

La storia costituzionale e la scienza storica. La Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale nella storiografia sulla Repubblica Federale Tedesca*

DIETER GRIMM

1. *Una sorpresa*

Non tutto ciò che è significativo per la storia costituzionale lo è anche per la storia generale. Ma deve sorprendere quanto poco della storia costituzionale della Repubblica Federale sia ritenuto degno di essere condiviso da parte della storiografia generale. Ciò pone quest'ultima in netto contrasto con la percezione della Legge fondamentale presso l'opinione pubblica e i media, per non parlare della dottrina giuridica. Accolta inizialmente senza particolari simpatie, la Legge fondamentale si guadagnò presto gli apprezzamenti. Ad ogni anniversario la si lodò sempre di più, per culminare infine in qualcosa di talmente insolito come il "patriottismo costituzionale". Di essa si parla spesso come della costituzione migliore e più liberale che la Germania abbia mai avuto, e lo sviluppo complessivamente positivo della Repubblica Federale si attribuisce non da ultimo anche alla sua buona costituzione.

Eppure, nelle ricostruzioni storiche più recenti che ripercorrono la storia della Repubblica Federale dagli inizi alla riunificazione e oltre, tutto ciò non emerge. Anche se si concorda nel lodare la Legge fondamentale, il significato del suo impatto sugli eventi storici non trapela. Di seguito verrà analizzato il modo in cui le ricostruzioni storiche di tipo generale si pongono nei confronti della Legge fondamentale e della sua applicazione. Nel contesto di una conferenza, ovviamente, è possibile solo delineare delle linee generali. Per una panoramica più ampia devo fare riferimento ad un altro lavoro su questo argomento¹. Come nell'altro scritto, verranno prese in esame solo le grandi ricostruzioni generali pubblicate dopo la riunificazione, ad esclusione delle singole monografie o saggi, come anche delle due ricostruzioni della storia della Repubblica Federale scritte da politologi².

2. *Origine, attuazione, modifica e mutamento della costituzione*

2.1 *La Legge fondamentale*

Negli scritti qui esaminati, si concede poco spazio alla Legge fondamentale e alla sua importanza per la storia della Repubblica Federale, il che non significa che non se ne parli affatto. Sarebbe impossibile non parlarne, poiché la Repubblica Federale è nata con l'entrata in vigore della Legge fondamentale. Senza quest'ultima, tale soggetto storiografico non esisterebbe affatto e comunque non nella forma stabilita dalla Legge fondamentale. Essa costituisce il quadro istituzionale in cui si svolge quanto viene descritto dalla scienza storica, considerata innanzitutto come storia politica; inoltre, essa contiene i principi e le regole che dovrebbero dirigere la Repubblica Federale secondo le idee dei suoi fondatori. Fin qui la scienza storica non può in alcun modo ignorare la Legge fondamentale.

Naturalmente la Legge fondamentale non nasce dal nulla. Essa emerge da una storia senza la quale non può essere compresa e che si può far risalire a molto tempo indietro. Ma in senso proprio essa inizia con i Documenti di Francoforte dei tre alleati occidentali del primo luglio 1948, in cui si chiede ai ministri presidenti dei Land ricostituiti nelle zone di occupazione occidentali di fondare uno stato separato della Germania Occidentale e di redigere il progetto per una costituzione che doveva essere democratica, federalista e liberale. Di tutto ciò le opere storiche narrano in modo più o meno dettagliato a seconda della loro impostazione. Alcune si riferiscono ai Documenti di Francoforte come all'atto di nascita della Repubblica Federale. Ma gli atti

di nascita attestano l'avvento della nascita. Invece, se restiamo fedeli alla metafora, i Documenti di Francoforte erano solo una richiesta a procreare. Il vero atto di nascita è la Legge fondamentale.

Le opere storiche narrano inoltre dei lavori preparatori per la Legge fondamentale, della conferenza di Herrenchiessee e del Consiglio parlamentare. Ma qui il resoconto si fa più conciso. Tutti gli autori sottolineano che si aveva in mente solo una soluzione temporanea. Parimenti tutti richiamano l'attenzione alla costituzione di Weimar. La Legge fondamentale viene presentata come una «anti-costituzione» rispetto a Weimar. L'esperienza della dittatura nazionalsocialista viene presa in considerazione nella misura in cui alla Legge fondamentale viene certificata una «natura intrinsecamente antitotalitaria». Vengono evidenziati i punti più controversi delle deliberazioni. Ma essenzialmente ci si concentra sul dibattito sulle modalità del federalismo. Questo era in effetti l'aspetto più importante, ma nient'affatto unico punto controverso. Anche i diritti dei genitori, il sistema scolastico e il rapporto tra chiesa e stato sono stati fortemente dibattuti, ma vengono raramente menzionati.

La selettività continua laddove si va a descrivere il prodotto delle deliberazioni, ossia la Legge fondamentale. Lo si nota pienamente se si osserva non solo ciò che vi si trova, ma anche ciò che manca. Solo in questo modo si comprende quale immagine offra la scienza storica della Legge fondamentale. In generale si può dire che prevale la parte organizzativa della costituzione. Gli storici sono interessati soprattutto agli aspetti istituzionali, mentre quelli sostanziali, come le disposizioni sugli obiettivi e la struttura dello stato, nonché sui diritti

fondamentali ricevono relativamente poca attenzione. Wehler e Wirsching considerano la Legge fondamentale nel suo complesso come un mero «statuto organizzativo». Questa espressione sarebbe corretta se si dovesse descrivere la costituzione dell'Impero Tedesco, ma non rende giustizia alla Legge fondamentale.

Trattando dell'ambito organizzativo si descrive essenzialmente il livello federale, e anche qui la scelta è determinata dall'atteggiamento nei confronti di Weimar. Viene sottolineato il carattere puramente rappresentativo della democrazia, come anche l'indebolimento del Presidente federale rispetto al Presidente della Repubblica di Weimar e il conseguente innalzamento dello *status* del Parlamento federale e del Cancelliere federale. La rinuncia ad una regolamentazione d'urgenza come già nell'articolo 48 della costituzione di Weimar si menziona quasi sempre, così come il voto di sfiducia costruttiva, ma la democrazia armata è menzionata molto più di rado e l'articolo 79 cpv. 3 della Legge fondamentale appare solo in due delle dodici opere. La peculiarità del federalismo della Germania occidentale, ossia la interconnessione tra la Federazione e i Land e il relativo ruolo del Consiglio federale, che spiegano tante dinamiche della politica successiva, non è sufficientemente approfondita.

