

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI
SEZIONE II: STUDI

Direttore

Mario ASCHERI

Comitato scientifico

Paolo ALVAZZI DEL FRATE

Roma

Patrick ARABEYRE

Paris

Aquilino IGLESIA FERREIRÓS

Barcelona

Eric GOJOSO

Poitiers

Faustino MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Madrid

Heinz MOHNHAUPT

Frankfurt/Main

STORIA DEL DIRITTO E DELLE ISTITUZIONI SEZIONE II: STUDI

Questa collana si propone, oltre a sperimentazioni per una didattica rinnovata, di mettere in circolazione in primo luogo opere di giovani studiosi metodologicamente interessanti o su argomenti poco o per nulla considerati entro la letteratura storico-giuridica e istituzionale italiana corrente. Il proposito è però anche quello di non trascurare le traduzioni di saggi di autori stranieri che possano aprire nuove prospettive di ricerca, oppure di 'classici' destinati ad avere una circolazione specialistica. Infine, si ritiene opportuno anche riproporre lavori ormai datati ma apparsi solo in edizione provvisoria o a bassa tiratura, oppure ancora su temi scarsamente considerati al loro primo apparire sul mercato. Nel complesso, quindi, si tratta di una collana che vuole inserirsi utilmente nel dibattito storiografico contemporaneo, tenuto conto del crescente interesse che gli storici riservano alle trattazioni che sappiano inserire entro problematiche più generali le questioni specifiche del diritto e delle istituzioni, con i loro profili tecnici a volte anche molto delicati e complessi.

Nella collana "Storia del diritto e delle istituzioni" sono pubblicate opere sottoposte a valutazione con il sistema del « doppio cieco » (« double blind peer review process ») nel rispetto dell'anonimato sia dell'autore, sia dei due revisori che sono stati scelti dal Comitato scientifico della collana.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica italiani o straniere o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili.

Ciascun revisore formulerà una delle seguenti valutazioni:

- a) pubblicabile senza modifiche;
- b) pubblicabile previo apporto di modifiche;
- c) da rivedere in maniera sostanziale;
- d) da rigettare;

tenendo conto della: a) rilevanza scientifica nel panorama nazionale e internazionale; b) attenzione adeguata alla dottrina e all'apparato critico; c) adeguato aggiornamento normativo e giurisprudenziale; d) rigore metodologico; e) proprietà di linguaggio e fluidità del testo; f) uniformità dei criteri redazionali.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore a cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le schede di valutazione verranno conservate, in doppia copia, nell'archivio del direttore e dell'editore.

Il termine per la valutazione non deve superare i venti giorni, decorsi i quali il direttore della collana, in assenza di osservazioni negative, ritiene approvata la proposta.

Sono escluse dalla valutazione gli atti di convegno, le opere dei membri del comitato e le opere collettive di provenienza accademica. Il direttore, su sua responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione scritti pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Simona Rossi

**Contenuti e metodi dei diritti
fondamentali in Germania**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5400-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2012

Indice

- 9 *Premessa*
- 11 **Capitolo I**
I diritti fondamentali tra manualistica e sentenze della Corte costituzionale federale sull'esempio del diritto di personalità
1. Manualistica, 11 – 2. La struttura dell'analisi dei diritti fondamentali, 13 – 3. Alcune sentenze della Corte costituzionale federale sull'art. 2 co. 1 Legge fondamentale, 28 – 4. La genesi dell'art. 2 I GG, 52 – 5. Il contenuto, i limiti e la legittimità costituzionale dell'intervento pubblico: l'interpretazione dell'art. 2 I GG, 54 – 6. "La libertà di cavalcare nei boschi". Applicazione del metodo costituzionale al caso, 65.
- 75 **Capitolo II**
Introduzione storica ai diritti fondamentali
1. La dimensione storica dei diritti fondamentali, 75 – 2. Leggi fondamentali e diritti fondamentali, 80 – 3. Patti di dominio, *privilegia* e diritti personali, 81 – 4. Dai privilegi ai diritti fondamentali, 86 – 5. Un diritto fondamentale primigenio?, 92 – 6. I diritti fondamentali nel *Vormärz*, 95 – 7. I *Grundrechte* nella Costituzione della *Paulskirche*, 103 – 8. I diritti fondamentali e i diritti positivi pubblici, 107 – 9. Diritti fondamentali e Costituzione di Weimar, 114 – 10. Il dibattito alla Costituente del *Grundgesetz*, 123.
- 129 **Capitolo III**
Il dibattito sui diritti fondamentali
1. I fondamenti del dibattito sui *Grundrechte* nella storiografia contemporanea, 130 – 2. Primo approfondimento: i diritti fondamentali e la Costituzione, 142 – 3. Secondo approfondimento: i caratteri dei diritti fondamentali, 150 – 4. Terzo approfondimento: i limiti della dogmatica, 167.
- 181 *Bibliografia*

