



ANDREA SANDRI

IL *VORBEHALT DES MÖGLICHEN*

NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI TEDESCHE

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *Il numerus clausus.* – 3. *Altre decisioni successive.* a) *La gratuità dell’insegnamento.* b) *Diritto alla formazione integrata.* c) *Proporzionalità dei contributi.* c) *L’obbligo di pagamento di contributi previdenziali.* – 4. *Il concetto di Vorbehalt des Möglichen e i suoi corollari.* a) *La funzionalità.* b) *La proporzionalità invertita.* c) *Trattamento differenziato e tipizzazione.* – 5. *Conclusioni.*

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *numerus clausus* del 3 agosto 1972 introduce espressamente il concetto di *riserva del possibile* (*Vorbehalt des Möglichen*) dandone una definizione che più che cogliere un’essenza sembra descrivere una condizione dello Stato sociale di diritto: “*lo Stato può garantire soltanto ciò che l’individuo può ragionevolmente pretendere dalla società*”.

Questo approdo, che pur trova a prima vista sufficienti parametri interpretativi nella scolastica hegeliana del sistema dei bisogni, si colloca all’interno di una riflessione che origina dal quadro costituzionale del

Grundgesetz – da un complesso di diritti fondamentali concepito come un sistema di valori e quindi di norme oggettive che obbligano tutti i poteri dello Stato e si coniugano di volta in volta con il principio di eguaglianza oltre che con il principio di Stato sociale¹ - e si sviluppa attraverso l’elaborazione delle alte corti del *Bund* e dei *Länder*.

In realtà il senso di questa definizione, ormai mutatasi quasi in un brocardo, dovette già essere da tempo patrimonio della giurisprudenza se è vero che il Tribunale costituzionale dell’Assia in una sentenza del maggio del 1956 sosteneva con riguardo ai nuovi diritti sociali che “questi diritti nuovi, ancor vaghi, soggetti a differenziazione, quand’anche abbiano già assunto il carattere di fondamentali, *debbono essere interpretati restrittivamente allo scopo di non legare oltremodo le mani del legislatore che, nella loro conformazione, sarà sempre legato a circostanze concrete e mutevoli*”².

Questa sentenza sta probabilmente all’origine di una serie di decisioni in materia di accesso allo studio e alla formazione e di una concettualità che tende a risalire da una “parte particolare” del diritto pubblico alla “parte

¹ B. PIEROTH – B. SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg 2011, C.F. Müller, pp. 12-26; E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg 2006, pp. 62-66.

² StGH 11.05.56 – P. St. 191. Vedi in tempi recenti l’analisi dettagliata di CHR. PESTALOZZA, *Landesverfassungsrechtliche Fragen eines Hochschulgeldes in Hessen*, Baden-Baden 2007, Nomos, pp. 17-24.



generale” dei concetti per poi ridiscendere, come dimostrano sentenze successive, nelle “parti particolari” dei singoli diritti fondamentali³.

In tal modo il concetto di *riserva del possibile* non soltanto eccede l’ambito originario del diritto allo studio ma anche quello più vasto dei *diritti di partecipazione* (Teilhabe), come diritti a “essere integrati in un sistema statale di prestazioni”⁴, per divenire persino criterio di limitazione di sfere di libertà come la proprietà privata e la libertà di riunione⁵.

Tenute presenti queste ultime considerazioni e la difficoltà di ripercorrere ogni volta la peculiare dogmatica dei diversi diritti fondamentali nello spazio di un breve saggio, si è qui preferito esaminare alcune decisioni esemplari, a partire dalla BVerfGE 303, che si collocano nello sviluppo omogeneo della decisione assiana del 1956 fino a tempi recenti, e finalmente tentare una compendiosa ricostruzione del concetto di riserva del possibile e dei suoi corollari⁶.

³ Sul rapporto tra “Referenzgebiete” e “parte generale” vedi E. SCHMIDT-ASSMANN, op.cit., pp. 6-10.

⁴ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2007, Beck, pp. 181-182.

