



Ylenia Maria Citino*

La parentesi del ‘freno d’emergenza’ nel federalismo tedesco in epoca pandemica**

SOMMARIO: 1. Premessa: la pandemia come sfida per la governance multilivello. – 2. La *Bremse* nell’ordinamento giuridico tedesco. – 3. Il quadro giuridico del freno d’emergenza. – 4. La risposta tedesca alla crisi attraverso la parentesi del freno d’emergenza. – 5. Le resistenze al singolare istituto emergenziale. – 6. Il bilanciamento tra i diritti nelle decisioni del *BVerfG* sul freno d’emergenza. – 6.1. Segue: *Bundesnotbremse I* e *Bundesnotbremse II*, fra tentennamenti legali e incertezza fattuale. – 6.2. Ulteriori considerazioni sul tenore della giurisprudenza costituzionale tedesca appena presentata e analoghe tendenze in quella italiana. – 7. Conclusioni: l’osmosi inversa fra i livelli del federalismo tedesco e la speciale semantica della crisi.

1. Premessa: la pandemia come sfida per la governance multilivello

Nell’articolato contesto della crisi sanitaria globale, che ha esacerbato tensioni già esistenti fra i vari livelli di governo nei vari ordinamenti¹, appare quantomeno interessante esplorare le risposte dei federo-regionalismi all’emergenza pandemica, per valutare se l’interfacciarsi dello Stato con i molteplici centri di decisione abbia comportato ritardi, inefficienze o trattamenti differenziati e sbilanciati². Le inedite dinamiche emerse nel corso della pandemia da Covid-19, infatti, per riprendere un ragionamento brachilogico alquanto

* Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale –Università degli Studi LUISS Guido Carli.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

¹ V. ad esempio F. PALERMO, *Il federalismo in emergenza?*, in A. BAGLIONI et al., *Il federalismo alla luce della crisi sanitaria*, in *Osservatorio Monetario*, 2/2021, 20-31; C. FASONE - N. LUPO - A. VAUCHEZ (a cura di), *Parlamenti e democrazia in Europa. Federalismi asimmetrici e integrazione differenziata*, Il Mulino, Bologna, 2020; G. ROLLA, *Federalismo e regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, spec./2019, 657-684. Cfr. anche F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, 2/2021, 1605 ss.; R. TARCHI (a cura di), *L’emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista GDP*, 2/2020, 1-111; N. STEYTLER (a cura di), *Comparative federalism and Covid-19. Combating the pandemic*, Routledge, Londra-New York, 2021; R. CHATTOPADHYAY -F. KNÜPLING - D. CHEBENOVA - L. WHITTINGTON - P. GONZALEZ (a cura di), *Federalism and the Response to COVID-19: A Comparative Analysis*, Routledge India, Londra, 2021.

² V. la rassegna bibliografica realizzata dall’Università McGill di Montreal, costantemente aggiornata e disponibile all’indirizzo: <https://www.mcgill.ca/federalism/federalism-covid19-pandemic>.

diffuso, hanno certificato una prevalenza di impulsi in senso centripeto, convalidando, in qualche modo, le note tesi sul federalismo ‘a fisarmonica’.

I momenti di emergenza, d'altronde, sono delle vere e proprie ‘cartine di tornasole’ per il rendimento dei federo-regionalismi³. Questo può essere esaltato dall’elevato grado di flessibilità eventualmente presente ovvero, all’opposto, essere inficiato, per motivi strutturali, dalla mancata capacità di garantire risposte rapide ed efficaci allo stato di allarme. Tanto più quando, per varie ragioni, detto stato emergenziale finisce per ‘normalizzarsi’⁴. Il caso tedesco si presenta, a tal fini, emblematico, poiché il sistema di governance caratterizzato da un sofisticato modello di cooperazione orizzontale e verticale è stato notevolmente messo alla prova dalla pandemia⁵.

Nel presente saggio, dunque, si andrà a ricostruire il quadro giuridico-normativo legato al freno d'emergenza federale tedesco (*Bundesnotbremse*)⁶, istituito mediante la quarta modifica alla Legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive nell'uomo (c.d. *Infektionsschutzgesetz* – IfSG)⁷ e da ultimo abrogato per effetto della cessazione dello stato emergenziale. Tale meccanismo, come si vedrà, ha provocato significative frizioni sul tipo di stato tedesco⁸ e il suo studio può essere un mezzo per distinguere il caso in cui le rigidità fra livelli di governo derivino da fallimenti delle strutture giuridico-istituzionali di ripartizione del potere, ovvero da variabili non giuridiche, quali irrisolte dispute politiche sottostanti, fattori demografici o di morfologia geografica, abbondanza o meno di risorse economiche e così via⁹.