Anche la Corte costituzionale federale non è compresa in tutta la sua portata. In alcune opere non se ne parla affatto, anche se successivamente si menziona il ruolo che hanno avuto le sue sentenze. La maggior parte degli autori ne fa cenno, ma solo un autore indica quantomeno le competenze principali della Corte. Le ricostruzioni che menzionano la Corte riconoscono in essa una notevole innovazione costituzionale,

ma danno l'impressione che si tratti semplicemente di un'aggiunta agli organi tradizionali del presidente, del parlamento e del governo. Non viene presa in considerazione la conseguenza di tale innovazione, ossia che cambiano radicalmente le condizioni in cui funzionano tutti gli altri organi. Il fatto che la giustizia costituzionale possa porre anche un problema di democrazia è al massimo accennato.

A differenza degli altri organi statali, che nella Legge fondamentale avevano trovato una regolamentazione definitiva e potevano agire subito dopo la loro creazione, la Corte costituzionale federale era regolamentata solo in modo rudimentale. Dell'ulteriore elaborazione era responsabile il Parlamento federale. Ma, tanto era stata indiscussa nel Consiglio parlamentare la questione dell'istituzione della Corte, tanto si rivelerà acceso il dibattito in Parlamento sulla sua regolamentazione dettagliata. Lì le deliberazioni non si svolgevano più sotto il 'velo dell'ignoranza'. La SPD, che era all'opposizione, voleva un tribunale forte. I Land erano dello stesso parere. La CDU, che ora guidava il governo, preferiva un tribunale debole. Il lavoro legislativo si trascinava. Si concluse solo nella primavera del 1951, dopodiché trascorsero ancora alcuni mesi fino all'elezione dei giudici, sicché la Corte costituzionale federale non poté iniziare i suoi lavori fino al settembre 1951.

Se già nella presentazione della Legge fondamentale la Corte costituzionale federale tende a essere trascurata dalla storiografia, le controversie sulla legge istitutiva della Corte costituzionale federale non hanno ricevuto quasi alcuna attenzione. Vengono menzionate solo da Birke e Conze, ma senza alcuna spiegazione dei punti controversi o del loro contenuto. Secondo

Conze, la nomina dei primi giudici è stata preceduta da un "mercanteggiamento". Non viene però spiegato in che senso si trattasse di un mercanteggiamento. Il fatto che ci fosse uno scambio era dovuto al regolamento. Per l'elezione dei giudici, il legislatore aveva richiesto una maggioranza di tre quarti nel Parlamento federale e nel Consiglio federale, che condividevano la nomina dei giudici, per evitare che il tribunale fosse subordinato al governo. Poiché nessun partito aveva raggiunto una tale maggioranza, gli accordi tra maggioranza e minoranza sui futuri giudici erano inevitabili.

Di conseguenza, il regolamento aveva impedito una chiara faziosità e aveva favorito un tribunale professionale. Non era un risultato scontato. I partiti avrebbero potuto anche decidere di accettare i rispettivi candidati senza fare domande. Ciò avrebbe reso superfluo il cosiddetto mercanteggiamento, ma sarebbe emerso un tribunale diverso. Le affinità di partito hanno giocato un ruolo decisivo. Lo stesso vale per la ripartizione delle elezioni dei giudici tra il Parlamento federale e il Consiglio federale. Poiché i partiti avevano convenuto di assegnare i posti di giudice indipendentemente dagli organi in cui si eleggevano, l'unica conseguenza della divisione del voto tra i due organi fu che anche i politici dei Land furono coinvolti nel processo di selezione. La situazione sarebbe potuta andare diversamente se fossero state concordate due procedure di selezione separate. Ne sarebbe risultato anche un diverso tipo di tribunale, più simile a un tribunale arbitrale.

Laddove le opere esaminano il contenuto della Legge fondamentale, si nota che quasi nessuno commenta il principio di legittimazione del potere politico, anche se si tratta della questione principale alla

quale ogni costituzione deve rispondere. Nella Legge fondamentale, come nella costituzione di Weimar, si tratta della sovranità popolare: "Tutto il potere statale emana dal popolo" (articolo 20, cpv. 2, comma 1, Legge fondamentale). Forse questo era dato per scontato, o forse non si distingue tra sovranità popolare e democrazia. Anche le disposizioni sugli obiettivi statali e sulla struttura statale di cui agli articoli 20 cpv. 1 e 28 cpv. 1 comma 2 Legge fondamentale (repubblica, democrazia, stato di diritto, stato sociale, stato federale) non sempre compaiono e solo raramente sono complete. Lo stesso vale per i due obiettivi politici contenuti nel preambolo, la riunificazione e l'integrazione europea.

La situazione è medesima per quanto riguarda i diritti fondamentali. Non in tutte le opere è possibile scoprire anche solo il fatto che esistano. Quelle che li menzionano si limitano di solito a una asserzione generica. Che cosa esattamente tuteli ciascun diritto fondamentale non è specificato. Di converso, si afferma più volte che i diritti fondamentali sono ora giuridicamente vincolanti, mentre nella costituzione di Weimar si trattava solo di norme programmatiche non vincolanti, il che invece non è vero. Per Birke i diritti fondamentali dovrebbero addirittura rimanere esclusi dalla legislazione, il che però avrebbe per conseguenza che non potrebbero essere limitati. Il limite alla limitazione contenuto nell'articolo 19 comma 2 della Legge fondamentale, che dopotutto è un'importante lezione di Weimar, non viene menzionato da nessuna parte. La novità più significativa e duratura nel catalogo dei diritti fondamentali, la garanzia della dignità umana, appare in una sola opera.

