

La storia costituzionale come parte integrante della storia generale: il caso tedesco*

Dieter Grimm

SOMMARIO: 1. L'importanza della Costituzione per la storiografia della Repubblica federale. – 1.1 La costituzione come fattore storico. – 1.2. Validità ed effettività delle costituzioni. – 1.3. Il mutamento della costituzione. – 1.4. L'impatto della giurisdizione costituzionale. – 1.5. Come integrare la storia costituzionale nella storia generale. – 2. Considerazione della Legge fondamentale e della giurisprudenza costituzionale nella storiografia della Repubblica federale. – 2.1. La Legge fondamentale. – 2.2. Revisioni costituzionali. – 2.3. La rivoluzione dei diritti attraverso l'interpretazione. – 2.4. La sottovalutazione dei casi. – 2.5. Necessità di una svolta costituzionale nella storiografia.

1. L'importanza della Costituzione per la storiografia della Repubblica federale

1.1. La costituzione come fattore storico

La Costituzione tedesca, la Legge fondamentale (Grundgesetz) del 1949, è generalmente considerata una costituzione riuscita ed efficace. Il suo grado di accettazione presso la popolazione è cresciuto di anniversario in anniversario. Molti attribuiscono i meriti dello sviluppo complessivamente fortunato della Repubblica federale, non da ultimo, alla Legge fondamentale, specialmente se la si compara con la Repubblica di Weimar, il cui fallimento è spesso ascritto a difetti della sua Costituzione. Un Tribunale costituzionale influente (il Bundesverfassungsgericht) ha fatto sì che la Legge fondamentale diventasse un fattore determinante per il comportamento degli attori politici e per le relazioni sociali e, contemporaneamente, fosse in grado di rimanere al passo con condizioni mutate e nuove sfide. All'estero, in particolare in quei Paesi che nella seconda metà del XX secolo si sono orientati verso costituzioni liberal-democratiche, la Costituzione tedesca è divenuta un modello e la

* Il contributo, apparso in *Rechtsgeschichte/Legal History. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie/Journal of the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory*, vol. 31, 2023, p. 18-30, con titolo originale *Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case*, viene pubblicato in questa sede nella traduzione italiana curata da Luca Maldarella. Nella *Rivista di Diritti comparati*, è parte del focus *Storia costituzionale e comparazione*.

giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha ricoperto il ruolo di punto di riferimento per i loro tribunali.

Ciò che più sorprende è constatare che la Legge fondamentale, nonché la sua interpretazione e la sua applicazione da parte del Tribunale costituzionale, non giocano un ruolo decisivo nella storiografia della Repubblica federale¹. Non si sta affermando che queste siano del tutto assenti nei manuali di storia. La loro lettura, però, non restituisce l'impressione che la Legge fondamentale e la giurisprudenza del Tribunale abbiano avuto un impatto significativo sullo sviluppo storico della Repubblica federale. Anche ammettendo che non tutto ciò che è rilevante per gli storici del diritto costituzionale sia egualmente rilevante per gli storici generali, nei libri di questi ultimi colpisce quanta poca storia costituzionale sia stata ritenuta degna di essere citata. Sarebbe dovuta essere di più? Avrebbe potuto essere di più? O la disciplina non ha la capacità di portare al proprio interno gli aspetti giuridici del suo oggetto?

Storia generale non significa storia totale, nonostante alcune scuole lo sostengano. Essa si compone prevalentemente di una storia politica, secondo una concezione per la quale società, economia e cultura debbono essere tenute in considerazione, laddove gli altri numerosi settori della storia, come quella dell'architettura, dell'educazione, della filosofia, ecc., possono essere inclusi ma non sono necessari. Potranno essere lasciati ai relativi specialisti, la maggioranza dei quali troverà il proprio posto nei dipartimenti dediti allo studio sistematico di tali discipline più che in quelli di storia. Invece, cosa dire a riguardo del diritto e, in particolare, per ciò che concerne la storiografia politica, del diritto costituzionale? Si colloca al livello della società, dell'economia e della cultura, che devono essere integrate nella storia generale, o appartiene al vasto numero di specifici settori che possono essere trascurati senza dover rimproverare gli storici di aver tralasciato un importante elemento del loro oggetto²?

Del diritto costituzionale, nel suo relazionarsi con la politica, si rileva, in particolare, una caratteristica distintiva: gli storici della Repubblica

¹ Dimostrare questa tesi è l'obiettivo del mio libro, *Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, Monaco di Baviera, 2022, del quale questo articolo dà breve ricognizione e che è stato discusso presso il Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie di Francoforte, il 3 febbraio 2023.

² Per un esame più approfondito dell'approccio teorico di H. U. Wehler, si veda *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, vol. 5, Monaco di Baviera, 1987-2008, anche D. Grimm, *Die Bedeutung des Rechts in der Gesellschaftsgeschichte*, in P. Nolte e altri (a cura di), *Perspektiven der Gesellschaftsgeschichte*, Monaco di Baviera, 2000, p. 47-57, e in appendice in D. Grimm, *Die Historiker*, cit., p. 329-343.

federale devono il loro oggetto alla Legge fondamentale. Non vi era alcuna Repubblica federale prima che entrasse in vigore la Legge fondamentale e solo nella forma determinata da quest'ultima ha potuto esistere, una volta istituita. Come tutte le costituzioni moderne, la Legge fondamentale regola l'istituzione del potere politico e il suo esercizio. Stabilisce, infatti, la struttura entro la quale la politica deve operare da quel momento in avanti e determina i principi e i fini che essa deve fare propri nel perseguimento della sua funzione. Non si tratta di raccomandazioni bensì di obblighi. Le decisioni politiche devono ottemperare alla costituzione per essere valide. Senza tener conto dell'organizzazione costituzionale, gli sviluppi successivi non possono essere sufficientemente compresi.

La loro funzione normativa proibisce di ridurre le costituzioni a mere espressioni dei rapporti di potere nel momento della loro promulgazione e, quindi, di negare loro un'esistenza indipendente. Naturalmente, le costituzioni non sorgono dal nulla. Infatti, riflettono l'esperienza del sistema che le ha precedute, la struttura di potere all'interno della società e la concezione dell'ordine politico e sociale dei loro redattori. Tuttavia, il risultato non è mai completamente determinato dalla costellazione da cui emerge. La trasformazione del concetto in un documento giuridico, pronto per l'applicazione, lascia aperte opzioni e richiede scelte e concretizzazioni. Per di più, non si tratta di fotografie di un preciso momento: le costituzioni non mirano solo a riflettere un certo stato della realtà ma anche a modellarla. Ci sono un tempo precedente e uno successivo all'adozione di una costituzione e questi contano.

Ciò viene conseguito dalle Costituzioni in virtù del loro essere parte del diritto. Un concetto di ordine politico e sociale, nel venire trasformato in diritto, viene scollegato dalle circostanze della sua entrata in vigore e dalle persone coinvolte in questo processo. In quanto diritto, rivendica una forza vincolante indipendentemente dai cambiamenti di governo e di condizioni esterne. Questa capacità è una conseguenza della loro normatività. Diversamente da ciò che veniva chiamato "costituzione" prima delle rivoluzioni americana e francese, le carte moderne non sono descrittive ma prescrittive e mantengono la loro forza vincolante fino a quando non vengono abrogate o sostituite da una diversa costituzione. Nessun oggetto dei settori disciplinari della storia è così strettamente legato alla politica come la costituzione. Anche una storiografia concepita in senso strettamente politico non può esimersi dall'integrare il diritto costituzionale nella sua ricerca.