Premessa

Quanto si è allontanata la dottrina costituzionalistica tedesca dall'insegnamento di Savigny? Questa domanda dalle suggestioni storiche serve a stimolare una riflessione sia sul modo odierno di insegnare agli studenti di giurisprudenza la materia dei diritti fondamentali, che sul dibattito sul metodo costituzionale in Germania.

Come riferimento di partenza si è scelto l'art. 2 primo comma della Legge fondamentale (art. 2 I GG). Il diritto fondamentale di personalità ha rappresentato sin dai primi anni di vigenza del *Grundgesetz* un perno della giurisprudenza della Corte costituzionale federale e di conseguenza uno dei diritti costituzionali più dibattuti. Offre quindi la materia necessaria per analizzare contenuti e metodi del diritto costituzionale.

Inizieremo la nostra analisi da alcune considerazioni sulla manualistica costituzionale per introdurre nell'ottica dell'insegnamento. Ai temi centrali dell'art. 2 I GG giungeremo invece attraverso alcune sentenze della Corte costituzionale, per poi vedere come queste sono accolte dai manuali e come in ultimo dagli studenti attraverso la "soluzione" di un caso.

Nel secondo capitolo offriamo una ricostruzione storica, perché proprio recuperando la multiformità dei percorsi storici dei diritti costituzionali, la dottrina ha reimpostato il dibattito al di fuori della contrapposizione tra formalismo e anti-formalismo.

Nel terzo capitolo affronteremo i nodi critici di tale dibattito, sottolineando i pregi e le difficoltà che riscontra il metodo interpretativo esaminato all'inizio.

Le riflessioni su questi argomenti sono state trovate e approfondite durante gli anni di insegnamento e ricerca, trascorsi come *Wissenschaftliche Assistentin* all'Università di Brema (Germania). Un sentito grazie va dunque al Professor Dian Schefold, cui questo lavoro è dedicato. Un grazie particolare va anche al Professor Mario Ascheri per aver accolto lo scritto in questa collana, incoraggiando

la comparazione diacronica e sincronica. L'iniziativa è partita da Massimo Nardoza e per dirla con Kurt Tucholsky: *Freundschaft, das ist wie Heimat!*

I diritti fondamentali tra manualistica e sentenze della Corte costituzionale federale sull'esempio del diritto di personalità

1. Manualistica

La letteratura costituzionalistica sui diritti fondamentali nel *Grundgesetz* è sconfinata, ha addirittura, per quantità, raggiunto e superato quella legata all'organizzazione dei poteri dello Stato, compresi i contributi "specialistici" sull'assetto federale, sui partiti politici e il sistema rappresentativo, sulla democrazia in generale e sui temi di attualità, ad es. l'ambiente e lo sviluppo tecnologico ecc. Ogni sentenza della Corte costituzionale incardinata su un diritto fondamentale solleva un'onda altissima di scritti di dottorato, di articoli e seminari dagli orientamenti più generali a quelli tecnicistici.

La manualistica si è oramai separata nei due rami del diritto pubblico: lo *Staatsrecht I* inerente all'organizzazione dello Stato (*Staatsorganisationsrecht*) e lo *Staatsrecht II* dei diritti fondamentali. Così abbiamo per la parte organizzativa della Costituzione lo *Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht* di C. Degenhardt, giunto alla XXVI edizione, cui fa da pendant lo *Staatsrecht II, Grundrechte* di B. Pieroth e B. Schlink, 17 edizioni per i manuali C.F.Müller. Vi sono lo *Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, VI edizione, di H. Maurer e lo *Staatsrecht II, Grundrechte* di F. Hufen, 3 edizioni, e lo *Staatsrecht II, Grundrechte* di G. Manssen per la C.H. Beck. Per i manuali Vahlen J. Ipsen ha scritto sia lo *Staatsrechts I, Staatsorganisationsrecht*, 23 edizioni, che *Staatsrecht II, Grundrechte*, 14 edizioni. Lo stesso Ipsen ha scritto per Leuchterhand lo *Staatsrechts II, Grundrechte*, 8 edizioni. Per la Nomos sia lo *Staatsorganisationsrecht II; Grundrechte* (1 edizione nel 2012) che i *Grundrechte* (già 3 edizioni) sono stati elaborati da L. Michael e M. Morlok. V. Epping ha scritto i *Grundrechte* per la Springer, 5 edizioni.

