

IL DIRITTO GIUDIZIALE TEDESCO TRA FUNZIONE INTEGRATIVA E FUNZIONE SOSTITUTIVA DELLA LEGGE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA SUL DIRITTO DELL'INFORMAZIONE*

ANDREA GATTI**

Sommario

1. Introduzione: il *Richterrecht* come problema di ordine costituzionale e metodologico. – 2. Il diritto giudiziale come fonte del diritto? Dal *Rechtstaat* al *Richterstaat*. – 3. Le espressioni del peculiare rapporto tra diritto giurisprudenziale e legge nell'ordinamento tedesco. – 4. Il diritto di accesso all'informazione da parte della stampa: dalla normativa statale all'effetto diretto della Costituzione. – 5. (Segue) *Richterrecht statt Gesetz*: la conferma della via giurisprudenziale per delineare il diritto di accesso. – 6. Criticità: il rischio del giudice come “usurpatore” e l'uso dei diritti fondamentali per la creazione di un diritto federale generale. – 7. *Gesetz statt Richterrecht*: la nuova proposta di legge federale sul diritto di accesso.

Abstract

Judicial lawmaking (i.e. judicial decisions as a general source of law) in Germany is still very disputed. However, many aspects of German law, for example labour law, is heavily influenced or even entirely created by the judiciary. This essay, although starting from analyzing the theoretical discussions on Richterrecht, aims to investigate the role of the judiciary in interpreting statutes (Gesetz) and law (Recht) with regards to the right of access to information by the Media. Since 2013, the Federal Supreme Administrative Court (BVerwG) stresses that the Länder have no jurisdiction in regulating the access to information, if the information is held by federal authorities. Missing a federal statute law to establish the discipline, the Media enjoy a right to access that comes directly from the Constitution. Finally, the Bundestag is currently discussing a bill aimed at “regaining back” its jurisdiction.

Suggerimento di citazione

A. GATTI, *Il diritto giudiziale tedesco tra funzione integrativa e funzione sostitutiva della legge alla luce della disciplina sul diritto dell'informazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo costituisce una rielaborazione dell'intervento tenuto nella Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso (Pisa, 16 dicembre 2019) nel *Panel* “La giurisprudenza come fonte del diritto” ed è destinato alla pubblicazione negli Atti del Convegno.

** Dottorando di ricerca in Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale e Comparazione giuridica dell'Università di Pisa.

Contatto: andrea.gatti@jus.unipi.it.

1. Introduzione: il *Richterrecht* come problema di ordine costituzionale e metodologico

Parlare di *Richterrecht*, cioè di un tipo speciale di diritto giurisprudenziale nel senso che sarà definito a breve, significa innanzitutto parlare di cosa un giudice fa, o meglio di cosa può e di cosa non può fare. Come è noto, per esigenze ordinamentali e di rapporto tra le fonti, nei sistemi di *civil law* il raggio d'azione del giudice tende a coincidere o comunque ad essere strettamente limitato dai confini della legge. Le ragioni di questa impostazione del rapporto tra i due poteri sono ormai un consolidato teorico che non merita in questa sede di essere ripercorso: basti solo ricordare i due principi che ne sono alla base, ovvero la certezza del diritto e il principio democratico, e che sono volti essenzialmente a rivendicare la distinzione tra chi detta le regole e chi le interpreta, cioè a porre dei limiti al ruolo del diritto di matrice giurisprudenziale. Il giudice, almeno sulla carta, trova un suo ruolo soprattutto in una logica negativa. Come è noto, questa concezione non è più interamente sostenibile.

In Germania, il diritto giurisprudenziale *tout court* è conosciuto con l'espressione *Richterrecht*, che designa letteralmente il fatto produttivo del diritto da parte del giudice¹. Tuttavia, il *Richterrecht* possiede due accezioni: una più generale, che abbraccia il semplice sillogismo nomologico deduttivo volto ad enucleare la regola del caso di specie dalla norma (niente di più che la semplice interpretazione della legge per regolare una controversia tra le parti) e un'altra accezione più puntuale che è invece quella volta a descrivere la dimensione giurisprudenziale che investe la stessa creazione della norma a partire dai principi che ne sono alla base (*richterliche Rechtsforbildung*). È in questo senso - cioè come insieme normativo e fonte originale di norme gene-

¹ Sul *Richterrecht* la letteratura è sterminata. Tra le opere più rilevanti, si può ricordare R. ZIPPELIUS, *Zum Problem der Rechtsforbildung*, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1964, pp. 1981-1987; K. REDEKER, *Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung*, in NJW, 1972, pp. 409-415; J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, Duncker und Humblot, Berlin, 1975; P. BADURA, *Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts*, 1973; F. BYDLINKSI, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, in *Juristische Zeitung*, 1985, pp. 149-155; T. RAISER, *Richterrecht heute*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 18, n. 4, 1985, pp. 11-117; F. MÜLLER, *Richterrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1986; F. OSSENBÜHL, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bouvier Verlag, Bonn, 1988; Sul rapporto tra *Richterrecht* e legge, G. ROELLECKE, CH. STARCK, *Die Bindung des Richter an Gesetz und Verfassung*, De Gruyter, Berlin, 34, 1976, p. 43 ss.; P. KIRCHHOF, *Richterliche rechtsfindung, gebunden an "Gesetz und Recht"*, in NJW, 1986, p. 2275 ss; A. SCHRAMM, *Richterrecht und Gesetzesrecht*, in *Rechtstheorie*, vol. 36, 2005, p. 185 ss.; CH. BUMKE (a cura di), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012; B. O. BRYDE, *Richterrecht und Gesetzesbindung*, in *Soziales Recht*, vol. 5, n. 4, 2015, pp. 128-132; B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2. Ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2016; A. SCHMIDT, *Richterliche Rechtsvorbildung in Deutschland und der Schweiz*, Duncker und Humblot, Berlin, 2017; U. SCHNEIDER, *Richterliche Etik im Spannungsfeld zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung*, Duncker und Humblot, Berlin, 2017. F. MÜLLER, *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie*, Duncker und Humblot, Berlin, 2019.

rali - che il *Richterrecht* viene opposto al *Gesetz* (legge)². Qui, il rapporto tra giudice e legislatore non si situa solo su un piano di parallelismo, non si limita cioè solo, per così dire, ad un “passaggio di consegne” volto alla determinazione del diritto vivente, ma investe il problema della convivenza dei due poteri nella loro unitaria funzione di ricostruzione dogmatica del sistema³. Ecco perché in Germania il discorso sul diritto-creativo-dei-giudici è tanto un problema costituzionalistico - di rapporto reale tra i poteri - quanto un problema di metodologia giuridica, di individuazione cioè del *modus procedendi* del giudice. Lo studio del metodo infatti, in quanto «continuazione della teoria delle fonti sul versante dell’interpretazione»⁴, consente di tracciare il confine tra approccio meramente interpretativo e approccio creativo del giudice⁵. Pur non essendo l’obiettivo del presente scritto lo smisurato compito di ricostruire la storia e la dinamica del diritto-creativo-dei-giudici tedesco, non è possibile prescindere da alcune considerazioni ricostruttive di base.

2. Il diritto giudiziale come fonte del diritto? Dal *Rechtstaat* al *Richterstaat*

Va innanzitutto premesso che l’ammissibilità del *Richterrecht* nell’ordinamento tedesco non è più, in via di principio, messa in discussione⁶. Pur non costituendo formalmente una fonte del diritto autonoma né potendo vantare sul piano teorico alcun effetto normativo vincolante delle pronunce

² La differenza tra produzione giudiziale di norme di carattere individuale o di carattere generale rappresenta la vera demarcazione tra *Richterrecht* in senso lato e *Richterrecht* in senso stretto. Sul falso mito della sottoposizione del giudice alla legge e sul coinvolgimento determinante del giudice nella determinazione dei principi di diritto extra-legale, v. F. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958. Sulla predominanza del diritto sulla legge, v. O. BACHOF, *Grundgesetz e potere del giudice*, in *Lo Stato*, n. 6, 2016, pp. 179-203, in partic. pp. 180-183, il quale riconduce il potere creativo del giudice all’estensione della sua funzione di controllo.

³ È in questo senso che i confini concettuali del diritto giudiziale (*Richterrecht*) inteso come diritto dei giudici e diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*) inteso come l’insieme delle opinioni degli esperti di diritto, si confondono tra loro. Cfr. G. URRÙ, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Giuffrè, Milano, 1983, 106 ss.

⁴ PH. FABBIO, *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 4, 2015, pp. 1261-1272, in partic. p. 1269.

⁵ Tra i fattori di carattere metodologico che influenzano nella prassi un allargamento delle maglie interpretative del giudice vanno considerati tanto un eccessivo uso dell’interpretazione obiettivo-teleologica (a scapito di quella storico-letterale ricavata dall’analisi dell’intenzione del legislatore) quanto la mancanza di un metodo interpretativo chiaro e uniforme. Per una critica ad un certo “eclettismo” metodologico nel sistema tedesco, cfr. B. RÜTHERS, *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, in *Rechtspolitisches Forum - Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier*, vol. 15, 2003, testo online su <https://www.ssoar.info>.

⁶ F. OSSENBÜHL, *Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands* (HbStR), vol. V, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, Rn. 50 (p. 161).

giudiziarie⁷, una comprensione effettiva della gerarchia delle fonti e del ruolo chiave del giudice nella prassi quotidiana in tutti gli ambiti giuridici, consente di considerare il *Richterrecht* in senso stretto, cioè il diritto-creativo-dei-giudici, una “realtà”, riconosciuta sia dalla giurisprudenza (*pro domo sua*) sia dalla teoria generale del diritto⁸. Secondo l’interpretazione del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), la *creazione giurisprudenziale* (*schöpferische Rechtsfindung*) deve essere considerata come «un tipico compito degli organi giurisdizionali (BVerfGE 3, 225)»; allo stesso modo, «la possibilità di concepire principi di diritto generali risiede nella natura dell’attività dei supremi organi giudiziari» (BVerfGE 26, 327). Questo “fatto” ha, con il tempo, ritrovato la propria centralità giuridica arrivando a disciplinare numerosi ambiti tanto del diritto privato (quali la *culpa in contrahendo* e il risarcimento per danni immateriali ai diritti della personalità) quanto nel diritto pubblico (l’intera materia del diritto sindacale e i principi generali del diritto amministrativo federale)⁹.