Trascurando le componenti materiali, la storiografia non solo non coglie appieno

la Legge fondamentale, ma la pone anche in un erroneo contrasto con la costituzione di Weimar. Sul piano materiale la Legge fondamentale è innanzitutto il rifiuto del nazionalsocialismo e del totalitarismo. Essa concorda invece con la costituzione di Weimar per quanto riguarda il principio di legittimazione del potere, nonché gli obiettivi statali della democrazia, lo stato di diritto, lo stato sociale e federale e i diritti fondamentali. Sebbene nella Legge fondamentale si riduca il numero dei diritti fondamentali, e in particolare manchino quasi del tutto i diritti sociali, la loro validità viene notevolmente aumentata, soprattutto tramite la maggiore efficacia dei vincoli imposti al legislatore e l'introduzione della giurisdizione costituzionale a portata di tutti grazie allo strumento del ricorso costituzionale.

Da tali opere non è quindi possibile ricavare un quadro attendibile della Legge fondamentale. Ogni libro contiene un frammento più o meno dettagliato della Legge fondamentale. Se si affiancassero tutte queste descrizioni senza dire al lettore a cosa si riferiscono, egli avrebbe difficoltà a riconoscere che si tratti del medesimo soggetto. Nel complesso tutti gli autori valutano la Legge fondamentale positivamente, alcuni addirittura in modo entusiastico. Si possono trovare le frasi che compaiono anche in molti discorsi cerimoniali. Solo in alcuni scritti si rivela che la Legge fondamentale era nata senza grande partecipazione della popolazione, e in nessuno di essi si menziona che alla sua entrata in vigore la maggior parte degli esperti l'aveva considerata un fallimento. Il giudizio estremamente positivo è quindi l'espressione di una prospettiva *ex post*.

2.2 *L'attuazione della Costituzione*

La Legge fondamentale entrò in vigore il 23 maggio 1949 e subito dopo lo stato venne organizzato conformemente. Se la questione fosse finita qui, tale descrizione basterebbe anche alla scienza storica. Tuttavia, per diverse ragioni, questo non è il caso. Il primo è subito evidente. Le costituzioni possono essere modificate e la Legge fondamentale è una di quelle che sono state modificate particolarmente spesso. Se non prendesse in considerazione tali modifiche, la scienza storica rischierebbe di sviluppare delle ipotesi fallaci riguardo al quadro istituzionale del suo soggetto. Non tutte le modifiche costituzionali sono storicamente significative. Alcune però alterano notevolmente le condizioni complessive dell'azione politica o rivestono un interesse storico in quanto esprimono una reazione ai cambiamenti nella società o nei suoi valori.

Inoltre, non ci si può limitare a descrivere il testo della Legge fondamentale, anche perché così si coglierebbe solo in parte la funzione di una costituzione. Essa non si limita all'istituzione dello stato, ma regola anche l'esercizio del potere statale, formalmente attraverso la distribuzione delle competenze e le norme procedurali, materialmente attraverso la definizione degli obiettivi statali e dei diritti fondamentali, spesso anche imponendo allo stato di agire. La costituzione rivendica quindi una continua rilevanza. Non descrive la realtà, ma piuttosto impone di agire su di essa. Tuttavia, non si impone da sola, ma è essa stessa un progetto e dipende dal modo in cui è implementata. Le azioni dei destinatari delle sue norme devono interpersi tra il testo normativo e la realtà, al fine di stabilire la corrispondenza tra i due.

In queste condizioni, la necessità di attuare la costituzione implica al contempo la possibilità che le sue previsioni non vengano soddisfatte del tutto, o lo siano solo in parte, o non come immaginato. Lasciando da parte le costituzioni emanate non con l'intenzione di attuarle, ma solo per dare un'apparenza di costituzionalità, bisogna dire che anche le costituzioni prese sul serio si scontrano necessariamente con una realtà che loro resiste e che non corrisponde alla logica giuridica, ma ne segue una propria. Le costituzioni richiedono alla politica nientemeno che di rispettare la logica del diritto che è ad essa sistematicamente estranea; nelle situazioni concrete esse possono quindi essere percepite come inopportune e anche una politica filo-costituzionale può essere indotta ad aggirarle.

In linea di principio, tutte le leggi possono essere non applicate o applicate in modo fallace. Tuttavia, il pericolo è maggiore nel diritto costituzionale che nel diritto ordinario, perché esso si rivolge alla massima autorità statale a cui viene assegnato il monopolio dell'uso della forza ai fini dell'ordine legale, per cui non è sottomessa ad alcuna autorità superiore. Di conseguenza, il destinatario del diritto costituzionale è allo stesso tempo il suo garante. I massimi organi statali non devono quindi temere alcuna sanzione per le violazioni del diritto costituzionale. Questa costellazione ha dato origine alle corti costituzionali che, in caso di conflitto, possono decidere in modo vincolante cosa la costituzione richieda dai decisori politici. Ma le corti costituzionali si limitano a mitigare la debolezza che è caratteristica del diritto costituzionale, non però ad eliminarla, perché non dispongono di mezzi coercitivi per far rispettare le loro decisioni.

Infine, bisogna tenere conto del livello applicativo, perché qui non ci si limita ad applicare ai singoli casi quanto era già previsto dalla costituzione in termini generali, ma si prendono anche delle decisioni in modo autonomo. In tali casi non si decide soltanto se, ma anche come verrà attuata la costituzione. Ciò è dovuto al limitato potere determinante delle norme giuridiche. Poiché mirano a disciplinare un gran numero di casi futuri, le disposizioni devono necessariamente essere formulate in modo generale e astratto, mentre i casi ai quali si applicano sono sempre individuali e specifici. Esiste quindi un divario tra norma e fattispecie che deve essere colmato da chi applica il diritto per via dell'interpretazione. Pertanto, prima di poterla applicare, bisogna rendere la norma più concreta avendo in mente le specificità del caso in questione. Lo spazio per l'interpretazione è indispensabile.

Anche questo vale in linea di principio per tutto il diritto, ma di particolare rilevanza per il diritto costituzionale, poiché esso contiene le basi e i principi fondamentali dell'ordine politico e sociale ed è per questo formulato in modo molto più aperto e indefinito rispetto al diritto ordinario. L'esperienza di base di coloro che trattano il diritto costituzionale è che la lettura del testo costituzionale non è sufficiente per trovare la risposta ad un problema. Piuttosto, possono essere necessarie lunghe catene di argomentazioni affinché si arrivi alla specificazione appropriata al caso. L'interpretazione e l'applicazione del testo costituzionale sono quindi dei fattori legati alla costituzione, ma che questa non determina in modo conclusivo; in ultima analisi sono quindi dei fattori autonomi, che si aggiungono al testo costituzionale stesso e che



Karlsruhe - Bundesverfassungsgericht

La sede della Corte costituzionale federale tedesca dal 1951 al 1969 al Prinz-Max-Palais di Karlsruhe

quindi non possono essere ignorati dalla scienza storica.