1.2. *Validità ed effettività delle costituzioni*

Occorre, tuttavia, fare una precisazione. Gli storici devono tenere presente che la validità giuridica non corrisponde all'effettività reale. La costituzione stabilisce requisiti ma non è auto-esecutiva e ha bisogno di essere resa effettiva³. La congruenza tra realtà e norma si realizza mediante la conformazione a quest'ultima del comportamento dei suoi destinatari. Questo è vero per tutte le leggi, ma in misura maggiore per il diritto costituzionale, giacché i destinatari corrispondono ai detentori stessi del potere, cioè coloro che dispongono dei mezzi coercitivi dello Stato per portare a esecuzione il diritto. Se le persone comuni non rispettano la legge, possono essere costrette dalle forze dell'ordine, anche attraverso la forza fisica. Se gli stessi detentori del potere disattendono il diritto, non c'è alcun potere superiore per farlo rispettare. Questa differenza giustifica la specifica debolezza che distingue il diritto costituzionale dal diritto ordinario.

La volontà dei detentori del potere di osservare la legge non può essere data per scontata. Ci sono costituzioni che sono state approvate senza l'intento di renderle vincolanti, con l'unico scopo di creare l'impressione di un paese che rispettasse la *rule of law*. Ci sono costituzioni che perdono la loro efficacia nel tempo – ad esempio, nel caso in cui i loro oppositori, giunti al potere, le ignorino o le sovvertano – e si considerano costituzioni fallite, come quella di Weimar. Altre costituzioni vengono rispettate solo nella misura in cui non entrano in conflitto con verità politiche o religiose superiori o semplicemente con interessi egemonici o economici. Il costituzionalismo, sin dalla sua emersione, è stato soggetto all'abuso. La forma può essere copiata senza che se ne adotti la funzione. A riguardo vi è abbondante evidenza storica, già a cominciare dalla Costituzione napoleonica in Francia.

Ma, anche dove i politici sono generalmente disposti a conformarsi alla costituzione, non si può escludere il mancato rispetto, occasionalmente, delle sue disposizioni. Gli obblighi costituzionali incontrano una realtà che segue una logica diversa da quella giuridica. Ci si aspetta che i politici mettano da parte la propria logica politica in favore del diritto ma, nelle concrete situazioni di azione politica, anche un governo generalmente rispettoso della legge, spesso, la percepirà come ostacolo. Dunque, è improbabile che costituzioni e realtà siano sempre in armonia. Il fatto che il

³ In questo senso, rivoluzionario è stato il contributo di K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, 1959. Sull'impatto di questa pubblicazione si veda J. Krüper e altri (a cura di), *Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung*, Tubinga, 2019.

diritto costituzionale dipenda dalla sua ottemperanza implica la possibilità che non sia rispettato oppure che lo sia ma non nell'immediato, o in maniera incompleta o, ancora, diversa da quanto immaginato dai suoi redattori. L'aspettativa che ci sia sempre uno stato di piena congruenza è vana, se non altro per via del cambiamento sociale che permanentemente mette le costituzioni alla prova con nuove sfide.

Questa differenza tra ciò che afferma la carta e la sua effettiva attuazione impedisce agli storici di accontentarsi di una descrizione della costituzione al momento della sua entrata in vigore. Non vi è, dunque, garanzia che ciò che il testo prescrive si realizzi anche nei fatti. La validità e l'effettività si collocano su livelli diversi: la validità è una nozione normativa, l'effettività una nozione empirica. La non effettività non influisce sulla validità della legge, tuttavia, ciò che questa richiede rimane inadempito. Di conseguenza lo stato della realtà risulta illegale. Ma è comunque lì. Questo fatto non dovrebbe essere minimizzato come la normale differenza tra diritto costituzionale e realtà costituzionale. La realtà costituzionale si sviluppa all'interno dello spazio di azione che il diritto costituzionale lascia aperto. Perciò, ci si dovrebbe riferire alla mancanza di effettività del diritto costituzionale non come realtà costituzionale ma per quello che effettivamente è, ovvero una violazione della costituzione.

È più probabile che queste mancanze si presentino nelle parti sostanziali della costituzione piuttosto che nelle parti organizzative. Queste ultime riguardano principalmente l'istituzione e l'organizzazione del potere politico. Normalmente, l'assetto istituzionale prescritto dalla costituzione verrà instaurato immediatamente dopo la sua entrata in vigore e continuerà a operare anche se entità o procedure informali precedono o avvolgono quelle formali. Le parti sostanziali, al contrario, riguardano principalmente l'esercizio del potere pubblico nel tempo ed è più probabile che entrino in collisione con progetti o interessi politici. Per questo motivo sono più a rischio. Durante l'intero XIX secolo e, ancora, nel vivo del XX secolo, i diritti fondamentali erano virtualmente irrilevanti in Europa, anche se la loro validità giuridica non differiva da quella delle disposizioni organizzative.

1.3. Il mutamento della costituzione

In ogni caso, la possibilità che una costituzione non entri in vigore, in parte o nel suo complesso, non è l'unica ragione per cui non è sufficiente descriverla nella sua forma originale. Le costituzioni sono soggette a modifiche, tanto più quanto più sono vecchie o estese. Possono presentare

carenze che emergono nel corso della vita politica. Possono sorgere nuove sfide che non possono essere affrontate con le disposizioni originali. I valori alla base della costituzione originale possono cambiare nel tempo e richiedere un adattamento delle disposizioni costituzionali. Alcuni emendamenti saranno di natura più tecnica, ma altri possono modificare le regole del gioco, a volte anche le linee guida per la politica, e produrre effetti diversi. Se gli storici non tengono conto di tali sviluppi, perderanno importanti cambiamenti nelle condizioni strutturali della politica o un'indicazione del cambiamento sociale.

Tuttavia, il mutamento costituzionale può avvenire anche senza modifiche testuali. In questo caso, il cambiamento riguarda il significato di un testo non modificato. Questo cambiamento avviene attraverso l'interpretazione. L'interpretazione è inevitabile. È una conseguenza del fatto che le norme giuridiche si applicano a un numero indefinito di casi futuri e devono quindi essere formulate in modo abbastanza generale e astratto, mentre i casi a cui si applicano sono sempre individuali e concreti. Di conseguenza, esiste un divario tra norma e caso, che deve essere colmato dall'interpretazione. Questo vale per il diritto in generale, ma in particolare per il diritto costituzionale, poiché gran parte di quest'ultimo si riferisce ai fondamenti dell'ordine politico e sociale e assomiglia più a principi che a regole. Questi non sono prontamente idonei all'applicazione ai casi concreti.

Chiunque lavori con il diritto costituzionale ha sperimentato l'eventualità che il testo della costituzione non contenga la risposta alla domanda sollevata da un caso. Ciò non significa che la questione sia stata lasciata alla discrezionalità politica. Piuttosto, significa che la risposta deve essere dedotta dalle disposizioni esistenti, ovvero per via interpretativa. L'interpretazione, quindi, richiede di generare, a partire dal testo, una regola più concreta, in grado di rendere la costituzione direttamente applicabile. Questo processo trova il suo punto di partenza nel testo, ma non ne è determinato completamente. Il lavoro interpretativo non può essere compiuto senza un contributo aggiuntivo da parte dell'interprete. L'interpretazione, dunque, è qualcosa di più che lo svelare il significato depositato nel testo sin dall'inizio. In certa misura, essa stessa va a costituirne il significato.