La sua importanza è stata posta in evidenza anche in un recente saggio di Bernd Rüthers (*Die heimliche Revolution - La rivoluzione segreta*). L’Autore sostiene che il diritto si identifichi sempre più con il diritto vivente e che la legislazione molto spesso non anticipa, ma segue l’opera ermeneutica del giudice, al punto che ormai la maggior parte degli ambiti dell’ordinamento giuridico non sarebbero più regolati in prevalenza dalla legge, ma dal *Richterrecht*, vera e propria categoria predominante del diritto. Per questa ragione, riprendendo e riattualizzando provocatoriamente una tesi nata già alla fine degli anni Cinquanta¹⁰, Rüthers conclude che la *Bundesrepublik* si sia trasformata da uno stato democratico di diritto (*Rechtsstaat*) in un “stato dei giudici” (*Richterstaat*) di natura oligarchica¹¹. Per comprendere il senso di queste osservazioni (che Rüthers compie in riferimento al diritto nazionale tedesco, ma che trovano altresì conferma, e ulteriore sviluppo, a livello sovranazionale con l’attività ermeneutico-creativa della Corte di Giustizia e, seppure su presup-

⁷ Negano la sua natura di fonte autonoma H. HOFMANN, *Art. 92*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. HOFMANN, H. HENNEKE, *GG Kommentar*, 14. Ed., Heymanns Verl., Köln, 2017, p. 2404 (Rn. 343) e H.D. JARASS, *Art. 20*, in B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar*, 15ma ed., Beck, München, 2018, p. 537 (Rn. 38). F. OSSENBÜHL, *Gesetz und Recht*, cit., apre il paragrafo sul diritto giudiziale affermando «il *Richterrecht* non fa parte delle fonti del diritto organizzate» (p. 160). Cfr. anche B. O. BRYDE, *Richterrecht und Gesetzesbindung*, cit., p. 128 ss. Per la giurisprudenza, cfr. BVerfGE 78, 123; 87, 273.

⁸ Cfr. autori nota n. 1. Per una ricognizione generale T. RAISER, *Richterrecht heute*, cit.

⁹ H. W. KRUSE, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Mohr Siebek, Tübingen, 1971.

¹⁰ R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Recht als Maß der Macht*, Wien, Springer, 1957 (che potremmo tradurre “Dallo Stato della legge allo Stato del diritto”). Ma anche E. FORSTHOFF, *Justizstaat statt Rechtsstaat. Die Auflösung des Verfassungsgesetzes*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 1959, p. 41 ss.

¹¹ B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution*, cit.

posti diversi, dalla Corte EDU)¹² è necessario fare una breve ricognizione dei dati teorici e di prassi che riguardano il ruolo del giudice e i suoi limiti nei confronti del potere legislativo. Si deve così innanzitutto partire dal dato costituzionale.

Secondo la Legge fondamentale legislatore e giudice sono i due strumenti fondamentali che esprimono il potere dello Stato. Ai sensi dell'art. 92 GG, "il potere giurisdizionale è affidato ai giudici"; questi ultimi "sono indipendenti e soggetti solamente alla legge" (art. 97, comma 1 GG). Allo stesso modo, l'art. 20, comma 3 GG afferma che i giudici sono vincolati "alla legge e al diritto" (*an Gesetz und Recht*); l'art. 3 comma 1 GG (principio di uguaglianza) introduce infine l'obbligo della coerenza ordinamentale che, con riferimento alle decisioni giudiziarie, prevede la necessità che esse si orientino verso i principi di giustizia formale e sostanziale (e dunque verso un'interpretazione obiettiva ed organica del sistema giuridico).

Accanto alla nuda chiarezza delle disposizioni costituzionali bisogna tenere conto di alcuni fattori di sistema dell'ordinamento tedesco.

Innanzitutto, non si può dimenticare il significato assai ampio con cui veniva inteso il principio di legalità dalla giuspubblicistica tedesca fin dal II Reich: il *Rechtstaat* era, appunto, lo Stato del *Recht* e la *legge*, che in altre esperienze, come quella francese, era semplicemente la *regola generale*, in Prussia era prima di tutto *regola di diritto*¹³.

In secondo luogo, non si può non considerare la grande influenza esercitata tanto dal giusliberismo¹⁴ quanto dalla dogmatica giuridica¹⁵. Se il primo ha favorito l'abbattimento di alcuni dogmi legalistici ottocenteschi, quali il principio della supremazia della legge statutale, e ha aperto al riconoscimento di un "altro" diritto enucleato in primo luogo dalle Corti, la seconda ha rivalutato immensamente il ruolo interpretativo ed organizzativo di quest'ultime nel raggiungimento della completezza e dell'autosufficienza del sistema.

In terzo luogo, vi è da ricordare come le raccolte di leggi tedesche registri-
no una significativa presenza di clausole generali e di concetti giuridici inde-

¹² Per tutti, cfr. D. TEGA, *I diritti in Crisi. Tra corti nazionali e corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012, 23 ss. e 120 ss.

¹³ Così E. DI SALVATORE, *Giudici e Richterrecht tedesco nell'evoluzione della forma di Stato*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, nn. 2-3, 2009, pp. 353-379, in particolare p. 358.

¹⁴ La scuola della giurisprudenza sociologica e della *Interessenjurisprudenz*, sono il prodotto diretto del pensiero giusliberista e costituiscono ancora oggi il punto di partenza concettuale per molti giudici e per molti giuristi tedeschi. Cfr. S. MEDER, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Taschenbuch UTB, Stuttgart, 4. Ed., 2011, p. 370 ss.

¹⁵ Tra la numerosa produzione della dottrina metodologica sulla giurisprudenza dei concetti, basti ricordare J. SCHRÖDER, *Begriffjurisprudenz*, in AA.VV., *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. I, Erich Schmidt Verl., Berlin, 2008, pp. 250-252.; S. MEDER, *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, cit., in partic. pp. 325-339; M. JESTAEDT, *Das mag in der Theorie richtig sein. Von Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, p. 46 ss.

terminati che inevitabilmente animano (pur non esaurendone la portata) l'attività creatrice del giudice.

In quarto ed ultimo luogo, c'è da segnalare l'orientamento marcatamente neogiusnaturalistico di ispirazione cristiana che tanto il *Bundesgerichtshof* quanto il *Bundesverfassungsgericht* adottarono nei primi anni del Dopoguerra e che costituì una reazione al giuspositivismo totalitaristico: il ricorso alla "ragione" del diritto naturale come fattore di legittimazione delle pronunce¹⁶ permise ai giudici tedeschi di sviluppare una consapevolezza politica (nel senso più lato e più alto del termine) della propria funzione, in misura crescente a seconda del proprio grado.

La ricognizione delle peculiarità della forma di Stato e della struttura dell'ordinamento tedesco ci confermano quanto sostenuto all'inizio, che cioè la dimensione metodologica, al pari di quella sostanziale, acquista in Germania un forte rilievo costituzionale dal momento che lo slittamento tra primato legislativo e attività creativa del giudice si manifesta più sul versante del metodo che su quello delle norme. Ci conferma inoltre che la prassi ermeneutica tedesca attribuisce pacificamente al giudice, che interpreta ed applica le leggi, la funzione di produzione del diritto oggettivo, sia pure in modo diverso da quello del legislatore¹⁷. Non è un caso che alcuni settori di tradizionale dominio del legislatore siano stati lasciati (più o meno consapevolmente) all'opera creatrice, e non solo plasmatrice, del giudice (si pensi, ad esempio, del diritto sindacale, integralmente strutturato dall'attività del *Bundesarbeitsgericht*, o, per il diritto amministrativo, al settore della responsabilità dello Stato)¹⁸. Ciò vale, a maggior ragione, per il BVerfG, ormai pacificamente riconosciuto come un vero e proprio "sostituto legislatore" e capace di inverare, alla bisogna,

¹⁶ Cfr. le fondamentali sentenze BVerfGE 1, 14; 34, 269, richiamate e commentate anche da CH. MÖLLERS, *Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts*, in CH. SCHÖNBERG, M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, CH. MÖLLERS, *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 3.ed., Suhrkamp, Berlin, 2019, pp. 281-422. Di rinascita del *Naturrecht* nella Germania del Dopoguerra parla anche W. GEIGER, *Die Abkehr vom Rechtspositivismus in der Rechtsprechung der Nachkriegszeit 1945-1963*, in A. RAUSCHER (a cura di), *Katholizismus, Rechtsethik und Demokratiediskussion 1945-1963*, Schönigh Verl., Paderbor, 1981, pp. 29-64. Sul punto, per la dottrina italiana, PH. FABBIO, *Sul ruolo creativo della giurisprudenza*, cit., in particolare p. 1267 ss.; E. DI SALVATORE, *Giudici e Richterrecht tedesco*, cit., sottolinea come «in quella occasione [all'alba del Dopoguerra] anche l'attività del giudice si fece talvolta carico di un compito diverso» (p. 355); C. AMIRANTE, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica federale tedesca*, Lerici, Cosenza, 1980, p. 71, ricorda come lo stesso controllo della legittimità delle leggi veniva inteso come garanzia che quest'ultime fossero compatibili con il diritto naturale inteso come con «un concetto materiale della giustizia e del diritto»

¹⁷ H. W. KRUSE, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, cit.; F. SCHUPPERT, *Richterrecht und Verfassung: Einige Bemerkungen zur gleichnamigen Schrift Jörn Ipsens*, in *Der Staat*, Vol. 15, N. 1, 1976, pp. 114-122.