L'interpretazione costituzionale non è solo di competenza delle corti costituzionali. Si svolge in molti posti. Vi confluisce la prassi delle persone soggette alla normativa statale, l'elaborazione della dottrina giuridica, le opinioni delle persone interessate e dei loro consulenti legali o avvocati, la giurisprudenza dei tribunali di grado inferiore, persino le aspettative del pubblico o i modi in cui gli attori sociali esprimono i principi costituzionali. Tuttavia, i sistemi politici che si sono dotati di forti corti costituzionali enfatizzano la interpretazione svolta da queste. In caso di dubbio o controversia, le corti determinano con autore-

volezza il significato della costituzione. Tutte le altre interpretazioni restano semplici opinioni. Le sentenze delle corti costituzionali sono quindi una fonte importante per gli studi storici.

Tuttavia, la scienza giuridica e la scienza storica si avvicinano al diritto e alla sua interpretazione e applicazione con interessi conoscitivi diversi. Mentre la scienza giuridica, fintanto che è orientata in senso dogmatico, si occupa della comprensione giuridicamente corretta delle norme, la scienza storica non è interessata al diritto e alla sua interpretazione né in quanto tale, né dal punto di vista del suo significato. Essa non è una disciplina normativa, bensì empirica. Per la scienza storica, le norme

e le interpretazioni delle norme sono fatti che meritano attenzione fintanto e nella misura in cui riescono o meno ad influenzare le relazioni, gli sviluppi e gli eventi da essa descritti e spiegati.

Le due discipline si incontrano nella storia del diritto. Il suo oggetto è il diritto, il suo metodo è storico. Si tratta del diritto passato (o del passato del diritto attuale). In questo senso, anche la storia giuridica e costituzionale svolta dai giuristi ha a che fare con i fatti. Tuttavia, a differenza della storia generale, la storia costituzionale esercitata dagli studiosi del diritto resta legata alla normatività. Anche a lei non interessa come la legge avrebbe dovuto essere applicata 'correttamente', ma piuttosto quali idee di correttezza giuridica si erano formate all'epoca, come ciò era avvenuto e perché una certa variante interpretativa o un metodo interpretativo aveva prevalso. Per quanto riguarda gli effetti, generalmente non si guarda al di là degli effetti giuridici interni.

I diversi interessi conoscitivi della storia costituzionale esercitata dai giuristi da un lato e della storia generale dall'altro danno origine all'affermazione fatta all'inizio che non tutto ciò che è significativo per la storia costituzionale (giuridica) deve esserlo anche per la storia generale. Quindi in questione sono i criteri di pertinenza. Se la scienza storica non si interessa al diritto in quanto tale, ma solo nella misura in cui esso influenza in modo significativo i processi storici, ciò significa che quando deve decidere di cosa tener conto nel diritto costituzionale e nella giurisprudenza costituzionale, essa parte dai propri criteri di pertinenza, si orienta in base alle proprie interpretazioni e deve inoltre tenere conto della struttura e degli obiettivi della propria opera.

La prossima questione che richiede chiarimenti è come determinare il significato delle disposizioni costituzionali e la loro applicazione ai processi storici. Ciò porterà spesso a domande del tipo 'cosa sarebbe successo se'. Cosa sarebbe successo se la costituzione avesse regolato diversamente una determinata materia trattata dalla scienza storica o se la costituzione fosse stata interpretata diversamente dalla Corte costituzionale federale? Si tratta quindi di processi causali ipotetici e delle incertezze che ad essi si associano. Tuttavia, non se ne può fare a meno, come aveva già spiegato Max Weber dibattendo con Eduard Meyer, poiché la rilevanza di un determinato fattore nel corso di un evento diventa evidente solo se confrontata con la possibilità – non solo teorica – di un diverso corso degli eventi.

Prendendo avvio da questa base metodologica si tratta ora di esaminare come le opere storiche descrivono il ruolo della Legge fondamentale e della giurisprudenza costituzionale negli eventi storici, e se tali descrizioni rendono giustizia al significato storico del diritto costituzionale. Si tratta di un tema molto ampio. Per questo motivo saranno di seguito evidenziate a titolo d'esempio solo alcune modifiche della Legge fondamentale verificatesi secondo le due forme principali, ossia come cambiamenti del testo avvenuti per via di emendamenti costituzionali e come cambiamenti di significato per via di interpretazioni, in particolare della Corte costituzionale federale. Per una presentazione più esauriente, vorrei rimandare nuovamente al libro già citato³.

2.3 Modifiche costituzionali

Fino al momento della riunificazione, con la quale si concludono la maggior parte delle opere storiche qui esaminate, la Legge fondamentale aveva subito 36 modifiche. Tre di loro sono da considerare importanti. Due di esse riguardavano questioni che nel 1949 non potevano ancora essere regolate: la costituzione militare, inserita nella Legge fondamentale nel 1956, e la costituzione dello stato d'emergenza, che seguì nel 1968. Entrambe possono quindi essere considerate come degli atti costituzionali successivi. La terza modifica importante non riguarda invece il completamento della Legge fondamentale, bensì un cambiamento radicale della struttura decisa nel 1949: si tratta della riforma del federalismo del 1969. Tutte e tre le modifiche riguardavano più di un articolo. La riforma del federalismo aveva coinvolto ben 15 articoli.

Tutte e tre le modifiche costituzionali rappresentavano delle reazioni a determinati sviluppi e hanno avuto luogo in determinate costellazioni, la cui importanza è riconosciuta dalla scienza storica, in quanto sono state trattate in maniera più o meno dettagliata nelle opere, a seconda della loro struttura e portata. Tuttavia, ciò non vale allo stesso modo per le modifiche costituzionali correlate. In alcune opere il lettore non apprende nulla delle modifiche costituzionali, in alcune solo che si era giunti ad una modifica della costituzione, ma non si apprende perché era avvenuta e in cosa consistesse, alcune riferiscono anche cosa contenesse la modifica costituzionale, ma estremamente raramente si riferisce da cosa dipendessero le modifiche costituzionali o come avessero influenzato gli ulteriori sviluppi e quindi in cosa consisteva il loro effetto.