⁵ Vedi i casi dell’obbligo di consegna di copie gratuite alle biblioteche (BVerfGE 58, 137), del mancato riconoscimento della pretesa primaria in seguito a violazione della proprietà privata da parte della p.a. (VGH Kessel NJW 1993) e della limitazione del diritto di riunione al ricorrere dello “stato di necessità di polizia” (OVG Saarlouis, JZ 1970, 283 ss., esaminati in V. MEHDE, *Grundrechte unter dem Vorbehalt des Möglichen*, Sitzheim 2000, P.U.V., pp. 12-13, 15-16, 18-20.

⁶ Da questa ricostruzione risulterà una sostanziale differenza tra il *Vorbehalt des Möglichen* e la omonima *reserva do possível* conosciuta dal Diritto costituzionale brasiliano. Per un approfondimento comparativo si veda in questo volume A. S. BRUNO, *Diritto alla salute e riserva del possibile. Spunti dal contesto brasiliano per osservare il “federalismo fiscale”*.



2. IL *NUMERUS CLAUSUS*.

La sentenza BVerfGE 303 affronta due casi paralleli emersi nei Liberi Stati di Amburgo e di Baviera in un tempo in cui le Facoltà di Medicina furono prese d'assalto dalle aspiranti matricole. Di fronte all'impossibilità di ammettere tutti i candidati, i legislatori dei due *Länder* approvarono atti legislativi con lo scopo di garantire il buon svolgimento degli studi nelle università.

L'*Hamburgisches Universitätsgesetz* e il *Gesetz über die Zulassung zu den Bayerischen Hochschulen* prevedono entrambi che possono essere previste limitazioni all'accesso a determinati corsi di studio (*numerus clausus*) e che tali limitazioni debbono essere normate da regolamenti di ammissione approvati ora dal Senato accademico (o dal Senato dello Stato) ora dal Ministro dell'Istruzione.

Ad Amburgo come a Berlino si registrano ricorsi al giudice amministrativo e si decide di sottoporre le leggi al giudizio di costituzionalità rispetto all'art. 12 par. 1 GG secondo cui “tutti i tedeschi hanno il diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo di lavoro e le sedi di preparazione e di perfezionamento professionale”, mentre “l'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi”.

La Corte costituzionale tedesca legge alla radice di questa norma sulla libera scelta della professione il diritto di scegliere liberamente un corso di studi, ch  dalla lesione di quest'ultimo discende un ostacolo all'esercizio della prima libert  garantita. Quindi sono ripercorsi i passaggi che portano dalla mera garanzia della sfera individuale di libert  al diritto di



partecipazione: lo Stato non deve soltanto astenersi dall'incidere sulle scelte del cittadino in merito alla sua formazione, ma, giacché lo stesso *Grundgesetz* eleva il diritto sancito dall'art. 12 GG a "norma oggettiva di un ordine di valori idonea a creare obblighi per lo Stato", rendere possibile l'accesso agli indirizzi di studio. Tale dovere, già implicito nella nuova natura valoriale e normativa della libertà, si universalizza se letto in combinato disposto con i principi di eguaglianza e di Stato sociale, per di più in un ambito materiale in cui lo Stato ha una posizione di monopolio.

Rispetto alla regola dell'eguale e universale accesso alle prestazioni, che così si ricava, le norme limitative, come quelle delle leggi sul *numerus clausus* appena esaminate, costituiscono un vero e proprio problema. I meccanismi del numero chiuso assoluto hanno infatti per scopo principale quello di escludere una gran parte dei candidati da un corso di studi.

Il *Bundesverfassungsgericht* non si spinge fino a queste conclusioni, ma colloca le due leggi nel contesto di un *sistema funzionale* di esigenze e di scopi fissati dalla stessa costituzione e, quindi, di un bilanciamento che tiene necessariamente conto di fattori storici e normativi di vario tipo. La realizzazione dell'obbligo gravante sullo Stato non può avvenire a danno di altri diritti e finalità statali e, affinché un simile effetto irrazionale sia evitato, il potere pubblico non può che porsi sotto la *riserva del possibile* ovvero, secondo la definizione di tale concetto formulata dalla stessa Corte, "lo Stato può garantire soltanto ciò che l'individuo può pretendere ragionevolmente dalla società".



Ricorre, dunque, un giudizio su che cosa sia giusto nel caso concreto; un giudizio che ha di volta in volta per oggetto le *risorse personali*, le *risorse economiche*, la *situazione di fatto*, e che delinea il perimetro concreto della giusta realizzazione del diritto di accesso allo studio configurato dall'art. 12 par. 1 GG.