¹⁸ Si tratta di una vera e propria legislazione sostitutiva dove la legge non disciplina nemmeno la cornice.

l'indirizzo politico-costituzionale del legislatore in principi o istituti di creazione extra-parlamentare¹⁹.

3. Le espressioni del peculiare rapporto tra diritto giurisprudenziale e legge nell'ordinamento tedesco

Superati dunque i dubbi di principio in merito alla legalità e alla legittimità del concetto, l'indagine della dottrina, sempre da un punto di vista di teoria generale, si è concentrata sulla individuazione delle forme che il *Richterrecht* può assumere, sulla loro ampiezza e sui loro limiti. A tal fine la dottrina ha tipizzato i possibili interventi creativi della giurisprudenza, dividendoli in quattro fenotipi: il diritto giudiziale integrativo delle lacune normative, quello concretizzante la legge, quello suppletivo alla legge e quello correttivo (o concorrente) della legge²⁰.

Il primo nucleo di norme generali ed effettive concepite dal diritto giudiziale per integrare il dato normativo si ha in presenza di fattispecie che, pur astrattamente normate, non trovano un perimetro normativo esplicito: in tal caso il compito dei giudici consiste nell'agire *praeter legem* per colmare lacune legislative o norme di difficile intellesione (è il cd. *lückfüllendes Richterrecht*).

Una seconda tipica espressione del diritto giudiziale si registra laddove il legislatore, attraverso la previsione di clausole generali o concetti giuridici indeterminati (interessi pubblici, bene comune, sicurezza e ordine pubblico,

¹⁹ Di "Ersatzgesetzgeber" parla per prima C. LANDFRIED, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*, Nomos, Baden-Baden, 1996. Sul progressivo ampliamento della sfera di intervento del *BVerfG* anche su temi tradizionalmente riservati alla politica, ex multis, H.-P. HWANG, *Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt zwischen Recht und Politik: ein unlösbares Problem*, in *Rechtstheorie*, vol. 46, n. 2, 2015, pp. 179-206; Per D. WILLOWEIT, *Rechtsprechung und Staatsverfassung*, in *Juristische Zeitung*, n. 9, maggio 2016, pp. 429-480, la natura sempre più strettamente politica delle decisioni del *BVerfG* affonderebbe le proprie radici nel passaggio dal sistema della sovranità della legge a quello della sovranità della Costituzione. Willoweit, richiamandosi qui ad una prospettiva costituzionale antidogmatica, indaga la funzione di controllo del Tribunale Costituzionale nei confronti della politica e delle sue competenze esclusive (una ricognizione che trae la sua legittimità dalla necessità di colmare le lacune giuridiche al fine della tutela dei diritti) e la inquadra all'interno della nuova forma di sovranità che egli ravvisa nell'espressione dei principi costituzionali che regolano la democrazia politica. Infine, in un recente suo libro, l'ex giudice costituzionale U. DI FABIO, *Schwankender Westen. Wie sich ein Gesellschaftsmodell neu erfinden muss*, Beck, München, 2015, ritiene che in determinate circostanze anche le decisioni giurisdizionali possono costituire importanti correttivi "politici" ad un abuso del principio maggioritario.

²⁰ Sulla ormai accettata classificazione delle quattro tipologie di *Richterrecht*, cfr. J. IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, cit.; G. URRÙ, *Richterrecht.*, cit., p. 45 ss., compie una classificazione parzialmente diversa, non prendendo in considerazione il diritto giudiziale integrativo delle lacune (che egli probabilmente considera come un'attività meramente interpretativa) e fondendo in una sola tipologia il diritto giudiziale correttivo e quello concorrente alla legge. Si è preferito qui seguire le classificazioni di due commentari costituzionali tedeschi: J. ISENSEE, P. KIRCHHOF, *HbStR*, cit. e B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. HOFMANN, H. HENNEKE, *GG Kommentar*, cit.

irragionevole severità della norma, ecc.), prevede una sorta di delegazione all'organo preposto alla loro interpretazione per una loro "concretizzazione" (è appunto il cd. *gesetzeskonkretisierendes Richterrecht*)²¹.

Anche se in entrambe le forme di diritto giudiziale l'interpretazione creativa è spinta al massimo grado e l'elemento valutativo e volitivo del giudice si manifesta chiaramente nell'atto di sussunzione, tuttavia esse integrano una legge, per così dire, "deficitaria", ma non la sostituiscono e perciò non hanno mai trovato particolari obiezioni da parte della dottrina²².

Una terza tipologia di *Richterrecht* è quello che viene in essere laddove si riscontri una mancanza di regolazione normativa di un intero settore e il giudice sia allora costretto a inquadrare tutta la materia attraverso l'utilizzo di principi ed istituti di derivazione giurisprudenziale. Ciò può avvenire sia in capacità politica del legislatore (come è il caso del diritto sindacale, e in particolare della disciplina dello sciopero)²³, sia per disinteresse verso gruppi che sono politicamente influenti e che dunque non sono portatori di interessi elettoralmente spendibili (ad esempio bambini o carcerati)²⁴. In tal caso l'intervento del giudice ci pone davanti ad un diritto giurisprudenziale che sostituisce la legge (è il cd. *gesetzvertretendes Richterrecht*). Qui la regolazione della materia (cioè la determinazione di rapporti non ancora giuridicamente

²¹ Sulla definizione integrale del contenuto dei concetti di sicurezza e di ordine pubblico attraverso l'opera della giurisprudenza, v. ad esempio BVerwG 23, 280; BVerwG 28, 202; BVerfGE 45, 51.

²² H. HOFMANN, *Art. 92*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. HOFMANN, H. HENNEKE, *GG Kommentar*, cit., p. 2402 (Rn. 33-34).

²³ Il diritto del lavoro è indubbiamente un settore che l'apporto giurisprudenziale ha reso di fatto autonomo dalla disciplina legislativa. I giudici del *Bundesarbeitsgericht* (BAG) curando regolarmente le pubblicazioni delle massime (cd. *Orientierungssätze*) di quelle che ritengono costituire le decisioni essenziali (*Grundsatzentscheidungen*) in materia, hanno creato così un corpo organico di principi e regole, anche procedurali, che stabilisce in larga misura la prassi giurisdizionale e decisoria in materia. Si pensi, solo per fare un esempio, alla recentissima decisione sul *mobbing* e sul problema della decadenza del termine per denunciarlo (la stessa decadenza per l'azione nel diritto del lavoro è istituto di origine giurisprudenziale). Il BAG ha chiarito che i ricorsi per *mobbing* possono decadere solo se in capo alla presunta vittima vige un dovere di reclamo tempestivo. La sola attesa non dovrebbe in linea di principio essere giudicata pregiudizievole (cfr. ordinanza 27 giugno 2019 – 1 ABR 2/19).

Sugli istituti di origine giurisprudenziali che hanno anticipato la disciplina legislativa in materia di diritto del lavoro, cfr. W. DÜTZ, G. THÜSING, *Arbeitsrecht*, 14. Ed., Beck, München, 2019, p. 10 ss. Sulla incapacità politica del legislatore a regolare il diritto di sciopero, cfr. F. OSSENBÜHL, *Gesetz und Recht*, cit., p. 161 (Rn. 50).

²⁴ Sul disinteresse del legislatore, cfr. J. JEKEWITZ, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber: zu den Vorwirkungen von Existenz und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den Bereich der Gesetzgebung*, in *Der Staat*, vol. 19, n. 4, 1980, pp. 535-556. Più recentemente C. SCHULZE, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung*, in W. FADEEV, C. SCHULZE (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland: Rundtischgespräch an der Moskauer Staatlichen Juristischen Kutafin-Universität am 9. und 10. Oktober 2012*, Universitätsverlag Potsdam, Potsdam, 2013, pp. 69-79.

qualificati) è data dallo sviluppo di principi e istituti di origine prettamente giurisdizionale. Il giudice, non solo quello costituzionale, compie qui «caso per caso, quelle valutazioni politiche che sono compiute per classi dal legislatore»²⁵ e lo fa, attraverso il ricorso a principi giuridici generali oppure, sfruttando la particolare forza applicativa (*Ausstrahlungswirkung*) dei diritti fondamentali, persino a parametri costituzionali. Esso trova i suoi limiti in quelle materie che non possono che essere regolate dal legislatore a causa, ad esempio, di una riserva di legge espressa come in materia penale²⁶.

La prassi conosce, infine, una quarta (e forse più delicata) tipologia di diritto giudiziale nel cd. *gesetzeskorrigierendes* o *gesetzkonkurrierendes Richterrecht*, ovvero una giurisprudenza “correttiva” o “concorrente”. Il diritto giudiziale *contra legem* troverebbe la sua ragion d’essere (e per alcuni la sua stessa legittimità) nell’obsolescenza della normativa - che, per ragioni sociali, tecniche o persino economiche²⁷, richiede di essere sostituita con una disciplina più rispondente alle esigenze del momento - o nella sua incoerenza interna. L’attività “anticipatoria” del giudice è qui portata al massimo grado, tanto che numerosi autori, in linea di principio, negano al giudice comune la possibilità di ricorrervi²⁸. Un discorso diverso, ovviamente, vale per il Giudice delle leggi, a cui invece è riconosciuto pieno margine operativo, pur all’interno dei parametri costituzionali di riferimento²⁹.

²⁵ G. URRÙ, *Richterrecht*, cit., p. 51.

²⁶ In tal senso, BVerfGE 88, 103; BVerfGE 116, 69.

²⁷ Così F. Ossenbühl, *Gesetz und Recht*, cit., Rn. 53 (p. 162).