Costituzione militare: su di essa le opere storiche si pronunciano di meno. Mentre la questione in sé, ossia il riarmo, viene discussa in dettaglio nei suoi aspetti di politica estera e interna, l'emendamento costituzionale viene menzionato solo di rado. Per spiegare tale fatto, si potrebbe forse dire che ad essere storicamente importante non è il cambiamento costituzionale, bensì la creazione delle forze armate tedesche dieci anni dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale e la catastrofica sconfitta. Ma senza una modifica costituzionale non sarebbe potuta esistere la *Bundeswehr*; parimenti, a 13 anni dalla riconquista della sovranità tedesca non esistevano ancora delle norme che regolassero l'emergenza, perché mancava la maggioranza necessaria nel Parlamento federale e nel Consiglio federale. Il successo dipese dalla volontà della SPD, che ancora nel 1951 si era opposta al contributo militare, di accettare il riarmo.

Si sarebbe potuto giustificare la mancata menzione della modifica costituzionale se si fosse trattato di una mera formalità. Ma la modifica era più di un semplice mezzo per avviare il riarmo. La scelta tra le diverse opzioni sulle modalità di ristabilimento delle forze armate tedesche aveva suscitato una polemica. I tradizionalisti si opponevano ai modernizzatori. Pertanto, non si trattava solo di consentire il riarmo. La controversia doveva essere risolta. Un cambiamento costituzionale dava voce in capitolo a forze politiche che non avrebbero avuto alcuna influenza se fosse stata sufficiente una maggioranza semplice. Tale fatto determinò la decisione a favore dei modernizzatori. Anche la struttura delle forze armate era stata definita in modo costituzionale. Wehler pone questo dibattito al centro del suo ragionamento, ma tralascia del tutto il

significato del cambiamento costituzionale. Solo nell'opera di Conze il tema viene trattato in modo relativamente esauriente.

Costituzione dello stato di emergenza: come per il riarmo, le disposizioni per lo stato di emergenza richiedevano un cambiamento costituzionale. A differenza della costituzione militare, dove l'emendamento costituzionale aveva un obiettivo che andava oltre la costituzione ma poteva essere raggiunto solo attraverso un emendamento costituzionale, la costituzione dello stato di emergenza non era solo una tappa sulla strada verso un obiettivo esterno. Essa stessa era l'obiettivo. Occorreva rendere pronta la Legge fondamentale per lo stato d'eccezione per il caso che si verificassero situazioni del genere. Il dibattito se e come regolare tale eventualità fu ancora più acceso di quello riguardante il riarmo. La modifica costituzionale pose fine al conflitto ed infine riuscì anche a placare l'agitazione nell'opinione pubblica, che ravvisava nei poteri di emergenza la leva per instaurare un regime autoritario.

Alcuni autori non ritengono che la costituzione di emergenza sia degna di nota in sé, ma solo per la sua importanza per altri sviluppi. La si affronta in connessione con il movimento del '68, a cui diede maggiore impeto. Altri autori la trattano come un fenomeno indipendente, ma la descrivono solo in modo sommario. La maggior parte di loro ammette che solo grazie alla grande coalizione fu possibile aprire la strada alla regolamentazione dello stato d'emergenza che era stata pianificata da tempo. Tuttavia, solo pochi menzionano le modifiche che bisognò apporre al progetto iniziale affinché la SPD accettasse di approvarlo. Fino ad oggi non vi è stato alcun motivo per avvalersi dei poteri di emergenza. Ma ciò non

costituisce un valido motivo per ignorarli, poiché nel caso si presentasse l'eventualità, gli strumenti costituzionali sarebbero pronti all'uso.

Riforma del federalismo: il motivo per la riforma del federalismo fu la prima, relativamente lieve recessione se giudicata a posteriori, che la Repubblica Federale conobbe nel 1966/67 dopo una lunga fase di crescita economica costante. La recessione contribuì alla caduta di Ludwig Erhard, che non era disposto a riorientare la sua politica economica in senso keynesiano. Tale riorientamento, intrapreso dalla grande coalizione formatasi dopo la caduta di Erhard, incontrò però degli ostacoli nella Legge fondamentale. In particolare, il fatto che la gestione del bilancio fosse indipendente dai meccanismi federali e dai Land impediva un'efficace gestione della crisi. Prima della crisi, il federalismo aveva iniziato una graduale trasformazione verso una maggiore centralizzazione, descritta da Konrad Hesse in un piccolo ma influente testo.

Ora però c'era bisogno di un aperto allontanamento dal federalismo dualistico, che non era mai stato così dualistico come quello americano o svizzero, ma che separava chiaramente i compiti tra il governo federale e i governi dei Land. Lo scopo della riforma era la gestione coordinata del bilancio tra il governo federale e quelli dei Land, nonché una pianificazione congiunta e la istituzione di compiti comuni. Per compensare i Land per la perdita dell'indipendenza, essi ottennero maggiori poteri di codecisione nel Consiglio federale, che però non vanno a vantaggio di singoli Land, bensì al loro insieme. La riforma contribuì a superare la crisi economica. Tuttavia, essa comportò dei costi aggiuntivi sul piano dell'efficienza e della democraticità, che

divennero evidenti solo a lungo termine. Col tempo i costi divennero così insopportabili che nel 2003 fu necessario affrontare una nuova riforma, ma questa si pone al di là del limite temporale della maggior parte delle opere esaminate.

Quasi tutte le opere segnalano tali problemi. Si incontrano quasi sempre parole come «blocco della politica» e «immobilismo». In molte di esse si attribuisce la colpa anche alle differenze nei rapporti di maggioranza nel Parlamento federale e nel Consiglio federale. Manca però un'analisi più approfondita delle cause. Questa avrebbe rivelato la natura costituzionale della crisi. La causa risiedeva nei sempre maggiori poteri di codecisione, dovuti in parte al fatto che il governo federale regolava sempre più le procedure amministrative con le quali i Land dovevano attuare le leggi federali, fatto che a sua volta faceva azionare il potere di codecisione del Consiglio federale, in parte perché le decisioni per le quali la competenza era condivisa richiedevano il consenso del Consiglio federale o perché, come nel caso delle attività comuni, era richiesta l'unanimità di tutti gli undici partner, e in parte perché la Corte costituzionale federale aveva affermato che se una legge conteneva anche solo una norma soggetta all'approvazione per codecisione, l'intera legge doveva essere sottoposta a tale procedura.

