



24 GIUGNO 2020

La Germania alla prova del
coronavirus tra Stato di diritto e misure
emergenziali

di Elena Buoso

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

e Cristina Fraenkel-Haeberle

apl. Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali *

di Elena Buoso

Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Padova

e Cristina Fraenkel-Haeberle

apl. Professorin, Deutsche Universität für
Verwaltungswissenschaften Speyer

Abstract [It]: Il lavoro analizza le strategie adottate in Germania per contrastare la pandemia COVID-19. L'analisi si articola su due filoni: da un lato si approfondiscono le misure per il contenimento della diffusione dei contagi, dall'altro quelle volte ad arginare le ricadute economiche della pandemia. L'emergenza ha rappresentato anche per la Germania un vero e proprio stress test, mettendo a dura prova sia il riparto federale delle competenze, sia le istituzioni democratiche e la salvaguardia dei diritti fondamentali come elemento qualificante dello Stato di diritto.

Abstract [En]: This contribution focuses on the analysis of the strategies adopted in Germany against the COVID-19 pandemic. The analysis is divided into two main issues represented by the virological containment of the pandemic on the one hand, and by the effort to stem the economic consequences of the containment measures on the other. This emergency has shown to be a real stress test for Germany, putting a strain on the federal division of competences, the democratic institutions as well as the protection of fundamental rights as a qualifying element of the rule of law.

Sommario: 1. Le principali misure adottate per la gestione dell'emergenza pandemica. – 2. Le misure a sostegno dell'economia. – 3. La base normativa per le misure di contenimento COVID-19: le leggi ordinarie. – 4. Il riparto costituzionale delle competenze legislative e delle attribuzioni amministrative in materia di prevenzione e contrasto delle epidemie. – 5. Il ruolo dello Stato di diritto in senso formale: il rispetto delle procedure. – 6. Lo Stato di diritto in senso sostanziale: i diritti fondamentali nelle decisioni dei giudici costituzionali e amministrativi. – 7. Un paese senza eroi: considerazioni conclusive.

1. Le principali misure adottate per la gestione dell'emergenza pandemica

La Germania ha mostrato una certa cautela nell'adottare inizialmente misure di contenimento della pandemia, dopo che i primi focolai erano stati individuati in Baviera e messi in quarantena tra fine gennaio e inizio febbraio¹.

Dal 26 gennaio l'autorità indipendente federale competente in materia sanitaria, il Robert Koch-Institut (RKI)², aveva predisposto una mappa dei territori a rischio con aggiornamenti continui, raccomandando

* Articolo sottoposto a referaggio. Per quanto le riflessioni qui riportate costituiscano il frutto di riflessioni e valutazioni condivise, i paragrafi 1, 3, 4 e 6 sono da attribuire a Elena Buoso, i paragrafi 2, 5 e 7 a Cristina Fraenkel-Haeberle.

¹ Cfr. il bollettino epidemiologico del Robert Koch Institut n. 7/2020, p. 3, consultabile al [link www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/07_20.pdf?__blob%3DpublicationFile](http://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2020/Ausgaben/07_20.pdf?__blob%3DpublicationFile); v. inoltre D. LÜDEMANN, *Wer hat wen wann angesteckt?*, in *Zeitonline*, 1.2.2020.

² L'istituto fu fondato nel 1891 come "Königlich Preussisches Institut für Infektionskrankheiten" sotto la direzione di Robert Koch, di cui prese il nome nel 1912, e ha assunto la natura di autorità federale indipendente, sostituendo il disciolto Istituto federale per la salute (*Bundesgesundheitsamt*) in forza della Legge del 24.6.1994 (*BGA-Nachfolgesetz* in BGBl. I, p. 1416). Un interessante sunto della storia dell'istituto, con ampia documentazione sulla sua attività nel periodo nazionalsocialista, è reperibile – anche in inglese – al [link www.rki.de/DE/Content/Institut/Geschichte/geschichte_node.html](http://www.rki.de/DE/Content/Institut/Geschichte/geschichte_node.html).

l'isolamento presso il domicilio per i soggetti che vi avessero soggiornato nei 14 giorni precedenti o che avessero avuto contatti con un contagiato. La misura si basava su una dichiarazione spontanea, non essendo ancora prevista alcuna registrazione degli ingressi od obbligo di segnalazione. Solo in presenza di sintomi respiratori la permanenza in una zona a rischio o il contatto con persone infette comportava l'esecuzione di un tampone e scattava l'obbligo di segnalazione alle autorità sanitarie³.

A fine febbraio il rischio pandemico in Germania era valutato dal RKI “da basso a medio”⁴ e mentre vennero predisposti o aggiornati i piani settoriali per la gestione delle epidemie⁵ non furono prese ulteriori misure di contenimento, nonostante i tradizionali festeggiamenti del Carnevale a Colonia e nella Ruhr e l'esodo dai *Länder* maggiormente popolosi per le vacanze scolastiche dessero luogo a ingenti assembramenti e a spostamenti di milioni di persone. Febbraio era anche un mese preelettorale in Baviera, dove a marzo si sarebbero tenute le elezioni amministrative⁶.

Le cose mutarono repentinamente in marzo: il RKI rivalutò il rischio come “alto” e pubblicò liste di raccomandazioni e possibili opzioni di contenimento redatte sulla base del Piano nazionale contro le pandemie⁷, che hanno costituito la prima base per l'intervento dei *Länder*, alcuni dei quali il 9 marzo vietarono per prima cosa gli assembramenti sopra le mille persone⁸.

Nel primo messaggio al paese dall'inizio della crisi la cancelliera Merkel il 12 marzo invitò la popolazione a ridurre i contatti sociali e riferì di un primo tavolo di concertazione tra *Bund* e *Länder* per affrontare

L'indicazione delle zone a rischio (*Risikogebiete*) è terminata in aprile, sostituita dall'allerta pandemica cfr. www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiete.html.

³ Introdotta in relazione al coronavirus COVID-19 con regolamento del Ministero federale per la salute del 30.1.2020 (BAnz. AT 31.01.2020 V1).

⁴ Cfr. il bollettino epidemiologico citato *supra* nota 1, p. 5 e l'archivio delle relazioni giornaliere sulla diffusione del virus pubblicate dal Robert Koch-Institut e reperibili al [link www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html](http://link.wwww.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Gesamt.html).

⁵ Si tratta del *Pandemieplan* federale predisposto dal RKI e di quelli adottati a livello statale da ogni *Land*, sui quali v. *infra* note 62-63.

⁶ Oltre ad essere il primo *Land* nel quale si sono verificati – e sono stati accertati – contagi, la Baviera assieme al Baden-Württemberg e alla Renania settentrionale-Vestfalia è tra i *Länder* più colpiti per numero di casi, concentrati nei territori tedeschi più popolosi e industrializzati, come risulta dai dati del RKI aggiornati pressoché quotidianamente al [link www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html](http://link.wwww.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html). Per questo motivo il *Land* bavarese ha introdotto per primo – e con contenuti maggiormente restrittivi rispetto agli altri – misure di contenimento dei contagi, che sono state adottate il venerdì precedente con efficacia dal giorno dopo il primo turno di elezioni amministrative: cfr. l'ordinanza (*Allgemeinverfügung* letteralmente “atto amministrativo generale”) del Ministro bavarese per la salute del 13.3.2020 (BayMBl. 2020, n. 140, 25.03.2020). La successiva fase del ballottaggio si è svolta interamente per corrispondenza, come disposto con ordinanza del Ministero della salute del 19.3.2020 (BayMBl. 2020 n. 150 del 25.3.2020). Su queste disposizioni, v. J.F. LINDNER, *Wahlen in Zeiten von Corona: Zur „Infektionsschutzfestigkeit“ des Wahlrechts*, in *VerfBlog*, 13.3.2020, <https://verfassungsblog.de/wahlen-in-zeiten-von-corona/>; ID., *Wahlen in Zeiten von Corona Teil 2: Infektionsschutzrecht bricht doch Wahlrecht?*, *ibid.*, 25.3.2020, <https://verfassungsblog.de/wahlen-in-zeiten-von-corona-teil-2/>.

⁷ Si vedano ad esempio le “opzioni per il contenimento dei contatti” pubblicate dal RKI il 3.3.2020, consultabili al [link www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Kontaktreduzierung.html](http://link.wwww.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Kontaktreduzierung.html).

⁸ Cfr. ad. es. l'ordinanza del Ministero bavarese per la salute del 11.3.2020 (BayMBl. 2020, n. 139 del 25.3.2020) e quella dell'autorità sanitaria della città-Stato di Amburgo del 12.3.2020 (Amtl. Anz. 2020, n. 22 del 12.3.2020).

l'epidemia in maniera coesa; il 16 marzo veniva quindi pubblicata una raccomandazione, concordata tra i due livelli di governo, con le linee guida sulla chiusura delle attività commerciali e sul divieto di eventi⁹. Come in molti paesi connotati da una struttura democratica e policentrica un ruolo chiave per la gestione delle crisi è svolto dai tavoli multilivello di concertazione politica. In Germania questo è emerso fin da subito e il *Bund* si è mosso in questa dimensione, accompagnandola con diversi interventi di *soft law*. Tale scelta è stata dovuta anche al fatto che – come si vedrà nel paragrafo successivo – la Federazione in questa materia ha uno spazio di manovra alquanto limitato dal riparto costituzionale delle competenze e delle attribuzioni, che vede invece i *Länder* protagonisti della gestione dell'emergenza. Se, infatti, è previsto che il *Bund* in caso di catastrofe naturale o disastro che coinvolga il territorio di più *Länder* possa fare ricorso alla c.d. competenza di emergenza *ex art. 35, III comma*, della Legge Fondamentale (*Grundgesetz – GG*), questa norma (fino ad ora mai applicata) presuppone l'incapacità dei *Länder* di far fronte alla situazione¹⁰. Inoltre la disposizione costituzionale non abilita un potere sostitutivo federale ma legittima il solo potere di imporre ai governi locali di mettere a disposizione le rispettive forze di polizia e autorizza il *Bund* a ricorrere all'esercito per prestare supporto alle autorità di pubblica sicurezza; infine le misure adottate devono essere immediatamente revocate se lo richiede il *Bundesrat* (la Camera dove siedono i rappresentanti dei *Länder*).

In secondo luogo, la strada della concertazione e degli atti non cogenti è stata seguita perché alcune di queste misure, nel momento in cui sono state raccomandate dal *Bund* o dai *Länder*¹¹, erano riconducibili al principio di precauzione e al concetto di rischio ad esso connesso, piuttosto che a quello di prevenzione e al concetto di pericolo¹²; solo il secondo legittima però nell'ordinamento tedesco misure di intervento sanitario a carattere emergenziale incisive della libertà dei cittadini.

Il 13 marzo diversi *Länder* disposero la chiusura delle scuole¹³ e dichiararono lo stato di emergenza (*Katastrophenfall*), procedendo in ordine sparso con atti legislativi, regolamentari e amministrativi generali¹⁴ e con misure di contenimento molto varie: la Baviera ad esempio vietava in assoluto i contatti tra persone

⁹ V. il comunicato stampa (*Pressemitteilung*) n. 96 del 16.3.2020, in <https://www.bundesregierung.de>.

¹⁰ V., per tutti, H.-G. DEDERER, *sub art. 35 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2020, 89. ed., ann. marg. 101 ss.

¹¹ Si vedano a questo proposito le considerazioni della Corte amministrativa bavarese in merito all'invito alla riduzione "al minimo" dei contatti sociali, inserite nel regolamento del Ministro bavarese per la salute sulle misure temporanee di contenimento del 24.3.2020: BayVGH, 20a sez., 30.3.2020 (Az. 20NE20.632), punti 49 ss. della decisione.

¹² V. *infra*, paragrafo 3.

¹³ Mantenendo solo un servizio di assistenza (*Notbetreuung*) per i figli dei lavoratori appartenenti a categorie rilevanti per il sistema, che inizialmente coincidevano con le professioni sanitarie. Si è avuta poi una progressiva estensione anche alle professioni legate al funzionamento delle infrastrutture, alla giustizia, ai servizi di informazione, ecc.

¹⁴ Ossia rispettivamente con *Gesetz*, *Verordnung* e *Allgemeinverfügung*. Sulle diverse implicazioni procedurali e sostanziali della forma prescelta, v. G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in questa Rivista, *Osservatorio all'emergenza Covid.19*, www.federalismi.it, aggiornato al 5.5.2020, p. 104 s.

non appartenenti allo stesso nucleo di conviventi¹⁵ mentre la città-Stato di Amburgo consentiva assembramenti fino a sei persone¹⁶; similmente varia era la disciplina delle chiusure degli esercizi commerciali o delle visite in ospedali e ospizi.

La disomogeneità terminò il 22 marzo quando *Bund* e *Länder* concertarono una terza raccomandazione comune, accordandosi su un generale divieto di assembramenti (salvo autorizzazioni), sulla chiusura di attività non legate alle esigenze della vita quotidiana e sulle limitazioni agli spostamenti e alle uscite dal proprio domicilio¹⁷. Il modello tedesco condizionava la possibilità di uscire alla sussistenza di esigenze lavorative, sanitarie, di assistenza e contatto con i congiunti, alla pratica di sport o movimento all'aria aperta da soli o con i propri conviventi, e imponendo la distanza di 1,5 m dai terzi. Le misure sarebbero state poi adottate in tutti i *Länder* nei giorni successivi.

Confrontando i diversi regimi introdotti si può constatare come, nella sostanza, i comportamenti consentiti fossero pressoché equivalenti, tuttavia si può distinguere tra una minoranza di *Länder* nei quali le misure di contenimento sono state imposte nella forma di divieti o limitazioni agli spostamenti e alle uscite fuori dal proprio domicilio (*Ausgangssperre/Ausgangsbeschränkung*) e la soluzione adottata nella maggioranza di essi, secondo cui il divieto riguardava il solo contatto con estranei (*Kontaktsperre/Kontaktverbot*)¹⁸.