In quale misura l'innesto ulteriore da parte dell'interprete possa essere giustificato è una questione di metodo. In ogni caso, i metodi di interpretazione non posseggono la stessa autorità della legge. Essi sono il risultato di un lavoro permanente con le norme, in cui sono coinvolti professionisti del diritto e la scienza giuridica. Non sono dati una volta per tutte, cambiano nel tempo o da un paese all'altro e spesso sono contestati.

Possono coesistere diversi approcci metodologici, tra i quali deve essere effettuata una scelta. Questa scelta è rilevante. Ci sono metodi minimalisti, che si attengono strettamente al testo o al significato originario delle parole o agli intenti dei fondatori e respingono un cambiamento di significato, e ci sono metodi massimalisti, aperti ad attribuire la più estesa effettività alle disposizioni costituzionali e a favorire adattamenti del loro significato alle nuove sfide.

Tuttavia, la scelta ricadrà solo su una tra le possibili alternative giuridiche. L'operazione, infatti, rimane parte del sistema giuridico finché i suoi argomenti vengono riconosciuti come afferenti ad esso dalla comunità dei giuristi. Cosa debba ritenersi giuridico può essere oggetto di discussione. Ma è indiscusso che argomentazioni esterne al suo ambito, siano esse politiche o religiose o di qualsiasi altra natura, non possano essere ammesse. Nell'applicazione di una norma costituzionale a un dato insieme di fatti, il vincolo al testo della costituzione, non esaurendosi in una completa determinazione, conferisce all'atto di interpretazione e applicazione un certo grado di autonomia. Solitamente, più interpretazioni risultano compatibili con il testo e anche con lo spirito della costituzione. Per determinare l'impatto del diritto costituzionale in un certo momento della storia, è indispensabile la conoscenza della sua interpretazione predominante. La storiografia non può prescindere.

1.4. L'impatto della giurisdizione costituzionale

L'interpretazione avviene ogniqualvolta il comportamento di persone o istituzioni dipende dal significato della costituzione. Quanto meno la norma sarà esaustiva, tanto più contestata sarà la questione sulla sua corretta interpretazione. Se i destinatari di una disposizione costituzionale, i politici stessi, impiegano l'interpretazione costituzionale sciogliendo dubbi o controversie, inevitabilmente, le loro intenzioni politiche influenzeranno l'interpretazione. Questo, assieme alla specifica debolezza del diritto costituzionale, ha portato alla creazione di istituzioni giudiziarie indipendenti e specializzate, incaricate di vincolare le istituzioni politiche dello Stato al rispetto della Carta. In generale, le decisioni di queste istituzioni godono di superiorità gerarchica. La loro interpretazione è l'ultima parola in un conflitto costituzionale. Diritto costituzionale significa, quindi, ciò che i giudici ritengono che significhi.

L'emersione della giurisdizione costituzionale ha aperto una nuova era per il costituzionalismo. Fino a quel momento, le costituzioni

pretendevano di avere forza vincolante ma mancavano di meccanismi per rendere effettiva tale pretesa. Molte costituzioni del primo periodo prevedevano sanzioni per le violazioni intenzionali della costituzione da parte dei ministri. Ma queste disposizioni erano difficilmente applicate e non rimuovevano l'atto incostituzionale. Questo è cambiato solo con la giurisdizione costituzionale. Tuttavia, i tribunali costituzionali possono solo mitigare la specifica debolezza del diritto costituzionale, ma non eliminarla. Allo stesso modo delle norme costituzionali, infatti, le sentenze dei tribunali costituzionali dipendono dal grado di ottemperanza di cui riescono a godere. E, così come le costituzioni, i tribunali costituzionali possono rivelarsi inefficaci, perché organizzati o composti in modo tale da non rappresentare un pericolo per i detentori del potere, o perché questi ultimi possono ignorare le sentenze senza rischiare di perdere legittimità.

Tuttavia, laddove i tribunali costituzionali sono in grado di svolgere propriamente la loro funzione, la costituzione guadagna una considerevole influenza sull'azione politica e sulle condizioni sociali. Nei sistemi politici senza giurisdizione costituzionale la Carta agisce, al massimo, come un correttivo posteriore alla formazione della volontà politica e, quindi, viene vista attraverso la lente delle intenzioni politiche. Invece, in quei sistemi dove tale giurisdizione è presente, la costituzione deve essere presa in considerazione, relativamente presto e in modo relativamente neutro in seno al processo decisionale politico, se si vuole evitare una censura successiva da parte del tribunale costituzionale. Mentre nei sistemi politici senza giurisdizione costituzionale l'opinione della maggioranza prevarrà nei casi di conflitto, i sistemi politici dotati di giurisdizione costituzionale danno alle minoranze la possibilità di rivalersi in tribunale.

Se nella Repubblica federale il Tribunale costituzionale non avesse avuto un ruolo dominante, rendendo visibile alla popolazione, in modo costante, quanto fosse rilevante la Legge fondamentale per il comportamento politico e per le condizioni sociali, difficilmente quest'ultima sarebbe così radicata nella coscienza collettiva, come oggi avviene in Germania. Tale consapevolezza produce effetti che vanno oltre la funzione normativa della costituzione. Se una costituzione non solo è percepita come giuridicamente effettiva, ma riflette anche le aspirazioni di un popolo e le concezioni di un ordine buono e giusto, può assumere valore simbolico. Questo, a sua volta, si aggiunge alla sua effettività. Infatti, il valore simbolico aumenta, per i politici, i costi di un'eventuale inosservanza della costituzione, rendendola meno probabile. Il valore simbolico di una costituzione è un fattore storico di notevole impatto e dovrebbe, pertanto, essere di particolare interesse per gli storici.

Tuttavia, il valore simbolico di una costituzione non può essere dato per scontato. Le costituzioni adempiono alla loro funzione se sono giuridicamente effettive. Tutto ciò che supera la funzione normativa è un valore aggiunto. Nella maggior parte dei Paesi, la costituzione manca di questo valore aggiunto. Ma, dove è presente, esso contribuisce all'integrazione della società, tanto più quanto meno operano i tradizionali fattori di integrazione, a fronte di un aumento del pluralismo nelle società. Ne è un esempio la Germania. Durante i quarant'anni in cui è persistita la divisione in due Stati, sono mancati i consueti fattori su cui poggia l'integrazione e, per la Germania dell'Ovest, è stata la Legge fondamentale a colmare il vuoto e persino a plasmare l'identità del Paese. Non è un caso che una combinazione di parole così insolita come *Verfassungspatriotismus* (patriottismo costituzionale) sia emersa nella Germania occidentale ed abbia espresso l'alta reputazione di cui godeva la Legge fondamentale.

1.5. Come integrare la storia costituzionale nella storia generale

Per la storiografia, questo significa che i fattori appena descritti – ossia il testo originale della costituzione, le sue principali revisioni, la giurisprudenza costituzionale e il suo valore simbolico – devono essere tenuti in considerazione se si vuole determinare l'impatto della costituzione sullo sviluppo del Paese. Questo compito può essere svolto sia dagli storici generali che dai giuristi. Tuttavia, ciò non significa necessariamente che lo faranno allo stesso modo. La scienza giuridica è una disciplina normativa. È interessata al diritto in quanto diritto. La sua principale preoccupazione consiste nella corretta comprensione e applicazione del diritto. Questo aspetto rimane centrale, anche se i giuristi intraprendono ricerche storiche. Al contrario, la scienza storica è una disciplina empirica. Tratta la legge come un fatto. La legge è rilevante nella misura in cui l'oggetto di ricerca sia da essa determinato o influenzato.