Tra i manuali fa così eccezione, nel senso che unisce e integra sia la parte organizzativa che quella dei diritti fondamentali, solo il non superato (e neanche imitato) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* di Konrad Hesse (20 edizioni per la C.F. Müller). Perché se anche prendiamo l'approfondita opera di diritto costituzionale di M. Kloepfer, essa comunque è suddivisa in *Verfassungsrecht I e II* (per la C.H. Beck) e il suo *Staatsrecht-Kompakt* (Nomos-UTB), che pure racchiude tutto il diritto costituzionale — compresi i riferimenti al diritto europeo — rappresenta più un compendio che un manuale “di scuola”.

Vi sono chiaramente altre e ben importanti opere di diritto costituzionale di portata generale, tuttavia esse sono volumi collettanei e di approfondimento. Primo fra questi l'*Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland* a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, per la C.F. Müller, di cui il IX volume è quello dedicato ai diritti fondamentali. L'*Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di E. Benda, W. Maihofer, H-J. Vogel, de Gruyter, ha la sua seconda edizione nel 1994, è una raccolta sistematica di saggi “classici” del diritto costituzionale contemporaneo. L'opera collettanea più ampia focalizzata sui diritti fondamentali sono gli otto volumi dell'*Handbuch der Grundrechte* a cura di D. Merten e H.J. Papier (C.F. Müller).

Se per la manualistica si vuole avere un riscontro diretto sui differenti metodi di insegnamento dei diritti fondamentali, bisogna prendere come “antipodi” da una parte il manuale di Hesse e dall'altra quello di Pieroth/Schlink, anche i più letti. Nel manuale di Hesse l'analisi dei diritti fondamentali è al primo paragrafo del terzo capitolo intitolato *Lineamenti dell'organizzazione (Ausgestaltung)*, seguiti da *Le funzioni, Gli organi e le competenze* e in fine *La tutela della Costituzione*. Tutto muove dal concetto di *Costituzione* — che dunque apre il manuale — e dalla sua *Interpretazione* (secondo capitolo). Diversamente il manuale di Pieroth/Schlink non fa ricorso al concetto di Costituzione ma inizia con la ricostruzione storica e concettuale dei diritti fondamentali, in particolare evidenziando la tradizione americana e francese, presenta poi un'introduzione generale alle dottrine e alle funzioni dei diritti fondamentali, per concentrarsi sullo schema interpretativo in base al quale gli studenti risolveranno casi concreti di diritto costituzionale. Quest'ultima grossomodo è l'impostazione anche degli altri manuali sui *Grundrechte*. Si distanzia un po' il manuale di Lothar/Morlok che,

pur non rinunciando all'ottica dell'applicazione pratica dei diritti fondamentali nei "casi", inserisce prima di tutto i riferimenti al diritto europeo come "prosecuzione" del diritto tedesco, qualche volta come soluzione argomentativa migliore o come alternativa processuale. Poi prende le distanze dalla tripartizione tipica dell'argomentazione sui diritti fondamentali e mette in risalto le molteplici dimensioni delle norme costituzionali, con un occhio di riguardo alle funzioni dei diritti fondamentali. È dunque il manuale "più moderno".