Tale giudizio sul possibile non è soltanto posto a fondamento dell'attività regolamentare e amministrativa, ma anche dell'attività legislativa qui richiamata dall'ultima proposizione dell'articolo 12 GG ("L'esercizio della professione può essere regolato mediante leggi"); intervento legislativo che, secondo la Corte, è necessario se è vero che la partecipazione alle prestazioni statali è premessa della realizzazione del diritto fondamentale in questione.

In base a queste considerazioni il *Bundesverfassungsgericht* fa salvo rispetto all'art. 12 GG il meccanismo del *numerus clausus* come strumento di razionalizzazione del diritto rispetto al *possibile* e al *fattibile*.

3. ALTRE DECISIONI SUCCESSIVE.

a) *La gratuità dell'insegnamento*. La *Legge assiana sulla gratuità dell'accesso all'insegnamento universitario* prevede che la frequenza gratuita cessi per gli studenti che prolunghino il loro tempo di studio oltre i limiti previsti dai programmi e che un secondo corso di studi possa essere frequentato gratuitamente soltanto quando questo serva a completare le conoscenze serventi alla professione. Uno studente "fuori corso" fa ricorso allo *Staatsgerichtshof* dell'Assia facendo valere il diritto fondamentale



sancito dall'art. 59 della Costituzione dello stesso *Land* secondo cui “gli studi sono gratuiti fino all'università”, “la legge può prevedere una retta soltanto nei casi in cui la condizione economica dello studente o dei genitori ne consenta il pagamento” e “l'accesso alla scuola e all'università è condizionato soltanto dall'idoneità dello studente”.

Nella sentenza dell'1 dicembre 1976 il Tribunale costituzionale riprende il proprio pronunciamento dell'11 maggio 1956 e la BVerfGE 303/1972, e argomenta affermando che i diritti di partecipazione che si presentano come diritti sociali fondamentali, stanno sotto la *riserva del possibile*.

Il legislatore ordinario, in quanto vincolato dal piano di bilancio, ossia dal *possibile*, può prevedere limitazioni ai diritti di partecipazione assumendosene la responsabilità; e specularmente ciò che il singolo nell'ambito dell'art. 59 HV può *ragionevolmente* aspettarsi è la prestazione gratuita dell'insegnamento durante il periodo previsto dai programmi.

Con la previsione del venir meno della gratuità, il legislatore ha stabilito un *limite al fine di evitare collisioni tra gli interessi dei singoli cittadini e quelli della comunità statale*; un limite, d'altro canto, ammissibile, perché non rende lo strumento della gratuità dei corsi inidoneo al conseguimento dello scopo legislativo (la formazione universitaria) e sviluppa il vincolo sociale insito nel diritto garantito dall'art. 59 HV in una norma legislativa.

Anche il principio di *eguaglianza* non è violato nel momento in cui cessa l'erogazione della prestazione gratuita a causa dello scadere del periodo previsto dai programmi: l'eguaglianza è qui garantita quando è data a tutti la possibilità di una formazione accademica.



L'itinerario di questa sentenza è ripercorso dalla sentenza del *Bundesverwaltungsgericht* del 25 gennaio 2001 nella quale in particolare ci si sofferma sull'ampio *Spielraum* del legislatore nella realizzazione del diritto alla formazione universitaria rispetto alla riserva del possibile e sulla funzione di *Steuerung* (indirizzo) degli studi che la limitazione della gratuità consente.

b) *Diritto alla formazione integrata*. La sentenza BVerfGE 99, 41 fa seguito a una *Verfassungsbeschwerde* con la quale la ricorrente – assegnata a una scuola specialistica - afferma che il diritto fondamentale allo studio, ricavabile da una pluralità di articoli di costituzione e coniugato con l'art. 3 par. 3 fr. 2 GG (“Nessuno può essere fatto oggetto di pregiudizi a causa della propri disabilità”), darebbe adito al diritto all'educazione integrata di disabili e di non disabili in quanto ritenuta la forma più confacente alle esigenze del soggetto disabile.

