il “tabù”, da sempre osservato dai cristiano-democratici così come dai liberali, di non accettare i voti di AfD<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> J. Habermas, *La seconda occasione. La svolta europea di Angela Merkel e il processo di unificazione tedesca*, in *Il Mulino*, 5/2020, p. 845-863.

<sup>10</sup> Proprio su questi aspetti e per una ricostruzione del dibattito nella Repubblica federale rinvio a A. Di Martino, *Konrad Hesse nella dottrina costituzionalistica tedesca*, in *L’unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, a cura di A. Di Martino e G. Repetto, Napoli, 2014, in particolare p. 196-202.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione dettagliata degli eventi rinvio ai saggi di A. Gatti, *La formazione del nuovo Governo in Turingia e la tenuta della conventio ad excludendum: le possibili prospettive sul piano federale*, in *Federalismi.it*, 21/2019, disponibile on-line (<https://www.federalismi.it>, 27 novembre 2019) e A. De Petris, *L’elezione del Presidente regionale con i voti dell’estrema destra xenofoba in Turingia*, in *Federalismi.it*, 4/2020, (<https://www.federalismi.it>, 19 febbraio 2020). Mi permetto di indicare anche il mio commento on-line per la rivista *Il Mulino* *L’altolà di Merkel* (<https://www.rivistailmulino.it>, 7 febbraio 2020).

<sup>12</sup> Le elezioni del 27 ottobre 2019 avevano determinato al *Landtag*, il Parlamento, della Turingia composto da novanta seggi, una situazione complessa da gestire, perché dalle urne non era uscita una chiara maggioranza. Alla Linke del Presidente uscente Bodo Ramelow erano andati ventinove seggi, secondo gruppo parlamentare era quello di AfD con ventidue seggi, seguivano poi la CDU (ventuno seggi), i Socialdemocratici (otto seggi), infine a pari merito i Verdi e i liberali della FDP (entrambi i gruppi con cinque seggi). La coalizione uscente di Linke, Socialdemocratici e Verdi disponeva, quindi, di appena quarantadue seggi, lontana dalla maggioranza assoluta di quarantasei, richiesta nei primi due scrutini. Al terzo scrutinio per l’elezione del Presidente del governo, il liberale Thomas Kemmerich ottenne quarantacinque voti, grazie ad AfD che aveva deciso di sostenerlo dopo aver votato, nei primi due scrutini, il proprio candidato Christoph Kindervater, che infatti, al terzo, non ottenne preferenze. Si trattò di un accordo implicito, caldeggiato da AfD, consapevole della dirompente novità rappresentata

Quello che qui interessa ricordare, perché oggetto del ricorso costituzionale dal quale è scaturita la sentenza del 15 giugno, è che su questa vicenda si esprime chiaramente anche la Cancelliera federale, in quel momento in Sudafrica per un viaggio di Stato. Il 6 febbraio, nel corso della conferenza stampa congiunta con il Presidente sudafricano Cyril Ramaphosa, Angela Merkel, aprendo il suo intervento iniziale, fece espresso riferimento al voto della Turingia con queste parole:

«Signore e Signori, ho già comunicato al Presidente che vorrei fare una dichiarazione preliminare (*Vorbemerkung*) per motivi di politica interna relativi alla giornata di ieri nella quale è stato eletto in Turingia il Presidente del governo del *Land*. La sua elezione costituisce un fatto eccezionale, che ha infranto uno dei principi fondamentali della CDU e mio personale, vale a dire non costituire una maggioranza con l'aiuto di AfD. Questo esito era prevedibile per come si era definita la situazione, e cioè l'elezione al terzo scrutinio: va detto che questo fatto è imperdonabile (*unverzeihlich*) e, pertanto, occorre che l'esito sia annullato. Perlomeno la CDU ritiene di non poter prendere parte a un governo con il Presidente eletto. È stato un brutto giorno per la democrazia. Un giorno che ha infranto i valori e i principi della CDU. Adesso occorre fare di tutto perché sia chiaro che quanto accaduto non coincide in alcun modo con le idee e le azioni della CDU. Su questo occorrerà lavorare nei prossimi giorni. Adesso vengo al Sudafrica che con gioia visito per la terza volta da Cancelliera federale»<sup>13</sup>.

Simile dichiarazione veniva riportata successivamente anche sul sito della *Bundeskanzlerin* e di quello del Governo federale nell'ambito della segnalazione della conferenza stampa.

Tanto la dichiarazione in sé tanto la sua pubblicazione sul sito istituzionale della Cancelliera e del Governo federale sono alla base dei due ricorsi di AfD, che riteneva violato dall'intervento della Cancelliera il proprio diritto all'uguaglianza di opportunità (o pari opportunità, *Chancengleichheit*) ricavato dall'articolo 21 comma 1, primo periodo

---

dall'elezione di Kemmerich, e tollerato di buon grado da conservatori e liberali. Dato che Ramelow aveva ottenuto solo quarantaquattro voti (due in più della sua maggioranza) Kemmerich risultò eletto: per la prima volta un *Ministerpräsident* era stato eletto con i voti di AfD. Travolto dalle polemiche Kemmerich, che nella sua prima dichiarazione aveva ipocritamente affermato di voler governare senza i voti di AfD, rassegnò le sue dimissioni l'8 febbraio, restando comunque in carica fino all'elezione di un nuovo *Ministerpräsident*, vale a dire proprio Bodo Ramelow, con un governo di minoranza, il successivo 4 marzo. L'intera vicenda, in particolare l'accordo implicito tra partiti, privo della chiarezza e della trasparenza che dovrebbe contraddistinguere il compromesso tra forze politiche che intendono governare, scatenò in tutto il paese durissime critiche contro i vertici locali della CDU, della FDP e, ovviamente, contro Thomas Kemmerich. Si veda, ad esempio, A. von Lucke, *Von Erfurt nach Berlin: Nützliche Idioten für die AfD*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 3/2020, p. 5-8. Opinione contraria venne espressa sulla *Neue Zürcher Zeitung* che in prima parlò di *terremoto politico* (*Politisches Beben in Deutschland*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 6.2.2020, p. 1) affiancando, però, il giudizio più articolato del corrispondente da Berlino, cfr. B. Neff, *Ein Skandal? Das ist Demokratie*, *ivi*, p.11.

<sup>13</sup> Cfr. <https://youtu.be/SZLMhriQdY0?t=670>. Il comunicato sui siti ufficiali della Cancelliera e del Governo federale è stato eliminato dopo la presentazione del ricorso. La citazione letterale dell'intervento di Merkel è anche al paragrafo 4 della sentenza.

del *Grundgesetz* («I partiti collaborano alla formazione politica della volontà del popolo»).

Rilevante è soprattutto il primo ricorso perché sulla pubblicazione di interviste e affermazioni dei ministri all'interno di siti istituzionali, il Tribunale costituzionale federale si era già espresso accogliendo il ricorso di AfD contro l'allora ministro federale degli interni Horst Seehofer (sentenza del 9 giugno 2020)<sup>14</sup> e quello contro l'allora ministra federale dell'educazione e della ricerca Johanna Wanka (sentenza del 27 febbraio 2018)<sup>15</sup>. Qualificata l'affermazione fatta a voce come lesiva dei diritti del partito ricorrente AfD, l'accoglimento del secondo ricorso sulla pubblicazione on-line non mi pare presenti particolari novità o difficoltà rispetto alla giurisprudenza di Karlsruhe.

Entrambi i ricorsi sono stati considerati ammissibili e fondati dal Tribunale costituzionale federale che ha valutato la dichiarazione una violazione dell'obbligo di neutralità in capo ai membri del governo e quindi anche alla Cancelliera federale, seppur dovendo necessariamente tener presente il suo particolare ruolo di guida della *Bundesregierung*.