Quello che immediatamente risalta dal confronto tra i manuali più letti (Hesse–Pieroth/Schlink), tenendo conto che 'l'attualità' dei diritti fondamentali del *Grundgesetz* risiede nella loro "forza di attualizzazione" (o normatività o efficacia), è che se entrambi i manuali mettono al centro l'interpretazione, quello di Hesse la inserisce in un ambito ermeneutico costituzionale generale al fine di "realizzare" (*verwirklichen*, come scrive Hesse) la Costituzione stessa. Il manuale di Pieroth/Schlink, invece, insiste sulla sistematica dei passi interpretativi, attraverso i quali ricostruisce, uno a uno, 17 articoli dei *Grundrechte*, i c.d. "diritti uguali ai diritti fondamentali" (*grundrechtsgleiche Rechte*) e i principi strutturali (Stato di diritto, Stato sociale, Stato federale e Stato democratico), considerando la Costituzione il luogo da cui leggere i dispositivi. Paragonare i due manuali significa quindi mettere a confronto l'interpretazione c.d. oggettiva o positiva, con l'interpretazione c.d. soggettiva o negativa dei diritti fondamentali, ma su questo torneremo in seguito (v. Cap. 3).

Approfondiamo qui l'impostazione tecnica perché preminente, perché utilizzata se pure con qualche variazione in tutte le interpretazioni dei diritti fondamentali e perché, vista dall'Italia, presenta maggiori elementi di diversità.

2. La struttura dell'analisi dei diritti fondamentali

L'impostazione seguita dai manuali persegue il fine di offrire allo studente una struttura di disamina dei diritti fondamentali per rendere la materia capace di "processualizzazione".

Il processo sembra essere, in effetti, per gran parte della dottrina il luogo privilegiato dell'attuazione dei diritti. Il fatto che teoria e pratica dei diritti fondamentali si leghino fortemente al processo

giurisdizionale costituzionale discende per un verso direttamente dalla Legge fondamentale, dal suo puntare sulla realizzazione, o concretizzazione dei *Grundrechte* in base all'art. 1 III GG, cui l'esigibilità fa da complemento. In parte la dinamicità del processo costituzionale è già implicita nel controllo di costituzionalità della legge, in parte si deve al rafforzamento dato dalla Legge fondamentale ai diritti fondamentali attraverso il ricorso individuale diretto (Art. 93 I 4a GG) e alle vaste competenze assegnate alla Corte costituzionale federale in sede di controllo normativo. Inoltre è la stessa dottrina a insistere sull'esigibilità dei diritti fondamentali, che sia sotto forma di *status activus processualis*, o all'insegna del *mündiger Bürger*¹. Il tutto viene riunito ed interpretato come "efficacia" dei diritti fondamentali — in contrapposizione al carattere programmatico. I risultati sono evidenti: ogni anno la Corte giudica su circa 4.500–5.000 ricorsi individuali diretti, di cui solo il 2 % scarso viene accolto².

La base normativa

Gli studenti devono conoscere le basi normative del diritto processuale costituzionale per affrontare il doppio esame dell'ammissibilità e della fondatezza di un ricorso individuale diretto.

Le *condizioni di ammissibilità* del ricorso individuale diretto per violazione di un diritto fondamentale — la c.d. *Verfassungsbeschwerde* — sono stabilite dall'art. 93 I 4a GG e dagli artt. 23, 90 ss. della Legge sulla Corte costituzionale federale (BVerfGG). Il ricorso deve essere formalmente corretto, dunque avere la forma scritta (§ 23 I 1 BVerfGG), essere motivato attraverso l'indicazione dell'atto lesivo³

1. Lo *status activus processualis* è una rielaborazione häberliana delle categorie di Jellinek, che raffigura il cittadino che agisce secondo diritto e attua i diritti fondamentali. L'immagine del *mündiger Bürger* è quella dell'uomo che è uscito dallo stato di minorità intellettuale (come direbbe Kant) e come cittadino è consapevole socialmente e informato, dunque capace di attività politica.

2. Un curioso esempio di attualità che può servire a dare un'idea delle dinamiche politico-giurisdizionali della Germania sono i 37 mila ricorsi individuali diretti pervenuti al *Bundesverfassungsgericht* contro l'appoggio dato dal Governo tedesco al "Fondo salva-stati", cui è seguita recente sentenza del 12 settembre 2012, 2 BvR 1390/12 (non ancora nella raccolta a cura dei giudici della Corte costituzionale federale, BVerfGE).