Sempre in marzo a livello federale diversi Ministeri intervennero con decreti e ordinanze: si possono ricordare ad esempio quella del Ministero dell'economia, di cui purtroppo ha fatto le spese l'Italia, che

¹⁵ Salvi i contatti dovuti a motivi di lavoro o per le altre ragioni e nei modi tassativamente elencati nell'ordinanza del Ministero bavarese per la salute *Vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie* del 20.3.2020 (Az. Z6a-G8000-2020/122-98). L'atto fu sospeso con decisione cautelare dal Tribunale amministrativo di Monaco perché ai sensi del § 32 *IfSG* (su cui *infra*, paragrafo 3) le limitazioni della libertà di circolazione possono essere disposte con regolamento, ma non con atto amministrativo generale. Quest'ultima forma per l'introduzione di misure di contenimento è prevista dal § 28 della medesima legge, che non cita espressamente, come richiesto dall'art. 19, I comma, GG, il diritto fondamentale in questione; cfr. VG München, 26a sez., ord. 24.3.2020, in www.vgh.bayern.de/media/muenchen/presse/pm_2020-03-24_b1.pdf. A seguito di questa decisione cautelare l'atto venne sostituito con regolamento del Ministero del 24.3.2020, con efficacia retroattiva dal 21 marzo (BayMBl. 2020, n. 130, 24.3.2020). Come nel diritto italiano, il divieto di retroattività è costituzionalmente garantito con solo riguardo alle sanzioni penali (art. 103 GG).

¹⁶ Provvedimento dell'Autorità per la tutela della salute e dei consumatori del 20.3.2020, in www.hamburg.de/allgemeinverfuegungen/13743758/2020-03-20-allgemeinverfuegung-ansammlungsverbot-schliessung-gaststaetten/.

¹⁷ Deliberazione del tavolo congiunto del 22.3.2020 in www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248.

¹⁸ Al primo genere possono ricondursi ad esempio il *Bayerisches Infektionsschutzgesetz* (*BayIfSG*) del 25.3.2020 (GVBl. 2020, p. 174) e il conseguente regolamento bavarese per la protezione dall'infezione (*BayIfSMV*) del 27.3.2020 (BayMBl. 2020, n. 158); l'ordinanza del Ministero per le politiche sociali della Sassonia del 22.3.2020 (Az. 15-5422/10). Al secondo gruppo le disposizioni del regolamento della città-Stato di Berlino del 22.3.2020 (GVBl. 2020, p. 220) e il regolamento governativo del Meclemburgo-Pomerania occidentale del 17.3.2020 (GVOBl. 2020, p. 82).

bloccava le esportazioni di dispositivi di protezione, adottata sulla base della Legge per il commercio estero¹⁹ e la reintroduzione dei controlli alle frontiere con provvedimento del Ministero degli interni²⁰.

Il *Bundestag* intervenne per la prima volta il 13 marzo modificando diverse norme in materia di lavoro e cassa integrazione – segnando il primo caso nella storia della Repubblica federale di legge discussa e approvata in un giorno sia da *Bundestag* che da *Bundesrat*, senza astenuti né contrari – e poi il 27 marzo con un pacchetto legislativo molto consistente²¹, che introdusse misure a sostegno dell’economia e dei singoli²²; la Legge per il finanziamento straordinario dei costi sanitari dovuti al COVID-19; novelle incidenti sulla disciplina societaria, sulle norme processuali e dell’esecuzione civile²³; la Legge contro le epidemie di portata nazionale (c.d. *Epidemieschutzgesetz*)²⁴. Quest’ultima è intervenuta sulla Legge per il contrasto delle malattie contagiose (*Infektionsschutzgesetz* - *IfSG*)²⁵ – con un massiccio aumento delle competenze dell’amministrazione centrale – e sul codice urbanistico federale (*Baugesetzbuch* – *BauGB*)²⁶. Per permettere l’approvazione di queste misure in tempi *record*²⁷ il 25 marzo erano stati modificati i regolamenti parlamentari con riguardo al calcolo del *quorum* strutturale²⁸.

¹⁹ Si tratta del *Außenwirtschaftsgesetz* del 6.6.2013 (BGBl. I, p. 1482). Gli ordini ministeriali (*Anordnungen*) del 4.3.2020 (BAnz AT 04.03.2020 B1) e del 12.3.2020 (BAnz AT 12.03.2020 B1) – in sostituzione e riforma del precedente – erano stati adottati sulla base del § 6, c. 1, della legge, che consente al Ministro di imporre con provvedimento restrizioni al commercio estero quando sussistano le condizioni di cui al § 4, c. 1, n. 5 della medesima legge (che disciplina il potere regolamentare del Ministro in materia), ossia quando ciò sia reso necessario per assicurare approvvigionamenti di materiale essenziale (*Lebenswichtig*) per la tutela della vita e della salute delle persone e quindi compatibilmente con l’art. 36 del TFUE. Il provvedimento è stato revocato ai sensi del § 49, c. 1, *VwVfG*, con atto del 19.3.2020 (BAnz AT 19.03.2020 B1) a seguito del Regolamento di esecuzione (UE) 2020/402 della Commissione, del 14.3.2020 (G.U. dell’Unione europea, L 77I, 15.3.2020, p. 1), che subordina l’esportazione di taluni prodotti alla presentazione di un’autorizzazione di esportazione.

²⁰ Reintrodotti con ordine del Ministero degli interni a partire dal 16.3.2020, www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2020/03/grenzschliessung-corona.html.

²¹ Le misure emergenziali adottate sono descritte più estesamente *infra*, ai paragrafi 2 e 3.

²² *Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz)* del 27.3.2020 (BGBl. I, p. 580) che modifica la legge sul finanziamento ospedaliero *Krankenhausfinanzierungsgesetz* del 10.4.1991 (BGBl. I p. 886).

²³ Le nove leggi e i diversi regolamenti approvati in data 27.3.2020 sono pubblicati nel BGBl., I, pp. 527 ss.

²⁴ Letteralmente “la Legge per la tutela della popolazione contro epidemie di portata nazionale” (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischer Lage von nationaler Tragweite*) del 27.3.2020 (BGBl. I, p. 587).

²⁵ Legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie contagiose per gli esseri umani, (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, detta comunemente *Infektionsschutzgesetz* – *IfSG*) in BGBl. I p. 1045.

²⁶ È stato introdotto il § 246b *BauGB*, che consente di derogare alle norme in materia di pianificazione e prevede il silenzio assenso sul permesso di costruire quando gli interventi edilizi riguardino strutture sanitarie legate all’emergenza COVID-19.

²⁷ Il disegno di legge è stato presentato dal Ministro per la salute lunedì 23 marzo, la discussione in aula e nelle commissioni si è svolta tra mercoledì e giovedì successivi e l’approvazione con modifiche è intervenuta venerdì 26 marzo. Le modifiche introdotte in sede di approvazione hanno riguardato per lo più i poteri del Ministro: il disegno di legge ad esempio poneva in capo a quest’ultimo la competenza a dichiarare lo stato di emergenza epidemica.

²⁸ *Bekanntmachung* del 25.3.2020 (BGBl. I, p. 764). La modifica, approvata all’unanimità con la sola astensione di tre parlamentari del partito di destra “Alternativa per la Germania” (*AfD*), ha introdotto nel regolamento interno (*GO-BT*) del *Bundestag* del 2.7.1980 il § 126a, la cui vigenza è limitata fino al 30.9.2020, salvo abrogazione precedente per opera del Parlamento stesso. Per alcune interessanti considerazioni sul rapporto tra autonomia parlamentare e poteri di contenimento, con particolare riguardo alle misure di isolamento o limitazione degli spostamenti nei confronti dei

Queste disposizioni si qualificano tutte come emergenziali e sono pertanto destinate a cessare il loro effetto – anche quelle che comportano l’accentramento delle competenze, la modifica del regolamento parlamentare o le semplificazioni amministrative – in caso di dichiarazione di cessata emergenza da parte degli organi competenti o al più tardi il 31 dicembre 2020 (in alcuni casi 31 marzo 2021).

Il 15 aprile, il 6 maggio e da ultimo il 26 maggio *Bund* e *Länder* hanno concordato ulteriori passaggi per una progressiva riapertura, dapprima delle attività commerciali e poi delle scuole, mentre i grandi eventi rimangono vietati su tutto il territorio nazionale fino al 31 agosto²⁹. Questo stadio vede strategie e tempi di riapertura alquanto diversi tra i vari *Länder*, più o meno gradualmente, condizionati a un eventuale superamento di una precisa soglia di contagi³⁰ monitorata dal *Robert Koch Institut*; il succedersi di ordinanze generali e modifiche ai regolamenti già emanati è tumultuoso³¹.

Un punto chiave di questa fase è il sistema di monitoraggio dei contagi e di conseguente tracciamento dei contatti. A questo proposito il tavolo *Bund-Länder* ha deciso l’aumento del numero di tamponi e il potenziamento delle strutture territoriali adibite al tracciamento, con nuove assunzioni di personale; inoltre ha deliberato il ricorso al *contact tracing* digitale. Per la metà di giugno è attesa la presentazione del sistema di tracciamento tramite applicazione, che dovrebbe essere sviluppata in *open source* secondo il protocollo del *Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*, elaborato dall’omonima associazione senza scopo di lucro creata da una rete di ricercatori europei, centri di ricerca e istituzioni³². La *app* sarà prodotta e distribuita dall’Istituto Robert Koch e prevede un sistema di doppia adesione volontaria – al suo utilizzo e al trasferimento dei dati anonimi epidemiologicamente rilevanti, limitati alle ultime tre settimane – senza raccolta dei dati sulla posizione *gps* o in base al ripetitore agganciato, ma sfruttando esclusivamente la tecnologia *bluetooth*.

Già a partire da marzo l’Istituto utilizza i dati Telekom – aggregati e anonimizzati – per valutare l’idoneità delle misure di contenimento in relazione agli spostamenti.

parlamentari, si veda M. FRIEHE, *Was heißt hier immun?: Quarantäne, Bundestagsabgeordnete und die Funktionsfähigkeit des Parlaments*, in *VerfBlog*, 11.3.2020, <https://verfassungsblog.de/was-beisst-hier-immun/>.

²⁹ V. rispettivamente la deliberazione del tavolo congiunto del 15.4.2020, in www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1744224; quella del 6.5.2020 in www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/bund-laender-beschluss-1750766; e quella del 25.5.2020, in calce alla quale risultano verbalizzate - diversamente dalle volte precedenti - le posizioni differenziate di alcuni *Länder*, in www.bundesregierung.de/resource/blob/973812/1755468/6cd6a58bfd7647ed1d5b8afc91243a70/2020-05-26-chefbkcadsbeschluss-data.pdf?download=1.

³⁰ La soglia di attenzione fissata dal tavolo congiunto *Bund-Länder* per tornare sulle già disposte aperture è di 50 nuovi contagi a settimana ogni 100.000 abitanti: v. delibera del 6.5.2020, p. 2. Nel corso dei giorni successivi però diversi *Länder* hanno abbassato la soglia a 30 contagi su 100.000 abitanti: per una panoramica generale si rinvia a www.tagesschau.de/inland/coronavirus-deutschland-grenzwert-101.html.

³¹ Cfr. ad esempio la modifica quasi quotidiana dei regolamenti bavaresi per il contrasto dei contagi, visualizzabile sul sito del Ministero della salute al [link *www.stmgp.bayern.de/coronavirus/rechtsgrundlagen/*](http://link.wm.stmgp.bayern.de/coronavirus/rechtsgrundlagen/).

³² Maggiori informazioni sono riportate al [link *www.pepp-pt.org/*](http://link.wm.pepp-pt.org/).

In aprile l'ente ha richiesto in aggiunta una “donazione” di dati, sviluppando un'applicazione apposita, che elabora quelli raccolti dai dispositivi di *fitness* e dagli *smartwatch*³³ resi disponibili dagli utenti. Contrariamente alle attese, nonostante i dati donati non siano anonimi, siano molto dettagliati e includano dati sensibili sullo stato di salute individuale, l'appello è stato accolto a oggi da oltre mezzo milione di utenti³⁴.

2. Le misure a sostegno dell'economia

Il pericolo Covid-19 è stato subito interpretato in Germania non solo alla stregua di un'emergenza sanitaria, bensì anche come un grande rischio con ricadute immediate e assai perniciose sul mondo economico. Conseguentemente, già il 23 marzo 2020, cioè subito dopo l'imposizione del *lock down* a livello nazionale, il *Bundestag* ha varato – come si è detto – con inconsueta rapidità e a larghissima maggioranza un bilancio suppletivo con il quale è stato previsto un nuovo indebitamento di oltre 150 miliardi di euro. Il pacchetto è stato successivamente approvato dal *Bundesrat* il 25 marzo.

La misura ha necessariamente comportato la disattivazione del cosiddetto “freno all'indebitamento” (*Schuldenbremse*), introdotto nella Legge fondamentale tedesca dalla modifica costituzionale del 2009³⁵. Il divieto di contrarre nuovi debiti, ai sensi dell'art. 115, II comma, sesto periodo, GG, può essere, infatti, derogato “in caso di calamità naturali o di situazioni emergenziali straordinarie che si sottraggano al controllo dello Stato e che compromettano in misura considerevole l'assetto della finanza pubblica”. A tale scopo è necessaria l'approvazione delle misure da parte del *Bundestag* a maggioranza assoluta³⁶; la delibera deve accompagnarsi ad un piano di rientro con un adeguato periodo di ammortamento. È stato pertanto previsto che i debiti contratti in seguito all'epidemia debbano essere estinti nell'arco di vent'anni a partire dal 2023.

Paradossalmente, in un paese ove dopo la crisi economica del 2008 per vari anni il Ministro delle Finanze si era sempre strenuamente opposto al *deficit* di bilancio, rimanendo saldamente ancorato al mito della cosiddetta *schwarze Null*³⁷, in concomitanza con il diffondersi dell'epidemia il Governo si è mostrato assai solerte nell'adozione di misure di immediato sostegno all'economia, denominate *Soforthilfe*. In relazione ad esse il Ministro delle finanze socialdemocratico, Olaf Scholz, ha dichiarato di essere un „keynesiano

³³ Dettagli sull'iniziativa e sulla *app* possono essere consultati al sito <https://corona-datenspende.de/>.

³⁴ I valori numerici delle adesioni e la loro distribuzione sul territorio sono visibili al link <https://corona-datenspende.de/science/>.

³⁵ *Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes (Artikel 115-Gesetz – G 115)* del 10.08.2009 BGBl. I, p. 2702 (§ 6 *Ausnahmesituationen*).

³⁶ Cosiddetta *Kanzlermehrheit*, essendo la stessa maggioranza richiesta dall'art. 63 GG per l'elezione del/la Cancelliere/a.