²⁸ Per K. STERN, M. SACHS, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/2, Beck, München, 1994, p. 1672, un siffatto *Richterrecht* violerebbe il principio della separazione dei poteri e della soggezione del giudice alla legge. Per altri autori, invece (H. HOFMANN, *Art. 92*, cit., 2403), esso sarebbe ipotizzabile in casi eccezionali e nei confronti di leggi o codificazioni approvate prima dell’entrata in vigore del *Grundgesetz*. In tal senso anche la giurisprudenza costituzionale che tuttavia non parla mai di diritto *contra legem*, ma piuttosto di interpretazione analogica estensiva (BVerfGE 34, 269 e BVerfGE 82, 6).

²⁹ Un discorso a parte va fatto per il Tribunale costituzionale. Tra le maggiori innovazioni che hanno portato il passaggio dalla dittatura nazionalsocialista alla Repubblica federale è stata quella di riformare la natura delle stesse fonti giuridiche e di dotare il nuovo *Grundgesetz* del rango ordine valoriale oggettivo (di *objective Wertordnung* parla BVerfG 7, 198 – *Lüth Urteil*, 15 gennaio 1958) valido per ogni ambito giuridicamente rilevante. Considerare il GG come *Wertordnung*, ha consentito al Tribunale di concludere che i supremi principi del GG non regolano soltanto il rapporto giuridico tra Stato e cittadini, ma, attraverso l’ideazione del già richiamato “effetto diffusorio” (*Ausstrahlungswirkung*), anche il diritto tra privati. Se la Costituzione adesso si applica non solo a tutti i cittadini, ma anche a tutti gli ambiti, e se il Tribunale costituzionale è l’unico organo preposto alla sua interpretazione e al controllo della sua attuazione, ne consegue che il diritto dei giudici costituzionali (*Verfassungsrichterrecht*), in particolare nell’ambito della cd. dogmatica dei diritti fondamentali, rappresenta una delle fonti supreme dell’ordinamento. Non è un caso che la stessa dottrina prende atto di questa trasformazione quando afferma che «il BVerfG stabilisce ciò che dice il *Grundgesetz*» (Così H. MAURER, *Staatsrecht I*, 6. Ed., Beck, München, 2010, p. 627, letteralmente: «Es [das BVerfG] bestimmt letztlich, was das Grundgesetz sagt»).

Il caso che esamineremo di seguito si situa per l'appunto a metà tra queste due ultime, controverse fattispecie.

4. Il diritto all'accesso all'informazione da parte della stampa: dalla normativa statale all'effetto diretto della Costituzione

Una delle applicazioni più recenti e controverse del *Richterrecht* è quella che riguarda il cd. *Auskunftsanspruch*, cioè il diritto ad accedere all'informazione da parte della stampa (da adesso, anche solo diritto di accesso). La sua importanza non è legata tanto al contenuto della decisione (il cui orizzonte tematico è in linea con l'attività creativa del giudice), ma piuttosto al ragionamento giuridico che ne sta alla sua base e che ha consentito un ripensamento dell'intera competenza della disciplina e un graduale aggiramento del dato normativo attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali.

Il diritto di accesso della stampa (*Presseauskunftsanspruch*) è un diritto-pretesa (*Anspruch*)³⁰ e un diritto-prerogativa³¹ sancito in tutte le leggi sulla stampa dei *Länder*, che consente ai giornalisti di esigere, a determinate condizioni e in determinate circostanze, che l'amministrazione condivida con essi le proprie informazioni³². L'interesse qualificato del giornalista di acquisire le informazioni trova, in Germania, il suo fondamento più nell'interesse generale alla collettività nel suo complesso ad essere informata, che nella sua funzione di favorire l'imparzialità e la trasparenza nelle attività amministrative³³.

³⁰ Nel lessico giuridico tedesco *Anspruch* è utilizzato per indicare il *diritto di pretendere* qualcosa da qualcuno. La sua definizione normativa si ha in BGB § 194. Tra la pandettistica, a cui deve la propria elaborazione, cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1882), tr. it. *Diritto delle pandette*, UTET, Torino, 1925, 121.

³¹ Al contrario del diritto di accesso comune che è un diritto di libertà, mi pare che il diritto di accesso del giornalista sia indubitabilmente legato alla speciale attribuzione della stampa e possa considerarsi perciò accesso-prerogativa. Cfr. J. SOERING, V. HOENE, *Presserecht*, Dr. Otto Schmidt Verl., Köln, 2013, in partic. § 1.2 (*Anspruch auf Eröffnung einer Informationsquelle*).

³² Cfr. § 4 del *Pressegesetz* (PrG) del Baden-Württemberg, Art. 4 BayPrG; § 4 BlnPrG; § 5 BbgPrG; § 4 BremPrG; § 4 HmbPrG; § 3 HessPrG; § 4 PrG MV; § 4 NdsPrG; § 4 PrG NRW; § 6 LMG RhPf; § 5 SMG; § 4 SächsPrG; § 4 PrG LSA; § 4 PrG SH; § 4 ThürPrG.

³³ Secondo una lettura ormai diffusamente affermatasi fin dalla storica sentenza "Spiegel" del 5 agosto 1966 (BVerfGE 20, 162), il *Grundgesetz* garantisce una libertà della informazione assai ampia, comprensiva non solo del diritto di informare gli altri, ma anche di acquisire le informazioni. Il compito pubblico della stampa ai fini della formazione democratica deve dunque comportare, nei confronti dell'amministrazione, garanzie di tutela nonché disposizioni che definiscano degli "obblighi di informazione delle autorità pubbliche". Mi pare che questo costituisca la differenza principale tra la natura del diritto di accesso tedesco e quello italiano. È vero che, come in Italia, anche in Germania, i giornalisti godono di uno stato differenziato, di una prerogativa. E tuttavia, mentre in Italia la prerogativa è legata allo *status* del giornalista (e quindi si posiziona più all'interno dell'ambito protetto dalla libertà di impresa), in Germania essa è legata alla sua funzione, ovvero al potere/dovere di rappresentare l'interesse generale ad informare (libertà attiva) e ad essere informati (libertà passiva). Per cui, in Germania, come vedremo, gli ampi margini di accesso riconosciuto ai giornalisti traggono la loro legittimazione da una sorta di "diritto sociale" ad informare. Anche W. HOFFMANN-RIEM, *Massenmedien*, in E. BENDA, W. MEINHOFER, H.-J. VOGEL, *Handbuch des Ver-*

L'idea della libertà di informazione come *dienende Freiheit* (libertà servente)³⁴ si avvicina a quella concezione, sostenuta da una parte della dottrina italiana, che pone l'accento sulla interconnessione tra libertà di informare e diritto ad essere informati. Sotto quest'ottica la libertà di informazione si presenta come una libertà complessa, bifronte, con un profilo di diritto individuale, ma anche con un chiaro profilo legato all'adempimento del principio democratico³⁵.

L'assetto delle competenze all'interno del quale si colloca la disciplina sulla stampa (all'interno della quale a sua volta si colloca il diritto di accesso della stampa alle informazioni), se ci si ferma al dato costituzionale, sembra del tutto pacifico. Ai sensi dell'art. 70 GG, la stampa rappresenta un ambito di competenza residuale statale (*"I Länder hanno il diritto di legiferare nella misura in cui la presente Legge fondamentale non riservi alla Federazione le competenze legislative"*). Fino al 2006 il *Bund* poteva ancora vantare una competenza (peraltro mai esercitata) ad emanare leggi quadro sulla *disciplina generale della stampa* (come disposto dall'abrogato art. 75 GG)³⁶. La riforma del federalismo portò invece all'abolizione della *Rahmenkompetenz* e permise ai *Länder* di riacquisire una serie di competenze "defederalizzate"³⁷. Per questa ragione, fin dagli anni Sessanta, il consolidato orientamento giurisprudenziale

fassungsrecht, De Gruyter, Berlin, 1984, 389-468, partic. 406 ss., parla esplicitamente di «funzione costituzionale» e di «compito pubblicistico» dei Media e li ricollega al significato profondo dell'art. 5 GG.

³⁴ Così BVerfGE 57, 295, § 102.

³⁵ Tra i fautori di questa impostazione, N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati?*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1978, p. 3 ss., che afferma: «L'interesse generale che legittima la tutela di tale rapporto è caratterizzato non già (o non solo) in funzione del diritto di chi trasmette (ad informare), ma soprattutto del diritto di chi riceve (ad essere obiettivamente informati)» (p. 7). Contro, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 1985 (posizione successivamente sviluppata in ID., *Libertà di informare e diritto ad essere informati: due prospettive a confronto*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2007, 459-500, in partic. p. 473 ss.). Pace ritiene che qualificare la libertà d'informazione come una "libertà per", produrrebbe una surrettizia funzionalizzazione di un diritto di libertà e pertanto si risolverebbe in una *contradictio in adiecto*. A proprio sostegno egli adduce la costante giurisprudenza costituzionale che, partire dalle sentenze nn. 175 del 1971, 105 del 1972, 113 del 1974, ha desunto la libertà d'informare dal diritto "individualistico" di manifestare liberamente il proprio pensiero dell'art. 21 Cost. A tal proposito, cfr. A. PACE, M. MANETTI, *Art. 21 - Rapporti civili (Commentario alla Costituzione)*, Zanichelli, Bologna, 2006; Sul tema della libertà individuale/funzionale v. anche P. BARILE, S. GRASSI, *Informazione (Libertà di)*, in *Appendice del Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, Utet, Torino, 1983, pp. 196-215; M. LUCIANI, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 613 ss; più recentemente P. CARETTI, A. CARDONE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era della convergenza tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 2019.

³⁶ La *ratio* dell'art. 75 GG risiedeva nel fatto che i diritti di libertà fondamentali garantiti per la stampa trovano un loro fondamento nel *Grundgesetz* e dunque abbisognassero di una disciplina di fondo unitaria.

³⁷ J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, in ISSIRFA, online su www.issirfa.cnr.it.

riconosceva alle rispettive leggi sulla stampa statali - che nel frattempo aveva iniziato a normare l'intera materia della stampa - la competenza a dettare disposizioni sul diritto di accesso nei confronti di tutte le amministrazioni e le autorità, indipendentemente dal loro livello (comunale, statale e federale).