3. Secondo la sentenza BVerfGE 59, 98, 101 non deve essere indicato precisamente l'art. della legge che si ritiene lesivo, è la Corte stessa che, se la questione è rilevante, esamina

e del diritto fondamentale leso (§ 23 I 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG). Il ricorrente deve essere portatore dei diritti fondamentali, cioè avere la c.d. *Beschwerdefähigkeit* (§ 90 I BVerfGG). Questa spetta a “ognuno che si ritiene leso in uno dei suoi diritti da parte del pubblico potere” (§ 90 I BVerfGG), cioè sia alle persone fisiche (anche i minori rappresentati), che a quelle giuridiche — private e di diritto pubblico⁴. Secondo l’art. 90 I BVerfGG deve sussistere anche l’intervento pubblico, come atto di uno dei tre poteri (*Beschwerdegegenstand*). Se si tratta di più atti, ad es. nel caso di una sentenza della Corte suprema amministrativa, il ricorrente può scegliere quale atto impugnare, l’atto amministrativo in se, oppure la decisione sul ricorso o le sentenze dei tribunali, oppure anche tutti quanti gli atti pubblici, compresa la legge che sottende gli atti amministrativi, incluso l’iter procedimentale della legge in parlamento. Un ricorso costituzionale diretto è inoltre ammissibile solo se il ricorrente può sostenere di essere stato leso nel godimento di un diritto fondamentale (*Beschwerdebefugnis*). La *Behauptung* (dichiarazione) della lesione subita di cui all’art. 90 I BVerfGG ha una soglia molto bassa: è sufficiente che il restringimento del diritto fondamentale sia possibile (per dirla con la Corte “non possa essere escluso apriori”, cfr. BVerfGE 6, 445, 447; E 28, 17, 19; E 52, 303, 327). Il ricorrente deve chiarire di essere stato leso personalmente dall’atto pubblico⁵ — anche se in maniera indiretta —, l’ingerenza deve essere attuale, dunque non temuta in futuro o i suoi effetti racchiusi nel passato (BVerfGE 65, I, 37; E 75, 78, 79) e non richiedere alcun atto pubblico successivo per

secondo propri criteri la legge.

4. Con alcune limitazioni. Agli stranieri la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini tedeschi (Art. 8,9,11,12 I, 16 I e II, 20 IV, 33 I–III GG) viene garantita attraverso l’art. 2 I GG. Le persone giuridiche hanno diritto alla tutela se il diritto fondamentale “nella sua essenza può essere applicato loro” (art. 19 III GG) tra questi rientrano sicuramente gli art. 14, 12 GG (diritto di proprietà e tutela del lavoro) e i diritti fondamentali processuali (Artt. 101 I 2, 103 GG). Siccome l’art. 19 III si rivolge alle persone giuridiche tedesche, le persone giuridiche straniere possono ricorrere alla *Verfassungsbeschwerde* solo per i diritti fondamentali processuali. Per gli enti di diritto pubblico vale il principio logico per il quale essi non possono ricorrere contro lo Stato, di cui sono parte (BVerfGE 21, 362, 369; E 68, 193, 205 ss.), a meno che non siano essi stessi portatori di diritti fondamentali (BVerfGE 31, 214, 322; E 39, 302, 314); ad es. le università nella misura in cui difendono la libertà di scienza, ricerca e insegnamento (Art. 5 III GG; BVerfGE 59, 231, 255; E 78, 101, 102 s.); la televisione pubblica nella misura in cui si appella alla libertà di stampa (BVerfGE 59, 231, 255), le comunità religiose in base all’art. 4 I, II GG.

5. Il che serve ad escludere ricorsi diretti individual-pololari” (BVerfGE 79, I, 14).

dispiegare la propria forza (BVerfGE 72, 39, 43). L'art. 90 II 1 BVerfGG prevede inoltre che tutte le ulteriori vie di ricorso debbano essere state esperite, la *Verfassungsbeschwerde*, dunque è uno strumento sussidiario. Però, nel caso di pericolo o di danno grave che si potrebbero sviluppare durante le vie ordinarie di ricorso, o se la questione è di importanza generale, in via di eccezione la Corte decide direttamente (art. 90 II 2 BVerfGG). Dato che nel caso di leggi generali della federazione non è possibile il ricorso amministrativo, si può impugnare la legge direttamente di fronte alla Corte costituzionale federale. Il limite entro il quale si può sollevare il ricorso individuale diretto è un mese dall'esperimento delle vie ordinarie e un anno dalla pubblicazione della legge (art. 93 II BVerfGG).