La differenza emerge precisamente quando si tratta degli effetti del diritto sulla realtà sociale e politica. La storia costituzionale, studiata da un giurista, ruota attorno al diritto nella sua dimensione della validità giuridica. Ciò non significa che i suoi effetti non sono di interesse per il giurista. Tuttavia, questo interesse riguarda principalmente gli effetti all'interno del sistema giuridico. I giuristi non sono formati per studiare gli effetti nella realtà. Viceversa, gli storici sono interessati alla realtà e, nei confronti del diritto, solo nella misura in cui esso influisce sulla realtà, tuttavia, mancano di familiarità con la prassi giuridica. Di conseguenza, lo spazio tra le due

discipline è terra di nessuno e gli effetti reali del diritto costituzionale spesso continuano ad essere sottovalutati. Eppure, spesso sono stati determinanti per la storia della Repubblica federale. La domanda è come possano essere adeguatamente studiati.

Se è vero che non tutto ciò che è rilevante per gli storici del diritto lo è anche per gli studiosi della storia generale, sono i criteri di quest'ultima che devono essere impiegati per valutare la rilevanza della costituzione nella realtà politica e sociale. La costituzione, insieme alla sua interpretazione e applicazione, devono essere prese in considerazione qualora le condizioni, gli sviluppi e gli eventi che gli storici generali ritengono degni di essere descritti e spiegati siano stati significativamente determinati o influenzati dal diritto costituzionale. Si può dire che l'influenza del diritto sia stata significativa qualora uno sviluppo o un evento che gli storici ritengono meritevole di essere descritto e spiegato sia stato causato, per la maggior parte, dalla costituzione oppure avrebbe preso una direzione diversa senza l'impatto di essa. Di volta in volta, ciò richiederà di porsi domande controfattuali, anche se la certezza della risposta è limitata.

È chiaro che si tratta di una sfida per la storiografia. Il diritto costituzionale segue la propria logica. Alcuni aspetti richiedono solo che si abbia consapevolezza della costituzione. Altri, come la giurisprudenza di un tribunale costituzionale, richiedono l'aiuto di giuristi esperti in storia costituzionale. A tal proposito, colpisce che manchi ancora una storia costituzionale della Repubblica federale e che gli studi della storia del Tribunale costituzionale federale siano stati prodotti solo da studiosi stranieri⁴. Il paragrafo seguente offre un breve resoconto di come le recenti pubblicazioni sulla storia della Repubblica federale abbiano considerato l'impatto della Legge fondamentale e della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale⁵. Nel formato di un articolo, ciò è possibile solo attraverso

⁴ Si veda J. Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, Oxford, 2015; A. Gaillet, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit*, Parigi, 2021.

⁵ Sono state analizzate le seguenti opere: A. M. Birke, *Die Bundesrepublik Deutschland. Verfassung, Parlament und Parteien*, Monaco di Baviera, 1997 (riedizione a cura di U. Wngst, 2010); E. Conze, *Die Suche nach Sicherheit. Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis zur Gegenwart*, Monaco di Baviera, 2009; D. Geppert, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Monaco di Baviera, 2021; M. Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart*, Monaco di Baviera, 1999; C. Henrich-Franke, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung 1949 bis zur Gegenwart*, Wiesbaden, 2019; U. Herbert, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, 2014; R. Morsey, *Die Bundesrepublik Deutschland bis 1969*, in *Oldenbourg Grundriss der Geschichte*, 5^a ed.,

Dieter Grimm

La storia costituzionale come parte integrante della storia generale: il caso tedesco

alcuni esempi. Per un resoconto molto più dettagliato, rimando al mio libro *Die Historiker und die Verfassung*.

2. Considerazione della Legge fondamentale e della giurisprudenza costituzionale nella storiografia della Repubblica federale

2.1. La Legge fondamentale

La Legge fondamentale non ha avuto origine da un'iniziativa tedesca, ma fu una richiesta dei tre alleati occidentali nella Seconda Guerra Mondiale, intenzionati a stabilire uno Stato tedesco nella parte occidentale, alla luce del fallimento di tutti i tentativi di accordo con l'Unione Sovietica intorno al futuro della Germania. Con i "Documenti di Francoforte" del 1947, gli alleati incaricarono i primi ministri dei nuovi Länder tedeschi di convocare un'assemblea costituente che redigesse una costituzione democratica e federale, dotata di un adeguato governo centrale e di un catalogo dei diritti. I primi ministri avrebbero preferito evitare di dare seguito alla richiesta, temendo una cementificazione della divisione della Germania. Tuttavia, realizzando che la resistenza sarebbe stata vana, convocarono il Consiglio parlamentare. Questo iniziò i suoi lavori nel 1948, dopo una conferenza informale preliminare ad Herrenchiemsee che aveva discusso le linee direttive della nuova costituzione.

Nei libri di storia, gli sviluppi che portarono alla creazione della Repubblica federale sono trattati in una maniera più o meno approfondita, invece, la redazione della Costituzione ha una considerazione minore e la trattazione della Legge fondamentale stessa è piuttosto incompleta⁶. Tutti gli autori pongono l'accento sulle parti istituzionali della Legge fondamentale e, al loro interno, soprattutto sulle "Lezioni di Weimar". Alcuni arrivano persino a definire la Legge fondamentale una "Costituzione

Monaco di Baviera, 2007; M. L. Recker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Monaco di Baviera, 2009; A. Rödder, *Die Bundesrepublik Deutschland 1969–1990*, in Oldenbourg *Grundriss der Geschichte*, H. U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, vol. 5: *Bundesrepublik und DDR 1949–1990*, Monaco di Baviera, 2008; H. A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, vol. 2: *Deutsche Geschichte vom "Dritten Reich" bis zur Wiedervereinigung*, Monaco di Baviera, 2000; A. Wirsching, *Deutsche Geschichte im 20. Jahrhundert*, 3° ed., Monaco di Baviera, 2011; E. Wolfrum, *Die geprüfte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Stoccarda, 2006. Per una spiegazione sulla selezione, si veda D. Grimm, *Die Historiker*, cit., p. 9-11. L'opera di H. Möllers, *Deutsche Geschichte – die letzten hundert Jahre*, è stata pubblicata successivamente a *Die Historiker*.

⁶ D. Grimm, *Die Historiker*, cit., c. II, p. 45-60.

anti-Weimar”. Mentre l’organizzazione istituzionale a livello federale viene solitamente descritta nel dettaglio, gli autori trascurano la forma peculiare del federalismo tedesco. Ugualmente, mancano di riconoscere l’importanza e le conseguenze dell’istituzione del Tribunale costituzionale, una vera novità in Germania. Al di là della poca attenzione prestata ai poteri dei tribunali, i libri creano l’impressione che si sia trattato della mera aggiunta di una nuova istituzione a quelle tradizionali – presidente, parlamento, governo – ma, così, non riescono a mettere in luce che questa istituzione ha comportato un cambiamento fondamentale per le condizioni di esercizio di tutti i poteri dello Stato.