³⁷ Si veda, per tutti, M. SAUGA, *Die schwarze Null ist gut für Deutschland*, in *Spiegelonline*, 4.5.2018, www.spiegel.de/spiegel/olaf-scholz-will-keine-neuen-schulden-machen-warum-das-gut-ist-a-1206284.html.

convinto³⁸, facendo proprie le teorie economiche di John Maynard Keynes, secondo cui è necessario che lo Stato in tempi di crisi tenga un comportamento “anticiclico”, pompando liquidità nel sistema economico – ad esempio con investimenti e agevolazioni fiscali – e finanziando queste spese con il ricorso all’indebitamento (*deficit spending*), da estinguere in un secondo momento dopo che la congiuntura economica si sia ripresa³⁹.

Il programma di misure di sostegno immediato all’economia prevede sussidi alle microimprese e ai lavoratori autonomi con fino a dieci dipendenti suddivisi in un’erogazione *una tantum* fino a € 9.000 per le aziende con fino a 5 dipendenti e in un contributo fino a 15.000 euro per le aziende con fino a dieci dipendenti. L’obiettivo del contributo è garantire la sopravvivenza economica delle aziende e quindi preservarle dal fallimento, consentendo loro di superare i problemi di liquidità prodotti dal periodo di epidemia, in cui devono comunque sobbarcarsi i costi di esercizio.

Allo scopo di evitare di mantenere in vita aziende decotte, il requisito per usufruire del finanziamento è che le difficoltà economiche non siano anteriori all’11 marzo. Inoltre il richiedente deve dichiarare sotto la propria responsabilità che l’azienda a causa dell’epidemia è minacciata dal fallimento o deve far fronte a problemi di liquidità. La *ratio* della manovra non è, quindi, quella di sostenere il reddito degli imprenditori, bensì quella di preservare “la salute” del tessuto imprenditoriale alle prese con una catastrofe imprevista e dirompente⁴⁰. Per questa manovra è stato inizialmente stanziato un volume finanziario di 50 miliardi di euro.

Oltre alle sovvenzioni è stato attivato un „Fondo per la stabilizzazione dell’economia” (*Wirtschaftsstabilisierungsfonds*)⁴¹ allo scopo di sostenere le imprese di maggiori dimensioni e di tutelare l’occupazione, adottando per un periodo di tempo limitato i necessari interventi di stabilizzazione economica, anche con un ricorso semplificato agli ammortizzatori sociali. Le misure necessarie, da adottare parallelamente a un programma di crediti agevolati alle imprese, garantiti al 100% dallo Stato e elaborato da un *pool* di istituti di credito pubblici (gruppo bancario *Kredite für die Wirtschaft – KfW*), dovranno essere adottate all’interno dell’esecutivo e cioè dalla Cancelleria federale di concerto con i Ministeri delle finanze, dell’economia, del lavoro e degli affari sociali, della giustizia e dei trasporti⁴².

³⁸ Cfr. M. GREIVE, J. HILDEBRAND, *Bundesregierung spannt gigantischen Schutzschirm: „Alle Waffen auf den Tisch“*, in *Handelsblatt*, 13.3.2020, www.handelsblatt.com/politik/deutschland/coronavirus-bundesregierung-spannt-gigantischen-schutzschirm-alle-waffen-auf-den-tisch/25642060.html.

³⁹ Fino all’epidemia COVID la Germania aveva complessivamente portato il proprio debito pubblico al disotto del valore richiesto dai criteri di Maastricht del 60% del PIL. In seguito all’epidemia il Governo prevede che questo valore raggiunga entro fine anno il 75% del PIL.

⁴⁰ Cfr. www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw13-de-corona-schuldenbremse-688956.

⁴¹ *Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz)*, BGBl. I, S. 543.

⁴² Per ulteriori dettagli si rinvia a <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200406-bundesregierung-beschliesst-weitergehenden-kfjw-schnellkredit-fuer-den-mittelstand.html>.

A questi interventi si è aggiunta una previsione di spesa di circa 11 miliardi di euro destinata alle strutture ospedaliere, ai presidi sanitari, alla ricerca scientifica e alle campagne informative. Già nella fase iniziale dell'epidemia la Germania ha decretato un aumento massiccio del numero, già molto elevato per abitante, di posti in terapia intensiva (oltre 30.000 in totale). In particolare, per assicurare il pieno utilizzo delle capacità esistenti, è stato realizzato un registro nazionale *online* per il monitoraggio in tempo reale dei posti letto in terapia intensiva disponibili sul territorio nazionale (cosiddetto “DIVI-Register”)⁴³.

Altri dieci miliardi di euro per interventi a sostegno dell'economia sono stati stanziati il 24 aprile 2020, quando si è avviato un primo parziale allentamento delle restrizioni. Il Governo ha deliberato un aumento scagionato del sussidio di cassa integrazione (*Kurzarbeitergeld*) che, a determinate condizioni, sale dall'attuale 60% all'80% della retribuzione, nonché una proroga del sussidio di disoccupazione. Sono state inoltre previste agevolazioni per la gastronomia in forma di riduzione dell'IIVA dal 19% al 7%. È stato altresì predisposto dalla Federazione un programma di 500 milioni di euro per sostenere la didattica *online* nelle scuole, che prevede, tra l'altro, l'erogazione di contributi di 150 euro agli alunni per l'acquisto delle apparecchiature elettroniche necessarie alla didattica digitale.

Allo scopo di adeguare la normativa civilistica alle ricadute del contagio, il 27 marzo 2020 il *Bundestag* ha varato la Legge sulla mitigazione delle ripercussioni della pandemia COVID-19 in ambito civile, fallimentare e di procedura penale⁴⁴, il cui aspetto più saliente è rappresentato dall'inserimento nelle disposizioni preliminari del codice civile (*Einführungsgesetz BGB – EGBGB*) di un nuovo art. 240. Tale articolo contiene una moratoria e un regime di proroga da applicare a una serie di obbligazioni di durata, tra cui i canoni di affitti e locazioni, mutui, utenze e servizi di fornitura, con cui il legislatore si propone di effettuare un nuovo bilanciamento degli obblighi reciproci delle parti contraenti, in seguito alle restrizioni connesse al *lock down* del paese⁴⁵.

Il primo dei quattro paragrafi dell'art. 240 EGBGB è rubricato “moratoria” (*Moratorium*) e attribuisce ai consumatori che abbiano stipulato un contratto di utenza di un servizio pubblico ritenuto essenziale (ad esempio di forniture idriche, energia elettrica, telefonia, internet, nettezza urbana)⁴⁶, anteriormente all'8

⁴³ Il registro è curato dall'Associazione interdisciplinare di medicina intensiva e di urgenza (*Deutsche Interdisziplinäre Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin – DIVI*), dall'Istituto Robert Koch e dalla Società tedesca degli Enti ospedalieri (*Deutsche Krankenhausgesellschaft – DKG*). Al 30.4.2020 erano stati rilevati su scala nazionale 19.899 posti in terapia intensiva occupati e 12.792 posti liberi su un totale di 1.256 sedi ospedaliere.

⁴⁴ *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* (COVFA) del 27.3.2020 (BGBl. 2020 I 569 ss.). La legge è entrata in vigore il 1.4.2020.

⁴⁵ Su punto si veda più estesamente, C. WOLF, R. ECKERT, C. DENZ, L. GERKING, A. HOLZE, S. KÜNNEN, N. KURTH, *Die zivilrechtlichen Auswirkungen des COVID-19-Gesetzes*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 6/2020, pp. 401 ss.

⁴⁶ La legge fa ricorso al concetto giuridico indeterminato di “*wesentliche Dauerschuldverhältnisse*” con cui il legislatore intende i servizi inerenti alla “*Daseinsvorsorge*”, cioè servizi di interesse economico generale che risultano pertanto soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio.

marzo, la facoltà di procrastinare il pagamento delle relative tariffe, qualora la corresponsione di quanto dovuto rischi di compromettere “l’adeguato sostentamento personale e quello dei familiari a carico” per circostanze dovute alla pandemia. La stessa facoltà di moratoria è riconosciuta alle “micro imprese” (comma 2), qualora i problemi di liquidità causati dalla pandemia precludano la fruizione dei servizi necessari alla prosecuzione dell’attività aziendale⁴⁷. Il comma 3 effettua poi un bilanciamento tra le esigenze dell’utente di un servizio pubblico essenziale e rispettivamente di una micro impresa, beneficiari della moratoria, e quelli del creditore, escludendo il diritto del debitore di rifiutare la corresponsione di quanto dovuto, qualora tale comportamento possa mettere seriamente a repentaglio l’attività commerciale del fornitore della prestazione. Il § 2 prevede il divieto di risoluzione del contratto di locazione o di affitto in caso di ritardato pagamento del locatario o affittuario, legato alla pandemia. In questo caso però la tutela accordata è più blanda e consiste unicamente nel divieto di sfratto, ma non nell’esonero dalla corresponsione degli interessi maturati in seguito al ritardato pagamento. Il § 3 prevede, infine, un regime di proroga per i mutui, mentre il § 4 autorizza il Governo federale a prolungare la vigenza temporale della norma, inizialmente prevista fino al 30 giugno 2020.

Anche a causa dei tempi strettissimi in cui è stata licenziata la novella legislativa, la dottrina si è mostrata perplessa, soprattutto in relazione all’impiego di concetti giuridici indeterminati, come il requisito dell’“adeguato sostentamento” (*angemessener Lebensunterhalt*) previsto per usufruire della moratoria sulle tariffe dei servizi pubblici essenziali, ritenuto suscettibile di generare dubbi interpretativi e incertezza sulla portata della norma⁴⁸. Nonostante queste riserve va dato atto dello sforzo intrapreso nell’ordinamento tedesco di fare confluire una disciplina temporanea ed emergenziale, destinata a lenire la fase acuta della crisi, nei consueti binari della legislazione ordinaria.

3. La base normativa per le misure di contenimento COVID-19: le leggi ordinarie

La gestione del rischio dovuto ad epidemie in Germania vede coinvolti tutti i livelli del sistema federale sia dal punto di vista delle competenze normative sia da quello delle attribuzioni amministrative.

La base legislativa ordinaria in materia di malattie contagiose è fornita da una legge federale, la *Infektionsschutzgesetz* del 20.07.2000⁴⁹. Essa impone una stretta cooperazione tra i livelli di governo e gli

⁴⁷ Riguardo al concetto di micro impresa la legge rinvia alla raccomandazione 2003/361/EG della Commissione europea del 6.5.2003, contenente la definizione di micro, piccole e medie imprese (G.U. L 124 del 20.5.2003, p. 36). In base ad essa, una micro impresa ha meno di 10 dipendenti ed evidenzia un fatturato inferiore a due milioni di euro.

⁴⁸ T. RÜFNER, *Das Corona-Moratorium nach Art. 240 EGBGB*, in *JuristenZeitung*, 9/2020, pp. 443 ss.

⁴⁹ Cfr. il commento alla legge di P. HÄBERLE, H.-J. LUTZ, *Infektionsschutzgesetz Kommentar*, München, 2020; per una sintesi delle principali disposizioni v. anche G. TACCOGNA, *L’ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, cit., pp. 82 ss.

operatori sanitari – predisponendo appositi strumenti di coordinamento⁵⁰ – e mira a promuovere la responsabilità individuale dei soggetti gestori di determinate attività e dei singoli (§ 1, comma 2, *IfSG*). La legge prevede tre ordini di azioni e di relative funzioni amministrative: il monitoraggio (§§ 6 – 15); la prevenzione (§§ 15a – 23a) e le misure di contrasto (§§ 24 ss.). Essa contempla pertanto una gamma di azioni e di poteri molto ampia, anche per le formulazioni generali utilizzate, e rinvia per lo più ai *Länder* la normazione secondaria di dettaglio e l'adozione dei provvedimenti, degli atti amministrativi generali e dei regolamenti di esecuzione⁵¹, contenenti gli obblighi e i divieti necessari per il contenimento, quali limitazioni di circolazione, forme di quarantena e isolamento, divieti di esercizio dell'attività lavorativa. Fondamentale è la norma generale contenuta nel § 16 *IfSG*, ove si prevede che le autorità dei *Länder* adottino tutte le misure di prevenzione necessarie⁵² contro il pericolo derivante ai singoli o alla comunità dal diffondersi di malattie contagiose. Nonostante l'inevitabile indeterminatezza di tale tipo di norma, la specificazione della necessità delle misure ha un duplice effetto: da un lato costituisce una clausola molto ampia di attribuzione del potere di adottare ogni misura idonea allo scopo, dall'altro limita il potere attribuito all'azione indispensabile, secondo lo schema tipico del principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*). Una formulazione analoga compare in diversi punti della legge: ad esempio al § 28 *IfSG*, sulla base del quale sono stati adottati gli atti amministrativi generali (*Allgemeinverfügungen*) e i provvedimenti individuali (*Verwaltungsakte*) con le misure di contenimento e al § 32 *IfSG*, su cui si fonda un più ampio potere regolamentare (*Verordnung*) dei *Länder*, laddove la disposizione richiama i presupposti del precedente § 28.

Il secondo elemento degno di nota della disposizione è il riferimento ai “pericoli imminenti” (*drohende Gefahren*), espressione che riconduce la norma al principio di prevenzione (*Gefahrenabwehr*) e alle misure che alla luce di questo si individuano pertanto come doverose⁵³. Secondo una classica definizione utilizzata nel diritto di polizia e di pubblica sicurezza (*Polizei- und Ordnungsrecht – POR*), la situazione di pericolo che giustifica l'intervento di prevenzione si verifica quando una circostanza di fatto origina una

⁵⁰ Si veda ad esempio la Disposizione amministrativa generale sul coordinamento delle azioni contro i contagi in caso di epidemia (*IfSGKoordinierungs-VwV*) emanata dal governo federale il 12.12.2013, consultabile al link www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsmvwbund_12122013_31945300302.htm.

⁵¹ Al Ministero federale per la salute compete il nuovo potere regolamentare di cui al § 5, su cui *infra* nel testo, e l'adozione di regolamenti che impongono controlli e obblighi di comunicazione a soggetti provenienti dall'estero (§ 36, c. 7, *IfSG*). Queste misure possono essere imposte anche con regolamento del *Land* (§ 36, c. 6, *IfSG*).

⁵² Il termine utilizzato è “*notwendig*”, cui si aggiunge la specificazione quantitativa riferita al contenuto delle misure “*soweit*” e al tempo “*solange*”.