Di quest'ultima acquisizione scientifica tiene conto la *Legge della Bassa Sassonia sulla scuola* (1993) – sottoposta a giudizio di costituzionalità - la quale autorizza l'integrazione quando vi siano un sistema pedagogico adeguato e le condizioni organizzative, le risorse personali e le condizioni di fatto. L'obbligo di frequentare una scuola specialistica cessa quando il medesimo servizio può essere offerto da una scuola integrata; ed è l'autorità amministrativa a decidere sulla sussistenza di un tale obbligo.

La Corte costituzionale tedesca, nel valutare l'oggetto del ricorso, prende in considerazione da una parte l'art. 7 par. 1 GG ("L'intera organizzazione scolastica è sottoposta alla sorveglianza dello Stato") e, dall'altra, lo stesso art. 3 par. 3 fr. 2 ("Nessuno può essere fatto oggetto di pregiudizi a causa della propria disabilità") unitamente all'art. 2 par. 1 GG ("Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità"). Mentre la norma dell'art. 7 GG autorizza una certa libertà di conformazione in capo allo Stato, la norma dell'art. 3 par. 3 fr. 2 GG, in cui la libertà conformativa dello Stato trova un limite, riguarda *anche* gli atti che privano il disabile di un'azione positiva idonea a migliorarne la condizione: in tal senso lo Stato deve fare il *possibile* per migliorare la condizione del disabile.

Si delinea così nuovamente il sistema del diritto all'erogazione di prestazioni realizzative di un diritto fondamentale sotto la *riserva del possibile*. Qui, oltre che ciò che la *scienza pedagogica* può dire in merito ai metodi educativi, la decisione sulla *possibilità* riguarda, già a livello legislativo, ancora una volta le *risorse personali ed economiche*, e la *situazione di fatto*.

Così il legislatore della Bassa Sassonia, pur disponendo che si deve tener conto di tali condizioni in relazione ad altri diritti e bisogni sociali, non ha trascurato la soluzione ottimale dell'educazione integrata autorizzandola e rendendola obbligatoria essa quando sia possibile.

Il legislatore non trova nella costituzione un ostacolo alla necessità di far dipendere da premesse limitative la realizzazione dell'educazione integrata. *Spielraum valutativo* e *riserva del realmente fattibile* si danno anche nella



conformazione legislativa di questo insieme di regole. E in tal senso il legislatore non è tenuto in tutti i *Länder* a predisporre la formazione integrata.

In definitiva una violazione dell'art. 3 par. 3 fr. 2 GG avverrebbe soltanto se, pur essendo possibile un'educazione scolastica integrata, essa venisse negata dal legislatore o dal potere pubblico negli atti successivi.

c) *Proporzionalità dei contributi.* La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 10 marzo 1998 risponde a una *Verfassungsbeschwerde* riguardante la previsione, contenuta in un atto normativo comunale, di rette per l'accesso all'asilo comunale proporzionali alle entrate di ciascuna famiglia. Tale ricorso è dichiarato infondato dal momento che la libertà di agire del ricorrente (art. 2 GG) non è limitata dalle regole che prevedono la proporzionalità. Inoltre le norme contro le quali si è fatto ricorso sono compatibili con l'art. 3 c. 1 GG (principio di eguaglianza) che impone di trattare situazioni eguali in maniera eguale e situazioni differenti in maniera differente.

All'interno della propria competenza normativa il legislatore dispone di un ampio *Spielraum* di conformazione entro il quale può stabilire quali prestazioni pubbliche individuali debbano essere sottoposte al pagamento di un contributo, quali criteri e quali principi predisporre a tal scopo e quali finalità eccedenti la copertura dei costi, come per esempio quella di un "governo" del rapporto (*Verhaltenssteuerung*) in determinati settori, perseguire.



Gli asili sono elementi fondamentali del sistema educativo e formativo. Essi debbono essere a disposizione di genitori con bambini piccoli. Si tratta di uno scopo importante dell'assistenza statale alla gioventù garantita dall'art. 20 GG. Con l'istituzione di un asilo si adempiono gli obblighi di protezione e di promozione implicati da diritti fondamentali: promozione della famiglia (art. 6 GG), protezione della vita non nata (art. 2 c. 2 GG), protezione della libertà di scelta della professione (art. 12 GG), parità nel lavoro.