### ***3. La giurisprudenza del Secondo senato del Tribunale costituzionale federale***

Che i ricorsi fossero considerati ammissibili era qualcosa di prevedibile: per molto tempo il Tribunale si è occupato del rapporto tra le dichiarazioni di politici con incarichi di governo e la tutela dei partiti contenuta nel citato articolo 21 primo comma, primo periodo del *Grundgesetz*. Partiti ai quali è conferito così un rango costituzionale perché costituiscono il presupposto del libero processo di formazione dell'opinione e della volontà nella moderna democrazia parlamentare<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Urteil des Zweiten Senats vom 09. Juni 2020 - 2 BvE 1/19, [http://www.bverfg.de/e/es20200609\\_2bve000119.html](http://www.bverfg.de/e/es20200609_2bve000119.html). In questo caso, come vedremo, la giurisprudenza è chiara perché l'utilizzo del sito internet fa riferimento a un uso indebito di risorse del governo, cfr. *infra* nota 22.

<sup>15</sup> Sentenza estremamente rivelante perché ha anche chiarito che non esiste un *Recht auf Gegenschlag*, vale a dire il diritto degli organi statali di reagire ad attacchi non obiettivi e diffamanti in modo simile, cfr. Urteil des Zweiten Senats vom 27. Februar 2018 - 2 BvE 1/16, [http://www.bverfg.de/e/es20180227\\_2bve000116.html](http://www.bverfg.de/e/es20180227_2bve000116.html). Si vedano le brevi *Annotazioni* di D. Kuch, in *Juristen Zeitung*, 8/2018, p. 409-411 e di M. Friche, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 13/2018, p. 934.

<sup>16</sup> A mero titolo di richiamo, perché comunque rilevante ai fini dell'inquadramento dei partiti nell'ordinamento tedesco secondo il Tribunale costituzionale federale, va citata la giurisprudenza sui ricorsi per vietare la NPD, per la quale si può fare riferimento a *Das NPD-Verbotsverfahren: Dokumentation des Verfahrens der Jahre 2013 bis 2017 vor dem Bundesverfassungsgericht*, hrsg. von T. Kliegel und M. Roßbach, Tübingen, 2020 e *Das zweite Verbotsverfahren gegen die NPD. Analyse, Prozessreportage, Urteilskritik*, hrsg. von H. Meier, C. Leggewie und J. Lichdi, Berlin, 2017.

La giudice Wallrabenstein, al contrario, inizia la sua opinione dissenziente con un'affermazione molto netta: «Se la Cancelliera si esprime su questioni politiche, il contenuto delle sue affermazioni non è sottoposto al controllo di neutralità del *Bundesverfassungsgericht*» (par. 1).

Nella giurisprudenza sin qui seguita la norma costituzionale sui partiti va letta insieme alla concezione di democrazia che il Secondo senato ha sempre difeso nella sua giurisprudenza: «L'uguaglianza democratica richiede che alla maggioranza di governo e alla minoranza di opposizione vengano attribuite le stesse possibilità nella competizione per il voto in ogni elezione», principio espresso nella sentenza del 16 dicembre 2014, par. 29<sup>17</sup>, la prima che si è occupata del problema della neutralità con un ricorso del partito neonazista NPD (Partito nazionaldemocratico di Germania, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands*) contro le dichiarazioni dell'allora ministra federale della famiglia Manuela Schwesig.

Va tenuta presente anche la sentenza del 10 giugno 2014<sup>18</sup> con la quale veniva respinto il ricorso della NPD contro una dichiarazione del Presidente federale Joachim Gauck che nel corso di una discussione pubblica in un edificio scolastico aveva definito i membri del partito *Spinner* ("svitati"): questa decisione rappresenta un canone successivo per definire la differenza tra lo spazio concesso al Presidente federale e quello attribuito ai ministri del Governo federale.

Non espressamente citato dalla Legge fondamentale, il cosiddetto *principio di neutralità* o *obbligo di neutralità*, *Neutralitätsgebot*<sup>19</sup> (insieme a quello di *obiettività*, *Sachlichkeitsgebot*) è definito dal combinato dell'articolo 21 con questa idea di democrazia e si presenta, quindi, come conseguenza della cd. *Chancengleichheit*, le pari opportunità o

---

<sup>17</sup> Urteil des Zweiten Senats vom 16. Dezember 2014 - 2 BvE 2/14, [http://www.bverfg.de/e/es20141216\\_2bve000214.html](http://www.bverfg.de/e/es20141216_2bve000214.html). Una valutazione critica è espressa in J. Krüper, *Anmerkung*, in *Juristen Zeitung*, 8/2015, p. 414-417. Non c'è qui spazio per approfondire questa idea di democrazia e sulle critiche che sono state formulate sin dalla sentenza Lisbona.

<sup>18</sup> Urteil des Zweiten Senats vom 10. Juni 2014 - 2 BvE 4/13, [http://www.bverfg.de/e/es20140610\\_2bve000413.html](http://www.bverfg.de/e/es20140610_2bve000413.html). Al Presidente federale, in ragione della carica che ricopre, è riconosciuta una certa autonomia di intervento «secondo la sua valutazione ed è altrettanto libero nella scelta degli argomenti come nella forma di comunicazione che ritiene appropriata» par. 22, tenendo presente che «Il Presidente federale non è in concorrenza diretta con i partiti politici per guadagnare influenza politica, né dispone, come il Governo federale, dei mezzi che gli consentirebbero di influenzare, tramite una politica dell'informazione, la formazione dell'opinione e della volontà del popolo» par. 27.

<sup>19</sup> Non è possibile qui richiamare l'intera dottrina che si è occupata della formulazione del principio, mi limito a indicare le pubblicazioni più recenti: il Referat di Michael Droege, *Neutralität als Verfassungsgebot? Die Exekutive und der politische Prozess*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 81/2022, p. 297-348, D. Kuch, *Politische Neutralität in der Parteidemokratie*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 142/2017, p. 491-527 e molto critico con la giurisprudenza sin qui seguita M. Payandeh, *Die Neutralitätspflicht staatlicher Amtsträger im öffentlichen Meinungskampf. Dogmatische Systembildung auf verfassungsrechtlich zweifelhafter Grundlage*, in *Der Staat*, 55/2016, p. 519-550. In lingua italiana si può fare innanzitutto riferimento al recente contributo di S. Filippi, *Il concetto di neutralità del governo negli ordinamenti tedesco e italiano. Spunti ricostruttivi, tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2021, disponibile on-line (<https://www.osservatorioaic.it>, 6 luglio 2021).

eguaglianza delle “chances”, anch’essa di formulazione dottrinale (per quanto di fondazione «controversa»<sup>20</sup>).

Esso va inteso come «l’incompatibilità di qualsiasi influenza partitica degli organi statali in quanto tali a favore o a danno di singoli o di tutti i soggetti coinvolti nella competizione politica», sentenza 16 dicembre 2014, par. 27<sup>21</sup>. E come ancora il Tribunale costituzionale riportava in una storica sentenza del 1977: «Il diritto dei partiti politici a partecipare su un piano di parità al processo di formazione delle opinioni e della volontà popolare è violato se gli organi statali influenzano la campagna elettorale a favore o a scapito di un partito politico o dei candidati alle elezioni» sebbene fondando questa decisione su una visione più circoscritta della neutralità, limitata esclusivamente all’uso delle risorse materiali (*Ressourcennutzungsverbot*) e non anche alle dichiarazioni degli esponenti del governo (*Außerungsverbot*)<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Perché non certo il suo fondamento dogmatico, se appunto l’art. 21, l’art. 3 insieme all’articolo 20 comma 1 o l’art. 38 della Legge fondamentale, cfr. *Grundgesetz-Kommentar*, hrsg. von H. Dreier, Band II, Tübingen, 2015, p. 381.

<sup>21</sup> Rispetto a questa giurisprudenza si era espresso criticamente, con argomenti, tuttavia, non condivisibili, facendo riferimento proprio al ricorso di AfD contro Merkel, allora solo nella fase iniziale, Florian Meinel: «Per questo anche le argomentazioni giurisprudenziali si riducono all’assurdo al più tardi con il procedimento avviato nuovamente da AfD nel luglio 2020 sulle dichiarazioni della Cancelliera federale sull’elezione del primo ministro della Turingia Kemmerich nel febbraio 2020 in conferenza stampa a Pretoria. Alla Cancelliera tedesca, in visita di Stato in un Paese che ha superato l’apartheid, dovrebbe essere costituzionalmente vietato considerare politicamente scandalosa l’elezione di un primo ministro con i voti di un partito estremista di destra» si veda Id., *Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition: Zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil*, in *Der Staat*, 60/2021, p. 43-98, qui p. 82.