⁵³ Sul concetto giuridico di pericolo nell'ordinamento tedesco, v. E. MURSWIEK, *Gefahr*, in O. KIMMINICH, H. F. V. LERSNER, P.-C. STORM (a cura di), *Handwörterbuch des Umweltrechts*, Berlin, 1994, II ed., pp. 803 ss.; R. POSCHER, *Gefahrenabwehr: eine dogmatische Rekonstruktion*, Berlin, 1999. Sulla riconducibilità di queste norme alla c.d. *Auswahlermessen* (ovvero la discrezionalità sul *quomodo*) anziché alla *Entschließungsermessen* (ossia la discrezionalità sull'*an*), v. K.A. SCHWARZ, *Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte – ein Lehrstück zum verfassungsrechtlichen Freiheitsverständnis bei drohenden Gefahren*, in *Juristische Arbeitsblätter*, 5/2020, p. 322.

sequenza causale che con certezza scientifica, in assenza di interferenze o fattori eccezionali, condurrà con probabilità sufficiente al concretizzarsi di un danno non lieve al bene giuridico tutelato⁵⁴. Il concetto di “probabilità sufficiente” viene parametrato in maniera inversamente proporzionale all’importanza del bene giuridico minacciato e al danno che su questo incombe: quanto più rilevanti siano questi ultimi, tanto più bassa sarà la soglia della probabilità ritenuta sufficiente a legittimare l’intervento della pubblica amministrazione⁵⁵.

La formulazione della norma la qualifica, quindi, come espressione del principio di prevenzione e, pur lasciando un ovvio spazio di apprezzamento prognostico, non abilita a misure precauzionali (*Vorsorgemaßnahmen*): tale limitazione appare particolarmente opportuna di fronte alla diretta attribuzione di poteri che incidono sui diritti fondamentali di libertà costituzionalmente garantiti. Il concetto di precauzione (*Gefahrenvorsorge*) compare nella legge in una sola disposizione: quella che prevede la competenza federale a disciplinare con regolamento i presupposti e le condizioni di sicurezza per i laboratori e le altre strutture che trattino o studino microorganismi patogeni (§ 53 *IfSG*).

Come è evidente le norme consentono restrizioni dei diritti fondamentali, che esse individuano espressamente come imposte dall’art. 19, I comma, GG (c.d. *Zitiergebot*), specificando le categorie di contenuti e la forma degli atti limitativi, per garantire che solo le limitazioni intenzionalmente previste dal legislatore e da questi considerate nel bilanciamento siano legittimate dalle singole disposizioni. Le misure di tutela adottabili dalle autorità sanitarie con atto generale o provvedimento ai sensi del § 28 *IfSG* possono, ad esempio, incidere sul diritto alla libertà personale (art. 2, II comma, secondo periodo, GG), sulla libertà di riunione (art. 8 GG), sulla libertà di circolazione (art. 11, I comma, GG) e sull’inviolabilità del domicilio (art. 13, I comma, GG); nel caso di misure introdotte con regolamento governativo del *Land* ex § 32 *IfSG*, inoltre, ai diritti fondamentali ora citati si aggiunge il segreto postale (art. 10 GG).

Prima della modifica di fine marzo scorso – cui si è fatto cenno nel primo paragrafo – l’unica autorità federale con attribuzioni dirette in materia di prevenzione delle malattie contagiose era il Robert Koch

⁵⁴ È questo il concetto di “pericolo in concreto” (*konkrete Gefahr*) ricorrente come cosiddetta clausola generale del diritto di polizia (*polizeiliche Generalklausel*) nella legislazione dei *Länder* tedeschi; si veda per tutti W.-R. SCHENKE, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Heidelberg 2018, X ed., ann. marg. 69 ss. Con riferimento al concetto nel diritto ambientale, si veda V. M. KLOEPFER, *Umweltrecht*, München, 2016, IV ed., p. 4, ann. marg. 16; M. REESE, *Leitbilder des Umweltrechts. Zur Zukunftsfähigkeit leitender Schutzkonzepte*, in ZUR, 7-8/2010, p. 341.

⁵⁵ V. F. OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, in NVwZ, 1986, pp. 161 ss. Questo comporta un avvicinamento del concetto di pericolo e di quello di rischio e conseguentemente dei concetti di prevenzione e di precauzione, che secondo la dottrina tedesca restano però ben distinti. Leggermente diversa è invece la portata del concetto di rischio sanitario nell’ordinamento italiano: v. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005, pp. 167 ss.; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l’evoluzione dall’amministrazione dell’emergenza all’amministrazione precauzionale*, in Annuario AIPDA 2005, *Il diritto amministrativo dell’emergenza*, Milano, 2006, pp. 142 ss.; P. GRAZIOLI, *Il rischio sanitario nel diritto amministrativo dell’emergenza*, *Relazione presentata al Convegno AIPDA 2017*, in www.aipda.it/wp-content/uploads/2018/09/Paper20171014131259.pdf, pp. 3 ss.

Institut - cui il § 4 *IfSG* attribuisce un ruolo consultivo - salva una limitata competenza ministeriale ad introdurre controlli sanitari alle frontiere⁵⁶.

In questo contesto è intervenuta la già citata *Epidemienschutzgesetz* del 27 marzo 2020, che ha profondamente modificato il § 5 *IfSG* – ove si prevedeva soltanto che il Governo federale, in caso di epidemia, potesse predisporre con l'assenso del *Bundesrat* un piano di informazione reciproca e cooperazione *Bund-Länder* – introducendovi la competenza del *Bundestag* a dichiarare lo stato di emergenza epidemica di portata nazionale. Tale dichiarazione comporta l'attribuzione di competenza regolamentare e di funzioni emergenziali sull'intero territorio tedesco al Ministero federale per la salute, senza necessità di parere favorevole del *Bundesrat*, come invece normalmente richiesto per questo tipo di atti. In particolare, la novella legislativa ha inserito una clausola generale che consente al Ministero di introdurre con regolamento misure eccezionali, derogatorie delle disposizioni della *IfSG* e dei suoi regolamenti attuativi (§ 5, c. 2, n. 3, *IfSG*)⁵⁷. Sempre con regolamento ministeriale possono essere adottate misure per assicurare l'approvvigionamento di medicinali⁵⁸ e dispositivi di protezione (§ 5, c. 2, n. 4, *IfSG*) e può essere ampliato il novero dei soggetti ammessi all'esercizio delle professioni sanitarie (§ 5a, c. 2, *IfSG*)⁵⁹. A queste ipotesi di normazione secondaria d'emergenza si sommano nuovi poteri di ordinanza federale del Ministro per la salute, che comprendono un'ampia gamma di contenuti, quali ad esempio la possibilità di imporre controlli sanitari, obblighi di comunicazione, di disporre trasferimenti di malati, di imporre limitazioni alla circolazione di persone potenzialmente infette, provenienti dall'estero (§ 5, c. 2, nn. 1- 2). Inoltre, la novella ha ampliato la potenziale portata delle ordinanze dei *Länder* di cui al § 28 *IfSG*, inserendovi il potere di imporre a singoli individui limitazioni di movimento.

Il *Bundestag* ha dichiarato lo stato di emergenza epidemica contestualmente all'approvazione della novella legislativa, ma fino a oggi il Ministero federale ha esercitato i poteri che tale dichiarazione gli attribuisce in via eccezionale in una sola occasione, emanando un regolamento in materia di approvvigionamento e importazione di materiale sanitario⁶⁰.

⁵⁶ V. *supra* paragrafo, 1, nota 20.

⁵⁷ Cfr. il commento a prima lettura di C. MÖLLERS, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, in *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>, 26.3.2020, nel quale l'A. critica la novella legislativa, dubitando della costituzionalità delle nuove disposizioni.

⁵⁸ La mancanza di disposizioni atte a questo scopo era stata oggetto di critiche da parte della dottrina: v. ad es. A. KLAFFKI, A. KIEBLING, *Fighting COVID 19 – Legal Powers and Risks: Germany*, in *VerfBlog*, 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-and-risks-germany/>.

⁵⁹ Il primo comma della disposizione stabilisce, inoltre, che in forza della dichiarazione di emergenza pandemica diverse categorie di personale sanitario assumano alcune funzioni mediche, in presenza di determinati presupposti.

⁶⁰ Regolamento 8.4.2020 (BANz AT 09.04.2020 V3), che introduce deroghe al regime di importazione e circolazione di determinati prodotti sanitari.

Un ultimo strumento che è interessante ricordare sono i piani di contrasto delle pandemie (*Pandemiepläne*), di cui i *Länder* si sono dotati in attuazione di una raccomandazione dell'OMS del 1999 e che vengono predisposti a livello federale dall'Istituto Robert Koch⁶¹. Nell'attuale frangente questa forma di pianificazione senza efficacia cogente ha costituito la base per le raccomandazioni dell'istituto e (più limitatamente) per le strategie di gestione adottate dai *Länder*. Salvo alcune eccezioni⁶², la pianificazione statale è stata aggiornata all'emergenza in corso, anche rimediando ad alcuni problemi di coordinamento tra i piani dei diversi *Länder*, in applicazione del nuovo piano pandemico nazionale⁶³.

⁶¹ Il primo *Pandemieplan* nazionale è stato pubblicato dall'Istituto nel 2005, con aggiornamenti successivi. Il piano attualmente vigente, del 2.3.2017, si compone di due parti: la prima dedicata all'organizzazione e alle misure antipandemia dei *Länder*, la seconda contenente la base scientifica delle raccomandazioni. Il documento è consultabile al link www.rki.de/DE/Content/Inf/AZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Pandemieplan.html?nn=13490888. A questa pianificazione generale è stato aggiunto un *addendum*, pubblicato il 4.3.2020, specificamente dedicato al COVID-19, reperibile al link www.rki.de/DE/Content/Inf/AZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.html?nn=13490888.

⁶² Si veda ad esempio il piano del *Land* di Berlino del 23.4.2008, consultabile al link www.gpk.de/download/Influenzapanemieplan_200804_Berlin.pdf; dell'Assia del febbraio 2007, <https://soziales.hessen.de/gesundheits/infektionsschutz/infektionsschutzsbygesetz/pandemieplan-fuer-das-land-hessen>; della Bassa Sassonia del 5.10.2006, in https://www.gpk.de/download/Influenzapanemieplan_200610_Niedersachsen.pdf; della Renania settentrionale-Vestfalia del marzo (giorno non specificato) 2012, in https://www.lsg.nrw.de/php/login/dl.php?u=/media/pdf/service/2012_dj/pandemische_influenza_2009_in_nrw_lsg-nrw_2012.pdf; dello Schleswig-Holstein del 8.10.2018, in www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/1/infektionsschutz/Influenzapanemieplanung.html; della Turingia del 10.2.2009, in www.thueringen.de/imperia/md/content/tmsjg/abteilung6/referat44/th_pp_10_02_2009.pdf.

Il mancato aggiornamento di questi piani viene compensato con il riferimento diretto alla pianificazione federale, che viene poi sviluppata localmente con pianificazione comunale nei maggiori centri: v. ad esempio il piano comunale di Oberhausen aggiornato al marzo (giorno non specificato) 2020, www.oberhausen.de/de/index/rathaus/verwaltung/umwelt-gesundheit-und-mobilitat/gesundheits/pandemieplan.php.

È disponibile un elenco dei piani statali anche sul sito del RKI, ma non è aggiornato alle ultime modifiche, riportate alla nota seguente.

⁶³ Aggiornati alla situazione attuale ed espressamente riferiti al pericolo COVID-19 sono i piani del Baden-Württemberg del 2.3.2020, reperibile al link https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Gesundheitschutz/Influenzapanemieplan-BW.pdf; quello bavarese del 15.2.2020, <https://www.stmgp.bayern.de/wp-content/uploads/2020/02/influenza-bayern.pdf>; del Brandeburgo del 6.3.2020, https://msgiv.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/MSGIV_COVID_19_Pandemieplan_Brandenburg_Stand_2020_03_06.pdf; della città-Stato di Amburgo del 28.2.2020, www.hamburg.de/contentblob/13656714/fb6314c13b2542d58db51ca4901cfb15/data/pandemieplan.pdf; del Meclemburgo-Pomerania occidentale del 4.3.2020, www.regierung-mv.de/Publikationen/?id=20122&processor=veroeff; della Renania-Palatinato del 29.2.2020, https://msagd.rlp.de/fileadmin/msagd/Gesundheit_und_Pflege/GP_Dokumente/Informationen_zum_Coronavirus/2020_Pandemieplan_RLP.pdf; del Saarland del 1.4.2020, www.saarland.de/dokumente/res_soziales/Pandemieplan_END2.pdf; della Sassonia del 29.2.2020, www.coronavirus.sachsen.de/download/Pandemieplan_endg_Fassg_29.02.2020_Oe.pdf; della Sassonia-Anhalt del 5.3.2020, https://ms.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MS/MS/2_Gesundheit/Pandemieplan_Sachsen-Anhalt_2020.pdf.

Aggiornato ma non adeguato alla pandemia in corso, invece, è il piano della città-Stato di Brema del 31.1.2020, www.gesundheit.bremen.de/gesundheits/neues_aus_der_medizin/infektionsschutz-2284.

Appare quindi superata la critica mossa su questi aspetti da A. KLAFKI, *Coronavirus und Reformbedarf des „Pandemierechts“*, in *VerfBlog*, 5.3.2020, <https://verfassungsblog.de/coronavirus-und-reformbedarf-despandemierechts/>.

4. Il riparto costituzionale delle competenze legislative e delle attribuzioni amministrative in materia di prevenzione e contrasto delle epidemie

La Legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive, quella sulla prevenzione delle epidemie e la Legge sul finanziamento delle spese cliniche derivanti da questa emergenza sono state emanate in forza della competenza legislativa federale concorrente di cui all'art. 74, I comma, n. 19, GG. Si tratta come è noto di un tipo di competenza attribuita in prima battuta ai *Länder* ex art. 72 GG, fintantoché il *Bund* non la occupi, legiferando in una delle materie elencate all'art. 74 GG⁶⁴.