Per queste ragioni l'accesso all'asilo non può essere negato a bambini i cui genitori non godono di capacità contributiva elevata. Questa esigenza può essere soddisfatta tramite tariffe socialmente differenziate, mentre un sovvenzionamento complessivo degli asili tale da giovare a tutti i genitori a prescindere dal reddito *non è necessario* a garantire l'accesso di tutti.

Rispetto a importanti beni sociali cui è servente la creazione di posti d'asilo e in considerazione della necessità di mantenerne la diffusione e la accessibilità, non può essere censurato il coinvolgimento, differenziato secondo la capacità contributiva, dei fruitori.. Nella misura in cui la mano pubblica non è obbligata a un sovvenzionamento, essa può, in base a ragioni che attengono al bilancio, non farvi ricorso.

D'altronde con i propri contributi garantiti all'asilo il comune non si pone al di sotto dell'obbligo di promozione che grava su di esso in base all'art. 6 GG: il contributo pagato dai genitori abbienti rimane, infatti, al di sotto del costo della prestazione; e la mano pubblica non è certamente obbligata dal dovere di protezione (Schutzpflicht) derivante dall'art. 6 c. 1



GG a compensare ogni peso economico gravante sulla famiglia o a promuovere la famiglia senza alcun riguardo ad altre esigenze.

Anche qui *la promozione statale della famiglia è posta sotto la riserva del possibile nel senso di ciò che il singolo può chiedere ragionevolmente alla società.*

c) *L'obbligo di pagamento di contributi previdenziali.* Con sentenza del 4 aprile 2001 il *Bundesverfassungsgericht* stabilisce, in base ai parametri dell'art. 3 GG e dell'art. 6 GG, la legittimità costituzionale di alcune norme della Legge del 26 maggio 1994 sull'*Assicurazione sociale* che prevedono per il genitore economicamente attivo un contributo economico equivalente a quello cui sono obbligati i soggetti senza figli a carico.

In quanto diritto di libertà l'art. 6 GG obbliga lo Stato ad astenersi da interventi nella sfera della famiglia e fonda, d'altro canto, per lo Stato il dovere di proteggere e promuovere il matrimonio e la famiglia. L'art. 3 c. 1 GG obbliga a regolare in maniera eguale fattispecie eguali e fattispecie differenti in maniera differente. Il legislatore deve decidere quali elementi egli ritenga determinanti nel confronto fra i contenuti offerti dalle fattispecie concrete allo scopo di trattarli egualmente o differentemente nel diritto. Ciò che l'art. 3 c. 1 GG proibisce è l'oblivione del tipo e della dimensione delle differenze reali; e il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore trascura di tener conto delle differenze tra le fattispecie concrete alle quali si deve dare ordine. All'interno di questi limiti il legislatore è libero nella sua decisione; anche se può sempre darsi una



limitazione ulteriore derivante da altre norme costituzionali. In particolare, nell'esaminare la costituzionalità delle norme prevedenti i contributi che trattano in egual modo persone con e senza figli a carico, si deve tener conto della particolare garanzia che lo Stato deve alla famiglia in base all'art. 6 GG.

L'art. 6 GG non è violato dal fatto che membri della *soziale Pflegeversicherung* sono sottoposti al contributo anche quando abbiano figli a carico.

La particolare garanzia della famiglia cui l'art. 6 GG vincola lo Stato non obbliga costituzionalmente il legislatore a evitare o a compensare ogni gravame economico aggiuntivo per la famiglia, soprattutto quando sia previsto il pagamento di contributi per un'assicurazione sociale che soddisfa pienamente l'obbligo di promozione coprendo in gran parte il rischio economico del bisogno di assistenza per il genitore economicamente attivo, i suoi figli e il coniuge economicamente non attivo. *La promozione della famiglia attraverso prestazioni economiche è sottoposta alla riserva del possibile e si colloca nel contesto di altre necessità di promozione.*

Il legislatore nell'interesse del bene comune deve tener conto, nella sua gestione di bilancio [Haushaltswirtschaft], oltre che della promozione della famiglia, di altri bisogni e in particolare badare *alla funzionalità e all'equilibrio della totalità*. Soltanto ponderando tutte le necessità si può stabilire se la promozione della famiglia attraverso lo Stato sia insufficiente e non adempia all'obbligo di cui l'art. 6 GG.