Tale orientamento ha subito un netto *revirement* nel 2013, a seguito della cd. (prima) sentenza BND pronunciata dal *Bundesverwaltungsgericht* (BVerfWg, il Tribunale federale amministrativo)³⁸. Il caso riguardava una richiesta da parte di un giornalista della "Bild" al *Bundesnachrichtendienst* (il servizio di *intelligence* tedesco, da ora in poi BND o "i Servizi") di fornire informazioni sul passato nazista dei suoi impiegati e collaboratori. Il giornalista, cui erano state negate le informazioni, sosteneva la tesi della legittimazione passiva del BND sulla base del disposto del § 4 comma 1 della legge sulla stampa di Berlino (BlnPrG) che stabilisce: «le autorità sono obbligate a condividere informazioni con i rappresentanti della stampa per permettere l'espletamento dei suoi compiti di rilevanza pubblica»³⁹.

I giudici, in maniera del tutto inaspettata, dopo aver rimarcato l'importanza della stampa nel funzionamento del processo democratico e del principio di trasparenza (v. *supra*), stabilivano l'inapplicabilità della normativa statale nei confronti del BND, motivando la decisione con l'assunto che «la competenza legislativa volta a regolare il diritto di accesso nei confronti delle autorità federali [fosse] nelle mani della Federazione»⁴⁰. Dal momento che il *Bund* non l'aveva esercitata, la Corte riteneva di dover individuare il fondamento delle condizioni e i limiti all'accesso direttamente nel testo costituzionale, e in particolare nell'art. 5 comma 1 frase 2 GG (libertà della stampa)⁴¹. I *Länder* dunque non possederebbero la competenza legislativa per regolare un diritto di accesso dei media nei confronti di autorità federali e di conseguenza non potrebbero obbligare questi ultimi a fornire informazioni alla stampa. È vero, prosegue la Corte, che in mancanza di una competenza legislativa federale in materia di diritto della stampa, i *Länder* hanno il diritto di emanare una normativa in materia, tuttavia questa competenza (che, si ricorda, si fonda sull'art. 70 GG) «non abbraccia tutte le regole che riguardano

³⁸ BVerfWGE sentenza del 20 febbraio 2013 - 6 A 2.12 - BVerfWGE 146, 56.

³⁹ «Die Behörden sind verpflichtet, den Vertretern der Presse, die sich als solche ausweisen, zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe Auskünfte zu erteilen».

⁴⁰ Così sent. cit., § 17 sentenza in oggetto.

⁴¹ È importante sottolineare che molte delle risultanze che seguiranno si applicheranno non solo al diritto di accesso "qualificato" dei giornalisti, ma anche alla disciplina del cd. "diritto di libera informazione" - *Informationsfreiheitsrecht* (traducibile in italiano giuridico come *diritto di accesso civico*) ex art. 5 comma 1 frase 1 GG.

la stampa, ma incontra i suoi limiti laddove si affacci un'altra competenza primaria» (§18 della sentenza in oggetto)⁴².

In altre parole, la Corte ravvisa l'esistenza, accanto a quella statale, di una prerogativa del legislatore federale, la quale si vanificherebbe se non si attribuisse ad essa (e solo ad essa!) la competenza esclusiva a stabilire i limiti per i propri uffici amministrativi (*Behörde*). Tuttavia, in mancanza di tale disciplina legislativa, il BVerwG riconosceva su di sé la competenza a dettare o ad individuare un parametro valutativo di base (il cd. "standard minimo" o *Minimalstandard*) per regolare l'accesso alle informazioni. Tra i criteri da tenere presente per determinare questo standard minimo i giudici ricomprendono, a titolo esemplificativo, gli interessi privati o pubblici che sono stabiliti dalle leggi statali e che, a seconda dei casi, svolgono una funzione restrittiva o espansiva del diritto di accesso. Per il resto essi lasciano aperta ogni altra questione ritenendo, sulla base di queste premesse, che la richiesta del giornalista non potesse essere accolta.

Il diritto giudiziale si impone qui come attività creativa *praeter* e addirittura *contra legem* su almeno due piani: innanzitutto si disconosce la validità dell'applicazione della normativa statale che fino a quel momento era stata pacificamente considerata come applicabile: il legislatore (statale), sulla base del dato costituzionale, viene privato della sua competenza riconosciuta dalla Costituzione; in secondo luogo, definendo la Corte i criteri per l'accesso alle informazioni al BND, ha prodotto per il caso sottoposto al suo esame una norma individuale, il cui contenuto non è in alcun modo predeterminato da una norma generale e astratta di diritto positivo. Il BVerwG ha pertanto creato nuovo diritto materiale in applicazione di una norma generale da lui ritenuta desiderabile e che il legislatore ha ommesso di statuire.

5. *Richterrecht statt Gesetz*: la conferma della via giurisprudenziale per delineare il diritto di accesso

Le aspettative di parte della dottrina di un ripensamento rispetto all'impostazione adottata dal Supremo Tribunale amministrativo sono andate deluse a seguito del ricorso diretto di costituzionalità che lo stesso giornalista della *Bild* ha proposto al Tribunale costituzionale federale. L'operazione creativa del BVerwG ha trovato una sponda, seppur in larga misura indiretta, tra i giudici di Karlsruhe che, con ordinanza di rigetto, nel 2015 hanno confermato nella sostanza le risultanze della Corte amministrativa⁴³. Sono due gli aspetti della pronuncia di Karlsruhe che meritano di essere evidenziati: sotto

⁴² Sentenza cit., § 18: «Diese Befugnis umfasst aber nicht alle Regelungen, die die Presse berühren, sondern stößt dort an Grenzen, wo sie auf eine vorrangige anderweitige Gesetzgebungskompetenz trifft».

⁴³ BVerfG ordinanza 1 BvR 1452/13 del 27 luglio 2015.

un profilo di merito, i giudici hanno sottolineato che neppure sulla base delle leggi nazionali esso avrebbe potuto ragionevolmente ottenere le informazioni dai servizi segreti federali, dal momento che il giornalista richiedeva informazioni che lo stesso BND non aveva ancora⁴⁴.

Sotto un profilo formale, è vero che, trattandosi di una *Verfassungsbeschwerde*, il Tribunale costituzionale ha rilevato la sua parziale incompetenza a decidere la questione dal momento che non ha riscontrato alcuna violazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, il BVerfG non sconfessa (nemmeno incidentalmente) l'operazione di ingegneria costituzionale del BVerwG⁴⁵, ed anzi, semmai, la avalla implicitamente: il BVerwG – affermano in sostanza i giudici costituzionali – conosce e tratta la materia del diritto all'accesso solo nella misura in cui questo è funzionale a definire gli aspetti relativi alla competenza delle autorità amministrative federali (ancora non regolati). Inoltre – e questo è il punto nevralgico dell'intera riflessione – fintanto che il BVerwG garantisce il diritto di accesso e non si riscontra alcuna violazione dello stesso «è indifferente se tale diritto di accesso viene fondato su previsioni normative, analogia con le leggi statali sulla stampa o su un nuovo diritto di accesso – fondato direttamente o indirettamente sulla costituzione – di derivazione prettamente giudiziale»⁴⁶. Ecco che il *Richterrecht* in senso stretto entra nel ragionamento giuridico come legittimo mezzo interpretativo/creativo per raggiungere uno scopo.

La giurisprudenza amministrativa che si è sviluppata in seguito alla sentenza BND della Corte amministrativa non ha solo confermato il nuovo orientamento, ne ha addirittura rafforzato i presupposti e ne ha ampliato la sfera di influenza: il cd. *Tempelhof Urteil* (2015) è forse la pronuncia più significativa in proposito⁴⁷. Il ricorso era originato dalla richiesta di un altro giornalista di accedere alle informazioni in possesso dell'Agenzia federale per

⁴⁴ Le leggi dei *Länder*, infatti, concedono solo l'accesso ad informazioni già a disposizione degli uffici. Il BND avrebbe dovuto imbastire un'unità di ricerca *ad hoc* per indagare il passato di ogni agente o di ogni collaboratore/informatore. Tuttavia, il BVerfG sottolinea anche che se il BND fosse stato in possesso di questa informazione, allora il giornalista avrebbe legittimamente potuto esigere di ottenerla.

⁴⁵ Vale la pena riportare il passaggio prudente al limite dell'ambiguità del BVerfG: «Può sorgere la questione se i *Länder*, nell'ambito delle loro competenze, possano regolare la disciplina dell'informazione nei confronti di informazioni nella disponibilità di uffici federali o se tale disciplina sia riservata al legislatore federale. La questione sul se e fino a che punto il diritto di accesso all'informazione debba essere derivato direttamente dal Grundgesetz attraverso l'art. 5 GG rimane aperta» (letteralmente «es kann auch offen bleiben», cfr. § 12 sentenza in oggetto).

⁴⁶ Così il testo originale che vale la pena di riportare: «Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Fachgerichte einen solchen Auskunftsanspruch auf andere fachrechtliche Bestimmungen, auf eine Analogie zu den bisher als maßgeblich angesehenen landespresserechtlichen Auskunftsansprüchen oder auf einen – direkt oder indirekt aus der Verfassung hergeleiteten – neu geschaffenen richterrechtlichen Auskunftsanspruch stützen» (§ 12 sentenza in oggetto).