<sup>22</sup> Si trattò di una sentenza che condannò il Governo federale per l’intervento, tramite la stampa di materiali e l’avvio di iniziative pubblicitarie, nella campagna elettorale: era dunque, una decisione finalizzata a disciplinare l’uso delle risorse materiali del Governo federale e che non fondava una censura per affermazioni o dichiarazioni degli esponenti della Bundesregierung, seppur già allora la sentenza dovette confrontarsi con il problema di quando termina la *Öffentlichkeitsarbeit* dei poteri dello Stato e quando inizia la campagna elettorale. La sentenza, (Urteil des Zweiten Senats vom 2. März 1977 - 2 BvE 1/76) pubblicata in BVerfGE 44, 125, qui p. 146, venne assunta con due opinioni dissenzienti. Sulla decisione del 1977 si veda A. Pelert – R. Müller Terpitz, *Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung als Verletzung des Demokratieprinzips und der Chancengleichheit im Wahlkampf*, in *Verfassungsrechtsprechung*, hrsg. von J. Menzel und R. Müller Terpitz, Tübingen, 2017, p. 293-299. Compare qui la *Chancengleichheit* come fondamento di un corretto e autenticamente democratico processo di formazione della volontà collettiva. Che il tema sia diventato centrale – non solo per il Bundesverfassungsgericht ma anche per altri tribunali costituzionali (Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz, VGH A 39/14, 21.05.2014, Verfassungsgerichtshof Saarland, Lv 5/14, 8.07.2014, Verfassungsgerichtshof Thüringen, 38/15 6.07.2016) e amministrativi (Bundesverwaltungsgericht 10 C.6.16, 13.9.2017) – e che meriti una riflessione particolare lo dimostra anche il numero crescente di studi ad esso dedicati. Mi limito a segnalare, a mero titolo di esempio, tre recenti dissertazioni: D. Dişçi, *Der Grundsatz politischer Neutralität. Grenzen der Äußerungsbefugnis politischer Amtsträger*, Berlin, 2019, S. Nellesen, *Außerungsrechte staatlicher Funktionsträger*, Tübingen, 2019 e C. Eder, *»Rote Karte« gegen »Spinner«? Bedeutung und Reichweite staatlicher Neutralitätspflichten in der politischen Auseinandersetzung*, Berlin, 2017.

Consapevole della dimensione polisemica del concetto di neutralità<sup>23</sup>, mi limiterò in questa sede all'analisi del suo rapporto con la disciplina costituzionale dei partiti<sup>24</sup>.

Essa si presenta qui come conseguenza di una particolare tutela dei partiti politici al fine di partecipare, in condizioni di uguaglianza, al libero gioco della democrazia, da intendersi come *Wettbewerbsdemokratie*, una democrazia, cioè, fondata sulla libera competizione o concorrenza<sup>25</sup>: «Il principio della concorrenza richiede che esso sia preservato anche dopo il voto e che il vincitore delle elezioni non usi la sua posizione di potere per abolire la concorrenza. Questa è una questione che riguarda la posizione della minoranza nel processo politico. La Legge fondamentale vieta l'eliminazione delle minoranze e che sia loro ostacolata l'azione politica»<sup>26</sup>. E ancora: «L'incidenza dei partiti nel tessuto istituzionale e l'evoluzione della forma di governo parlamentare nel cosiddetto parlamentarismo maggioritario hanno trasformato il tradizionale principio della divisione dei poteri da criterio organizzativo fondato sulla separazione e sull'equilibrio fra parlamento e governo in un modello incentrato sulla dialettica fra

---

<sup>23</sup> Il termine neutralità (*ne utet*, nessuno dei due) indicava originariamente, oltre a un significato proprio del diritto internazionale, la distanza, ideologica, dello Stato e dei suoi organi dai conflitti sociali e, in Germania, da quelli religiosi: sia la dottrina che la giurisprudenza devono ancora oggi occuparsi della neutralità degli organi statali di fronte al “riemergere” della religione come fenomeno sociale (si pensi alla questione, più volte discussa, della possibilità che giudici o altri funzionari pubblici indossino simboli religiosi, tra cui, il caso più studiato degli ultimi anni, il velo tipico della tradizione islamica per le donne). Ha quindi assunto una dimensione più ampia nella lettura dei diritti fondamentali del costituzionalismo contemporaneo, cfr. *Neutralität*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band III, Berlin, 2016, p. 1892-1896. Sulla polisemia del concetto si veda anche D. Kuch, *Politische Neutralität in der Parteidemokratie*, cit., p. 492-493.

<sup>24</sup> Si tratta di un tema tipico della *Staatslehre* weimariana e anche di quella della Repubblica federale. In particolare, per quest'ultima, ricordo il congresso della *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* del 1958 aperto dalle relazioni proprio sulla “Posizione costituzionale dei partiti politici nello Stato moderno” di Konrad Hesse e di Gustav E. Kafka. Le relazioni sono disponibili on-line (<https://www.vdstrl.de/tagungsbände/>). La questione venne riproposta nel congresso del 1985 in cui fu discusso il tema “Statualità dei partiti. Sintomi di crisi dello Stato costituzionale democratico?”. L'intera vicenda è sintetizzata in M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, IV Band, München, 2012, p. 322-332.

<sup>25</sup> Si tenga anche presente: «[L'azione degli organi dello Stato orientata a influenzare le elezioni] ha un doppio contenuto normativo. Essa lede non solo l'obbligo di neutralità dello Stato nella campagna elettorale, violando così l'integrità della formazione della volontà popolare tramite elezioni e votazioni, ma allo stesso tempo supera anche la ripartizione delle competenze statuali», U. Di Fabio, *Gewaltenteilung*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof, Band II, Heidelberg, 2004, p. 619.

<sup>26</sup> D. Grimm, *Politische Parteien*, in *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, hrsg. von E. Benda, W. Maihofer und H.J. Vogel, Berlin New York, 1994<sup>2</sup>, p. 603. Sull'evoluzione della disciplina giuridica sui partiti in Germania si può fare riferimento anche a F. Shirvani, *Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem*, Tübingen, 2010 e M. Morlok – H. Merten, *Parteienrecht*, Tübingen, 2018.



maggioranza e opposizione, e dunque tra forze politiche, realizzato attraverso la tutela della regola dell'alternanza e della posizione costituzionale delle minoranze<sup>27</sup>.

Derivata direttamente dal principio democratico, la neutralità, intesa come obbligo in capo agli esponenti della *Bundesregierung* (ma anche delle istituzioni di governo non federali: comuni e *Länder*), serve a moderare altri diritti fondamentali, che potrebbero essere usati in modo illegittimo proprio dai membri del governo, dotati di risorse e mezzi che mancano al normale cittadino ma anche ai partiti di opposizione. Una neutralità troppo rigida imporrebbe limiti troppo stringenti ai membri del governo – che restano comunque “politici” che prendono parte alle competizioni elettorali<sup>28</sup> – mentre una intesa in modo troppo debole, determinerebbe un evidente svantaggio per i partiti di opposizione<sup>29</sup>. A fondamento di questa impostazione non c'è l'immagine, a cui i politici dovrebbero ispirarsi, di un funzionario *avulso* dal mondo: è proprio la consapevolezza della complessità della distinzione tra l'uomo di partito e l'esponente del governo a spingere il Tribunale a esercitare un controllo e a rendere quanto più chiari possibili i confini normativi del *Neutralitätsgebot*.