4. IL CONCETTO DI *VORBEHALT DES MÖGLICHEN* E I SUOI COROLLARI

La *riserva del possibile*, com'essa si configura nella sentenza assiana del 1956 tramite la descrizione di un legislatore che nella realizzazione del diritto è "vincolato da circostanze concrete e mutevoli" e poi, nella definizione del 1972, con l'immagine dello Stato *mediatore* tra le pretese dell'individuo illimitatamente legittimato da una norma costituzionale e la società pensata come riserva limitata di possibilità economiche, appare primariamente un concetto economico. In tutte le sentenze esaminate l'estensione della possibilità dell'erogazione di una prestazione si fonda, a prima vista, su un *giudizio*, estraneo a ogni logica sussuntiva, *sulla quantità di risorse economiche, personali e organizzative disponibili* e quindi sulla possibilità della realizzazione.

Ancora in una prospettiva prevalentemente economica possono apparire le varie soluzioni perequative e distributive cui il legislatore ricorre, almeno fintanto che esse non si impongano anche come conseguenze di principi giuridici capaci di orientare e ordinare il sistema della riserva del possibile.

Si tratta allora di esaminare le costruzioni attraverso le quali la riserva del possibile non solo acquista rilevanza giuridica ma, in una, diviene sostanza necessaria di quelle stesse forme.

a) *La funzionalità*. Ciò che nei casi esaminati emerge con tutta evidenza è la tensione fra l'affermazione, a livello costituzionale, del diritto fondamentale e la piena realizzabilità delle pretese che su di esso si fondano. In un certo senso, al di là dell'impossibilità assoluta, non c'è

scopo che lo Stato nella sua totalità non possa conseguire; e tale è il punto di vista degli individui titolari delle pretese costituzionalmente fondate verso lo Stato stesso.

Un'altra prospettiva sembra però orientare le Corti tedesche, ossia la considerazione del fatto che *la libertà dell'individuo non possa essere disgiunta dalla capacità funzionale e dall'equilibrio della totalità statale*, sicché la destinazione di ingenti mezzi statali al conseguimento di un determinato scopo non potrebbe che rendere incerta la realizzazione degli altri scopi, del bene comune e della stessa libertà individuale⁷. Questo pensiero è espresso compiutamente nella BVerfGE 303 secondo la quale “il *Grundgesetz* ha risolto la tensione tra individuo e comunità nel senso della relazione tra persona e comunità e della vincolatività della comunità per la persona” e “l'individuo deve accettare le limitazioni della sua libertà di azione, le quali sono previste dal legislatore, nell'ambito di ciò che è universalmente ragionevole, al fine della cura e della promozione della convivenza sociale”; ed è ribadito nella sentenza dello *Staatsgerichtshof* assiano del 1976 che fonda il limite della gratuità nell'esigenza di evitare conflitti tra interessi differenti; nella sentenza della Corte Costituzionale federale sull'“integrazione scolastica”; e nella decisione del 2001 dello stesso giudice sull'“obbligo di pagamento di contributi previdenziali” indifferenziati dove “funzionalità” ed “equilibrio della totalità” sono richiamate espressamente.

⁷ V. MEHDE, op. cit., pp. 30-31.



Uno degli aspetti di questo equilibrio è certamente rappresentato dal rapporto tra il cittadino che pretende la prestazione e il cittadino contribuente che ultimamente ne sopporta i costi, rapporto quest'ultimo che trova immediatamente la propria regola nella definizione, che all'interno di queste connessioni si riveste di giuridicità, di *riserva del possibile*: il titolare della pretesa non può esigere più di quello che il contribuente può dare. E se il giudizio, spettante innanzitutto al legislatore, su che cosa e come il contribuente può dare, coincide (in uno Stato prevalentemente non imprenditore) con il giudizio sulle risorse *economiche*, personali e organizzative, esso, nella misura della sua giustizia, realizza complessivamente equilibrio sociale e statale, capacità funzionale e libertà dei soggetti come importanti momenti del diritto costituzionale.