⁴⁷ BVerwGE 151-348, sentenza del 25 marzo 2015.

le attività immobiliari in merito al contenuto di un contratto per l'organizzazione di fiere all'interno dell'area dello storico ex aeroporto di Berlino. Come nella decisione BND, anche qui i giudici della Corte suprema di Lipsia, pur confermando le risultanze della decisione di secondo grado che aveva concesso l'autorizzazione, ne avevano censurato il ragionamento, ritenendo che il diritto all'accesso non trovasse il proprio fondamento giuridico nel § 4 comma 1 *Pressegesetz* del Nord Reno-Vestfalia, ma nel principio/diritto costituzionale della libertà della stampa (Art. 5 comma 1 frase 2 GG). I giudici, però, potenziavano i margini del criterio dello standard minimo escogitando alcuni parametri per valutare, di volta in volta, l'ammissibilità o meno della richiesta: venivano dunque conati il criterio della natura degli organi⁴⁸ e quello della distinzione tra elementi che giustificano (e talvolta richiedono) una più ampia trasparenza ed elementi che attengono ad insacrificabili interessi di riservatezza in capo alle Autorità o a terzi⁴⁹. Sotto quest'ultimo profilo il diritto, in un certo senso, potestativo ad ottenere informazioni da parte dei giornalisti abbraccerebbe solo quelle informazioni che *devono* essere condivise ai sensi dell'art. 5 GG comma 1 frase 2 (diritto della stampa); al contrario, la presenza di interessi (pubblici o privati) degni di protezione (*schutzwürdige Interessen*) potrebbe ragionevolmente portare la P.A., all'esito di un giudizio di bilanciamento, a negare le informazioni⁵⁰.

Il Tribunale supremo di Lipsia ha avuto modo di ribadire le proprie posizioni - con riferimento ad altri due casi che riguardavano la richiesta di informazioni al BND - in due successive ordinanze di cognizione sommaria: 20 luglio 2015 (BND II – *Selektorenliste*)⁵¹ e 22 settembre 2015 (BND III – *Verschlusssachen*)⁵². Il primo caso concerneva la richiesta di esibizione del cd. elenco di selezione presentato dall'NSA al BND, ovvero la lista dei nominativi da intercettare che l'Agenzia per la Sicurezza Nazionale americana aveva

⁴⁸ ID, § 30 dove la Corte afferma: «Der Gesetzgeber ist zwar unter besonderen Umständen berechtigt, einzelne behördliche Funktionsbereiche von Auskunftspflichten auszunehmen».

⁴⁹ È il caso in cui si sia in presenza di un contratto tra P.A. e privati, la Corte distingue in particolare tra prassi commerciale orientata (*kaufmännisch-marktorientierte*) e prassi fiscale classica (*fiskalische Richtung klassischen Zuschnitts*). Laddove l'informazione riguardi un elemento che faccia parte del segreto commerciale (ad esempio, laddove vi sia stata una speciale procedura di appalto) o comunque laddove l'informazione che si vuole ottenere si scontri con un particolare interesse pubblico, il diritto di ottenere l'informazione sul contenuto del contratto con una P.A. federale da parte di un giornalista possa essere ragionevolmente compresso; nel caso, invece, in cui vi siano semplici esigenze di fiscalità generale e il contratto con la P.A. federale sia un contratto di diritto comune, permettono una maggiore trasparenza. Cfr. BVerwGE sentenza del 25 marzo 2014, BVerwGE 151-348, § 16 ss.

⁵⁰ ID., § 24 ss. Inoltre, al § 29, per determinare l'esatto contenuto degli interessi che richiedono riservatezza, i giudici suggeriscono all'ipotetico legislatore di tenere presente le disposizioni normative generali dell'*Informationsfreiheitsgesetz* (IFG).

⁵¹ BVerwG, ordinanza del 20.7.2015 - 6 VR 1.15

⁵² BVerwG, ordinanza del 22.09.2015 - 6 VR 2.15.

condiviso con i Servizi segreti tedeschi. Il secondo caso riguardava la richiesta di condivisione del numero dei casi in cui era stata violata le norme di sicurezza nei locali del BND. Nel primo caso la Corte rigettava la richiesta, nel secondo la accoglieva. Il diverso risultato è dovuto ad una valutazione estensiva dei criteri già elaborati nella sentenza Tempelhof e al diretto ancoraggio costituzionale che il BVerwG ha previsto per il diritto all'informazione.

Secondo la Corte, infatti, per ottenere quel generale bilanciamento tra l'interesse all'informazione della stampa e gli interessi pubblici o privati contrari alla fornitura delle informazioni richiesto dall'art. 5 GG comma 1 frase 2⁵³ è necessario capire se le informazioni rientrano chiaramente nell'area "operativa" della particolare funzione del BND (e pertanto sono coperti dalla riservatezza richiesta dagli interessi pubblici coinvolti)⁵⁴. Nei casi di specie, la Corte di Lipsia ha raggiunto due soluzioni diverse: se, per quanto riguarda la lista, si tratta di un dato sensibile e dunque non rivelata, il semplice dato riguardante il numero (e non il contenuto) delle violazioni della sicurezza non consente, invece, di individuare alcuna particolare area funzionale che richieda una protezione della riservatezza (*kein Funktionsbereich besonderen Charakters identifizieren, der abwägungsfest gegen Auskunftsbegehren abgeschirmt werden dürfte*) né compromette l'esecuzione (presente e futura) dei compiti del BND⁵⁵.

Un orientamento peraltro confermato in due recenti sentenze: la prima, dell'aprile 2018, sulla richiesta di informazioni riguardanti un agente soggetto a procedimento penale⁵⁶; la seconda, del settembre 2019, sulla richiesta di rivelare il luogo, il tempo, le persone coinvolte e il contenuto dei colloqui confidenziali che i Servizi intrattengono ad intervalli regolari con dei giornalisti selezionati (cd. *Hintergrundgespräche*)⁵⁷. In entrambi i casi (che vedevano come parte ricorrente il medesimo giornale, il *Tagesspiel*) la Corte accoglieva

⁵³ Così BVerwG ordinanza del 20.7.2015 - 6 VR 1.15 § 10.

⁵⁴ In verità, la Corte apre anche alla possibilità di escludere il diritto di accesso nei confronti del BND nel suo insieme, ma in ogni caso auspica l'approvazione di una normativa federale che definisca ed escluda dal campo coperto dal diritto di accesso quelle informazioni connesse con funzioni serventi alle attività operative (cfr. § 9 sentenza in oggetto): «In circostanze particolari, il legislatore ha comunque il diritto di esentare le singole aree funzionali (*behördliche Funktionsbereiche*) dagli obblighi di informazione (BVerwG, sentenza del 25 marzo 2015 - 6 C 12.14 - § 30). Tali circostanze speciali vengono in essere per le condotte operative del Servizio di intelligence federale, vale a dire l'acquisizione e la valutazione di informazioni connesse con la protezione della politica estera e della sicurezza (*die Beschaffung und Auswertung von Informationen von außen- und sicherheitspolitischer Bedeutung*). Il legislatore può quindi generalmente escludere informazioni per la stampa per quest'area funzionale ufficiale senza dover prevedere una valutazione caso per caso».

⁵⁵ BVerwG ZD 2016, 94, §§ 16-19.

⁵⁶ BVerwG 6 VR 1.10 dell'11 aprile 2018, dove la Corte afferma: «È necessario e allo stesso tempo sufficiente se vi è un maggiore interesse pubblico e una forte rilevanza per la divulgazione della notizia» (§ 14).

⁵⁷ BVerwG, 6 A 7.18 del 18 settembre 2019.

le istanze e imponeva al BND di condividere le informazioni richieste, ribadendo il principio secondo cui le informazioni possono essere negate solo laddove «sia necessario per proteggere le sue azioni operative e le sue fonti».

6. Criticità: il rischio del giudice come “usurpatore” e l’uso dei diritti fondamentali per la creazione di un diritto federale generale

Alla luce di quanto riportato, ferma restando l’astratta compatibilità dell’operazione creativa con la logica dell’ordinamento tedesco, sono molti gli spunti di riflessione meritevoli di esser trattati. Si può innanzitutto partire dalla scelta interpretativa compiuta dalla Corte amministrativa e non smentita dal Tribunale costituzionale. Il BVerwG, in realtà, non ha seguito un *iter* argomentativo inedito: il suo ragionamento, avallato indirettamente dal Tribunale costituzionale, è stato volto ad affermare, a favore del *Bund*, l’esistenza di una competenza sussidiaria non scritta (o implicita o fattuale) conosciuta come *Annexkompetenz*. La conseguenza giuridica che la Corte ne trae è che la federazione, per soddisfare quelle finalità che le derivano dalle materie attribuite alla propria competenza, ha il potere di autodeterminarsi⁵⁸. Tuttavia, se la teoria della diretta riconducibilità del diritto di accedere alle informazioni da parte dei media alle norme costituzionali ha rappresentato un’operazione di *Richterrecht* (creativo), bisogna adesso capire se lo sconfinamento nel margine di intervento del legislatore rappresenti una condotta lecita o meno.

Alcuni commentatori⁵⁹ si sono chiesti infatti, se in questo caso l’estensione della competenza del *Bund* a scapito dei *Länder* sostenuta dal BVerwG non sia qualificabile come eccesso di potere, come una sorta di *usurpazione* da parte del giudice della funzione legislativa. Pur riconoscendo che esistono delle attribuzioni non scritte (o quantomeno tacite) nell’ordine di distribuzione delle competenze tra *Bund* e *Länder* delineato dal GG, che possono dunque ampliare la sfera di competenza espressa dell’uno o degli altri, tale dottrina ritiene che, nel caso di specie, le rigorose condizioni che devono guidare la loro enucleazione non siano state rispettate. Innanzitutto, si sostiene che il Tribunale amministrativo si sarebbe discostato dal piano della mera in-

⁵⁸ L’*Annexkompetenz* può essere definita come un principio costituzionale strumentale per l’allocazione delle potestà legislative fra Federazione e Stati. In virtù di tale principio, le potestà legislative esercitate sulle competenze espresse si estendono anche a quelle “materie” preparatorie o accessorie. Sono quindi competenze non scritte e funzionali alle competenze “principali”. In questo caso, fin dalla prima pronuncia (BVerwG 6 A 2.12 del 20 settembre 2013) il BVerwG giustifica l’*Annexkompetenz* in base al seguente ragionamento: «La competenza sussidiaria federale a regolare il rilascio di informazioni alla stampa da parte del Servizio di intelligence federale si basa sul fatto che il pubblico accesso ad alcune informazioni possono influenzare l’adempimento dei suoi compiti» (§ 24).