Questo atteggiamento persiste nei riguardi della formazione del Tribunale costituzionale⁷. I tradizionali organi dello Stato furono costituiti ed entrarono in funzione immediatamente dopo l’entrata in vigore della Legge fondamentale, ma così non fu per il Tribunale costituzionale. Esso era stata disciplinato nella Legge fondamentale ma solo in maniera embrionale, lasciando il grosso della regolamentazione al legislatore. Tanto incontestata era stata l’istituzione di un Tribunale costituzionale nel Consiglio parlamentare, quanto controversa fu la definizione dei dettagli da parte del legislatore. Il Partito Cristiano Democratico, che in quel momento sosteneva il governo, era a favore di un Tribunale debole, mentre l’opposizione e i Länder erano interessati a un Tribunale forte. Perciò, furono necessari due anni prima che potesse diventare operativo. Ma tutto ciò, anche se di grande interesse alla luce della crescente importanza del Tribunale, non viene trattato nella maggior parte dei libri di storia sulla Repubblica Federale qui analizzati.

Le parti sostanziali della Legge fondamentale, i principi fondamentali della Repubblica federale (democrazia, stato di diritto, federalismo, forma di Stato repubblicana e la sua definizione quale “stato sociale”) così come il catalogo dei diritti, sono tutto sommato trascurati⁸. Nessun libro cita i principi fondamentali integralmente. I diritti fondamentali condividono la stessa sorte. Alcuni libri addirittura ignorano la loro esistenza. Altri accennano al fatto che mancano i diritti sociali ed economici, ma quasi nessuno riporta ciò che è effettivamente protetto. La garanzia fondamentale della dignità umana, una delle caratteristiche più imitate della Legge fondamentale, compare in un solo libro su tredici. Alcuni autori spiegano, tuttavia, che la forza vincolante e l’azionabilità dei diritti fondamentali sono state rafforzate rispetto alla situazione weimariana. D’altra parte, essi

⁷ D. Grimm, *Die Historiker*, cit., cap. III, p. 61.

⁸ D. Grimm, *Die Historiker*, cit., cap. II, p. 51-53 e 57-58.

presumono erroneamente che a Weimar i diritti fondamentali mancassero completamente di forza giuridica.

A causa dello scarso interesse nelle parti sostanziali della Costituzione, la storiografia non solo trascura importanti elementi della Legge fondamentale, ma la pone in un rapporto di falsa opposizione alla Costituzione di Weimar. Le disposizioni in cui la Legge fondamentale corrisponde alla Costituzione di Weimar sono molto più numerose di quelle in cui le due divergono. I volumi considerati non offrono un quadro attendibile della Legge fondamentale. Ognuno offre una rappresentazione frammentaria e, se si mettessero uno accanto all'altro i capitoli che descrivono la Legge fondamentale, senza dire qual è il loro argomento, il lettore avrebbe difficoltà a riconoscere che tutti trattano il medesimo oggetto. Comunque, in questi lavori, la Legge fondamentale è unanimemente molto lodata, mentre viene ignorato il fatto che la maggior parte degli esperti contemporanei la ritenesse lacunosa e destinata a fallire e che il suo apprezzamento da parte dei giuristi e dei cittadini tedeschi sia emerso decisamente più tardi.

2.2. Revisioni costituzionali

Tra la sua promulgazione e la riunificazione tedesca, la Legge fondamentale è stata oggetto di 36 revisioni. Di queste, tre possono essere sicuramente definite importanti⁹. Due hanno toccato ambiti che non potevano essere regolamentati nel 1949. Il riarmo della Germania fu reso possibile da una revisione del 1956 e le precauzioni per l'eventualità di un'emergenza sono state inserite nella Legge fondamentale nel 1968. Invece, la terza importante riforma, introdotta nel 1969, non ebbe la funzione di completare la Legge fondamentale, ma andò a modificare considerevolmente le sue disposizioni sul sistema federale. Tutte e tre le revisioni sono avvenute come reazione a sviluppi o alla luce di condizioni di cui gli storici riconoscono l'importanza nei loro libri. Ma ciò non può dirsi vero per le stesse riforme costituzionali: alcuni autori tralasciano completamente le revisioni, altri le citano, ma non spiegano in che modo e con quali effetti la Legge fondamentale fu modificata.

Mentre il riarmo in sé è ampiamente discusso, poco si trova sulle norme relative alla *Bundeswehr*, le Forze armate tedesche. Si potrebbe avere la tentazione di affermare che sia stata la creazione di un esercito tedesco, a

⁹ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. IV, p. 81-102.

dieci anni dalla fine della Seconda Guerra Mondiale e dalla catastrofica sconfitta, ad avere avuto una rilevanza storica, non la modifica costituzionale. Eppure, senza revisione costituzionale, non ci sarebbe stato alcun esercito. Peraltro, la necessità di una riforma costituzionale non costituiva solo una condizione formale ma aveva conseguenze sostanziali. Le prospettive del nuovo esercito erano controverse. I tradizionalisti si contrapponevano ai modernizzatori. Il fatto che fosse necessaria una riforma costituzionale (per la quale è richiesta una maggioranza di due terzi di entrambe le camere del Parlamento) diede all'opposizione la possibilità di influenzare gli orientamenti programmatici e la struttura dell'esercito che si andava a istituire. A prevalere furono le idee dei modernizzatori. Se, invece, fosse stata sufficiente una maggioranza semplice, l'esito sarebbe stato molto probabilmente diverso.

Così come il riarmo, anche l'adozione delle regole per lo stato di emergenza dipendeva da una riforma costituzionale. Nel 1949, gli Alleati avevano impedito l'adozione di una costituzione di emergenza. Quando la Germania ottenne la piena sovranità, nel 1955, le norme sullo stato di emergenza erano considerate urgenti. Ci vollero, però, dodici anni prima che le *Notstandsgesetze* potessero essere introdotte nella Legge fondamentale. La questione fu altamente controversa e solo la Grande Coalizione, formata dai partiti cristiano-democratico (CDU) e socialdemocratico (SPD) nel 1966 e dotata di una maggioranza di due terzi del Bundestag, poté raggiungere un compromesso. In effetti, l'urgenza di alcune riforme costituzionali fu una delle ragioni alla base della formazione della Grande Coalizione. Il progetto, tuttavia, fu profondamente respinto da ampie parti della popolazione, per via del timore che le *Notstandsgesetze* fossero finalizzate a fornire gli strumenti per trasformare la Repubblica federale in un sistema autoritario.

La maggior parte degli autori ricorda che la Grande Coalizione, con la sua maggioranza di due terzi, ha aperto la strada alle norme di emergenza. Molti, però, ignorano come la necessità di una revisione costituzionale ne abbia cambiato la concezione originaria. Le "lezioni di Weimar", così fortemente enfatizzate nella descrizione della stesura della Legge fondamentale, erano state ormai dimenticate. Tra le disposizioni della Costituzione di Weimar che avevano suscitato le critiche più taglienti dopo la Seconda Guerra Mondiale, c'era la clausola di emergenza contenuta nell'art. 48. Nella Repubblica federale, tutti i partiti politici erano lontani dal volerla ripristinare. Ma i piani del governo cristiano-democratico aderivano all'idea che le emergenze fossero "il momento dell'esecutivo". I socialdemocratici, il cui consenso era necessario per il raggiungimento della maggioranza utile alla revisione, riuscirono a limitare i poteri dell'esecutivo,

ad avviso di alcuni osservatori contemporanei, in maniera così forte da arrivare al limite dell'inefficienza.