Il legislatore è dunque l'istanza che per prima decide la disponibilità delle risorse e con l'esercizio della legislazione pone i presupposti dell'equilibrio statale. Anche se questa conformazione, nella prospettiva della *divisione dei poteri*, può essere al contempo realizzata anche attraverso l'attività giurisdizionale e amministrativa che vi partecipano, rimane in capo al *legislatore democraticamente legittimato* la suprema competenza sul possibile. Un giudice che, in base alla normatività di un diritto fondamentale, ammettesse un gran numero di pretese senza tener conto della riserva del possibile "decisa" dal legislatore, finirebbe per limitare la libertà politica del parlamento, il suo tradizionale *Budgetsrecht* di approvare vincolativamente il piano delle entrate e delle spese dello Stato (Haushaltsplan).



La logica limitativa seguita dagli atti giurisdizionali e amministrativi (così ad esempio i regolamenti approvati dagli atenei tedeschi ancor prima della legislazione sul *numerus clausus*) che precedono le sentenze qui esaminate, si inquadra in questo contesto giuridico definito dal *Grundgesetz* in cui l'argomento della divisione dei poteri e quello della riserva del possibile si legano strettamente nella prospettiva della funzionalità⁸.

b) *La proporzionalità invertita*. La circolarità, che caratterizza prospettiva della funzionalità e prospettiva della riserva del possibile, incide anche sulla scelta dei mezzi per conseguire lo *scopo* della legge, sia a livello legislativo che a livello amministrativo e giurisdizionale. Tale aspetto è palese nelle sentenze sul “diritto alla formazione integrata” in alternativa alla formazione specialistica, sulla “proporzionalità dei contributi” rispetto al sovvenzionamento degli asili e sull’“obbligo di pagamento di contributi” indifferenziati rispetto a una diminuzione a favore dei soggetti “economicamente attivi” con figli a carico. In tutti questi casi le alternative, che di volta in volta si danno, sono egualmente idonee a soddisfare lo scopo costituzionale e legislativo e astrattamente libero è il legislatore nell’eleggere le une o le altre; anzi, il principio di proporzionalità lo indurrebbe, in una seconda analisi, a preferire i mezzi

⁸ J. ISENSEE – P. KIRCHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, vol. 5, München 2007, C.F. Müller, p. 69. Inoltre V. MEHDE, op. cit., 53-54, che ricostruisce il *Budgetsrecht* come un “kollidierendes Verfassungsrecht”.



alternativi meno gravosi per il soggetto titolare del diritto in quanto sufficienti allo scopo.

Se, ciò nonostante, il legislatore ha previsto tra *mezzi egualmente idonei quelli più gravosi per gli individui*, ciò è occorso perché *in concreto* è mutato il giudizio dello stesso legislatore sulla *necessità* del mezzo rispetto a quel che lo stesso giudizio poté essere *in astratto*, e ciò laddove con *necessità* (Erfordelichkeit) si intenda che “non c’è altra situazione meno gravosa per il cittadino cui lo Stato possa egualmente dare adito senza incorrere in grandi spese”⁹.

A determinare questo mutamento di giudizio è stata, come si deduce chiaramente dalle sentenze in esame, la constatazione - coincidente con il giudizio sul possibile e rilevante per la funzionalità e per il sistema del *Rechtsstaat* - che un diverso mezzo meno gravoso per il cittadino avrebbe comportato grandi spese per lo Stato, epperò compromettenti per funzionalità ed equilibrio.

Così la regola della proporzionalità, che origina dall’esigenza di mettere al riparo i diritti fondamentali da provvedimenti eccessivamente limitativi da parte del potere pubblico, tende nelle soluzioni giurisprudenziali a orientarsi all’opposta sfera della competenza parlamentare e della libertà della decisione politica e amministrativa, a servire da strumento, affatto coerente nel contesto di una comprensione funzionale dei poteri dello Stato, con il quale si salvaguardia la “competenza decisionale, che nella

⁹ B. PIEROTH – B. SCHLINK, op. cit., p. 68.

pianificazione di bilancio si rivolge alla generalità dei soggetti, da un regime di pretese giuridiche individuali all'erogazione delle prestazioni"¹⁰.

c) *Trattamento differenziato e tipizzazione.*

La riserva del possibile acquista rilevanza – come emerge chiaramente in tutti i casi esaminati - anche quando si tratti di applicare il principio di eguaglianza. La norma dell'art. 3 c. 1 GG, secondo la quale “tutti gli uomini sono uguali di fronte alla legge”, prescrive l'*eguale applicazione* della legge (eguaglianza di fronte alla legge) e, in combinato disposto con l'art. 1 c. GG (immediata vincolatività dei diritti), l'*eguale posizione della legge* (eguaglianza della legge). Le norme dei commi 2 fr. 1 e 3 fr. 1 dell'art. 3 GG vietano di assumere determinati elementi a fondamento di privilegi e di limitazioni dei diritti (genere, origine, razza, fede religiosa e politica; mentre la fr. 2 del c. 3 vieta soltanto la discriminazione del disabile autorizzando sempre la discriminazione positiva).