Se, dunque, certamente la storia del principio di neutralità rimanda alla divisione tra Stato e società, mi sembra che l'uso più recente del dispositivo fatto dal *Bundesverfassungsgericht* punti ad una tutela concreta degli interessi di soggetti potenzialmente o effettivamente sbilanciati rispetto a chi ricopre incarichi di governo.

A essere tutelati sono sia l'effettiva uguaglianza dei partiti, non solo durante le competizioni elettorali, sia il processo di formazione della volontà collettiva, che deve restare libero da interventi di organi statali.

Determinare se la neutralità sia stata violata o meno è questione che deve tener presente le condizioni e il contesto del singolo caso e, quindi, essere sottoposta al controllo del Tribunale costituzionale federale: da questa prospettiva i critici di

---

<sup>27</sup> P. Ridola, *Partiti politici*, in Enciclopedia del diritto, vol. XXXII, Varese, 1982, p. 66-125, qui p. 83.

<sup>28</sup> «La semplice assunzione di una funzione di governo non può determinare che al titolare non si prospetti più la possibilità dell'impegno politico» par. 52 e ancora il successivo: «Se l'assumere una funzione di governo significasse l'impedimento per il titolare di partecipare alla competizione politica, essendo vincolato dal principio di neutralità, questo comporterebbe un'ingiustificata disparità di trattamento dei partiti al governo» par. 53 della sentenza del 16 dicembre 2014. In particolare, queste considerazioni inducono sempre a tener presente il contesto nel quale le dichiarazioni vengono effettuate: campagna elettorale, congresso di partito, intervista.

<sup>29</sup> Al contrario secondo Payandeh, che nutre forti dubbi su un generale *Neutralitätsgebot*, non necessariamente la presenza al governo determina un vantaggio immediato che lede la libera competizione tra i partiti: «Singoli politici così come il partito che sono al governo [...] devono fare i conti non solo con i successi ma anche con i fallimenti che hanno sperimentato mentre erano in carica. Ad essi viene attribuito non solo quanto fatto di positivo ma anche le irregolarità della politica, le decisioni sbagliate, i compromessi poco graditi e le concessioni agli alleati politici, ai gruppi di interesse o semplicemente ad altre realtà politiche», cfr. M. Payandeh, *Die Neutralitätspflicht*, cit., p. 542. L'obiezione non convince: se è vero che anche la presenza al governo può produrre un “logoramento” del personale politico coinvolto come del partito di riferimento, altra è la valutazione da operare sulla diversità di posizione – e di mezzi e opportunità a disposizione – tra soggetti al governo e quelli all'opposizione.

Karlsruhe possono facilmente accusare la corte di intervenire nuovamente in senso creativo sulla propria collocazione come arbitro del sistema istituzionale tedesco. Una volta ammessa la necessità tanto della *Chancengleichheit* che dell'obbligo di neutralità, l'unico soggetto che potrebbe sindacare le azioni del Governo federale è proprio Karlsruhe<sup>30</sup>.

Tuttavia, se è semplice stabilire quando un ministro, ad esempio, abbia fatto uso di risorse dello Stato per fini non previsti dalla funzione che ricopriva (come nella vicenda relativa alla pubblicazione di interviste sul sito ufficiale del ministero), il caso delle “dichiarazioni” o delle “esternazioni” è più difficile da disciplinare<sup>31</sup>, sebbene già nella sentenza del 2014 il Tribunale costituzionale reclamava per i ministri federali un «controllo giurisdizionale di costituzionalità illimitato» (par. 27). La specificazione è importante perché proprio nel 2014 Karlsruhe riteneva che i criteri formulati per valutare le affermazioni del *Bundespräsident* non fossero applicabili analogicamente anche al caso dei ministri federali, per i quali erano, dunque, necessari principi specifici e, ovviamente, più stringenti. La novità della sentenza del 2022 è proprio quella di aver sussunto nel caso dei ministri federali anche la posizione della Cancelliera federale.

Sin dalla sentenza del 1977, la neutralità degli organi dello Stato e, in particolare, del Governo federale e dei suoi membri deve essere attentamente inquadrata dogmaticamente. Essa si pone certamente come vincolo al potere del governo, ma non come sua “neutralizzazione” politica, piuttosto come sua limitazione all'interno del processo di formazione della volontà collettiva nella *Öffentlichkeit*, che è poi il momento fondamentale di una democrazia, che non si riduce alla sola campagna elettorale. Proprio il riferimento all'articolo 21 della Legge Fondamentale consente di inquadrare correttamente l'obbligo alla neutralità dei membri del governo nella *wehrhafte Demokratie* del *Grundgesetz*<sup>32</sup>: limitare le possibilità di cui i partiti nella *Bundesregierung* dispongono –

---

<sup>30</sup> Ecco perché Payandeh ha ritenuto che la critica all'impostazione sin qui seguita debba essere radicale: «Appare più convincente riconoscere anche giuridicamente l'impronta politica e cioè di politica di partito dei funzionari del governo e delle posizioni di guida di livello comunale e non imputare le dichiarazioni pubbliche di membri del governo e di sindache e sindaci al principio di neutralità», M. Payandeh, *Die Neutralitätspflicht*, cit., p. 532.

<sup>31</sup> Dubbi sulla possibilità di utilizzare la sentenza del 1977 estensivamente e riportarla anche alle esternazioni sono espressi da M. Payandeh, *Die Neutralitätspflicht*, cit., p. 525-527, ma anche nell'opinione dissenziente nella sentenza qui analizzata.

<sup>32</sup> Pur consapevole della storia di questo concetto, legato alla necessità di difendere l'ordinamento democratico da possibili avversari (da qui il divieto di organizzare determinati partiti perché ostili alla democrazia, celebre la sentenza del 1956 che dichiarò incostituzionale la KPD, il Partito comunista di Germania, o sulle misure contro funzionari pubblici con convinzioni ostili alla Costituzione, il cd. *Radikalenerlass*) mi sembra comunque indispensabile coglierne l'evoluzione. «Il concetto di “wehrhafte Demokratie” deve [...] predisporre strumenti per impedire il suo indebolimento come pure la sua liquidazione. A questo proposito sono pensabili pericoli e attacchi potenziali tanto dall'alto, dalla cerchia degli organi dello Stato che esercitano il potere, tanto dal basso, dal popolo», cfr. Utz Schliesky, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof, Band XII, 2014<sup>3</sup>, p. 848-876, qui p. 848, al quale si rimanda per un inquadramento preliminare. Proprio per “misurarne” l'evoluzione si può tener presente la prima

in misura, va da sé, maggiore degli altri – di alterare il libero processo di formazione della volontà collettiva nella *Öffentlichkeit* e quindi uno dei presupposti della democrazia, impedendo, inoltre, che la minoranza possa diventare maggioranza. La neutralità si rivela, quindi, uno dei presupposti della cd. “democrazia dei partiti”<sup>33</sup> e non sembra ancora aver esaurito il suo ruolo, al contrario.

Da queste considerazioni mi sembra si possa concludere che il Tribunale non guardi al passato<sup>34</sup> e ad un’idea dei membri del governo come semplici “funzionari” vincolati alla neutralità che altro non sarebbe poi che una (incostituzionale) fedeltà allo Stato, come nel caso dei funzionari ottocenteschi e disconoscendo la distinzione tra organo di governo (*Gubernative*), necessariamente anche politico, e di amministrazione (*Verwaltung*), soggetto ad una stretta neutralità.