I progetti politici del governo federale dipendevano quindi in larga misura dall'approvazione del Consiglio federale e, se li i partiti dell'opposizione detenevano la maggioranza, i progetti non potevano essere attuati, o non con sufficiente rapidità, o solo in modo attenuato. Da un punto di vista democratico ciò era problematico, in primo luogo perché l'attività legislativa veniva di-

rottata al Comitato di conciliazione, dove invece di discutere le parti negoziavano tra loro e per di più, a differenza del parlamento, questi negoziati non avvenivano in pubblico, e in secondo luogo perché gli elevati costi del consenso offuscavano le responsabilità. Ciascuna parte poteva rivendicare in modo non verificabile per sé i successi e attribuire all'avversario i fallimenti. Pochissimi autori rendono conto di ciò. Solo Conze riconosce nella riforma del federalismo la modifica più profonda e di più vasta portata della Legge fondamentale nei suoi primi vent'anni di esistenza.

Alcuni autori concludono la loro descrizione di questa fase della storia della Repubblica Federale, che per loro si conclude con il passaggio graduale dalla grande coalizione alla coalizione social-liberale, affermando che la Legge fondamentale aveva superato la prova dei fatti, rivelandosi complessivamente come una buona costituzione. Tuttavia, bisogna chiedersi come sia possibile conciliare questo giudizio con il fatto che proprio in quegli anni la Legge fondamentale veniva percepita sempre più come inadeguata e antiquata? Questo sentimento si diffuse rapidamente e portò alla richiesta di una revisione totale della Legge fondamentale, che venne accolta anche dai politici. Nel 1970 il Parlamento federale istituì una Commissione per valutare la revisione completa della Legge fondamentale. La grande riforma del federalismo era avvenuta appena un anno prima. Il Parlamento federale eletto all'inizio del 1972 rinnovò il mandato della Commissione.

Quando infine nel 1976 la Commissione presentò un rapporto con numerose proposte di modifica, l'interesse per una revisione totale era svanito, perché nel frattempo si era iniziato a venerare la Legge fonamen-

tale. Nessuna delle opere storiche affronta il tema della revisione totale; di essa non si sa nulla, anche se non si era trattato affatto di una questione riservata agli esperti, ma ci fu anzi un'ampia partecipazione mediatica. Forse lo si può attribuire al fatto che rimase priva di conseguenze, ma ciononostante non merita forse di essere menzionata? Non vale la pena forse ricordare che la Repubblica Federale volle abbandonare la costituzione che fu adottata solo vent'anni prima e che è oggi tanto lodata dagli storici per sostituirla con una nuova? Sono forse emerse delle esperienze riguardanti la Legge fondamentale, o dei cambiamenti nel contesto, o delle nuove concezioni su cosa sia una buona costituzione che hanno reso possibile tutto ciò?

2.4 *Cambiamento costituzionale*

Si può discutere se la Legge fondamentale sia cambiata più a causa delle formali modifiche costituzionali o per via delle interpretazioni costituzionali. Per i diritti fondamentali, invece, la risposta è chiara: attraverso l'interpretazione. Benché anche il testo della parte relativa ai diritti fondamentali abbia subito alcune modifiche, queste sono di importanza inferiore rispetto ai cambiamenti che coinvolgevano la loro interpretazione. La concezione dei diritti fondamentali e quindi anche la loro portata sono cambiati in un modo che nel 1949 era ancora inimmaginabile. Rispetto alle norme organizzative e procedurali, i diritti fondamentali poggiano, per via della loro lapidaria formulazione, molto più non solo sulla mera interpretazione, ma su una teoria complessiva che guidi l'interpretazione

del loro significato e della loro funzione. La gamma delle opzioni interpretative è quindi più ampia e la scelta tra le possibili interpretazioni è di conseguenza più significativa.

Già nel descrivere la Legge fondamentale, le opere storiche trascurano i diritti fondamentali. Tale tendenza persiste anche nella presentazione degli sviluppi successivi. Nella dottrina giuridica vige un ampio consenso riguardo all'importanza generale della sentenza Lüth. Ogni studente di giurisprudenza la conosce. Gli studi di diritto costituzionale comparato l'hanno resa nota in tutto il mondo. Tutto ciò non traspare da nessuna delle opere storiche. Il significato di questa sentenza può essere compreso solo se si tiene conto del modo in cui erano concepiti i diritti fondamentali prima di Lüth. Se fosse rimasto come prima, Lüth avrebbe perso non solo nei tribunali civili, ma anche a Karlsruhe. Ma il significato va ben oltre l'esito del caso. Quest'ultimo è significativo nella misura in cui ha creato le condizioni favorevoli per la rivoluzione dei diritti fondamentali.

La novità fondamentale consisteva nel liberare i diritti fondamentali dalla loro interpretazione unidimensionale, ossia dal vedere in essi solo il diritto dell'individuo a difendersi dallo Stato; da allora essi sono stati riconosciuti come principi giuridici oggettivi che vincolano l'intero ordinamento giuridico e, fatto ancor più importante, come la espressione giuridica dei valori supremi. Come tali, essi sono diventati la fonte di numerose innovazioni. La stessa sentenza Lüth aveva esteso la sua efficacia ai rapporti di diritto privato ed era stata innalzata a livello di massima interpretativa del diritto ordinario. In tal modo la Corte costituzionale federale aveva posto

tutto il sistema giudiziario sotto il suo controllo. Nella prima sentenza che dichiarò incostituzionale la legge che voleva depenalizzare l'aborto entro certi termini dal concepimento, emanata nel 1975, il valore dei diritti fondamentali fu interpretato non solo come il diritto di difesa nei confronti dello stato, ma anche come il dovere dello stato di proteggere la libertà garantita dai diritti fondamentali anche quando questa viene minacciata da privati. Questa sentenza viene menzionata in quasi tutte le opere storiche.