Nonostante l'enorme agitazione sociale contro tale riforma, alcuni autori non trattano le norme costituzionali dello stato di emergenza in quanto tali. Esse vengono perlopiù introdotte in relazione a un altro fenomeno, il movimento del 1968, che riceve ampia attenzione in tutti i volumi. Il dibattito sullo stato di emergenza viene citato solo come una delle cause della crescita di questo movimento. Una spiegazione per il disinteresse dello storico nei confronti delle *Notstandsgesetze* può essere il fatto che, fino ad oggi, nessun governo della Repubblica federale ha invocato lo stato d'emergenza. Inoltre, l'opposizione contro le suddette norme è scemata alla luce della mitigazione con cui sono state adottate, che ha fatto persino prevedere un diritto di resistenza. Tuttavia, il fatto che non siano state utilizzate non sminuisce l'inquietudine della popolazione nel 1968, né la loro importanza come parte dell'attuale Costituzione. Infatti, sono ancora pronte per essere utilizzate.

Differentemente delle altre revisioni, la riforma del federalismo non ha integrato la Costituzione ma l'ha modificata più nel profondo. Fu una reazione alla prima crisi economica che colpì la Repubblica federale nel 1966/67, dopo un lungo periodo di crescita economica costante. Questa crisi aveva già contribuito alla caduta del cancelliere Ludwig Erhard, indisponibile a cambiare la sua politica economica in senso keynesiano. La Grande Coalizione, formata dopo la caduta di Erhard, fece di questo uno dei suoi progetti principali. Tuttavia, necessitava di una modifica costituzionale. L'indipendenza della politica finanziaria e di bilancio dei Länder da quella della Federazione era considerata il principale ostacolo a una gestione efficace della crisi. Dopo una trasformazione strisciante del sistema federale in un sistema più unitario già da prima della crisi, la coalizione intraprese un profondo cambiamento da un federalismo di tipo dualista a uno cooperativo.

Nel breve termine, lo strumento principale di gestione della crisi fu la Legge di promozione della stabilità e della crescita economica dell'8 giugno 1967, che poté essere varata solo dopo una revisione costituzionale approvata lo stesso giorno. Quasi tutti gli autori citano la legge, ma solo alcuni chiariscono che non sarebbe stata possibile senza la precedente modifica costituzionale. La riforma completa del sistema federale seguì nel 1969, mediante tre revisioni che riguardavano complessivamente diciotto disposizioni della Legge fondamentale. Dopo la modifica, il federalismo tedesco ha assunto una forma differente. Ancora, la revisione è citata dalla maggior parte degli autori, ma solo uno storico su dodici è consapevole della

portata e degli effetti del cambiamento strutturale. Ciò comporta delle conseguenze: alla maggior parte degli autori sfugge il fatto che la riforma, nel risolvere la crisi economica, ha comprovato una crisi politica di impatto ancora maggiore.

Come parte essenziale della riforma, i Länder persero la loro indipendenza in materia fiscale ed economica. In compensazione, la posizione del Bundesrat, la Camera di rappresentanza dei Länder a livello federale, fu rafforzata. Per l'esercizio della maggior parte delle nuove competenze legislative acquisite, la Repubblica federale aveva bisogno del consenso del Bundesrat, un guadagno in termini di potere per i Länder, non pesati singolarmente ma nella loro totalità. Inoltre, la rigida separazione tra le attribuzioni dei Länder e della Federazione fu abbandonata in favore di diverse competenze concorrenti, il cui esercizio richiedeva solitamente l'unanimità tra i due livelli. Lo stesso vale per la partecipazione finanziaria della Federazione all'esecuzione dei compiti dei Länder, resa possibile dalla revisione costituzionale.

La riforma aiutò a risolvere la crisi economica ma si rivelò altamente costosa in termini di democrazia e di efficienza. L'aumento del numero di casi in cui la Federazione aveva bisogno del consenso del Bundesrat per la propria attività legislativa rese difficile, al Governo federale, attuare il suo programma laddove Bundestag e Bundesrat avevano maggioranze differenti. Nei fatti, la maggioranza federale poteva realizzare i propri piani solo con il consenso dell'opposizione. Se non fosse stato raggiunto un accordo, la *Vermittlungsausschuss*, cioè la Commissione di mediazione tra Bundestag e Bundesrat, sarebbe stata chiamata a trovare un compromesso, seppur a porte chiuse. Molto frequentemente, i progetti del Governo dovettero essere ritardati, ridimensionati o completamente abbandonati. Allo stesso modo, il principio dell'unanimità per i compiti comuni portò spesso ad accordarsi sul più piccolo denominatore comune e, se il compromesso si rivelava insoddisfacente, modificarlo era estremamente difficile.

Il costo democratico di questa riforma è consistito nella difficoltà di allocare la responsabilità politica. Sia gli Stati che il governo federale potevano rivendicare per sé i successi e attribuire all'altra parte i fallimenti, senza che il pubblico potesse discernere chi premiare o chi punire nelle elezioni successive. Nessuno storico dimentica di menzionare che i termini chiave dell'epoca erano *Politikblockade* (stallo politico) e *Politikverdrossenheit* (disaffezione alla politica). Eppure, sono davvero pochi a ricondurre la causa della situazione agli emendamenti costituzionali del 1969. Piuttosto, rimproverano ai partiti politici di aver agito solo nel proprio interesse,

trascurando il bene comune. In ogni caso, sono occorsi più di trent'anni affinché un'altra riforma del federalismo tentasse di eliminare gli errori del 1969.

Alcuni autori concludono la descrizione di questo periodo storico, che per loro si conclude nel 1969 con il morbido passaggio dalla Grande Coalizione a quella tra SPD e FDP (Partito Liberale Democratico), sotto il cancelliere Willy Brandt, dicendo che dalla fine degli anni Sessanta la Legge fondamentale aveva superato il suo test di prova e aveva definitivamente dimostrato di essere una buona costituzione. Ma come conciliare questo elogio con il fatto che, proprio nello stesso periodo, la Legge fondamentale era sempre più percepita come ormai superata e come un ostacolo, più che una risorsa¹⁰? Questo sentimento si diffuse rapidamente tra i politici e all'interno della società. L'allora Ministro degli Interni Paul Lücke presentò una lista di non meno di 80 articoli che per lui necessitavano di essere sostituiti. Altri chiesero una revisione totale della Legge fondamentale. La discussione, infine, spinse il Bundestag a istituire nel 1970 una commissione incaricata di formulare raccomandazioni per un completo rinnovamento della Costituzione.

Quando, però, sei anni dopo, la commissione presentò il proprio rapporto con ampie raccomandazioni per una costituzione modernizzata, l'interesse per una revisione totale era scemato. Era iniziata una venerazione generale della Legge fondamentale e la parola *Verfassungspatriotismus* apparve sulla scena. Ma questo epilogo non rende irrilevanti i tentativi di una revisione totale della Legge fondamentale. Nondimeno, nessuno tra gli storici menziona questi tentativi né il sentimento generale ad essi sotteso, dunque, i tentativi di revisione non sono semplicemente conosciuti. Eppure, non si trattava affatto di una questione riservata agli esperti; piuttosto, essa è stata affrontata in intense discussioni nei media e fra il pubblico in generale. Per gli studiosi della storia della Germania dell'Ovest sarebbe stato utile chiedersi quali esperienze con la Legge fondamentale, quali cambiamenti sociali, quali concezioni di una costituzione buona e aggiornata si fossero affermate, tali da spiegare la richiesta di una revisione totale.