Piuttosto, consapevole di riprendere un dibattito, quello sul rapporto tra le parti e la totalità politica, che ha costituito un vero *fil rouge* della *Staatslehre* tedesca tra Weimar e Bonn, il *Bundesverfassungsgericht* invoca una neutralità letta attraverso la lente della Legge fondamentale e prova a definire limiti all’azione del governo perché non intervenga arbitrariamente e senza alcun controllo nel processo democratico di formazione della volontà collettiva all’interno di una società pluralista, nella quale si sviluppano, condividono e divergono opinioni molto diverse fra loro. Non è, dunque, una neutralità che si definisce *dall’alto* dell’istituzione, considerata *altra* rispetto al gioco della democrazia, *verso il basso*, i cittadini e le loro organizzazioni politiche, come i partiti. Al contrario, essa “sale” dai cittadini e dai partiti, procedendo, cioè, dall’uguaglianza che la Legge fondamentale assicura loro, sino agli organi di governo, circoscrivendone l’azione. È, dunque, necessario che i membri del governo limitino le proprie esternazioni, per non pregiudicare o alterare il corretto funzionamento del meccanismo democratico, e che siano previsti sistemi di controllo: una distinzione tra rappresentanti

---

edizione di questo manuale e, in particolare, l’intervento di J. Becker, *Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von J. Isensee und P. Kirchhof, Band VII, 1992, p. 310-359. Utile è anche H.J. Papier - W. Durner, *Streitbare Demokratie*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3/2003, p. 340-371.

<sup>33</sup> Proprio il riferimento al partito rimanda all’eterna discussione rispetto alla loro collocazione esclusivamente nella sfera societaria o nel segnalarne l’influenza sul parlamento e sul governo: su questi aspetti e sul dibattito continentale del Novecento si può fare affidamento alla già citata voce *Partiti politici* di Paolo Ridola. Molto diverse ma penetranti e di estremo interesse sono le considerazioni, sostenute da un vivo confronto con la *Staatslehre* tedesca, sulle aporie dei concetti moderni di democrazia e rappresentanza alla luce del ruolo costituzionale dei partiti politici, a partire da G. Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, 2007 e A. Scalone, *Democrazia rappresentativa, partiti, organizzazioni d’interesse*, in *Ripensare la Costituzione*, Monza, 2008, p. 127-143. Alla ricca biografia del dibattito d’epoca weimariana e successiva li citato (Radbruch, Triepel, Schmitt e Leibholz), aggiungo anche il contributo kelseniano *Essenza e valore della democrazia*, la prima edizione del 1920 è in H. Kelsen, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, Torino, 2018, la seconda edizione del 1929 è, invece, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1995. Su Kelsen e il problema della rappresentanza rinvio anche a F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, 1989.

<sup>34</sup> Cfr. W. Janisch, *Dieses Urteil ist lebensfern*, in *Süddeutsche Zeitung*, 17.6.2022, p. 4.

del governo e personale di partito, per quanto complessa e indubbiamente di non immediata individuazione, va dunque ammessa e disciplinata.

Una distinzione che appare ancor più importante proprio nella cd. “democrazia dei partiti”, dove questi ultimi selezionano costantemente il personale politico, chiamato a ricoprire incarichi di governo e, allo stesso tempo, continuare a occuparsi, con funzioni rilevanti e ufficiali, del proprio partito: è la consapevolezza della *porosità* tra i due mondi a spingere il Tribunale a un controllo attento e legato al contesto concreto. Controllo che è apparso una caratteristica della Repubblica federale sin dalle sue origini: «Il *Bundesverfassungsgericht* accompagnò [la] graduale formazione di una società democratica con numerose decisioni [...] in particolare il processo di una formazione della volontà libero e pubblico»<sup>35</sup>.

Una volta stabilita l'indispensabilità del controllo in un regime democratico, infatti, si potrà procedere solo tramite la valutazione, caso per caso, del contesto e delle circostanze di fatto nelle quali il o la rappresentante del governo si sono mossi. Verificandone la compatibilità con l'obbligo di neutralità e stabilire le eventuali conseguenze giuridiche della sua violazione: operazioni che spettano al *Bundesverfassungsgericht* che diviene così ancor più arbitro della contesa politica, scatenando le critiche di quanti ne lamentano l'eccessiva ingerenza, finalizzata a una neutralizzazione del conflitto politico, in fondo impossibile perché solo apparentemente davvero “neutra”.

Indubbiamente l'aspetto più complicato è rappresentato dall'individuazione dei limiti di questo controllo, meglio ancora dei criteri con i quali debba essere condotto e, quindi, dalla capacità del Tribunale di procedere con efficacia a un equilibrio di tutti gli interessi in campo.

Segnalo anche un'ulteriore questione che mi pare utile non tanto all'inquadramento dogmatico quanto a precisare meglio il contesto politico in cui le sentenze si collocano. Quella del 2014 nasce, come già ricordato, da un ricorso della NPD, mentre le altre tre (2018, 2020 e 2022) da ricorsi di AfD. Un contributo, quindi, notevole delle cd. *Nuove destre* o comunque di partiti ai margini del sistema politico alla solitamente limitata categoria dell'*Organstreit*. Si tratta di uno scenario in effetti recente, proprio della fase attuale dei “populismi”, nella quale si ha la sensazione – o il timore – che i meccanismi di salvaguardia della democrazia parlamentare possano essere sfruttati, svuotandone il senso, da partiti o gruppi con il solo obiettivo di mettere in discussione la stabilità complessiva del sistema politico. È, dunque, l'inasprimento del dibattito politico che obbliga i partiti storici e “di governo” (le cd. *Volksparteien*, in particolare cristiano-democratici e socialdemocratici, di cui più volte è stata annunciata la “crisi” se non addirittura la scomparsa) ad una reazione per certi aspetti “uguale e contraria” a quella dei nuovi partiti e che ha determinato anche la necessaria attivazione, in fase di controllo, della corte di Karlsruhe e anche di altri tribunali (da qui la formulazione del divieto del *Gegenschlag* per i membri del governo).

---

<sup>35</sup> Cfr. M. Stolleis, *op. cit.*, p. 324-325.

Dunque, per concludere questo *excursus*, la giurisprudenza sin qui seguita, evitando una netta e anacronistica divisione tra *überparteilicher* Stato e una società pienamente politica, rivela la consapevolezza della complessità della *Öffentlichkeit*, nella quale i partiti giocano un ruolo di primo piano, necessariamente sempre *in fieri*, come la fase dell'attuale populismo dimostra, e di cui occorre tener conto, anche nell'ambito della disciplina normativa di strumenti di verifica e controllo. Da qui la necessità di una ripresa della neutralità che non è una caratteristica propria della natura dell'esecutivo, ma uno strumento di verifica normativa del suo agire, soggetto alla patologia, propria delle nostre democrazie, di una *porosità* tra figura di partito e funzioni di governo.

#### **4. Le poche novità del 2022. Un'occasione mancata?**

Se, dunque, la prospettiva di Karlsruhe è quella qui brevemente sintetizzata, appare difficile sostenere che i ricorsi di AfD per le affermazioni di Merkel fossero inammissibili. Se con le sentenze del 2014 sulle esternazioni del Presidente federale, prima, e su quelle della ministra Schwesig, il *Bundesverfassungsgericht* ha iniziato a cesellare i limiti del *Neutralitätsgebot*, sottolineando la diversità di funzione tra la Presidenza federale e i membri del Governo, la novità del 2022 è stata quella di estendere alla Cancelliera federale le previsioni elaborate con le sentenze sulle esternazioni dei ministri.

Ma questi ricorsi contro le dichiarazioni di Merkel sono anche fondati?

La prima questione affrontata è quella di verificare fino a che punto anche il Cancelliere federale<sup>36</sup>, visto il suo particolare status nella *Bundesregierung*, sia sottoposto alla neutralità (lo nega radicalmente Payandeh per il quale la *Kanzlerin* viene percepita sempre come tale, indipendentemente dal contesto in cui si esprime<sup>37</sup>). La questione è affrontata e risolta ai paragrafi 88-91: il Cancelliere non è sottoposto a limiti né più stringenti né più generosi degli altri esponenti del governo. Mi sembra questa una scelta, affiancata dalla verifica puntuale delle circostanze concrete nelle quali le dichiarazioni avvengono, di buon senso e in linea con la lettura dogmatica della neutralità e della *Chancengleichheit* sin qui proposta dal Secondo senato.