La differenza può probabilmente essere spiegata dal fatto che la sentenza sull'aborto era stata preceduta da un acceso dibattito nella società e nella politica e che la decisione della Corte aveva ostacolato un importante progetto di riforma della coalizione social-liberale. Ma nessuna delle opere storiche attribuisce l'importanza della sentenza all'obbligo dello stato di proteggere la libertà, e nemmeno si fa menzione di tale dovere, nonostante con essa il potere di controllo della Corte costituzionale federale — che nel caso di Lüth era stato esteso all'intera giurisdizione — si estendesse anche alla sfera politica. Da allora, la Corte costituzionale federale non deve più limitarsi a verificare solo se il legislatore si è spinto troppo oltre nel limitare i diritti fondamentali e in questo caso annullare la legge, ma deve anche verificare se ha fatto troppo poco per proteggerli dalle minacce dei privati. Da quel momento in poi il legislatore può essere obbligato ad agire anche laddove avrebbe preferito rimanere passivo.

Il confronto tra la sentenza Lüth e la sentenza sulla non punibilità dell'aborto entro certi termini mette in luce le ragioni della prospettiva adottata dagli storici. Le decisioni della Corte costituzionale

vengono notate quando nascono da grandi conflitti politici o sociali, come nel caso del riarmo, dei trattati con la Germania Est, degli scandali sul finanziamento dei partiti, della prima sentenza sulla televisione o dello scioglimento del Parlamento federale. Laddove il caso non è spettacolare, benché l'effetto fosse grande, le decisioni non vengono notate. Ciò vale ad esempio per la sentenza Elfes, che aveva eliminato le lacune nella tutela dei diritti fondamentali, per cui qualsiasi restrizione, impedimento o aggravio da parte dello stato nei confronti dell'individuo può essere impugnato davanti alla Corte costituzionale federale, o per la sentenza sulle farmacie che aveva introdotto il test di proporzionalità; quest'ultimo è diventato da quel momento il sostegno principale nella tutela dei diritti fondamentali, nonché l'articolo di esportazione di maggior successo della Germania nel campo del diritto costituzionale.

Quando si tratta delle sentenze della Corte costituzionale, l'interesse degli storici è limitato al loro esito. La domanda è chi ha vinto, chi ha perso, governo o opposizione. Lo sguardo non va oltre questo, non alle possibili interpretazioni che non sono state accolte, non alle conseguenze strutturali, non ai mutati equilibri tra gli organi dello Stato. Così la prima sentenza sulla televisione, che aveva sventato il progetto di Adenauer di creare su base di diritto privato un programma televisivo favorevole al governo, viene costantemente presentata come nient'altro che una pietra miliare sulla strada verso il declino dell'era Adenauer. Non si menziona la sua importanza per la tutela statale della libertà di trasmissione, per la regolamentazione complessiva del sistema radiotelevisivo o anche per la qualità del sistema informativo o del dibattito

pubblico. L'era Adenauer è storia. L'impatto della giurisprudenza sulle trasmissioni radiotelevisive è tuttora attuale.

Se ci soffermiamo un attimo sul settore radiotelevisivo, dobbiamo menzionare il cambiamento fondamentale che si è verificato con il venir meno dei limiti tecnici alle bande di frequenza e con la digitalizzazione. La risposta politica a ciò è stata il sistema duale, menzionato dalla maggior parte degli autori. Nessuno di loro però tiene conto del fatto che la Corte costituzionale federale ha ammesso questo sistema solo a condizione che fosse garantita la competitività delle trasmissioni pubbliche, perché le trasmissioni commerciali non offrono alcuna garanzia che la società riceva le informazioni e le opinioni garantite dalla Legge fondamentale nell'interesse dell'autosviluppo individuale e dell'autogoverno collettivo. Cosa sarebbe diventata l'opinione pubblica se nel 1981 le trasmissioni radiotelevisive fossero state invece lasciate agli operatori commerciali? Gli storici vedono il problema, ma non il contributo della giurisprudenza costituzionale.

Gli storici non si intromettono nelle motivazioni delle sentenze. Ma le motivazioni ci rivelano quali considerazioni hanno guidato la Corte. Inoltre, le motivazioni generano gli effetti a lungo raggio che vanno oltre la decisione del caso specifico. Esse mostrano anche le diverse opzioni che si erano presentate davanti ai giudici. Spesso ci permettono anche di intravedere le controversie interne alla Corte. Tuttavia, pur essendo una fonte storica straordinariamente ricca, non sono riconosciute come tale. Bisogna considerare che i principi chiave che regolano i rapporti tra lo stato, la società e gli individui sono fissati nei diritti fondamentali, sia pure in modo molto

astratto. Pertanto, sarebbe il caso di prestare maggiore attenzione al fatto che tutto dipende dal significato che la Corte costituzionale federale, riformulandoli in maniera approfondita, attribuisce ad essi nei casi concreti.

Certamente non è facile prestare attenzione alle sentenze giuridicamente rilevanti che non abbiano suscitato scalpore nell'opinione pubblica, per poi seguirne le ragioni e riconoscerne la portata al di là del caso specifico. Per questo bisogna chiedersi cosa avrebbe potuto attirare l'attenzione degli storici. Un aiuto potrebbe essere il fatto che la facoltà della Corte costituzionale federale di reinterpretare i diritti fondamentali non è stata accettata senza obiezioni. L'interpretazione valoriale dei diritti fondamentali ha ricevuto forti critiche, da destra perché indebolisce lo stato di diritto e da sinistra perché mette in pericolo la democrazia. La discussione tra giuristi può sfuggire agli studi storici, sebbene nomi di spicco come Carl Schmitt, Ernst Forsthoff ed Ernst Wolfgang Böckenförde abbiano avuto un ruolo in essa. Ma la discussione non si è limitata al diritto. Jürgen Habermas aveva sottoposto la giurisprudenza dei valori e il principio di proporzionalità ad un vaglio complessivo.