⁵⁹ M. CORNILS, *Richterrecht statt Gesetz - Die Entwicklung des verfassungsunmittelbaren Pressauskunftsanspruchs*, in *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, n. 3, 2016, pp. 205-216.

terpretazione delle leggi e abbia abbracciato una visione singolare del processo di produzione normativa fondata su una concezione precettiva della Costituzione (rimessa, semmai, al solo Tribunale costituzionale)⁶⁰. In secondo luogo, che la competenza sussidiaria non sarebbe stata chiara fin dall'inizio e che anzi, vi sarebbero state tutte le ragioni per mantenere la competenza in capo ai *Länder*, i quali peraltro avevano già da tempo emanato una propria disciplina legislativa⁶¹. Insomma, l'operazione del BVerwG avrebbe davvero sopperito ad un vuoto di competenza o forse piuttosto non l'ha creato? Infine, si evidenzia che la facoltà di fare emergere una nuova lettura degli artt. 73 e 74 GG (riparto di competenze tra *Bund* e *Länder*) sarebbe prerogativa del BVerfG (e non del Tribunale amministrativo) e che il Tribunale costituzionale ha stabilito l'*indispensabilità* e non la mera *opportunità* delle condizioni per l'estensione della competenza legislativa⁶². Per tutte queste ragioni, secondo tale dottrina, nel caso di specie non sarebbero stati presenti gli estremi di una vera e propria lacuna normativa a livello federale tale da impedire l'esercizio del diritto di ottenere le informazioni.

A me pare che l'aspetto legato al ruolo del BVerwG nel riparto di competenza non desti particolari preoccupazioni. Il giudice ricorre a questa "competenza straordinaria", che riveste natura pratica e sussidiaria, quando il legislatore federale se ne priva. Come è appunto il caso di specie. In secondo luogo, è lo stesso Tribunale costituzionale ad aver considerato costituzionalmente indifferente il metodo creativo utilizzato dalla Corte di Lipsia. Non si dimentichi poi che anche la dottrina riconosce pacificamente il ruolo del giudice amministrativo quale «Nothelfer in der staatlichen Rechtsetzung» (ausilio straordinario alla creazione del diritto statale)⁶³ e che suo compito è anche quello di rendere efficace il contenuto prescrittivo di una norma e quindi fornire una soluzione concreta ad ogni problema sottoposto alla sua attenzione.

Se dunque l'aspetto legato al ruolo dei giudici nel riparto di competenza non desta - almeno in principio - particolari dubbi di legittimità, ciò che in-

⁶⁰ ID., in partic. 212. Il *Grundgesetz* avrebbe conferito solo al Giudice costituzionale la decisione di una serie di conflitti tra i supremi organi statuali così come anche di conflitti tra *Bund* e *Länder*.

⁶¹ P. LERCHE, *Art. 86* in T. MAUNZ, G. DURIG, *GG Kommentar Online*, Beck, München, 2009, Rz. 162; PH. KUNIG, *Art. 70*, in I. V. MUNCH, PH. KUNIG, *Grundgesetz Kommentar*, Beck, München, 2012, Rz. 27; D. EHLERS, K. VORBECK, *Presserechtliche Auskunftsansprüche gegenüber Bundesbehörden*, in *Festschrift für Götz Frank zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, p. 223.

⁶² Così, ex multis, BVerfGE 11, 89; BVerfG v. 14 gennaio 2015 - 1 BvR 931/12; BVerfGE 132, 1-39, § 19 che parla di «connessione necessaria» (*notwendiger Zusammenhang*) tra competenza originaria-esplicita e competenza sussidiaria-fattuale). Sugli stretti margini dell'*Annexkompetenz*, per la dottrina, A. UHLE, *Art. 70*, in T. MAUNZ, G. DURIG, *GG Kommentar Online*, Beck, München, 2009, *Art. 70*, Rz. 71; PH. KUNIG, *Art. 70*, in I. V. MUNCH, PH. KUNIG, *Grundgesetz Kommentar*, München, Beck, 2012, Rz. 25.

⁶³ F. OSSENBÜHL, *Gesetz und Recht*, cit., Rn. 56 (p. 161).

vece può apparire come l'estremo limite del *Richterrecht* è, invece, l'aspetto legato al *modo* con cui tale ripensamento è stato perseguito. Mi sento in proposito di poter avanzare delle considerazioni ulteriori, in particolare con riguardo agli stessi criteri elaborati dalla suprema giurisdizione amministrativa per delineare, dall'art. 5 comma 1 GG, il contenuto del diritto di accesso della stampa.

Si ha l'impressione che il BVerwG abbia forzato il criterio dello standard minimo auspicato nella prima sentenza del 2013, delineando in maniera molto specifica, in uno stile quasi legislativo, quando è possibile ricevere informazioni e quando no⁶⁴. I giudici, in sostanza, hanno preso su di sé la stessa determinazione del concreto bilanciamento tra *Auskunftsanspruch* e i suoi limiti (bilanciamento che la Costituzione riserva alla legge, conservando per le corti solo la valutazione sulla sua ragionevolezza ovvero, nel linguaggio giuridico tedesco, della sua *proporzionalità* nel caso di specie)⁶⁵. La giurisprudenza ha tratteggiato una vera e propria disciplina, arricchita di principi, casi ed eccezioni volte ad aiutare il futuro intervento del legislatore. Ci si potrebbe chiedere quanto, invece di adjuvarla, una tale impostazione non rischi di limitare l'opera del legislatore, imponendo di fatto una determinazione legislativa futura coerente e riducendo così il margine di intervento discrezionale del Parlamento federale. Nei fatti forse, non molto: dal momento che si tratta della Corte amministrativa suprema e non del Tribunale costituzionale, il legislatore potrebbe ben disattendere le indicazioni dei giudici ove lo ritenesse opportuno. Tuttavia, sulla carta, il *modus procedendi* si colloca senz'altro ai confini dell'alveo del principio dello *iura novit curia*.

Un ultimo punto, forse provocatorio, che tuttavia merita di essere affrontato è quello che si potrebbe considerare il tentativo di prescindere dalla legge statale per creare un *diritto federale generale* dove non c'era, utilizzando un sistema basato sulla simultanea applicazione dei principi della legge statale,

⁶⁴ Nel dettare la linea di intervento del futuro intervento normativo il BVerwG sottolinea che «l'accesso dovrà essere vietato solo in particolari condizioni» (*unter besonderen Umständen*) per «singole funzioni di un'autorità» (*einzelne behördliche Funktionsbereiche*) e non per «tutte le attività amministrative» (*ganze Verwaltungsbereiche*); la fattispecie normativa dovrà poi «rispettare il requisito della generalità ed essere condizionata ad un bilanciamento con gli interessi privati o pubblici alla riservatezza» (*generellem, abwägungsfesten Vorrang eines privaten oder öffentlichen Vertraulichkeitsinteresses*); e che la scelta dovrà essere «il risultato di un bilanciamento che di norma sarebbe raggiunto nei singoli casi» (*wenn dies demjenigen Abwägungsergebnis entspricht, dass in aller Regel in Einzelfällen tatsächlich erzielt würde*); l'accesso potrà essere impedito solo laddove «sia necessario per proteggere le azioni operative [dell'ufficio] e le sue fonti». Così, la già citata BVerwGE 151, 348, § 30 ss.

⁶⁵ Sulle origini del concetto di proporzionalità come derivato della costruzione teorico-amministrativa prussiana e sul suo utilizzo nei giudizi di legittimità costituzionale relativi alla tutela dei diritti fondamentali, cfr. A. BARAK, *Proportionality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 175- 210; e anche J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, 1997, pp. 341 ss.

delle normative federali sull'informazione (non sono rari, ad esempio, i richiami all'*Informationsfreiheitsgesetz* come serbatoio di principi da utilizzare per analogia) e, infine, dei su richiamati diritti e principi del *Grundgesetz*. Fatte le dovute differenze, qualcosa di molto simile all'operazione compiuta in *Swift v. Tyson* (1842) dove la Corte Suprema americana ritenne che, nell'applicazione della "state law", in mancanza di una regolazione legislativa statale, le corti federali fossero tenute ad applicare una "general common law". Certo, nel caso statunitense, la *statute law* mancante era quella dello Stato di New York, mentre nel nostro caso si tratta di quella federale. Nonostante in entrambi i casi, una corte federale ha sottratto una materia alla competenza statale per fondare, a livello federale, una regolazione di origine giurisprudenziale ed ha riconosciuto nei fatti la superiorità dell'autorità giudiziaria sul diritto statale.

In conclusione, rispetto a quanto già affermato sulle condizioni di funzionamento del diritto giurisprudenziale tedesco (§ 2 del presente contributo) e rispetto al concreto sviluppo del *Richterrecht* nei vari ambiti in cui esso ha esercitato ed esercita una funzione marcatamente creativa (si tratta dei già ricordati *gesetzvertretendes* e *gesetzkorrigierendes Richterrechte*, affrontati al §3 del presente contributo), non si può dire che questo orientamento si ponga in netto contrasto con la concezione dello stato di diritto tedesco. Ci si può chiedere però se questa vicenda non ci dovrebbe portare a riconsiderare il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario in Germania nell'ottica di una vera e propria redistribuzione di funzioni dello Stato. Cioè potremmo chiederci se il "carattere normativo" delle decisioni del *Bundesverwaltungsgericht* - e non lo dico solo provocatoriamente - non rappresenti forse il sintomo di una trasformazione più ampia delle stesse forme di legittimazione dell'atto normativo ed sia la conseguenza del fatto che la netta separazione tra il momento della scelta politica che, guidata dal sistema rappresentativo, si trasforma in "legge", e il momento della sua applicazione al caso concreto, nel corso di un giudizio che si svolge davanti ad un giudice, non sia poi più così netta⁶⁶.