A questo punto, occorre effettivamente entrare nel merito. Il ragionamento del Tribunale si muove lungo tre assi: innanzitutto occorre verificare che a) le esternazioni

---

<sup>36</sup> «Per determinare i limiti dell'azione condotta a titolo ufficiale dalla partecipazione non ufficiale alla competizione politica valgono per il Cancelliere federale le disposizioni previste per gli altri membri del Governo federale», cfr. prima massima della sentenza, da combinare tuttavia con il primo periodo della quinta massima: «Quando si tratta della questione di quali misure siano necessarie per salvaguardare la stabilità e la capacità di lavoro del Governo federale, il Cancelliere federale dispone di un'ampia possibilità di valutazione, proprio come nel settore della politica estera», per quanto non paragonabile a quella prevista per il Presidente federale, par. 87.

<sup>37</sup> M. Payandeh, *Die Neutralitätspflicht*, cit., p. 535.

della Cancelliera siano state compiute durante una funzione ufficiale (paragrafi 119-135), poi b) che sia stata effettivamente lesa l'uguaglianza di possibilità riconosciuta a ogni partito (par. 136-153) e, infine, c) che non ci siano motivi che giustifichino queste esternazioni (par. 154-173). Motivi che derivano dal punto a): se, cioè, la Cancelliera ha agito in quel modo perché era effettivamente indispensabile all'esercizio delle sue funzioni di governo<sup>38</sup>, come del resto si specifica anche nella terza massima della sentenza: «Le ragioni che giustificano la disparità di trattamento e conferiscono al Governo federale il potere di intervenire nelle pari opportunità tra partiti devono essere giustificate dalla Legge fondamentale ed essere di un rilievo tale da bilanciare il principio delle pari opportunità tra i partiti». Con la precisione contenuta al par. 92: «A questo proposito occorre tener presente i principi della idoneità e della necessità per il raggiungimento di scopi giustificati costituzionalmente». E ancora più chiaramente la quarta massima della sentenza: «La tutela della stabilità e della capacità di agire del Governo federale, nonché la reputazione e la fiducia nell'affidabilità della Repubblica federale di Germania nella comunità internazionale possono essere considerate beni costituzionali equivalenti alle pari opportunità per i partiti».

Decisivo per il Tribunale è il luogo in cui sono avvenute le dichiarazioni, vale a dire una conferenza stampa con il Presidente del Sudafrica dopo un incontro di Stato. Questa circostanza rende impossibile negare che si sia trattato effettivamente di un'azione compiuta nell'ambito di una funzione ufficiale (par. 120) e non ha importanza il fatto che Angela Merkel ha espressamente fatto riferimento alla volontà di effettuare un'osservazione preliminare (*Vorbemerkung*, par. 124).

Da questo punto di vista innegabili mi sembrano le ragioni del controllo costituzionale delle dichiarazioni dei membri del governo, che certamente possono prendere parte alla vita politica del paese, nei limiti, tuttavia, di quell'obbligo di neutralità ricavato direttamente dall'uguaglianza dei cittadini. Come pure l'estensione di questo controllo anche alla Cancelliera federale: non mi convince l'obiezione di chi afferma «Che democrazia è quella nella quale al capo del governo non è permesso di commentare i limiti democratici, del proprio partito, di formare coalizioni con

---

<sup>38</sup> «Se una simile affermazione è effettuata nell'ambito della funzione (di governo) o meno, è da giudicare dalla prospettiva di un cittadino assennato (*verständiger Bürger*) in base al contenuto concreto della dichiarazione e del suo contesto complessivo» par. 125. Occorre, inoltre, tener presente quanto ho indicato come *porosità* e che Karlsruhe esprime in questo modo: «L'obbligo di neutralità non contrasta con il fatto che i titolari di cariche di governo sono regolarmente percepiti nel loro duplice ruolo di membri del governo, da un lato, e politici di partito dall'altro. Dal punto di vista dei cittadini, le aspettative di neutralità nei confronti di un membro del governo possono essere solo limitate a causa dell'intreccio tra cariche statali e appartenenza politica ai partiti. Indipendentemente da ciò, tuttavia, resta costituzionalmente necessario garantire il più possibile il processo di formazione della volontà politica dal popolo agli organi statali tramite l'uguaglianza di opportunità (*Chancengleichheit*) dei partiti nel partecipare alla competizione politica. Il fatto che non sia possibile una rigida separazione delle funzioni di "ministro federale", "politico di partito" e "persona privata" che agisce politicamente non comporta l'inapplicabilità dell'obbligo di neutralità nell'ambito delle attività ufficiali di un membro del governo» par. 77.

l'estrema destra?»<sup>39</sup> perché questa prospettiva rende impossibile qualsiasi forma di controllo o, al più, determina una sua limitazione, come chiedeva la giudice Wallrabenstein, al solo utilizzo di risorse materiali ma non alle esternazioni pubbliche (par. 20 della *abweichende Meinung*)<sup>40</sup>. Una limitazione che, però, mi sembra lasci un vuoto eccessivo, vanificando qualsiasi sistema di controllo delle dichiarazioni dei membri del governo.

D'altro canto, però, mi sembrano poco chiare le indicazioni del Tribunale – soprattutto per casi futuri sulla scorta dell'opportunità aperta dalla terza massima – sulle possibilità che Merkel aveva di evitare di incorrere nella lesione del suo obbligo alla neutralità come Cancelliera federale: «Avrebbe avuto la facoltà di sottolineare con sufficiente chiarezza che non si sarebbe pronunciata sull'elezione del Primo Ministro in Turingia nella sua qualità di Cancelliere federale, ma come politica di partito o privata cittadina. Non si è avvalsa di questa opportunità, nonostante il fatto che la conferenza stampa indicasse che agiva in veste ufficiale» (par. 130): la semplice indicazione di effettuare una *Vorbemerkung*, come già ricordato, non è stata considerata sufficiente.

Anche perché, il Tribunale lo precisa nei paragrafi successivi, delle due l'una: o Merkel, temendo per la stabilità della coalizione federale tra CDU e SPD, parlava a nome del governo, quindi in modo ufficiale, o se invece rilasciava dichiarazioni private, non è chiara la ragione di farlo in un momento così esplicitamente connotato come attività ufficiale del Governo federale.

Sono, quindi, il tono e il contenuto della dichiarazione a segnalare il carattere ufficiale (il Tribunale si sofferma anche sull'addobbo della sala, sottolineando la presenza della bandiera nazionale e di altri elementi chiaramente a sostegno di questa tesi, par. 120).

Si pone, quindi, il problema di verificare se e in che misura Angela Merkel abbia caratterizzato negativamente il partito AfD, determinando così un indebito intervento nella competizione elettorale. Qui la valutazione si fa più complessa, perché, ad una lettura attenta, la dichiarazione di Merkel sembra colpire più il proprio partito – la CDU – che AfD: tant'è che anche questa sua dichiarazione contribuirà alle dimissioni, il 10 febbraio, appena cinque giorni dopo l'elezione di Kemmerich, della Presidente della CDU Annegret Kramp-Karrenbauer.

Il Tribunale considera, forse con eccessiva fiscalità, alcuni elementi della dichiarazione come inopportuni: uno dei principi fondamentali della CDU è che con

---

<sup>39</sup> M. Hong, *op.cit.*

<sup>40</sup> Ancora dall'opinione dissenziente: «Non si tratta di un divieto di esternazioni, ma di un divieto di utilizzo di risorse», par. 20. «È perciò errato equiparare l'utilizzo di risorse all'utilizzo dell'autorità della funzione» par. 23. «Rinunciando a questa consapevole limitazione alle risorse economiche e considerando anche i poteri pubblici come una risorsa del Governo federale, il Senato ha creato le basi perché dalle pari opportunità tra partiti (*Chancengleichheit*) segua non solo un divieto di utilizzo delle risorse per il governo, ma anche un divieto sulle dichiarazioni per i suoi membri. Ciò non è utile allo scopo del processo democratico di formazione della volontà e della sua realizzazione nel sistema di governo parlamentare» par. 24.