2.3. La rivoluzione dei diritti attraverso l'interpretazione

Se ci si chiede che cosa abbia cambiato più nel profondo la Legge fondamentale, se le sue revisioni o la sua interpretazione, non si riesce a

¹⁰ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. V, p. 103-120.

ottenere una risposta univoca. Per quanto riguarda la parte organizzativa, sono state le revisioni ad avere maggiore importanza, mentre, per quanto riguarda i diritti fondamentali, lo è stata la giurisprudenza del Tribunale costituzionale. Le modifiche ai primi diciannove articoli non sono completamente assenti, ma la loro importanza è molto inferiore rispetto al cambiamento di significato che il catalogo dei diritti ha subito nella seconda metà del XX secolo. La concezione e l'impatto dei diritti fondamentali sono cambiati in un modo che sarebbe stato inimmaginabile nel 1949¹¹. I diritti fondamentali, a causa della loro formulazione aperta e indeterminata, dipendono in misura maggiore, rispetto alle norme organizzative e procedurali, dall'interpretazione e, persino, dalla teoria sullo scopo e sulla funzione dei diritti impiegata nell'interpretazione. Di conseguenza, lasciano maggiore spazio a diversi modi di intenderli e a interpretazioni alternative.

Nel XIX secolo e, ancora, sotto la Costituzione di Weimar, i diritti fondamentali erano considerati vincolanti solo per l'esecutivo e solo nella misura in cui le interferenze prive di base legale erano vietate. A questa situazione pose fine la Legge fondamentale. L'articolo 1, sezione 3, sottoponeva tutte le autorità pubbliche, compreso il potere legislativo, al rispetto dei diritti fondamentali. Ciò che rimase invariato fu l'idea che i diritti fondamentali fossero diritti soggettivi dell'individuo con applicazione verticale ed effetto negativo, nel senso che obbligavano lo Stato ad astenersi dagli atti con essi incompatibili. Le limitazioni richiedevano una base giuridica. Ma, una volta accertata la compatibilità del diritto con la Costituzione, l'influenza del diritto fondamentale terminava. L'interpretazione e l'applicazione della legge si collocavano al di fuori della portata della Costituzione e del controllo del Tribunale costituzionale.

Questa concezione tradizionale è stata rivoluzionata da una sentenza fondamentale emessa dal Tribunale costituzionale nel 1958: la decisione *Lüth*¹². Il ricorrente, Erich Lüth, aveva chiesto un boicottaggio di un film del dopoguerra diretto dal noto regista nazista Veit Harlan. I proprietari dei cinema furono esortati a non proiettare il film e, se lo avessero fatto comunque, ci si sarebbe aspettato che "ogni tedesco perbene" non lo avrebbe guardato. Le case di produzione cinematografica citarono in giudizio civile Lüth e ottennero un'ingiunzione che gli vietava di continuare a chiedere il boicottaggio del film di Harlan. Nel suo ricorso al Tribunale

¹¹ La parte più consistente di *Die Historiker* tratta di questo sviluppo, si vedano cap. VII-XII. Inoltre, vi si trovano due capitoli sui problemi di unificazione (VI e XIII) e un capitolo sull'integrazione europea (XIV).

¹² D. Grimm, *Die Historiker*, cap. VII, p. 140-157.

costituzionale, Lüth ha invocato il suo diritto alla libertà di parola. Secondo l'interpretazione tradizionale dei diritti fondamentali, la richiesta di Lüth avrebbe dovuto essere rigettata dai giudici di Karlsruhe, giacché i diritti fondamentali non avevano alcun ruolo nei rapporti di diritto privato.

Dunque, la domanda alla quale il Tribunale costituzionale si trovò a rispondere fu se i diritti fondamentali fossero limitati all'applicazione verticale o se avessero anche un'efficacia orizzontale. Per rispondere a questa domanda, il Tribunale rifletté sulla natura dei diritti fondamentali in generale e giunse alla conclusione che non erano solo diritti soggettivi ma anche valori o principi oggettivi, ovvero i principi più alti dell'ordine giuridico. La sua conclusione fu che, in quanto tali, erano decisivi per l'intero ordinamento giuridico, compreso il diritto privato. Nel descrivere più precisamente questo rapporto, il Tribunale stabilì che i diritti fondamentali non avevano diretta effettività nei confronti dei privati ma operavano indirettamente, ovvero come principi direttivi nell'interpretazione e nell'applicazione della legge ordinaria. Sviluppavano, impiegando le parole del Tribunale, un "effetto di irradiazione" sulle disposizioni della legge ordinaria, la cui noncuranza da parte dei tribunali ordinari avrebbe costituito una violazione dei diritti fondamentali del titolare del diritto.

La conseguenza di questa mutata concezione dei diritti fondamentali fu triplice. Oltre ad essere diritti soggettivi dell'individuo nei confronti dello Stato, i diritti fondamentali sono divenuti anche principi oggettivi e, in quanto tali, applicabili anche orizzontalmente. Avrebbero dovuto indirizzare l'interpretazione della legge ordinaria laddove l'applicazione di quest'ultima avesse avuto un effetto limitativo sui diritti. Questo, a sua volta, ha comportato la conseguenza che l'intero potere giudiziario è stato sottoposto al controllo del Tribunale costituzionale. Invece, ciò che la sentenza *Lüth* aveva lasciato aperto era il terzo elemento tradizionale dei diritti fondamentali, ossia la loro efficacia negativa. Questo vuoto è stato colmato dalla prima decisione sull'aborto del 1975, in cui il Tribunale ha dedotto, a partire dal carattere oggettivo dei diritti fondamentali, un obbligo dello Stato non solo di astenersi da determinate condotte che avrebbero ingiustamente limitato un diritto fondamentale, ma anche di proteggere la libertà garantita da un diritto fondamentale qualora questa fosse stata minacciata da attori privati¹³.

Lüth ha rivoluzionato il modo di intendere i diritti fondamentali nella Germania dell'Ovest e nessuno, nell'ambiente giuridico, dubita che sia la decisione più importante mai emessa dal Tribunale. Ogni studente tedesco

¹³ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. VII, p. 145-151.

di giurisprudenza ha familiarità con il caso e, grazie alla forte espansione del campo del diritto costituzionale comparato, la sua conoscenza è ormai patrimonio comune in tutto il mondo. A livello internazionale, *Liith* rappresenta l'immensa crescita di importanza dei diritti fondamentali nella seconda metà del XX secolo, ma nessuno dei libri di storia menziona *Liith*. Al contrario, in quasi tutti i libri di storia viene menzionata la decisione sull'aborto, e tuttavia, non perché abbia introdotto l'"obbligo di protezione", un altro passo rivoluzionario nel campo dei diritti fondamentali, considerato una logica conseguenza di *Liith*, ma perché la questione dell'aborto aveva diviso profondamente la società per un tempo considerevole, e la decisione è stata un'amara sconfitta per la coalizione social-liberale¹⁴.

2.4 La sottovalutazione dei casi

La diversa ricezione di *Liith* e della decisione sull'aborto getta luce sull'atteggiamento degli storici nei confronti delle decisioni costituzionali. Esse vengono notate quando riguardano importanti conflitti politici e sociali, ma se un caso non attrae in maniera forte l'attenzione del pubblico¹⁵ passa inosservato, indipendentemente dal suo impatto. Questo è, ad esempio, vero per la decisione *Elfes*, che ha esteso la protezione dei diritti fondamentali a ogni restrizione della condotta individuale, spalancando le porte ai ricorsi individuali, e per la cd. *Apotheken-Urteil* (decisione sulle farmacie), riguardante la libertà di occupazione, dove ha preso forma il test di proporzionalità, che, oggi, sopporta il carico maggiore della protezione dei diritti fondamentali. Queste sentenze non hanno solo influenzato il rapporto tra il Tribunale e la magistratura ordinaria, ma anche il rapporto tra il Tribunale e il legislatore. La sentenza sull'aborto richiede al legislatore di fare di più di quanto suggerisca il testo costituzionale; il principio di proporzionalità limita il legislatore al di là di ciò che richiedono le clausole di limitazione dei vari diritti.