Si deve però considerare come la *Infektionsschutzgesetz* riguardi le modalità per riconoscere precocemente i contagi in grado di dare luogo a epidemie (o pandemie) e le necessarie misure di contenimento, e si collochi dogmaticamente nella parte di diritto amministrativo speciale compresa nel più generale diritto di polizia; a quest'ultimo sono riconducibili le misure di prevenzione dai pericoli per i singoli e per la collettività in senso lato, pertanto anche quelle legate alla sicurezza e salute pubblica, per le quali sono tradizionalmente competenti i *Länder* ai sensi della clausola generale di cui all'art. 70 GG. La materia della prevenzione e del contrasto delle malattie contagiose sarebbe quindi stata occupata dal *Bund* solo nella misura coperta dalle norme federali emanate, ma non escluderebbe interventi legislativi dei *Länder*⁶⁵, attuati in forza della competenza generale di polizia, come infatti è puntualmente avvenuto proprio in occasione dell'emergenza Covid-19⁶⁶.

Per quanto riguarda il livello amministrativo, la Legge fondamentale prevede ordinariamente che l'esecuzione delle leggi federali spetti ai *Länder* che la esercitano “come competenza propria” (art. 83 GG)⁶⁷. Tale schema è perfettamente rispecchiato dalle disposizioni della Legge federale per la prevenzione delle malattie contagiose del 2000, che potremmo chiamare di regime ordinario, sulla base

⁶⁴ Su questa forma di riparto v., per tutti, A. UHLE, *sub art. 72 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, cit., ann. marg. 75 ss.; v. anche la sintesi di J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano*, in <http://www.issirfa.cnr.it>, ult. consult. 28.5.2020. La riforma del federalismo del 2006 ha profondamente modificato le norme di riparto legislativo, in particolare quelle riguardanti questa forma di competenza, che nel corso del tempo aveva permesso una pervasiva legislazione del *Bund*. L'attuale formulazione della norma ha ridotto la portata dei presupposti che legittimano l'intervento legislativo federale – ossia la necessità di instaurare condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o di garantire l'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso – ad alcune materie. In alcuni casi tassativamente elencati è possibile che i *Länder* si riappropriino della materia, intervenendo con legge in un momento successivo. L'ambito materiale in questione non rientra in queste ipotesi: la valutazione in relazione all'opportunità di disciplina federale è interamente lasciata al *Bund* senza necessità di dimostrare la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 72, II comma, GG ed essa non può essere riacquisita dai *Länder* con l'esercizio della potestà legislativa.

⁶⁵ Sul punto v., ad es., F. RACHOR, *Das Polizeihandeln*, in H. LISKEN-E. DENNINGER (a cura di), *Handbuch des Polizeirechts*, München, 2007, 615 ss.; di diverso avviso S. VON STEINAU-STEINRÜCK, *Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten*, Bern, 2013, p. 65; A.-M. GRÜNER, *Biologische Katastrophen*, Baden-Baden, 2017, p. 172.

⁶⁶ Vedi la Legge bavarese per il contrasto delle epidemie: *Bayerisches Infektionsschutzgesetz (BayIfSG)* del 25.3.2020, cit.

⁶⁷ V. anche gli artt. 30 e 84 s. GG. Cfr. F. KIRCHOF, *sub art. 83 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, cit., ann. marg. 128 ss.

del quale le autorità competenti ad applicare e ad adottare le misure previste sono quelle dei *Länder*, individuate all'interno dei singoli Stati federati secondo le norme di questi.

Il regime eccezionale che si instaura a seguito della dichiarazione dell'emergenza epidemica con portata nazionale da parte del *Bundestag*, consente invece un accentramento temporaneo di poteri in capo al Ministro federale per la salute. L'attrazione al centro dei poteri legati all'emergenza, anche se la disposizione fa salve le competenze dei *Länder* (§ 5, c. 2 *IfSG*), consente al *Bund* di emanare regolamenti e atti amministrativi generali che prevalgono su quelli dei singoli Stati, senza che la devoluzione sia legata a una incapacità di questi ultimi di far fronte all'emergenza, come invece è disposto dalla già ricordata norma costituzionale sulla competenza federale di emergenza in caso di catastrofe naturale o disastro, di cui all'art. 35 *GG*.

In sintesi, l'ordinamento tedesco prevede una cornice normativa ordinaria (prevalentemente) federale alquanto dettagliata e pertanto uniforme per i diversi *Länder*⁶⁸, all'interno della quale il sistema di attribuzione delle competenze di esecuzione, unitamente alla formulazione ampia e per clausole generali dei poteri amministrativi e regolamentari attribuiti, consente una grande differenziazione non solo tra *Länder* ma addirittura tra singoli uffici sanitari locali, superabile in forza di atti ministeriali emergenziali. È però significativo che questi ultimi, pur astrattamente introdotti nel sistema dal legislatore nel presente stato di allarme, non siano stati utilizzati e che l'emergenza sia stata fino ad ora affrontata secondo le ordinarie forme e procedure previste dalla struttura federale⁶⁹.

5. Il ruolo dello Stato di diritto in senso formale: il rispetto delle procedure

L'emergenza COVID comporta valutazioni complesse sulla portata di un rischio che, essendo ancora inedito, risulta difficilmente prevedibile e quantificabile. Evocando il noto sociologo tedesco *Niklas Luhmann*, soprattutto in presenza di decisioni adottate in condizioni di massima incertezza, non conoscendo l'effettiva virulenza di un fenomeno e non sapendo valutare con precisione se le scelte compiute produrranno gli effetti sperati, assume fondamentale importanza la legittimazione conferita dal procedimento (democratico) seguito per la loro adozione⁷⁰.

Coerentemente con questa impostazione, per far fronte all'emergenza la Germania ha fatto ricorso ai normali strumenti parlamentari, facendo uso della legislazione a disposizione, ad esempio delle norme

⁶⁸ Così anche G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, cit., p. 86.

⁶⁹ Sull'equivoco che vede il federalismo incompatibile con la gestione dell'emergenza, v. F. PALERMO, *Is there a space for federalism in times of emergency?*, in *VerfBlog*, 13.5.2020, <https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/>. Interessanti anche i contributi raccolti nel *Forum of Federations* al link www.forumfed.org/collection/federalism-and-covid-country-perspectives/.

⁷⁰ N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, VI ed., Frankfurt am Main, 2001 (I ed. 1969).

del diritto di polizia e della menzionata legge contro le infezioni (*Infektionsschutzgesetz*), anche se quest'ultima era stata concepita per epidemie più circoscritte e ha dunque dovuto subire emendamenti per essere adattata al nuovo stato di cose⁷¹. Come si è visto, si è comunque seguito il disposto alquanto dettagliato di questa normativa che ha lasciato poco spazio alla legislazione dei *Länder*. Questi hanno avuto invece libertà di manovra in sede esecutiva, in piena conformità con il principio del *Vollzugsföderalismus*⁷².

Tale architettura istituzionale si è riflessa anche sugli interventi del Governo centrale, da un lato pienamente caratterizzati dal potere attribuito dalla legge fondamentale alla Cancelliera Merkel di determinare l'indirizzo della politica governativa (*Richtlinienkompetenz*), di cui all'art. 65 GG, dall'altro dalla competenza esecutiva dei *Länder*, permanentemente invitati al tavolo della contrattazione e su cui il Governo centrale ha esercitato soprattutto un potere di raccomandazione. Questo meccanismo ha prodotto una forte propensione alla convergenza e un approccio ampiamente uniforme su tutto il territorio nazionale⁷³.

In generale va dato atto al Parlamento di non avere abdicato alla propria funzione in favore del potere esecutivo. Nonostante il ruolo assai defilato dell'opposizione, non sono stati cancellati i meccanismi della democrazia parlamentare in sede di approvazione del bilancio suppletivo, di modifica dell'*Infektionsschutzgesetz* e di sospensione del freno all'indebitamento⁷⁴.

Le misure straordinarie per contrastare l'epidemia sono state deliberate dal Parlamento in seduta plenaria, adottando minimi accorgimenti precauzionali. Ci si è, infatti, accordati molto pragmaticamente sulla presenza in aula di un parlamentare su due (cosa che peraltro non sarebbe stata particolarmente notata, se la stampa non le avesse dato il massimo risalto!)⁷⁵. Il regolamento parlamentare prevede infatti, che il *Bundestag* sia regolarmente costituito alla presenza del 50% dei suoi componenti (anche se la verifica di tale *quorum* deve essere eccepita, altrimenti le delibere rimangono valide)⁷⁶. Con una modifica del regolamento interno del *Bundestag* per il periodo decorrente fino al 30 settembre 2020, il *quorum* strutturale è stato portato ad un quarto dei parlamentari. Questa regolamentazione è stata considerata conforme al

⁷¹ M. FRIEHE, *Freiheit in höchsten Nöten: Warum die Corona-Krise nicht zum Verfassungsnotstand stilisiert werden darf*, in *VerfBlog*, 28.3.2020, <https://verfassungsblog.de/freiheit-in-hoechsten-noeten/>.

⁷² G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, cit., p. 86.

⁷³ *Op. ult. cit.*, p. 93.

⁷⁴ S. SCHÖNBERGER, *Die Stunde der Politik*, in *VerfBlog*, 29.3.2020, <https://verfassungsblog.de/die-stunde-der-politik/>.

⁷⁵ Come commenta argutamente M. FRIEHE, *Freiheit in höchsten Nöten*, cit.

⁷⁶ Così il § 45 GO-BT.

principio democratico, essendo stata comunque data ad ogni singolo parlamentare la facoltà di presenziare alle sedute⁷⁷.

A ragione ci si è interrogati criticamente sul rapporto tra stato di normalità e stato di emergenza comportante drastiche limitazioni della vita economica e privata e con una vita sociale progressivamente conculcata in una misura precedentemente non immaginabile⁷⁸. Nonostante lo stato di calamità e la concentrazione delle competenze in capo al potere esecutivo va dato atto alle misure adottate in Germania di essere state legittimate dalla legislazione già in vigore, cioè dalla legge sulla protezione dalle infezioni (*Infektionsschutzgesetz*), oltre che dalle norme del diritto di polizia che autorizzavano all'adozione di provvedimenti amministrativi generali, come la chiusura dei parchi gioco.

L'emergenza covid ha mostrato come i confini tra la normalità e l'emergenza siano diventati fluidi e non chiaramente delimitabili. Se nella letteratura classica, ad esempio nelle opere di *Carl Schmitt*, le due situazioni vengono nettamente distinte e considerate due estremi reciprocamente inconciliabili (cioè lo stato di emergenza come situazione caotica in cui il diritto viene spazzato via e l'ordine pubblico deve essere ristabilito con la forza)⁷⁹, il rischio Covid-19 ha invece evidenziato come il diritto emergenziale si avvii progressivamente a convivere, come per osmosi, con l'assetto normativo previsto per le situazioni di normalità.

6. Lo Stato di diritto in senso sostanziale: la tutela dei diritti fondamentali nelle decisioni dei giudici costituzionali e amministrativi

Le misure adottate per contrastare la diffusione del contagio comprimono molti diritti fondamentali – a quelli nominati dall'*Infektionsschutzgesetz* possono aggiungersi la libertà di culto (art. 4, II comma, GG) e la libertà nell'esercizio della professione (art. 12, I comma, GG) – talvolta sospendendone completamente l'esercizio, in una misura fino ad ora sconosciuta e ritenuta da dottrina (e giurisprudenza) inammissibile nell'ordinamento tedesco del dopoguerra⁸⁰.

⁷⁷ M. FRIEHE, *op. loc. ult. cit.* Nelle votazioni nominali sulla sospensione del freno all'indebitamento di cui all'art. 115, II comma, GG, per le quali è richiesta la maggioranza assoluta, sono state allestite urne nella *lobby* parlamentare allo scopo di assicurare il rispetto delle distanze di sicurezza.

⁷⁸ U. VOLKMANN, *Der Ausnahmestand*, in *VerfBlog*, 30.3.2020, <https://verfassungsblog.de/der-ausnahmestand/>.

⁷⁹ Cfr., *ex multis*, R. VOIGT, *Ausnahmestand. Carls Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*, in ID. (a cura di), *Ausnahmestand*, Baden-Baden, 2013, pp. 85 ss.; R. MEHRING, *Carl Schmitt und die Pandemie. Teil I*, in *VerfBlog*, 11.5.2020, <https://verfassungsblog.de/carl-schmitt-und-die-pandemie-teil-i/>; e ID., *Carl Schmitt und die Pandemie. Teil II*, *ibid.*, 12.5.2020, <https://verfassungsblog.de/carl-schmitt-und-die-pandemie-teil-ii/>.

⁸⁰ Cfr. C. MÖLLERS, *Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus*, cit.; M. FRIEHE, *Freiheit in höchsten Nöten*, cit.; O. LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, in *VerfBlog*, 6.4.2020, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>; K.A. SCHWARZ, *Das Infektionsschutzgesetz und die Grundrechte*, cit., p. 326.

Così anche la giurisprudenza, v. ad es. BayVGh, XX sez., ord. 30.3.2020 - 20 NE 20.632, punto 34.

A questo proposito la prestigiosa Accademia nazionale delle scienze, Leopoldina, si è espressa il 13 aprile con un aspro richiamo alla necessità di considerare la sostenibilità degli interventi di tutela, invitando al rispetto del principio di proporzionalità, da valutare non solo in relazione alle singole misure, ma anche ai loro effetti secondari⁸¹.

Il controllo di proporzionalità, che è volto a modulare l'intensità del potere amministrativo esercitato in armonia con il costituzionale *Übermaßverbot* (divieto di eccesso amministrativo)⁸², prevede notoriamente tre passaggi: la verifica della idoneità (*Geeignetheit*), ossia della capacità dell'atto amministrativo di raggiungere il fine prefissato per la cura dell'interesse pubblico, secondo un giudizio prognostico sulla conformità e sulla potenziale capacità di raggiungere lo scopo individuato; della necessità (*Erforderlichkeit*), che valuta gli effetti dell'azione amministrativa nella sfera giuridica del destinatario, imponendo di adottare il provvedimento che – parimenti idoneo – comporti la minore incisione di questa e che viene pertanto individuato come indispensabile; dell'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto (*Angemessenheit*), cioè la verifica finale del ragionevole rapporto tra il sacrificio imposto e il risultato in termini di soddisfazione dell'interesse pubblico cui tende la pubblica amministrazione⁸³.

Le misure di contenimento sono state da subito oggetto di un ampio dibattito, di manifestazioni di protesta⁸⁴ e di ricorsi davanti al giudice costituzionale e amministrativo.