AfD non si debba costituire una maggioranza (par. 140, ma appunto si tratta di principio consolidato, fatto proprio dal partito di Merkel e certamente non formulato per la prima volta il 5 febbraio dalla Cancelliera), la qualificazione di quanto accaduto come «un brutto giorno per la democrazia» (par. 141, affermazione che, tuttavia, non è indirizzata solo ad AfD ma all'intera situazione e, in particolare, alla CDU) e che l'elezione del Primo ministro della Turingia «deve essere ripetuta» (par. 142). Ancora: le affermazioni qualificherebbero AfD non solo incapace di costituire coalizione con la CDU ma lo «escluderebbe completamente dal sistema parlamentare» (par. 148). La dichiarazione di Merkel conterebbe «implicitamente un giudizio negativo sull'eleggibilità» anche per elezioni future di AfD (par. 150).

Mi sembra, inoltre, che a questa esegesi, fin troppo precisa e fiscale per certi punti vista, manchi qualcosa.

L'aspetto più rilevante della vicenda è costituito dal punto c), vale a dire dalla giustificazione (*Rechtfertigung*) delle parole di Angela Merkel, tuttavia: «Una giustificazione per l'affermazione non deriva né dalla tutela della capacità di lavoro e stabilità del Governo federale né al fine di preservare la reputazione e la fiducia nella Repubblica federale nella comunità internazionale. Anche la dichiarazione controversa non costituisce un atto ammissibile di pubbliche relazioni» (par. 154).

Qui il Tribunale viene meno ai suoi stessi impegni vale a dire ad un'attenta ricostruzione degli eventi del cinque febbraio, arrivando così ad affermazioni apodittiche che non convincono proprio perché non sufficientemente fondate: si perde così un'occasione non solo di confermare ma anche di chiarire e consolidare la giurisprudenza costituzionale sul *Neutralitätsgebot*.

Karlsruhe avrebbe forse dovuto tenere in maggiore considerazione che gli eventi in questione avevano innescato uno sviluppo le cui conseguenze non erano prevedibili, persino per la coalizione federale. Non solo di «rottura di tabù» si trattava, quindi di un problema politico grave sebbene comunque confinato, ma di un evento che rischiava di mettere in crisi il sistema politico tedesco e la sua tradizionale stabilità, così tanto apprezzata all'estero, come pure quella del Governo federale, considerata dallo stesso Tribunale un bene di livello costituzionale (par. 93). Non si trattava di un «normale» cambio di maggioranza, ma di una circostanza che da sempre veniva indicata come assolutamente da evitare, vale a dire il sostegno a un governo da parte di AfD, partito considerato dallo stesso *Verfassungsschutz* meritevole di attenzione per i suoi legami con frange della destra più radicale ed estremista<sup>41</sup>.

Di tutto questo, nelle valutazioni del Tribunale costituzionale non c'è traccia: Karlsruhe, invece, sembra considerare gli eventi di Erfurt alla stregua di un'ordinaria

---

<sup>41</sup> Singolare che il Tribunale non faccia mai menzione proprio del parlamentare del *Landtag* della Turingia, Bjorn Höcke, addirittura capolista del partito nelle elezioni del 2019, vicinissimo ad ambienti di estrema destra, sotto osservazione da parte del *Verfassungsschutz*. Un elemento che avrebbe certamente contribuito a particolareggiare ulteriormente le circostanze (*Umstände*) nelle quali Angela Merkel effettuava le sue dichiarazioni. Va anche aggiunto che sarebbe da verificare come la difesa della ex Cancelliera sia stata definita e sintetizzata.



discussione politica, facendo riferimento alla presa di distanza della Presidente della CDU già il 5 febbraio (par. 158, della quale, però, non si considerano le dimissioni del 10 sottovalutando così l'intera gravità della vicenda sul piano federale), alla stabilità della coalizione a livello federale (par. 160 e ss.), alla capacità per la sola CDU, senza l'intervento della Cancelliera, di assicurare la comunità internazionale (par. 165).

Si pone allora una domanda: se davvero la situazione era tutto sommato "normale", se il Tribunale non si sente in obbligo di verificare anche le peculiarità del partito AfD e, quindi, di precisare meglio la radicalità degli eventi del cinque febbraio, perché mai la Comunità internazionale andava assicurata? Perché era necessario tranquillizzare altri Stati per un evento tutto sommato marginale perché legato all'elezione del Primo ministro della Turingia?

L'obbligo alla neutralità – che condivido nella formulazione dogmatica operata dal Secondo senato in questi anni e, pertanto, non mi sembrano convincenti le argomentazioni contrarie della giudice Wallrabestein – impone certamente un più efficace controllo delle attività del Governo federale, proprio perché la sua è una posizione particolare, capace di influenzare molto più degli altri soggetti il processo di formazione della volontà collettiva. Ma al tempo stesso, richiede anche una valutazione più profonda del contesto politico nel quale i diversi soggetti operano: gli eventi di Erfurt avrebbero richiesto di prestare maggiore attenzione anche alla natura del partito AfD, alle peculiarità del partito in Turingia e alla dirompenza, per il piano politico federale e persino per la credibilità della Germania in sede internazionale, dei fatti che avevano portato all'elezione di Kemmerich<sup>42</sup>. Non si tratta di valutazioni marginali, ma di dare concretezza piena a quella verifica delle circostanze di fatto (*Umstände*) che la stessa Karlsruhe ha considerato indispensabile nell'applicazione del *Neutralitätsgebot* che di per sé contiene necessariamente elementi di indeterminatezza, che possono essere superati sul piano normativo solo a condizione di un esame approfondito del contesto.

Non voglio qui affermare che questo esame avrebbe necessariamente condotto ad un esito diverso da quello poi raggiunto, ma certamente avrebbe garantito una più particolareggiata valutazione di quelle circostanze di fatto e definito anche più chiaramente le prerogative di chi siede alla Cancelleria federale.

Perché, se certamente si può convenire che il luogo (una conferenza stampa con un capo di Stato straniero nel corso di una visita ufficiale) non fosse il più adatto e che questa impostazione molto fiscale permette di controllare il potere politico da abusi altrimenti difficilmente sanzionabili, è anche vero che la scelta di quali interessi tutelare e di quali forze contrastare (come nel caso di AfD) fa parte di una di quelle insindacabili valutazioni che deve restare in capo alla politica.

Ma soprattutto bisogna osservare che anche solo il sostegno di forze radicali, vicinissime alla destra estrema e tenute sotto stretta osservazione, ad un governo, anche

---

<sup>42</sup> Che la questione non fosse solo locale è apparso chiaro da subito, prima ancora delle dichiarazioni di Merkel, come dimostra questo titolo: *Schockwellen nach Berlin*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 6.2.2020, p. 5.

solo di uno Stato federato, non fa più parte della normale dialettica politica ma si presenta come un evento dalle conseguenze imprevedibili e di cui il Tribunale costituzionale federale non può non tener conto. Solo combinando la neutralità imposta ai rappresentanti del Governo federale con l'attenta valutazione delle singole circostanze nelle quali le affermazioni vengono effettuate, si supera il rischio di un "neutralità" ideologica, una finzione propria di altri tempi, e si definisce un controllo basato davvero sull'uguaglianza dei cittadini come presupposto dell'articolo 21 del *Grundgesetz* sui partiti. I quali sono certamente tenuti al rispetto di regole e dei valori costituzionali: la sentenza non può condurre al paradosso di partiti sempre più radicali nelle forme di comunicazione e nelle proprie attività proprio perché consapevoli di poter arrivare ad una sanzione degli esponenti del governo qualora essi decidano di prendere le distanze dai loro comportamenti e di criticarli (pur nella necessaria consapevolezza dell'assenza di un *Recht auf Gegenschlag*, sul quale rinvio alla nota 15).

Se davvero fosse stato condotto questo controllo più scrupoloso, eseguendo fino in fondo il mandato della giurisprudenza sin qui elaborata, il Tribunale avrebbe potuto comunque accogliere il ricorso, sanzionando lo iato tra i fatti in discussione e una conferenza stampa di livello internazionale nel corso di una visita di Stato, o magari avrebbe accolto solo il secondo, relativo alla pubblicazione sul sito della Cancelleria e di quello del Governo federale. Ma avrebbe colto l'occasione per tenere in considerazione tutti gli elementi di fatto della vicenda in questione, evitare un rigido formalismo e definire limiti normativi più chiari nella valutazione delle esternazioni dei membri del governo: considerazione che avrebbe certamente dato maggiore risalto e giovato alla nozione di democrazia che il Secondo senato ha più volte utilizzato e ribadito.