Da questo coacervo di norme si ricava il principio secondo cui l'art. 3 c. 1 GG non vieta ogni privilegio e ogni limitazione, ch  diversamente sarebbero inutili le puntualizzazioni dei commi successivi, bens  soltanto privilegi e limitazioni infondati.

¹⁰ Cos  J. ISENSEE – P. KIRCHOF, op.cit., p. 69; V. MEHDE, op.cit., pp. 31-32, che coglie nell'inversione della proporzionalit  il suo mutarsi da “norma negativa” a “norma positiva” di competenza e, di conseguenza, un segno del congedo dallo Stato di diritto (p. 50), e B. PIEROTH – B. SCHLINK, op. cit., p. 28, che liquidano l'intera costruzione come una “Relativierung” della forza normativa dei diritti fondamentali.

Costituzionalmente rilevante è il trattamento differenziato di situazioni “sostanzialmente uguali” ossia riconducibili attraverso un *tertium comparationis* a un *concetto comune*.

La giurisprudenza del BVerfG distingue tra differenziazioni recanti un minimo pregiudizio (limitandosi a un semplice controllo dell’assenza di arbitrio) e differenziazioni cui conseguono *pregiudizi di maggiore intensità*. Sono criteri dell’intensità la soggettività della limitazione, l’analogia con i casi dell’art. 3 c. 3 GG, l’incidenza su libertà garantite dai *Grundrechte*; e *condizioni di trattamenti diseguali*, pur in presenza di tali criteri, la *legittimità dello scopo*, l’*idoneità* e la *necessità* della differenziazione quanto allo scopo. La *necessità* è fatta coincidere con l’assenza “di alternative che aggravano in maniera eguale o minore lo Stato, che realizzano meglio lo scopo, e, al contempo, trattano in maniera meno gravosa gruppi di persone” non avvantaggiate dall’atto¹¹.

Benché differenziazione del trattamento e intervento (indifferenziato) nelle sfere garantite dai diritti costituzionali costituiscano fenomeni essenzialmente distinti – anche se in concreto spesso, come nel caso delle sentenze qui esaminate, avvinghiati, dal momento che si tratta di *interventi limitativi differenziati* -, appare evidente che i *procedimenti di giustificazione* di entrambi contemplan la *medesima gradualità: idoneità e necessità* allo scopo; e che l’*estensione della discriminazione negativa* sarà inversamente proporzionale a ciò che “lo Stato può garantire” e a ciò che

¹¹ B. PIEROTH – B. SCHLINK, op. cit., p. 112, e per le considerazioni fin qui svolte pp. 108-112.

“l’individuo può pretendere ragionevolmente dalla società” (così ad esempio l’allargarsi del *numerus clausus* fino a coincidere al numero dei candidati in misura dell’aumentare delle risorse o il passaggio dal “contributo proporzionale” al “sovvenzionamento” e a un eguale contributo minimo o alla gratuità) – direttamente proporzionale la *positiva* (così, ad esempio, l’accessibilità generalizzata alla “formazione integrata”).

5. CONCLUSIONI.

Se, tenendo presente il *Grundrecht* come oggetto, la riserva del possibile opera attraverso il principio di *proporzionalità* (invertita) come criterio di limitazione o di implementazione delle prestazioni, la stessa riserva fissa attraverso l’individuazione dei gruppi da discriminare (negativa- o positivamente) e la loro *tipizzazione* legislativa l’estensione sociale di quella limitazione e di quell’incremento, e si configura così di volta in volta come orizzonte concreto della giustizia del diritto nella costanza del sistema della *funzionalità* dello Stato di diritto e dell’ordinamento costituzionale.