Le *ragioni della fondatezza* sono date dagli articoli stessi della Costituzione e dai principi dell'ordinamento democratico, basato sulle libertà, dello Stato di diritto, sociale e federale (Art. 93 I Nr. 4a GG)⁶. Dato l'obbligo fatto alla legge di essere formalmente e materialmente costituzionale un particolare rilievo è da assegnare all'esame della legittimità della legge in base agli artt. 19 I 1 GG (« Nella misura in cui un diritto fondamentale può essere limitato per legge o sulla base di una legge, la legge deve essere generale e non valere solo nel caso singolo »), 19 II GG (« In nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale ») e l'art. 20 III GG (« La legge è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e giudiziario sono vincolati alla legge e al diritto »). Se a essere impugnata è una sentenza o un atto amministrativo, l'esame della legittimità si estende all'applicazione della legge.

La struttura dell'analisi

L'esame del caso deve essere portato avanti seguendo uno schema e uno stile di analisi ben precisi.

Attraverso la struttura schematica dell'argomentazione si cerca di portare lo studente a soffermarsi sui vari aspetti legati al processo. Si invita cioè a riflettere: sulle questioni di fatto, sul diritto nella sua

6. Dal testo della Legge fondamentale Art. 93 I nr. 4a la Corte costituzionale federale decide "sui ricorsi individuali diretti di ciascuno che può affermare di essere stato leso da un atto di un pubblico potere in un suo diritto fondamentale o in un suo diritto discendente dagli artt. 20 IV, 33, 38, 101, 103, 104 della Legge fondamentale".

forma normativa e giurisprudenziale, sulla teoria costituzionale in generale e sulla dottrina dei diritti fondamentali in particolare, sugli argomenti classici dell'interpretazione, sull'argomentazione per bilanciamento, offrendo un aiuto allo studente, in modo che possa ordinare le argomentazioni in maniera sistematica, su carta, "risolvendo" il caso. Ogni "soluzione" si articola intorno alle due questioni fondamentali dell'ammissibilità e della fondatezza secondo le norme sopra ricordate. Dunque il problema se il soggetto sia o no "portatore" dei diritti fondamentali, la questione se l'agire sottoposto a contenzioso sia o no tutelato da un diritto fondamentale e se plausibilmente possa avvedersi una violazione da parte dei pubblici poteri, vengono affrontate nell'ammissibilità. Il rapporto tra contenuto del diritto fondamentale, l'intervento del legislatore e la ponderazione di questo intervento al metro di misura della norma costituzionale viene esaminato nella fondatezza.

Lo studio della fondatezza, in particolare, è la fase dell'argomentazione attraverso la quale si cerca di "rendere dinamico" l'apprendimento della materia dei diritti fondamentali. Esso si articola su tre fasi di esame: l'ambito di tutela (*Schutzbereich*), l'intervento pubblico (*Eingriff*) e le ragioni costituzionali dell'intervento (*verfassungsrechtliche Rechtfertigung*).

L'ambito di tutela (Schutzbereich)

Ogni articolo ha un oggetto di regolamentazione. Il carattere di universalità proprio dei diritti fondamentali moderni unito alla brevità della dicitura da luogo a difficoltà di interpretazione riguardo la "portata" di ciascun articolo. Si distingue perciò tra "ambito normativo" (*Regelungsbereich, Normbereich*) o ambito oggettivo (*Sachbereich*), e ambito di tutela (*Schutzbereich*)⁷. Il primo si riferisce al campo dell'agire reale (*Lebensbereich*) e alla sua regolamentazione, una parte del quale è protetta dalla seconda, più ristretta, sfera di tutela⁸. L'ambito di tute-

7. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg 1999²⁰, p. 137 s. scrive di "sviluppo" (*Ausgestaltung*). Su queste distinzioni torneremo al Cap. 3.

8. Per fare un esempio attinente alla Legge fondamentale: la 'sfera oggettiva' dell'art. 8 I GG sono tutte le riunioni, il suo ambito di tutela (*Schutzbereich*) sono invece soltanto le assemblee pacifiche e senza armi art. 8 I sec. alinea GG.

la va definito in via interpretativa riportando la « sostanza dei diritti fondamentali al principio di presunzione generale di libertà (BVerfGE 32, 54, 72) ». Nel procedimento di risoluzione del caso, lo studente s'interroga se l'ambito di tutela è "aperto", cioè se si può ragionevolmente ritenere che l'azione del soggetto ricade nella sfera di tutela di un diritto fondamentale.