⁸¹ Si veda il documento pubblicato il 13.4.2020, reperibile al [link *www.leopoldina.org/publikationen/detailansicht/publication/coronavirus-pandemie-die-krise-nachhaltig-ueberwinden-13-april-2020/*](http://link.wwm.leopoldina.org/publikationen/detailansicht/publication/coronavirus-pandemie-die-krise-nachhaltig-ueberwinden-13-april-2020/). Il parere dell'Accademia viene espressamente richiamato anche dalla pronuncia del Tribunale costituzionale del Saarland del 28.4.2020 [Lv 7/20 eA](https://www.sueddeutsche.de/germany/saarland-tribunal-urteil-2020-04-28), su cui v. *infra* nel prosieguo del paragrafo.

⁸² Il termine *Übermaßverbot*, coniato da W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 289 s., è riferito dalla dottrina costituzionalistica al principio generale che ispira i rapporti tra potere pubblico e diritti fondamentali. Esso pertanto si sovrappone ma non coincide con la proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*), nonostante talvolta essi compaiano come sinonimi, cfr. P. LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln, 1961, 21; P. WITTIG, *Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes*, in *DÖV*, 1968, 817; J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin, 1968, 88; ID., *Das Grundrecht als Abwehrrecht u. staatliche Schutzpflicht*, in ID., P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, V vol., 1992, 179 s.; H.-W. ARNDT, W. RUDOLF, *Öffentliches Recht*, München, 1977, 32; F. OSSENBUHL, *Maßhalten mit dem Übermaßverbot*, in P. BADURA, R. SCHOLZ (a cura di), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, München, 1993, 152; P. KIRCHHOF, *Gleichmaß und Übermaß*, *ibid.*, 133 ss.; K. STERN, *Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbot*, *ibid.*, 165 ss.

⁸³ Sulla struttura del principio di proporzionalità, con particolare riferimento al diritto tedesco, v. D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato del giudice amministrativo*, Milano, 1998, pp. 14 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 390 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, pp. 59 ss.; sia inoltre consentito il rinvio a E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012, pp. 41 ss.

⁸⁴ Le c.d. *Corona-demos*, su cui v. ad esempio B. KASTNER, *Die große Viruswut*, in *Süddeutsche Zeitung*, 15.5.2020, www.sueddeutsche.de/muenchen/corona-muenchen-demonstration-protest-1.4909141.

Le azioni davanti al giudice costituzionale federale sono state proposte con la forma del ricorso diretto *ex art. 93, I comma, n. 4a, GG (Verfassungsbeschwerde)*⁸⁵ o della domanda cautelare con effetti sospensivi ai sensi del § 32 *BVerfGG*⁸⁶ e hanno per la maggior parte avuto esito negativo.

A oggi non risultano pubblicate sentenze nel merito della questione principale; molti ricorsi si sono conclusi con pronunce di inammissibilità basate sulla lesione del c.d. principio di sussidiarietà processuale – che impone di esaurire i rimedi giurisdizionali comuni, anche se solo in sede cautelare, prima di proporre queste azioni davanti al *Bundesverfassungsgericht*⁸⁷ o al tribunale costituzionale di un *Land*⁸⁸ – oppure sulla carenza di motivazione della domanda⁸⁹.

Un altro gruppo di pronunce rigetta invece la richiesta cautelare perché, nell'ambito del giudizio sommario che la sede consente, i giudici ritengono che le potenziali conseguenze della sospensione delle misure di contenimento in termini di danno del diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2 *GG*) e di possibile collasso del sistema sanitario sarebbero talmente gravi da incidere sul bilanciamento con il diritto fondamentale che esse comprimono, rendendone recessiva la tutela. Questo è il caso, ad esempio, dell'ordinanza che ha rigettato la richiesta di sospensione del divieto di assembramento nei luoghi di culto, disposto dal regolamento del Governo dell'Assia e applicato anche durante le festività pasquali⁹⁰. Si

⁸⁵ Su questa forma di azione diretta, ulteriormente disciplinata ai §§ 90 ss. *BVerfGG*, v. C. WALTER, *sub art. 93 GG*, in T. MAUNZ, G. DÜRIG (fondato da), *Grundgesetz Kommentar*, cit., ann. marg. 322 ss.

⁸⁶ Tale forma di tutela cautelare può essere richiesta anche prima della proposizione del ricorso diretto davanti al Tribunale costituzionale, e quindi a prescindere dalla pendenza di quello, dopo che sono stati esauriti i rimedi giurisdizionali ordinari o amministrativi. Gli effetti dell'ordinanza di sospensione decadono dopo sei mesi, ma essa può essere reiterata con una maggioranza di due terzi del collegio (§ 32 *BVerfGG*, c. 6). Cfr. K. GRABHOF, *sub § 32 BVerfGG*, in T. MAUNZ, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, H. BETHGE (fondato da e a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, München, 2020, 58. agg., ann. marg. 1 ss.

⁸⁷ Si vedano le ordinanze che rigettano le richieste di sospensione cautelare degli atti restrittivi della libertà di movimento emanati in Baviera: *BVerfG* del 19.3.2020 - 2 BvR 474/20; 23.3.2020 - 2 BvR 483/20; del 7.4.2020 - 1 BvR 755/20; del 18.04.2020 - 1 BvR 829/20; o del ricorso cautelare contro i provvedimenti del Baden-Württemberg limitativi della libertà di riunione e di manifestazione del 20.3.2020 - 1 BvR 661/20.

Analogamente dovuta al mancato rispetto della sussidiarietà processuale è l'ordinanza di inammissibilità del ricorso diretto del 31.3.2020 - 1 BvR 712/20 riferita alle restrizioni del Land Berlino; del 16.5.2020 - 1 BvQ 55/20, che rigetta il ricorso cautelare contro un divieto di manifestare basato sul limite di 50 partecipanti, contenuta nel regolamento anti-COVID del Brandeburgo.

⁸⁸ V. però *VerfGH Saarland* del 28.4.2020 - [Lv 7/20 eA](#). Il Tribunale costituzionale del *Land* accoglie la domanda cautelare nonostante il ricorrente non avesse prima adito il giudice amministrativo, ritenendo che la domanda riguardasse la questione squisitamente costituzionale e generale del bilanciamento dei diversi diritti fondamentali e dell'ampiezza della discrezionalità dell'esecutivo.

⁸⁹ V. ***BVerfG* 1.4.2020 - 1 BvR 742/20, sulla richiesta di sospensione del divieto, dovuto alle misure anti-COVID, di una manifestazione avente un oggetto non inerente all'emergenza sanitaria; del 1.4.2020 - 1 BvR 714/20, che dichiara inammissibile il ricorso diretto contro le misure di blocco degli sfratti; del 28.4.2020 - 1 BvR 899/20, che rigetta una domanda cautelare contro le disposizioni di chiusura degli esercizi commerciali (nel caso di specie una palestra) del regolamento del Baden-Württemberg; del 13.5.2020, [1 BvR 1021/20](#), che dichiara inammissibile per carenza di motivazione il ricorso diretto contro le misure di distanziamento interpersonale e limitazione degli spostamenti del Terzo regolamento bavarese contro il contagio del 1.5.2020.**

⁹⁰ *Verordnung zur Anpassung der Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus* del 20.3.2020, in https://www.bessen.de/sites/default/files/media/anpassungsverordnung_20.3.pdf. Il ricorrente, cattolico praticante, rilevava la

osservi che in questa pronuncia non ricorre un vero e proprio sindacato di proporzionalità in senso classico, ma piuttosto una valutazione del maggior danno prevedibile rispetto all'incisione del diritto al culto (art. 4, II comma, GG), che conduce a dare prevalenza alle misure a tutela della salute. La decisione contiene però anche un monito: sia laddove richiama espressamente la temporaneità delle misure come elemento rilevante per la loro tollerabilità e ragionevolezza, sia perché annuncia che esse nel procedimento principale saranno soggette a un sindacato di stretta proporzionalità⁹¹.

Diverso esito, e diverso percorso motivazionale, invece, ha avuto poco dopo la domanda cautelare contro il regolamento della Bassa Sassonia di analogo contenuto⁹², proposta da un'associazione islamica in relazione alle esigenze di culto della preghiera del venerdì nel periodo del *Ramadan*⁹³. Come nella precedente decisione, il diritto di esercizio indisturbato della religione viene considerato in un momento liturgico particolarmente rilevante; diverso da quella, invece, è il contesto del caso concreto, nel quale erano state predisposte misure idonee a consentire il distanziamento, come ad esempio l'organizzazione della preghiera in turni, assicurando l'utilizzo di dispositivi di protezione e il rispetto delle distanze secondo le norme per il commercio al dettaglio. Anche in questo caso l'accoglimento dell'istanza cautelare non comporta un giudizio sulla proporzionalità delle misure contenute nel regolamento, ma la necessità di una valutazione ulteriore delle circostanze del caso concreto, alla luce del diritto fondamentale alla religione, in vista di una autorizzazione temporanea in deroga al regolamento governativo⁹⁴.

È indubbio che alla base di tali percorsi argomentativi si ponga il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e delle norme secondarie, ma la struttura di queste decisioni non ricorre a un vero e proprio sindacato di proporzionalità.

pesante incisione del proprio diritto all'esercizio della religione, da intendere come diritto di culto, posto che il regolamento consente la partecipazione ad eventi *online* e la preghiera individuale in chiese, sinagoghe, moschee e altri luoghi appositamente dedicati al culto. La lesione del diritto fondamentale sarebbe stata aggravata dall'impossibilità di partecipare alle cerimonie legate alla celebrazione della Pasqua. Il Tribunale, pur dando atto che qualora il ricorso diretto principale dovesse essere accolto la lesione del diritto fondamentale dovuta alla mancata sospensione del regolamento governativo sarebbe ingiusta (*zu Unrecht geschehen*), ritiene prevalenti e di interesse generale le esigenze legate alla tutela della salute.

Il medesimo percorso argomentativo è alla base di diverse pronunce di rigetto dei tribunali costituzionali dei *Länder*; si veda, ad esempio, VerfGH Bayern, ordinanza del 26.03.2020 - 6-VII-20 e ordinanza del 24.04.2020 - 29-VII-20; VerfGH Sachsen del 17.04.2020 - 51-IV-20.

⁹¹ BVerfG del 10.4.2020, [1 BvQ 28/20](#), parte II, punto 2, lett. cc), dell'ordinanza.

⁹² BVerfG del **29.4.2020 - 1 BvQ 44/20**. La decisione del giudice costituzionale interviene dopo che la medesima disciplina era stata impugnata senza successo davanti al Tribunale amministrativo superiore della Bassa Sassonia, che aveva respinto la richiesta di sospensiva ritenendo che l'azione fosse infondata e quindi non sussistesse l'elemento del *fumus boni iuris* (OVG Hannover del 23.4.2020 - 13 MN 109/20).

⁹³ Questa specificazione è rilevante per la decisione, perché – come espone il ricorso – nella preghiera del venerdì secondo il rito accolto dai ricorrenti, non viene cantato o pregato ad alta voce (se non dall'*imam*) e gli scambi interpersonali sono pressoché assenti.

⁹⁴ Con le parole del Tribunale “*die Frage einer vorläufigen ausnahmsweisen Zulassung von Gottesdiensten auf der Grundlage der spezifisch dazu vorgelegten und im gerichtlichen Verfahren erörterten konkreten Umstände*”: punto 17 della decisione.

Su questa linea si posiziona anche la decisione con cui è stata parzialmente accolta la domanda cautelare contro il provvedimento che vietava un ciclo di manifestazioni contro le misure per contenere il contagio da coronavirus⁹⁵. L'art. 8 GG riconosce il diritto di riunirsi per manifestare liberamente, senz'armi e senza necessità di autorizzazione o di comunicazione preventiva, salvo limitazioni che siano imposte dalla legge per le manifestazioni all'aria aperta. In applicazione di questa seconda parte della disposizione, la legge federale che disciplina le manifestazioni e i cortei all'aria aperta⁹⁶, specifica diverse condizioni e prevede che con provvedimento discrezionale dell'autorità competente la manifestazione possa essere vietata o condizionata al rispetto di determinate modalità di svolgimento, quando vi sia un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico. L'ordinanza del Tribunale costituzionale ritiene il divieto lesivo del diritto fondamentale invocato, non avendo considerato le concrete circostanze della manifestazione e l'effettiva incompatibilità di essa con le disposizioni anti-COVID, e richiama la pubblica amministrazione ad esercitare correttamente la propria discrezionalità in relazione alle date ancora in programma⁹⁷.

Anche l'alleggerimento delle misure restrittive è stato oggetto di ricorsi per contrasto con il diritto alla vita e all'integrità fisica. Come ha spiegato il giudice costituzionale in un'ordinanza di rigetto per inammissibilità, la tutela che la Legge fondamentale riconosce a questi beni comporta per lo Stato il dovere di tutelarli, promuoverli e di contrastare le minacce alla salute; tuttavia l'ambito di apprezzamento del legislatore in ordine ai modi in cui questi doveri vengono attuati è molto ampio (*Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum*) e il sindacato può colpire solo misure manifestamente inidonee o assenti. Spetta inoltre alla discrezionalità del potere legislativo e regolamentare il bilanciamento con gli altri diritti fondamentali che sono profondamente compressi dalle misure di isolamento, che più di tutte garantirebbero di evitare il contagio⁹⁸.

⁹⁵ BVerfG del 15.4.2020 - 1 BvR 828/20, resa nel procedimento di ricorso diretto per lesione del diritto di riunione e manifestazione del pensiero da parte di un provvedimento della città di Gießen. Gli organizzatori della manifestazione avevano comunicato alla città nel dettaglio le misure che sarebbero state adottate per evitare il contagio e conformare l'evento alle norme vigenti. I ricorsi erano stati rigettati dal giudice amministrativo. Analogamente, in relazione al divieto di manifestazione emanato dalla città di Stoccarda in applicazione del regolamento anti-COVID del Baden-Württemberg, BVerfG del 17.4.2020 - 1 BvQ 37/20.

⁹⁶ Gesetz über Versammlungen und Aufzüge 08.12.2008 (BGBl. I S. 2366). Dalla riforma costituzionale del 2006 la competenza in questo ambito è attribuita ai Länder che, ai sensi dell'art. 125a, I comma, GG hanno facoltà di sostituire la legge federale.

⁹⁷ A seguito di questa pronuncia sono stati modificati diversi regolamenti e provvedimenti dei Länder, v. ad es. il Regolamento del governo del Saarland per contrastare la pandemia da coronavirus del 17.4.2020 (ABl. I, p. 362 B11).