Ciò che interessa agli storici, se citano le sentenze, è il loro risultato. La domanda è chi ha vinto e chi ha perso, se il governo o l'opposizione. Il loro interesse non va oltre il risultato ed ignora le alternative scartate, le conseguenze strutturali, lo spostamento di potere tra gli organi dello Stato. Un buon esempio è la *Erste Rundfunk-Urteil* (prima decisione sulla

¹⁴ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. IX, p. 185-202.

¹⁵ Ndr "if a case was not spectacular".

trasmissione radiotelevisiva), che riguardava il tentativo di Adenauer di creare un canale televisivo controllato dal governo¹⁶. Alcuni Länder, governati dall'SPD, avevano impugnato il piano davanti al Tribunale costituzionale. Il Tribunale ha stabilito che la Federazione non aveva competenza in materia di radio e televisione. Con questa asserzione, il caso è stato risolto. Tuttavia, il Tribunale ha ritenuto necessario aggiungere che il piano di Adenauer violava anche la libertà di trasmissione garantita dall'articolo 5 della Legge fondamentale. La televisione, in quanto principale fonte di informazione della società, doveva essere libera dal controllo statale.

Il caso è menzionato in quasi tutti i libri, ma è visto solo come un sintomo del declino di Adenauer. Vengono trascurati il suo enorme impatto sull'indipendenza della televisione pubblica dallo Stato, sull'ordine del sistema di trasmissione nel suo complesso, sulla qualità delle informazioni e sulla sua importanza per il dibattito pubblico. A distanza di vent'anni, è seguita la terza decisione sulla televisione, che reagiva al superamento del problema della scarsità di canali, in seguito alla possibilità di trasmissione via cavo e via satellite e al conseguente aumento dei programmi. È stata la fine del monopolio della televisione pubblica e l'avvento della televisione commerciale. Quasi tutti i libri le dedicano capitoli. Ma nessuno ritiene degno di menzionare questa sentenza nella parte in cui il Tribunale ha autorizzato la televisione privata solo alla condizione che la televisione pubblica mantenesse la sua piena funzione. Si è così evitata una marginalizzazione della televisione pubblica, con tutte le possibili conseguenze ad essa connesse.

La domanda, quindi, è cosa avrebbe potuto attirare l'attenzione degli storici. Rispondere risulterebbe piuttosto facile nei casi in cui il contesto da cui è emersa la sentenza è oggetto dei libri di storia. Così, tutti i libri trattano il cambiamento dei valori che è avvenuto verso la fine degli anni '50 e negli anni '60¹⁷. Molti lo chiamano una *Liberalisierungsschub* (spinta verso la liberalizzazione), un allontanamento dai valori tradizionali verso l'autorealizzazione, l'antiautoritarismo, il pluralismo, ecc. Sembra probabile che questo fosse connesso con le libertà garantite dalla Costituzione. Se queste libertà fossero state definite dal Tribunale costituzionale in maniera restrittiva, probabilmente questa trasformazione dei valori sociali non si sarebbe fermata, ma certamente avrebbe subito un rallentamento. Ne è una prova il fatto che il Tribunale costituzionale abbia dovuto annullare molte

¹⁶ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. VIII, p. 167-183.

¹⁷ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. VII, p. 151-163.

sentenze restrittive dei tribunali inferiori in materia di libertà di parola, libertà di riunione, libertà di espressione artistica, ecc.

Molte delle decisioni non sono state discusse solo all'interno della comunità giuridica ma hanno trovato grande risonanza nei media e presso il pubblico in generale. Alcune hanno occupato la sfera pubblica per settimane e mesi. Ciò è indice del fatto che la loro rilevanza non si è limitata al sistema giuridico. Spesso la discussione di un caso o di una linea giurisprudenziale si è allargata a un dibattito più generale sulla rilevanza dei diritti fondamentali (*Hypertrophie der Grundrechte*, cioè "ipertrofia dei diritti fondamentali") o sul ruolo del Tribunale costituzionale nel sistema politico (*Richterstaat*, cioè "stato dei giudici"). Per alcuni osservatori, a essere in gioco era la democrazia. Il dibattito non si è limitato agli esperti giuristi. Jürgen Habermas, per citare una figura particolarmente prominente, ha lanciato una critica veemente contro l'orientamento valoriale del Tribunale e la sua giurisprudenza sulla proporzionalità¹⁸. Tutto ciò avrebbe potuto destare l'attenzione degli storici.

2.5. *Necessità di una svolta costituzionale nella storiografia*

Naturalmente, l'inclusione del diritto costituzionale nella ricerca storica ha le sue difficoltà. L'esito di una causa giudiziaria può essere accertato più facilmente del suo impatto. Se quest'ultimo non è noto, può essere tuttavia rinvenuto nella formula della sentenza (*Tenor*) che precede la motivazione. L'impatto che eccede la decisione del caso deriva dalle ragioni, che, a quanto sembra, non sono percepite come una fonte dagli storici. Gli effetti a lungo termine possono diventare visibili solo col tempo. L'esito della decisione sull'aborto era evidente, mentre l'impatto di *Lüth* poteva essere stabilito solo conoscendo in che modo i diritti fondamentali erano stati interpretati prima della sua pronuncia e come ciò si ripercuoteva in altri campi del diritto, come le libertà politiche. Tuttavia, per quanto riguarda *Lüth*, esiste una monografia, alla quale hanno contribuito studiosi di diritto, scienziati politici e storici, che fornisce agli studiosi di storia generale questo genere di contestualizzazione¹⁹.

¹⁸ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Francoforte, 1992; in inglese: *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1998, cap. VI.

¹⁹ T. Henne, A. Riedlinger (a cura di), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlino, 2005.

Dieter Grimm

La storia costituzionale come parte integrante della storia generale: il caso tedesco

La scarsità dei libri di storia nell'ambito del diritto costituzionale non dipende da una rinuncia intenzionale degli autori. Piuttosto, è la conseguenza di una mancanza di consapevolezza del rapporto tra diritto e politica e della relativa autonomia del diritto e della sua applicazione, così come della mancanza di familiarità degli storici con i fenomeni giuridici. Ciononostante, la considerazione della Costituzione è indispensabile nella scrittura della storia politica di un Paese come la Repubblica federale tedesca, essendo abbondantemente provato che una serie di condizioni, sviluppi ed eventi non possono essere adeguatamente compresi sufficientemente senza le loro implicazioni giuridiche. Una svolta costituzionale nella storiografia sembra necessaria²⁰; essa, tuttavia, dipende tanto dalla volontà degli storici generali quanto dalla cooperazione degli storici del diritto.

ABSTRACT: The article argues that the influence of the Basic Law and its interpretation by the Federal Constitutional Court on political behaviour and social relations in Germany is a decisive factor in the situations, developments and events that historians want to describe and explain. Several examples illustrate a lack of understanding of the role of constitutional history in contemporary historiography and the need for its integration into the discipline.

KEYWORDS: Federal Republic of Germany – Basic Law – Federal Constitutional Court – Historiography – Constitutional History.

Dieter Grimm, professore emerito di diritto costituzionale, Humboldt-Universität di Berlino.

²⁰ D. Grimm, *Die Historiker*, cap. XV, p. 305-325.