### ***5. Conclusioni: Una conferma o un punto di partenza per una nuova giurisprudenza?***

L'impostazione seguita dal *Bundesverfassungsgericht* negli ultimi anni mi sembra segnali l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale dalla Repubblica di Bonn a quella di Berlino<sup>43</sup>. Sono lontani i tempi del furore ideologico della Guerra fredda nei quali il principio guida della Repubblica federale era proprio quello di *non dare libertà ai nemici della libertà*<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Sulla Repubblica di Berlino si veda E. Wolfrum, *Der Aufsteiger. Eine Geschichte Deutschlands von 1990 bis heute*, Stuttgart, 2020.

<sup>44</sup> Da cui poi, come ricordato alla nota 31, nasceva l'impostazione classica della citata *wehrhafte o streitbare Demokratie*.

Ai nostri giorni, segnati da una pluralità di conflitti come pure da diversi populismi<sup>45</sup> – qui da intendersi esclusivamente come sistematico riferimento ad autentici valori popolari “contro” le élite, qualunque esse siano – il Tribunale costituzionale federale sceglie la strada, certamente complicata e non sempre facile da percorrere, della valutazione caso per caso dei rischi per la tenuta e la qualità del sistema democratico, proponendosi come “arbitro” di un sistema sempre più polarizzato e che, tuttavia, prova a evitare di farsi travolgere da queste contrapposizioni radicali, mantenendo un suo profilo autonomo.

Questa ripresa del *Neutralitätsgebot* è coerente con l'impostazione sin qui seguita da Karlsruhe e che non richiede, pertanto, particolari specificazioni sul piano dogmatico; al contrario mi sembra che i critici del *Bundesverfassungsgericht* suggeriscano una strada nella quale la politica e, in particolare, i partiti al governo non hanno più alcun freno e nessun tipo di controllo, finendo così per non tenere in considerazione l'evidente disparità tra i partiti al governo e quelli all'opposizione. Una scelta che avrebbe bisogno di un più chiaro inquadramento complessivo nel bilanciamento dei poteri nella Repubblica federale.

Come ricordato, la posizione del Tribunale costituzionale non mi pare sia finalizzata ad una *neutralizzazione* della funzione di governo ma, al contrario, consapevole della *porosità* tra incarichi di governo e quelli di partito e, quindi, della politicità di entrambi, provi a definire sistemi di *controllo* al fine di evitare sbilanciamenti eccessivi tra i due poli. È, dunque, un approccio pienamente consapevole dei limiti e delle aporie della democrazia dei partiti che induce Karlsruhe ad un ruolo molto attivo e prudente.

Un controllo che cerca di superare – ad avviso di scrive non sempre con successo – i limiti di un vuoto formalismo. Ipotizzare che il controllo non debba esserci o limitarsi esclusivamente alle risorse materiali, come suggerito dalla giudice Wallrabenstein, potrebbe comportare il rischio di un esecutivo completamente libero, non più timoroso di un richiamo da parte del Tribunale costituzionale federale.

Tuttavia, va anche aggiunto, che proprio l'opinione dissenziente lascia ipotizzare che una nuova generazione di giudici possa non condividere questa impostazione sin

---

<sup>45</sup> Non mi sembra sia stato notato nelle analisi della sentenza che il caso Turingia sia politicamente nato dal rifiuto della maggioranza della CDU di prendere in considerazione una qualsiasi forma di collaborazione – anche nei termini di una semplice astensione – con la Linke del Presidente uscente Ramelow. Questo rifiuto si fonda sull'assunto che Linke e AfD siano specie diverse dello stesso genere, il populismo, e che con entrambe non sia possibile definire coalizioni di governo. L'equiparazione, utile anche per mettere in difficoltà la SPD nel definire maggioranze diverse dalla Grande coalizione, è palesemente falsa, vista la presenza della Linke in numerose esperienze di governo, ed è stata contestata nella stessa CDU. Tuttavia, appare importante ragionare su quanto potrebbe nuocere alla dialettica democratica la promozione di questa equiparazione, tramite esternazioni volte a qualificare la Linke come partito *regierungsunfähig*, cioè inaffidabile, da parte degli esponenti del Governo federale: una simile interferenza non pregiudicherebbe il libero processo di formazione della volontà collettiva nella *Öffentlichkeit*? La necessità di un controllo del Bundesverfassungsgericht appare ulteriormente confermata ben oltre il caso di AfD.

qui seguita e provare ad allentare il guinzaglio posto alle dichiarazioni del Governo federale. In fondo, l'idea di democrazia del Secondo senato è fortemente "creativa" ed ha condotto a sentenze altrettanto contestate, come dimostra l'intera giurisprudenza (da Lisbona in poi) sull'Europa. La contrarietà della giudice palesa, forse, l'insofferenza verso questo modello e la necessità di ricercare nuovi equilibri: appare, tuttavia, ancora prematuro stabilire se questa insofferenza potrà evolversi e costituire davvero l'inizio di una nuova giurisprudenza o meno.

Anche l'opinione dissenziente è per certi aspetti un'occasione mancata: nella sua radicalità – tornando all'immagine di prima, non si tratta di allentare, ma di sciogliere completamente il guinzaglio – la giudice non ha provato a definire una strada alternativa, muovendo dalle premesse della maggioranza del Secondo senato, ma arrivando a definire criteri più chiari e fondati nella valutazione delle dichiarazioni di una figura centrale, a suo modo particolare, come quella della Cancelliera o del Cancelliere, nel delicato equilibrio costituzionale della Repubblica federale.

A questo proposito due considerazioni finali. Proprio i temi attuali richiedono uno sforzo, non solo da parte dei membri del governo ad una più rigorosa attenzione alle proprie esternazioni, ma anche da parte dello stesso *Bundesverfassungsgericht* ad allargare il proprio sguardo e a tenere in considerazione che nella radicalizzazione dello scontro politico – alla quale esponenti delle cd. *Nuove destre* non si sottraggono – è indispensabile una reazione, ferma e contenuta, della politica democratica.

In secondo luogo: l'insoddisfazione che ha circondato questa giurisprudenza come pure l'atteggiamento odierno della giudice Wallrabenstein, di rottura con l'impostazione sin qui seguita dalla maggioranza del Secondo senato, mi sembrano capaci di formulare una critica alla giurisprudenza degli ultimi anni, seppur con argomenti non condivisibili. Ma ancora lontani dall'immaginare pienamente un nuovo equilibrio costituzionale tra i poteri dello Stato in un sistema che si vorrebbe caratterizzato da una (auto)limitazione del *Bundesverfassungsgericht* in un ruolo meno presente nella vita politica tedesca. Su questo sicuramente torneremo a discutere nel prossimo futuro.

\*\*\*

**Abstract:** The decision of the German Federal Constitutional Court (15.06.2022) took into account the statement of Angela Merkel on 6. February 2020 concerning the election of the Prime Minister of Thüringen, a State in the German Federal Republic, elected by a majority including the fair-right Party AfD, and considered it as a violation of the neutrality duty of the members of the Federal Government. The sentence considers the duty of the Federal Chancellor similar to all other Members of the Cabinet. The paper agrees on the decision of the Court but considers it at the same time as a wasted opportunity to clarify the limits and the

Fernando D'Aniello

*Quanto può e deve essere neutrale la Cancelliera federale tedesca?*

possibility for the members of the Federal Government to set count on the concrete circumstances of the case.

**Keywords:** Neutrality, German Federal Constitutional Court, Federal Chancellor, German Federal Republic, Political Parties

\*\*\*

**Fernando D'Aniello** – PhD in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali,  
Università degli studi di Pisa ([fernando.daniello@unina.it](mailto:fernando.daniello@unina.it))