L'intromissione dello Stato o intervento pubblico (Eingriff)

Lo Stato può, a volte deve, regolare l'esercizio delle libertà. Un'intromissione si ha quando al singolo, attraverso una regolamentazione statale, viene impedito un agire, un non agire, o non viene soddisfatta una pretesa che rientra nell'ambito di tutela di un diritto fondamentale. La dottrina distingue tra "intromissione classica e moderna". La prima ha quattro caratteristiche, l'intervento dello Stato è finale, diretto, ha efficacia giuridica ed è coercitivo. Quello moderno allarga tutti e quattro i criteri classici e diviene « ogni agire dello Stato che rende impossibile al singolo agire, in parte o completamente, in un ambito tutelato da un diritto fondamentale »⁹, intendendo con ciò sia l'intervento di fatto (ad es. un appello dello Stato a non comprare determinati prodotti), che quello indiretto (l'inquinamento acustico proveniente dal passaggio dei treni).

Da un punto di vista tecnico, la distinzione tra ambito di tutela e intromissione dello Stato serve a facilitare l'esposizione argomentativa. Essa dovrebbe impedire che gli argomenti che sorreggono l'intervento statale basati sull'interesse pubblico, non vengano collocati già all'interno della elaborazione del contenuto del diritto fondamentale e allo stesso tempo impedire che attraverso una definizione ad hoc di diritto fondamentale orientata a favore dei limiti, venga ristretta arbitrariamente la libertà contenuta nel diritto. Inoltre separata dal contenuto del diritto l'operazione di interpretazione dei limiti richiede maggior sforzo argomentativo¹⁰. Ciò perché l'ambito di tutela e l'intervento statale sono correlati inversamente: tanto più ampio è

9. B. PIEROTH/B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, C.F. Müller, Heidelberg 1999¹⁵, p. 58.

10. M. KLOEPFER, *Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in C. Starck, a cura di, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Zum 25-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. II, Mohr, Tübingen 1976, p. 407 ss.

l'ambito di tutela, tanto minore sarà lo spazio lasciato allo Stato per la regolamentazione. La definizione del rapporto tra ambito di tutela e ingerenza del potere pubblico dipende dal modo di intendere la libertà e il suo esercizio. Qui entrano in gioco le teorie, la storia, la capacità di cogliere il momento storico, sociale, culturale dei diritti di libertà, ma anche la "sensibilità" del giurista costituzionalista. La definizione di un ambito di tutela dipende, infatti, anche dal modo di concepire la Costituzione.

La dottrina collega l'intervento o intromissione dello Stato all'idea di limite (*Schranke*) dell'agire individuale regolato da un diritto fondamentale, enucleando diversi "tipi di limite"¹¹. Sul come e sulle conseguenze per l'interpretazione torneremo in sede di analisi del dibattito giuspubblicistico (Cap. 3). Qui basta sottolineare che la "teoria dei limiti" fa perno sulla teoria della contrapposizione tra Stato e cittadino. A una libertà individuale che è anteriore allo Stato, si oppone, come necessità della convivenza in forma associata, la regolamentazione del suo esercizio da parte dei pubblici poteri. Secondo questa teoria dunque la normazione del diritto corrisponde alla sua stessa limitazione. Attraverso le riserve di legge il costituente avrebbe assegnato al legislatore (o al governo sulla base di una legge delega) competenze più o meno estese, dunque una forza più o meno incisiva, nella limitazione dei diritti fondamentali. La manualistica distingue tra regolamentazione, che corrisponde al compito dato dal costituente al legislatore di definire "più da vicino" la materia (ad es. gli artt. 4 III 2, 12a II 3 GG), la lesione (*Antastung* in relazione all'art. 1 I 1 GG e 19 2 GG la dignità dell'uomo e la sfera essenziale dei diritti fondamentali), in ultimo la violazione che corrisponde ad un intervento costituzionalmente illegittimo nel diritto fondamentale.

11. B. PIEROTH/B. SCHLINK, *Grundrechte*, op. cit., pp. 52 ss. che sottolinea il momento del conflitto, K. HESSE *Grundzüge*, op. cit., pp. 139 s., mette in evidenza l'aspetto della limitazione, già intrinseca alla libertà espressa dal diritto e F. HUFEN, *Grundrechte*, op. cit., p. 101 che nel "limite" rivela il momento della "concretizzazione contenutistica" del diritto fondamentale.