⁹⁸ BVerfG del 12.5.2020 - 1 BvR 1027/20, che dichiara inammissibile il ricorso diretto contro la determinazione congiunta Bund-Länder del 15.4.2020 e le discipline dei Länder che ne davano attuazione, prevedendo le prime riaperture e la mitigazione del distanziamento interpersonale. Ricorsi speculari, basati su una supposta inidoneità delle misure (bavaresi), imposte a tutela il diritto alla vita e all'integrità fisica, erano stati rivolti anche contro le prime misure di contenimento, ritenute non sufficientemente restrittive: si veda BVerfG del 1.4.2020 - 2 BvR 571/20, cit., che ne dichiara l'inammissibilità per insufficienza di motivazione.

Interessanti in questa pronuncia sono le riflessioni incidentali, che mettono in relazione l'ampiezza dello spazio di valutazione della fonte legislativa o regolamentare nel bilanciamento dei diritti fondamentali con il passare del tempo e che sottolineano come il principio di proporzionalità abbia anche una dimensione temporale e dinamica. Anzitutto perché il prolungarsi di misure che limitano pesantemente i diritti, ne appesantisce il valore sulla bilancia della ponderazione degli interessi contrapposti e dei diritti fondamentali incisi; in secondo luogo perché - con specifico riferimento all'allarme in corso - con il tempo aumentano le conoscenze tecnico-scientifiche sui rischi e sulle possibilità di diminuirli. A quest'ultimo proposito, quindi, la temporaneità delle misure e il loro graduale e progressivo adeguamento al mutare della situazione costituiscono aspetti rilevanti anche nel giudizio in ordine alla compatibilità costituzionale delle limitazioni dei diritti fondamentali, che non viene cristallizzato una volta per tutte, ma contiene un elemento dinamico, che di volta in volta riduce o amplia lo spazio di discrezionalità della fonte normativa e dell'atto amministrativo.

Tale impostazione si rinviene pure in un'interessante ordinanza del Tribunale costituzionale del Saarland, in accoglimento di una domanda cautelare contro il generale divieto di lasciare il proprio domicilio se non per giustificati motivi, contenuto nel regolamento del Governo di tale *Land*⁹⁹. Secondo il Tribunale non solo la limitazione di un diritto fondamentale, anzi nel caso di specie la sua negazione, deve essere giustificata, ma i presupposti che la giustificano sono soggetti a un sindacato i cui parametri mutano, divenendo più stringenti con il passare del tempo: in relazione al prolungarsi della compressione del diritto e alle aumentate conoscenze scientifiche. L'ampio spazio lasciato alla valutazione prognostica del rischio nei primi momenti di incertezza legati alla emergenza si riduce e corrispondentemente aumenta il grado di approfondimento del sindacato sulla proporzionalità delle misure¹⁰⁰. La relazione tra il sindacato sulla proporzionalità e ragionevolezza delle misure adottate e il tipo e il grado delle conoscenze scientifiche nella materia, orienta il sindacato verso gli schemi che la dottrina italiana riconduce al sindacato sulla discrezionalità tecnica¹⁰¹. Il giudice si spinge fino a confrontare i dati sull'ingerenza dei contagi e la capacità ricettiva degli ospedali in termini di posti in terapia intensiva, comparando il regime di contenimento del Saarland con quello di altri *Länder*, per concludere che il c.d. *lock down* imposto non

⁹⁹ VerfGH Saarland del 28.4.2020 - [Lv 7/20 cA](#).

¹⁰⁰ In questo senso ad es. anche BayVGH, ordinanza del 30.3.2020, cit.

¹⁰¹ Si vedano in proposito F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 372 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 490 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, pp. 30 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 33 ss.; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 80 ss.; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, pp. 439 ss.; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica la tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008; F. VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, in *Giur. It.*, 2013, pp. 694 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2017, pp. 179 ss.

rispetta (più) il requisito della necessità e non è motivato¹⁰². La decisione censura inoltre l'indeterminatezza della formulazione regolamentare, che lascerebbe troppa discrezionalità alle autorità competenti al controllo senza definire a sufficienza i presupposti del potere sanzionatorio, e sottolinea l'irragionevolezza delle ipotesi che consentono di lasciare la propria abitazione rispetto ai divieti¹⁰³.

Le impugnazioni davanti al giudice amministrativo sono molto numerose, proposte nella forma del ricorso individuale contro i provvedimenti con azione di accertamento (*Feststellungsklage*) con effetti *inter partes* ai sensi del § 43 *VwGO* o del ricorso astratto contro gli atti normativi (*abstrakte Normenkontrolle*) con effetti *erga omnes* ex § 47 *VwGO*.

I ricorsi fino ad ora hanno avuto per lo più esito negativo – ma con l'aumento del numero di procedimenti proposti e con il prolungarsi delle misure la tendenza sta mutando – concludendosi con ordinanze di rigetto in rito, anche se non mancano le pronunce che analizzano sommariamente i motivi del ricorso, concludendo per l'infondatezza delle censure volte a colpire l'indeterminatezza delle norme attributive del potere di ordinanza o regolamentare e la violazione dei principi di proporzionalità e di uguaglianza, soprattutto in considerazione della temporaneità delle misure, della gravità del pericolo minacciato e dell'ampio spazio di apprezzamento dell'amministrazione stanti le (poche) certezze scientifiche e le raccomandazioni del RKI¹⁰⁴.

¹⁰² La decisione prosegue esplicitando tra gli elementi da prendere in considerazione il sindacato non solo sulle conseguenze dirette, quali l'eventuale aumento dei contagi, dovuto alla sospensione degli effetti del regolamento, bensì anche quelle secondarie, quali la percezione del rischio nella popolazione e la conseguente propensione a seguire le regole di distanziamento, osservando peraltro come questo sviluppo sia contrastabile con una buona strategia di informazione.

¹⁰³ Ritenendo, ad esempio, che sia irragionevole ammettere come giustificato motivo il “movimento all'aria aperta”, ma non lo stare all'aria aperta senza muoversi, magari seduti; o ancora, che il requisito dell'urgenza richiesto in connessione con l'esigenza di una visita medica non sia sufficientemente determinato; o che la necessità di giustificare in caso di controllo le ragioni dell'uscita di casa possa incidere con il diritto alla tutela dei dati personali garantito dall'art. 2 della Costituzione del Saarland.

All'eccessiva indeterminatezza delle disposizioni regolamentari fa riferimento anche il parziale accoglimento della domanda cautelare proposta contro le disposizioni del regolamento berlinese nella sua settima versione del 19.5.2020, con sospensione delle previsioni sanzionatorie che contemplavano fino a 25.000 Euro di multa: *VerfGH Berlin* 20.5.2020 - 81 A/20.

¹⁰⁴ Esempio in questo senso *BayVGH*, 20a sez., del 30.3.2020 cit., che respinge il ricorso di una catena di esercizi commerciali. Si osservi che la temporaneità delle misure costituisce un elemento chiave della valutazione sulla loro legittimità e del sindacato di proporzionalità, ma ad avviso del giudice essa non libera il potere regolamentare dall'onere di controllarne e verificarne la necessità anche prima dello spirare del termine di efficacia inizialmente previsto, in presenza di un mutamento delle circostanze di fatto: ord. cit., punto 63. V. anche *VGH Hessen* del 07.04.2020 - 8 B 892/20.N, sul regolamento dell'Assia che vietava la partecipazione alle celebrazioni religiose nei luoghi di culto; il medesimo ricorrente si è poi rivolto al *BVerfG*: v. *supra* alla nota 92.

Per un commento critico a questo orientamento v. C. M. HOFMANN: *Verhältnismäßigkeit mit der Holzhammermethode: Ausgangsbeschränkungen in Bayern*, in *VerfBlog*, 13.4.2020, <https://verfassungsblog.de/verhaeltnismaessigkeit-mit-der-holzhammermethode/>; M. HEUSER, *Rechtsprechungsnotstand in Bayern: Verfassungskonforme Auslegung oder Rechtsschutzverweigerung?*, in *VerfBlog*, 4.5.2020, <https://verfassungsblog.de/rechtsprechungsnotstand-in-bayern/>.

Le ordinanze cautelari di accoglimento dei ricorsi per sospensiva possono essere ricondotte a due gruppi: quelle che hanno colpito la forma degli atti contenenti le misure restrittive e quelle che ne censurano la proporzionalità.

Al primo gruppo va ad esempio ricondotta la decisione cautelare con cui il Tribunale amministrativo di Monaco¹⁰⁵ ha sospeso l'ordinanza del Ministro della salute bavarese che imponeva le prime e più restrittive misure di contrasto del contagio, comprendenti sia un obbligo di distanziamento e di riduzione dei contatti interpersonali sia il divieto di uscire senza giustificati motivi. Dopo avere effettuato un'ampia disamina della concretezza e dell'attualità della lesione della situazione giuridica della ricorrente – per escludere che fosse fatto valere un interesse astratto ed eventuale, corrispondente a una azione popolare che non è ammessa in questi termini dall'ordinamento tedesco¹⁰⁶ – il giudice rinviene un vizio formale di illegittimità nell'aver introdotto disposizioni generali e astratte, quindi a carattere normativo, con atto amministrativo generale anziché con regolamento¹⁰⁷. Questo “travestimento” (sic!) comporta, ad avviso del giudice, una lesione del diritto di difesa dei destinatari delle norme, che non hanno a disposizione un'azione di annullamento con effetti *erga omnes*¹⁰⁸ e che possono essere lesi anche dalla diversa forma di pubblicità degli atti.

Inoltre – come si è visto nel paragrafo precedente – le limitazioni dei diritti fondamentali ammesse dalla Legge federale contro le malattie contagiose, devono essere da essa espressamente indicate mediante il richiamo alla norma costituzionale che le prevede. L'art. 11 GG, ossia la libertà di circolazione, è nominato nel § 32 *IfSG*, sulla emanazione di regolamenti, mentre non compare nel § 28 *IfSG*, che conferisce all'amministrazione il potere di introdurre misure anti-contagio con atti amministrativi generali, nel quale sono espressamente richiamati altri diritti fondamentali, quali la libertà di riunione e l'inviolabilità del domicilio.

L'introduzione di misure restrittive delle libertà con regolamento governativo, soggiace in ogni caso a un penetrante sindacato in relazione alla corrispondenza delle prescrizioni con i parametri legislativi, quanto ai presupposti e ai contenuti delle imposizioni. È il caso della decisione che ha sospeso l'efficacia del

¹⁰⁵ VG München, XXVI sez., ord. del 24.3.2020, cit.

¹⁰⁶ In particolare il ricorso viene ritenuto ammissibile in relazione al generale divieto di contatti sociali e a quello di lasciare il proprio domicilio, ma non in rapporto al divieto di visita di ospedali e ospizi e ai divieti riguardanti la ristorazione.

¹⁰⁷ Pur ammettendo che il confine tra atti normativi e atti amministrativi generali sia talvolta fluido, il giudice riflette sulla definizione che di questi ultimi fornisce il § 35 *VwVfG*, il quale richiede che essi siano rivolti a un numero determinato o comunque determinabile di persone, circostanza che nel caso di specie non sussiste, stante l'applicazione generale delle disposizioni non solo a tutti i residenti in Baviera ma a chiunque vi ci si trovi nel periodo di vigenza delle regole, anche dopo la loro emanazione, e pertanto a una cerchia indeterminata e indeterminabile di soggetti.

¹⁰⁸ Possibile invece nella forma del controllo normativo astratto, di cui al § 47 *VwGO*.

regolamento della Bassa Sassonia che imponeva la quarantena a chiunque rientrasse nel *Land*¹⁰⁹; il giudice amministrativo rinviene il *fumus boni iuris* del ricorso principale nel fatto che la legge federale consente questa misura nei confronti dei soggetti contagiati o esposti al contagio con certezza o probabilità (§ 30 *IfSG*). Quest'ultima ipotesi non viene ulteriormente specificata dalle norme federali speciali, ma va interpretata alla luce dei canoni del principio di prevenzione vigente nella materia sanitaria e di polizia, che non consentirebbero un obbligo generalizzato di quarantena ma imporrebbero di distinguere in base alla diffusione del virus nel paese di provenienza del soggetto che rientri nel territorio nazionale¹¹⁰.

Venendo, infine, al sindacato di proporzionalità, esso ha portato alla sospensione cautelare degli effetti del regolamento governativo del Meclemburgo-Pomerania occidentale, con il quale durante le festività pasquali erano stati vietati gli spostamenti verso le seconde case e le mete turistiche sulla costa del mar Baltico¹¹¹. Il giudice amministrativo ha constatato come la disposizione superasse il *test* di idoneità, ha curiosamente saltato il *test* di necessità, rinviandolo alla trattazione nel merito, e ha invece concluso per una contrarietà al divieto alla proporzionalità in senso stretto. La limitazione degli spostamenti non è stata, infatti, letta soltanto come incisiva della libertà di circolazione (art. 11 *GG*), ma anche del diritto al libero dispiegamento della propria personalità (art. 2 *GG*); inoltre il collegio ha rilevato la contraddittorietà di una disciplina che, impedendo di raggiungere alcune mete, finisce per concentrare la popolazione in altri luoghi, vanificando l'intento di prevenzione della disposizione stessa¹¹².

Come si può constatare le pronunce confermano la peculiarità di un sindacato del giudice amministrativo che l'osservatore italiano definirebbe interno, ma che notoriamente s'inserisce in un ordinamento che per

¹⁰⁹ OVG Lüneburg, 13. sez., ordinanza del 11.05.2020 - 13 MN 143/20. Analogamente e con espresso richiamo alla motivazione dell'ordinanza citata, ma in accoglimento della domanda cautelare nell'ambito di un ricorso contro il diniego opposto dal *Land* di Amburgo ad una richiesta di dispensa dall'isolamento quattordicinale imposto dal regolamento anti COVID a chiunque entrasse nel territorio del *Land*, provenendo dall'estero, v. anche VG Hamburg, 15a sez., ordinanza del 13.5.2020 - 15 E 1967/20.

¹¹⁰ A questo proposito il giudice si confronta diffusamente con i dati scientifici in materia di COVID-19 e sulla diffusione del contagio e lamenta l'abbandono da parte del RKI della classificazione dei paesi in zone a rischio più o meno alto: punto 30 ss. dell'ordinanza citata. Nel caso di specie il ricorrente rientrava da una zona della Svezia con un numero di contagi inferiori a quelli della Bassa Sassonia in cui aveva residenza. Così anche VG Hamburg, 15a sez., ord. del 13.5.2020, cit.