⁶⁶ Anche nel nostro ordinamento c'è chi critica il sistema "chiuso" delle fonti e i tradizionali criteri ordinatori, imperniando sulla giurisprudenza, le leve per liberare «la costruzione del sistema delle norme dal rigido condizionamento da un preteso sistema 'chiuso' delle fonti»: cfr. F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, intervento al Convegno "Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione" (Università di Roma Tre, 27-28 novembre 2008), in www.archivio.rivistaaic.it. Il ruolo (creativo) dei giudici, in particolare per la tutela di nuove situazioni emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo, è stato lungamente sviluppato già da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984; In tal senso anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 110, che sottolinea come, con l'entrata in vigore della Costituzione, «svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo» e «subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema 'in movimento' soggetto a continue evoluzioni».

7. *Gesetz statt Richterrecht*: la nuova proposta di legge federale sul diritto di accesso

E il legislatore in tutto questo dov'è? Si può pensare che il carattere normativo delle decisioni della giurisprudenza amministrativa in un certo senso giustifichi la sua latitanza e lo abbia spinto, finora, a rimettersi alle precise conclusioni ivi raggiunte. Tuttavia, tanto il bisogno di fornire alle regole una cornice normativa che le rendesse chiare, coerenti e costituzionalmente accettabili, quanto quello di ristabilire un equilibrio tra poteri, hanno spinto i gruppi parlamentari FDP⁶⁷, prima, e Bündnis 90/Die Grünen⁶⁸, poi, a presentare rispettivamente, una risoluzione parlamentare e un progetto di legge sul diritto di accesso della stampa alle informazioni in mano alle autorità federali in linea con le esigenze proprie del giornalismo investigativo, anche *online*. La *ratio* e persino il contenuto dei due atti è molto simile. Il *Presseauskunftsgesetz* dei Verdi, nelle intenzioni dei suoi promotori, è volto segnatamente a regolamentare l'uscita delle informazioni degli uffici di intelligence (cfr. *Besonderer Teil* della *Begründung* del progetto di legge): si tratta del già noto BND, ma anche dell'Ufficio federale per la protezione della Costituzione (*Bundesamt für Verfassungsschutz*), il servizio di controspionaggio federale volto alla protezione dell'ordine costituzionale contro le minacce interne allo Stato, che negli ultimi mesi è stato al centro di polemiche non indifferenti proprio in relazione alla trasparenza e alla legittimità della sua azione⁶⁹. Sulla scorta delle

⁶⁷ Proposta "Etablierung eines Presseauskunftsgesetzes auf Bundesebene", Drucksache 19/6054 del 27 novembre 2018 testo online su <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/060/1906054.pdf>. Prima discussione in Commissione Affari Interni (*Ausschuss für Inneres und Heimat*) il 13 marzo 2019 (testo del dibattito in <https://www.bundestag.de/resource/blob/647746/e526d1acc7406bf099f5202f6e2cc9d7/Protokoll-11-03-2019-data.pdf>). La sollecitazione o risoluzione costituisce un invito al Governo a presentare un disegno di legge sul diritto di accesso della stampa che, come esplicitato in motivazione "si avvicinasse per contenuti e tutela giuridica alle esistenti leggi statali"; che permettesse l'accesso diretto ai documenti e che prevedesse dinieghi solo in caso di segreto di Stato o di superiori interessi pubblici.

⁶⁸ BT Gesetzentwurf (Drucksache 19/4572) del 26 settembre 2018, testo su <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/045/1904572.pdf>. Si tratta del terzo progetto presentato dai Verdi negli ultimi anni. Il primo, a stretto giro dalla prima sentenza BND, nel 2013; il secondo nel 2016, dopo l'indiretto avallo della disciplina enucleata dal BVerfG da parte del BVerfG.

⁶⁹ Una trattazione delle vicende che hanno coinvolto il *Bundesamt für Verfassungsschutz* negli ultimi mesi con riferimento alla vicenda della potenziale incostituzionalità di AfD finirebbe per situarsi fuori dal tema della presente trattazione. Basti solo ricordare che il 15 gennaio 2019, il *Bundesamt* ha reso noto di avere compiuto delle indagini per testare la potenziale anticostituzionalità del partito ultraconservatore tedesco *Alternative für Deutschland* (AfD), e di due sue organizzazioni interne: il movimento giovanile (*Junge Alternative – JA*) e il raggruppamento denominato *der Flügel*, espressione regionale del partito in Turingia. Riguardo a AfD il report dell'Ufficio, pur dichiarando di aver individuato «indicazioni concrete» (*tatsächliche Anhaltspunkte*) su un potenziale atteggiamento in contrasto con l'ordine liberal-democratico, arrivava alla conclusione che gli indizi raccolti (chiamati letteralmente «frammenti di sospetti», *Verdachtssplitter*) non fossero «sufficientemente gravi» (*nicht von hinreichendem Gewicht sind*) né in numero sufficiente (*nicht in hinreichender Zahl vorliegen*).

risultanze della giurisprudenza analizzata, il § 1 del progetto di legge stabilisce l'esistenza di un diritto di accesso alle informazioni della stampa dei confronti delle Autorità federali (*Behörden des Bundes*) e richiama, per una sua comprensione normativa, la definizione dello stesso data dal § 1 dell'*Informationsfreiheitsgesetz*; precisa che l'accesso è gratuito e completo e l'informazione deve essere resa immediatamente; statuisce infine che le autorità federali possono negare l'accesso solo se la divulgazione delle informazioni: 1) sia in contrasto con il segreto di Stato; 2) sia in contrasto con «interessi pubblici superiori» (da motivare debitamente); 3) leda interessi dei terzi; 4) comprometterebbe il corretto svolgimento di procedimenti giudiziari pendenti o procedimenti disciplinari. Le motivazioni che accompagnano il testo chiariscono (e questo costituisce in effetti un passo ulteriore del legislatore rispetto al diritto giudiziale) che l'accesso dei giornalisti dovrebbe riguardare gli atti (*Akteneinsicht*, cioè i documenti nella loro materialità) e non solo l'informazione, cioè il senso generale del loro contenuto o addirittura una parte di esso⁷⁰. Il secondo comma prevede inoltre che non possano essere emanate ordinanze o circolari che vietino la divulgazione per motivi generici. Il quarto comma, infine, stabilisce il principio della parità di trattamento. Il progetto inoltre fornisce una definizione ampia ed inclusiva dei *media* a cui si riferisce e una specificazione delle autorità pubbliche alle quali si indirizza (§ 2 del progetto).

In conclusione, come già auspicato dal BVerwG, il fine del superamento della tradizionale riservatezza da *arcana imperii* dell'amministrazione federale è accuratamente bilanciato con la garanzia degli interessi alla sicurezza della Repubblica. Certo, non sorprende che la proposta di legge si limiti sostanzialmente a formalizzare le risultanze dei giudici amministrativi. Il legislatore

sind) perché il partito potesse costituire un «caso sospetto» (*Beobachtungsobjekte*). Tuttavia, l'Ufficio, nella sua dichiarazione, rendeva noto che il giudizio sull'eventuale antidemocraticità di AfD non poteva dirsi concluso e che dunque il partito rimaneva un caso oggetto di verifica (o cd. caso-test - *Prüffall*). La qualifica di caso-test, come era nelle intenzioni dell'Ufficio, avrebbe permesso di continuare a testare, attraverso la raccolta di informazioni di pubblico dominio, la compatibilità di attività e dichiarazioni degli esponenti AfD con l'ordine liberal-democratico consacrato nel *Grundgesetz*. Diversamente, per le due articolazioni interne, le indagini hanno rivelato la presenza di affermazioni e condotte intenzionali potenzialmente lesive dell'ordine liberale e democratico ai sensi del § 3 comma 1 e del § 4 comma 1 frase 3 della Legge sulla protezione costituzionale - BVerfSchG. Cfr. BUNDESAMT FÜR VERFASSUNGSSCHUTZ, *Gutachten zu tatsächlichen Anhaltspunkten für Bestrebungen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung in der „Alternative für Deutschland“ (AfD) und ihren Teilorganisationen (Verschlussache)*, 19 gennaio 2019. A seguito di ricorso di AfD il tribunale amministrativo di Colonia dichiarava illegittima la pubblicizzazione di AfD come «caso test» dal momento che tale categoria non era ricompresa tra le fattispecie che il *Bundesamt* poteva legittimamente trattare. A parere del tribunale gli effetti innescati dalla dichiarazione pubblica - consistenti nel potenziale allontanamento dei propri elettori - sarebbero stati equivalenti ad una vera e propria stigmatizzazione e cioè ad un intervento di alterazione del godimento dei diritti fondamentali di AfD.

⁷⁰ BT Gesetzentwurf (Drucksache 19/4572), B. *Besonderer Teil – Zu Absatz 1.*

potrebbe ben discostarsi, se volesse, dalle conclusioni raggiunte dal BVerwG, dal momento che quest'ultimo non avrebbe la forza né l'autorità per stabilire i parametri di costituzionalità vincolanti per il decisore politico (e quanto di politico c'è nella materia!). Esso ha invece preferito attenersi in sostanza alle (pur ragionevoli) conclusioni giudiziali ad ulteriore conferma, se non della timidezza, della indubbia capacità anticipatoria del *Richterrecht* tedesco e del suo ruolo predominante in prospettiva di chiusura dell'ordinamento. Non-dimeno, pur non innovando particolarmente la materia, l'approvazione di una legge federale avrebbe il considerevole vantaggio di giungere ad una definitiva "normalizzazione" dello stato di diritto e di ripristinare l'ordine normale del rapporto tra attività legislativa e funzione giurisdizionale.