Le stesse ricostruzioni storiche offrono punti di riferimento che possono rendere più agevole la presa in considerazione delle sentenze. Un esempio è la violenta reazione pubblica al fallimento di numerosi progetti di riforma da parte della coalizione social-liberale dovuta all'azione della Corte di Karlsruhe. La maggior parte dei lavori descrive il carattere ampio e controverso del programma di riforma, ma il ruolo della Corte costituzionale federale viene affrontato solo nel caso dell'aborto e del trattato

concernente la base delle relazioni tra la Repubblica federale e la DDR. Viene completamente trascurata una delle crisi più gravi della giustizia costituzionale, dovuta al fatto che fu la Corte di Karlsruhe a decidere il destino di alcuni progetti di riforma. Le opere danno piuttosto l'impressione che vi sia stato un apprezzamento sempre più forte per la Corte costituzionale federale e la sua giurisprudenza.

Inoltre, tutti i lavori sottolineano che dalla fine degli anni Cinquanta e dall'inizio degli anni Sessanta si è verificato un cambiamento nei valori e una spinta alla liberalizzazione nella società, a cui alcuni autori attribuiscono addirittura un significato epocale. Esso viene spiegato con il superamento della situazione di penuria del dopoguerra e con il ricambio generazionale. Quasi tutti vedono il movimento del '68 come una conseguenza, e non come la causa del cambiamento di valori. Ora sarebbe certamente sbagliato ribattere a ciò affermando che il vero autore di questi cambiamenti fosse stato la Corte costituzionale federale. Ma d'altro canto, non è del tutto inverosimile supporre che vi sia un nesso tra la liberalizzazione sociale e il modo in cui furono interpretate le libertà civili.

Il cambiamento dei valori non è avvenuto senza intoppi. Anzi, ha generato accese controversie, molte delle quali combattute in tribunale, ad esempio sui limiti della libertà di espressione e dei media, della libertà nell'arte, sul diritto di manifestare, ecc. La giurisprudenza dei tribunali fu spesso corretta dalla Corte costituzionale federale in senso liberale. Tuttavia, la Corte costituzionale federale avrebbe potuto anche porsi diversamente. Come dimostra la giurisprudenza dei tribunali specializzati, un diverso modo di pensare rientrava evi-

dentemente nell'ambito delle possibilità giuridiche. Se è vero che la liberalizzazione era stata una tendenza epocale, probabilmente neanche una giurisprudenza più conservatrice della Corte Costituzionale l'avrebbe potuta fermare. Ma sicuramente avrebbe potuto renderla più difficile.

3. *Un auspicio*

Nei lavori storiografici qui esaminati non vi è alcun segno che indichi che la negligenza nel presentare la Legge fondamentale e la giurisprudenza costituzionale sia dovuta alla scelta di non approfondire la storia costituzionale della Repubblica federale. Tutto fa piuttosto pensare ad un problema di percezione. Manca la sensibilità per la rilevanza politica e sociale della costituzione e per il significato che riveste la sua interpretazione e l'applicazione. Come è stato dimostrato, in ogni momento ci sono circostanze ed eventi che sono importanti per la scienza storica ma che non possono essere spiegati adeguatamente senza tenere conto della costituzione. Tuttavia, essi non vengono percepiti o lo sono solo selettivamente. Ciò vale a maggior ragione per la giurisprudenza costituzionale, la cui considerazione è alquanto casuale.

Il problema è stato presentato qui solo in modo frammentario. Ma anche così dovrebbe apparire chiaro l'auspicio per una storia degli effetti della Legge fondamentale, nonché della sua interpretazione e dell'applicazione. Né la scienza giuridica né la scienza storica possono farla da sole. La scienza giuridica ha familiarità con il diritto, ma lo esamina principalmente dal

punto di vista di una interpretazione e applicazione giuridicamente corretta; inoltre, essa dispone di mezzi limitati per chiarirne gli effetti extra-giuridici. La scienza storica ha questi mezzi, ma non ha familiarità con il diritto, per cui le mancano dei fattori che

sono determinanti per i fenomeni che vuole descrivere e spiegare. Una storia degli effetti deve necessariamente essere interdisciplinare.

* Questo articolo è la traduzione italiana, a cura di Ronald Car, di *Verfassungsgeschichte und Geschichtswissenschaft. Grundgesetz und Verfassungsrechtsprechung in der Geschichtsschreibung der Bundesrepublik* pubblicato nel 2023 nel volume *Theorie der Verfassungsgeschichte. Geschichtswissenschaft – Philosophie – Rechtsdogmatik*, Herausgegeben von I. Augsberg und M. W. Müller. Si ringraziano vivamente l'autore, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Grimm e l'editore Mohr Siebeck Tübingen per aver autorizzato la pubblicazione del testo in italiano.

¹ D. Grimm, *Die Verfassung und die Historiker. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, München, Beck, 2022, in esso vi sono anche tutti i riferimenti, che quindi non vengono riportati in questo scritto.

² Si tratta delle seguenti opere: la grande ricostruzione di M. Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart*, München, Beck, 1999; E. Wolfrum, *Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2006; E. Conze, *Die Suche nach Sicherheit. Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis zur Gegenwart*, Berlin, Siedler, 2009; H.A. Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Bd. 2, *Deutsche Geschichte vom „Dritten Reich“ bis zur Wiedervereinigung*, München, Beck, 2000, dal capitolo 2; H-U. Wehler, *Deutsche Gesellschafts-*

geschichte, Bd. 5, *Bundesrepublik und DDR 1949-1990*, München, Beck, 2008; U. Herbert, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, parti IV e V, München, Beck, 2014; i testi di A.M. Birke, *Die Bundesrepublik Deutschland. Verfassung, Parlament und Parteien*, München, Oldenbourg, 1997; nuova edizione a cura di U. Wengst, 2010; R. Morsey, *Die Bundesrepublik Deutschland 1949 bis 1969*, Berlin-Boston, Oldenbourg, 2007; A. Rödder, *Die Bundesrepublik Deutschland 1969 bis 1990*, München, Oldenbourg, 2004; Ch. Henrich-Franke, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung 1949 bis zur Gegenwart*, marix, Wiesbaden, 2019; la breve ricostruzione di M-L. Rekker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, terza ed., München, Beck, 2009; A. Wirsching, *Deutsche Geschichte im 20. Jahrhundert*, terza ed., München, Beck, 2011, capitoli IV-VI; D. Geppert, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck, 2021.

³ Si veda nota *.