¹¹¹ OVG Mecklenburg Vorpommern (sede di Greifswald), II sez., ordinanza del 9.4.2020 - 2 KM 268/20 OVG. La medesima sezione qualche giorno prima aveva, invece, rigettato un ricorso contro le disposizioni del regolamento che vietavano l'esercizio di culto nei luoghi chiusi, ritenendo che superasse i tre *test* del sindacato di proporzionalità. In particolare, con riguardo ai primi due elementi del sindacato aveva osservato come le misure fossero da ritenersi idonee e necessarie, non essendo al momento note o disponibili efficaci modalità alternative alla riduzione dei contatti per evitare il contagio e le conseguenze mortali della malattia e riconoscendo alla discrezionalità del legislatore la valutazione sull'opportunità del cumulo delle misure di distanziamento interpersonale e di limitazione degli spostamenti. Quanto alla proporzionalità in senso stretto, il collegio ha ritenuto adeguato il bilanciamento tra una restrizione non assoluta del diritto di culto, che le misure consentono all'aperto e a determinate condizioni, e la tutela della vita e dell'integrità fisica che lo Stato ha il dovere di proteggere.

¹¹² L'argomento sembra peraltro riportare il sindacato al *test* di idoneità, che il Collegio aveva poco prima ritenuto soddisfatto.

tradizione ha sviluppato un sistema di limiti strutturali della discrezionalità amministrativa, anche in relazione agli atti amministrativi generali e normativi, che non a caso non sono generalmente dispensati dall'obbligo di motivazione¹¹³.

La giurisprudenza sinteticamente illustrata conferma da un lato l'estrema vivacità di un sistema che consente reazioni in tempi molto solleciti, dall'altro sottolinea come l'emergenza non possa stravolgere i principi portanti dello Stato di diritto, ma abbia invece bisogno di certezza e di trasparenza nelle scelte amministrative e politiche, che non sono sottratte a un sindacato estremamente penetrante degli organi giurisdizionali¹¹⁴.

7. Un paese senza eroi: considerazioni conclusive

Ora che il picco del contagio è ormai alle spalle emerge con urgenza la necessità di un ritorno progressivo a situazioni di normalità, anche per evitare che subentri un fenomeno di assuefazione alle misure di emergenziali e che queste si trasformino progressivamente in una consuetudine.

D'altro canto l'indisponibilità di numerosi elementi conoscitivi nella gestione dell'epidemia induce alla prudenza. Allo scopo di porre argine alle opinioni discordanti diffuse dagli organi scientifici, il 28 aprile i quattro principali istituti tedeschi di ricerca extrauniversitaria (*Max-Planck-Gesellschaft*, *Leibniz-Gemeinschaft*, *Helmholtz-Gesellschaft* e *Fraunhofer-Gesellschaft*) hanno pubblicato una comune presa di posizione in cui mettono in guardia da un allentamento troppo generalizzato delle misure restrittive. Nel parere vengono giudicate irrealistiche sia l'ipotesi di estirpare l'epidemia, sia quella di puntare ad un'immunità di gregge. Si pone invece l'accento sulla necessità di contenere ulteriormente e consistentemente il contagio, allo scopo di passare dalla cosiddetta strategia della “*mitigation*”, finalizzata all'abbassamento della curva dei contagi, alla tecnica del “*containment*”, in cui tutte le persone contagiate e i relativi contatti possono essere rintracciati e isolati, e che viene ritenuta essere la via maestra per convivere con l'epidemia¹¹⁵. Essenziale viene considerato in questo ambito un rilevamento epidemiologico a tappeto, ottenuto con l'uso di tamponi e con misure di *social tracing*.

Nonostante queste incognite che pesano fortemente sulla gestione dell'emergenza, l'exasperazione della popolazione, oppressa dalla “sindrome da confinamento” (cosiddetto *Lagerkoller*) induce il Governo – che a poco più di un anno dalle elezioni politiche è particolarmente attento alla propria popolarità – a

¹¹³ V. però, per gli atti amministrativi generali, la possibile deroga all'obbligo di motivazione prevista al § 39 *VwVfG*, c. 2, n. 5.

¹¹⁴ A questo proposito cfr. anche le osservazioni di G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *Emergency and Risk in Comparative Public Law*, in *VerfBlog*, 9.5.2020, <https://verfassungsblog.de/emergency-and-risk-in-comparative-public-law/>.

¹¹⁵ Si veda sul punto www.mpg.de/14760439/28-04-2020_Stellungnahme_Teil_01.pdf.

procedere in più fasi progressive all'allentamento delle restrizioni, in modo da tenere contemporaneamente monitorata l'evoluzione dei contagi.

Tale approccio è parimenti riconducibile alla descritta particolare considerazione dei diritti fondamentali come argine al potere (anche emergenziale) degli organi statali, come si evince anche da una speciale garanzia prevista dalla legge fondamentale tedesca, secondo cui in nessun caso può essere intaccato il nucleo incompressibile di un diritto fondamentale (cosiddetta “*Wesensgehaltsgarantie*” di cui all'art. 19, II comma, *GG*)¹¹⁶. Questa preclusione assoluta si fonda sull'ipotesi che la dignità dell'uomo come diritto inalienabile, di cui all'art. 1, I comma, *GG*, costituisca il nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale e che lo sottragga al bilanciamento con altri valori costituzionali¹¹⁷.

Nella cosiddetta “seconda fase”, ormai in pieno corso, ai divieti subentra la “tecnica del *nudging*”, con la quale s'intende una strategia finalizzata ad influenzare (letteralmente a “spingere”) il comportamento umano nella direzione voluta senza ricorrere a costrizioni e incentivi economici. Si tratta di un conglomerato di tecniche in uso nella psicologia e nell'economia del comportamento, tali da rendere assai probabile che l'effetto desiderato venga spontaneamente realizzato¹¹⁸. In quest'ottica, allo scopo di scongiurare una seconda ondata di contagi, non si risparmiano gli appelli al distanziamento sociale (obbligo di distanziamento interpersonale di almeno 1,5 metri e limiti agli assembramenti negli spazi pubblici), che rappresentano l'interpretazione data in Germania al *lock down* anticorona.

Riassumendo gli aspetti salienti della strategia seguita per contrastare il rischio covid va dato atto che nemmeno in Germania sono state inizialmente colte le conseguenze nefaste che la diffusione del virus avrebbe comportato, motivo per cui si è agito per aggiustamenti progressivi e in un crescendo di divieti man mano che si acquisiva consapevolezza della criticità della situazione.

Ben presto si è delineata la vera natura del “bene protetto” (*Schutzgut*), approssimativamente definito come “questione di vita o di morte”, che le misure di contenimento si proponevano di tutelare. La dottrina tedesca ha giustamente posto in risalto che il vero obiettivo era quello di prevenire il collasso del sistema sanitario, motivo per cui risultava determinante tenere sotto controllo il numero di pazienti da

¹¹⁶ Il *Wesensgehalt* (contenuto essenziale), secondo l'interpretazione del Tribunale costituzionale federale, va determinato “per ogni diritto fondamentale in base alla sua particolare rilevanza nel contesto generale” (BVerfGE 22, 180, 219; 109, 103, 156; 117, 71, 96). L'analisi di tale concetto nel singolo caso e quindi in senso relativo, sulla scorta di un bilanciamento con altri diritti fondamentali, fa emergere nella sua pienezza di principio di proporzionalità, su cui va perimetrato il contenuto essenziale del diritto considerato.

¹¹⁷ P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, III ed., Heidelberg, 1983.

¹¹⁸ “Wenn die Politik solche netten Tricks zur Herrschaftstechnik ausbaut, könnte es sein, dass aus urteilsfähigen Bürgern verhaltenstechnisch gelenkte Versuchsobjekte werden. Wir sind keine Labormäuse“ così U. DI FABIO, già giudice costituzionale, sul *nudging* in *Der Spiegel* n. 15/2015, p. 38 s.; cfr., più estesamente, M. SECKELMANN, W. LAMPING, *Verhaltensökonomischer Experimentalismus im Politik-Labor – Rechtliche Rahmenbedingungen und Folgerungen für die Evaluationsforschung*, in *DÖV*, 5/2016, p. 189.

curare (per un periodo di tempo adeguato) nei reparti di terapia intensiva¹¹⁹. Fin dall'inizio è stato chiaramente comunicato che l'obiettivo delle misure non era quello (irrealistico) di impedire le infezioni. L'ordinamento tedesco, che diversamente da quello italiano non prevede espressamente nella Costituzione la tutela della salute, né come diritto individuale, né come "interesse della collettività" (art. 32 Cost.), ha individuato nella *mitigation*, cioè nell'appiattimento della curva dei contagi, l'obiettivo delle misure di contenimento, finalizzate ad assicurare a tutti i pazienti un'assistenza sanitaria adeguata. Lo scopo delle misure di contenimento è stato quindi, almeno inizialmente, quello di arginare la pandemia perché non superasse le capacità operative del servizio sanitario.

L'emergenza ha compattato la coalizione al governo, spazzando via dissidi prima considerati insuperabili all'interno della compagine governativa e consacrando il ruolo di spicco della Cancelliera Merkel, la cui popolarità ha toccato nei sondaggi vette insperate. Ciò dimostra che in generale nel rapporto Stato cittadino una situazione di emergenza, come la pandemia COVID-19, non fa che accentuare i tratti caratteristici di un assetto socio-politico già precedentemente consolidato. Una commentatrice di questi sviluppi ha autorevolmente richiamato in proposito un dramma di Bertolt Brecht "*Leben des Galilei*", ove un personaggio profondamente deluso dal fatto che Galilei avesse abiurato afferma: "guai al paese che non ha eroi"¹²⁰. A questa asserzione Galilei ribatte con la celebre dichiarazione: "infelice il paese che ha bisogno di eroi", parafrasando la quale nella tradizione tedesca si ritiene beato il paese che non ha bisogno di eroi¹²¹. Questo modo di vedere può essere considerato emblematico di come la Germania abbia affrontato la pandemia. Nella realtà tedesca si riscontra una notevole fiducia nello Stato – e quindi anche una relativa propensione a finanziarlo con il gettito delle imposte – che si è convinti operi nell'interesse generale. Secondo questa tesi, grazie all'imponente macchina statale, non c'è stato bisogno di eroismo individuale né questo era auspicato dalla società tedesca. Diversamente dall'Italia, ove le cronache hanno evidenziato episodi di grandissimo sacrificio e una narrazione "degli eroi", in Germania i media non hanno menzionato nulla di simile nel paese, limitandosi ad illustrare in modo affatto commovente le misure adottate dall'apparato statale in risposta alle forti aspettative della società tedesca, che fa affidamento su uno Stato forte e organizzato.

¹¹⁹ O. LEPSIUS, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie*, cit. Assai controversa è stata la dichiarazione rilasciata dal presidente del *Bundestag* Wolfgang Schäuble il 26.4.2020, che ha negato che la Legge Fondamentale attribuisca un valore assoluto alla tutela della vita umana, affermando che tale diritto primario vada bilanciato con altre imprescindibili garanzie costituzionali e che solo la dignità dell'uomo, di cui all'art. 1, I comma, GG, rappresenti un valore assoluto e incompressibile.

¹²⁰ Cfr. C. LIERMANN, nel *webinar* organizzato dall'Enciclopedia Treccani in collaborazione con l'Istituto dal titolo: "Pandemia e ripartenza. Italia e Germania a confronto", reperibile al link: www.villavigoni.eu/pandemia-e-ripartenza-webinar-di-treccani-e-villa-vigoni/.

¹²¹ L'originale tedesco recita: "Unglücklich das Land, das keine Helden hat", cui Galilei ribatte: "Unglücklich das Land, das Helden nötig hat."

Come si è esposto in queste pagine il Governo ha agito su tre fronti: in primo luogo mediante misure di contenimento delle infezioni, operate con il ricorso alla chiusura di esercizi commerciali, scuole e luoghi di ritrovo, dall'altro mediante il distanziamento sociale; il secondo fronte si è concretizzato nei massicci interventi per accrescere le capacità del sistema sanitario, aumentando i posti letto in terapia intensiva, recuperando dispositivi individuali di protezione e monitorando attentamente l'andamento del contagio. È però soprattutto il terzo fronte a provocare attualmente fortissime preoccupazioni, probabilmente riflettendo l'impatto del periodo pre-elettorale sulle misure di contenimento. È apparso evidente che i decisori politici approfondano ogni possibile sforzo per edulcorare la pillola delle restrizioni con una strategia comunicativa rassicurante e accompagnando contestualmente gli aiuti economici alle restrizioni. L'ingente mole di liquidità pompata nel sistema economico, emulando la strategia seguita nel 2012 da Mario Draghi in piena crisi dell'euro del “*Whatever it takes*” (costi quel che costi)¹²², oltre ad avere dato luogo agli immancabili abusi¹²³, rischia di trascinare il paese in un vortice pericoloso, qualora la congiuntura non riesca a riprendere fiato con la necessaria rapidità, senza provocare una seconda ondata di contagi. Le ricadute economiche dell'epidemia si faranno sentire, anche in Germania, per un lunghissimo periodo di tempo.

¹²² T. KINGREEN, *Whatever it Takes? Der demokratische Rechtsstaat in Zeiten von Corona*, in *VerfBlog*, 20.3.2020, <https://verfassungsblog.de/whatever-it-takes/>.

¹²³ L'erogazione immediata della *Soforthilfe* posticipando i controlli sugli aventi diritto a una fase successiva ha purtroppo determinato sia l'erogazione dei finanziamenti a richiedenti che (anche in buona fede) non avevano titolo per beneficiarne, sia pratiche fraudolente e hackeraggio dei finanziamenti (ad esempio in Renania settentrionale-Vestfalia). Si sono inoltre riscontrati abusi del divieto di sfratto (*Kündigungsschutz*) decretato durante la fase dell'emergenza da parte di grandi catene commerciali come Adidas e H&M (su cui più estesamente al par. 2). Sulle modifiche introdotte nel diritto civile e commerciale per il periodo di emergenza COVID-19 si veda più estesamente T. RÜFNER, *Das Corona-Moratorium nach Art. 240 EGBGB*, cit., pp. 443 ss.; C. WOLF, R. ECKERT, C. DENZ, L. GERKING, A. HOLZE, S. KÜNNEN, N. KURTH, *Die zivilrechtlichen Auswirkungen des COVID-19-Gesetzes*, cit., pp. 401 ss.