L’interrogativo di fondo su cui poggerà l’intera analisi è, dunque, se le architetture del federalismo abbiano facilitato o meno la gestione della crisi e se queste recenti tendenze accentratrici siano il frutto di un fallimento istituzionale o derivino da fattori differenti da quelli legati all’ingegneria costituzionale.

Compite le dovute analisi introduttive sulla trama normativa di livello costituzionale e legislativo stratificatasi per effetto dell’emergenza da Covid-19 in Germania, i paragrafi a seguire analizzeranno a) la figura della *Bremse* nell’ordinamento giuridico tedesco; b) il processo politico

³ Le ripercussioni della pandemia sulla forma di stato sono state paragonate a uno *stress test* per la tenuta delle istituzioni democratiche. Così, A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE Online*, 2/2020, 1453 ss.; D. MORANA, *Uno stress test per le garanzie costituzionali dei diritti: pressione pandemica e fonti del diritto*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2021, 93-109.

⁴ Sul punto, le argomentazioni di F. PALERMO, *Is there a space for federalism in times of emergency?*, in *VerfBlog*, 13 maggio 2020.

⁵ V. S. KUHLMANN - J. FRANZKE, *Multi-level responses to COVID-19: crisis coordination in Germany from an intergovernmental perspective*, in *Local Government Studies*, 2021, spec. §3.

⁶ Rispetto al quale chi scrive ha compiuto una prima riflessione. Si consenta il rinvio a Y.M. CITINO, *Noterella in tema di “freno d'emergenza federale” tedesco*, in *DPCE Online*, 2022.

⁷ La legge per la protezione della popolazione dalle emergenze infettive è anteriore allo scoppio della crisi da Covid-19: *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, in *BGBJ*, n. 33 del 25 luglio 2020, 1045 ss. commentate da S. KLICKERT, *Das neue Infektionsschutzrecht*, 2 ed., Nomos, Baden-Baden, 2021. Per una esposizione ragionata della legislazione tedesca in materia di malattie infettive, da una prospettiva anche storica, v. A. ZEI, *Profili costituzionali dell'emergenza Covid-19 nell'ordinamento federale tedesco*, in *Questa Rivista*, 1/2020, 1-17.

⁸ Il freno d'emergenza, invece, è posteriore rispetto al commento di V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 597 ss.

⁹ Sul rapporto fra ‘good governance’ e ‘positive practical outcome’, v. le riflessioni di J. GASKELL - G. STOKER, *Centralised or multi-level: which governance systems are having a ‘good’ pandemic?*, in *Lse British Politics and Policy*, 16 aprile 2020. Per un esame di variabili diverse da quella istituzionale nel sistema statunitense, v. K. DESMET - R. WACZIARG, *Understanding Spatial Variation in COVID-19 Across the United States*, in *National Bureau of Economic Research*, Working Paper N. 27329, giugno 2020. Il saggio, in particolare, considera fattori quali la densità abitativa, l’uso dei trasporti pubblici, la distribuzione della popolazione per classi d’età.

e giuridico che ha condotto all'approvazione e all'abrogazione del freno d'emergenza; c) i suoi presupposti applicativi e la sua natura; d) le reazioni politiche e dottrinali conseguenti all'entrata in vigore dell'istituto; e) gli esiti del contenzioso costituzionale, nell'ottica di una valutazione dei riflessi che la *Bundesnotbremse* può aver causato sul federalismo tedesco.

Inoltre, nella prospettiva di una migliore comprensione di similari processi, in atto anche rispetto all'ordinamento italiano¹⁰, si compiranno una serie di rimandi sparsi finalizzati all'individuazione di eventuali parallelismi.

2. La Bremsa nell'ordinamento giuridico tedesco

Prima di tutto, occorre premettere che l'approvazione della *bundeseinheitliche Notbremse* non è stata accolta in maniera positiva bensì, al contrario, diffusamente criticata in quanto potenzialmente contenente norme ritenute affette da vizi 'di evidente incostituzionalità'¹¹, sintomatiche del processo di offuscamento dell'autonomia degli Stati federati tedeschi (*Länder*). Va precisato che la misura non è più efficace dalla fine di giugno 2021, poiché è stata successivamente espunta dall'ordinamento da una modifica legislativa. Non per questo essa non può essere un degno oggetto di studio in quanto significativo precedente della torsione degli equilibri intergovernativi verso il centro di gravità federale. In un dato momento storico, infatti, le misure di contenimento attuate a livello interstatale sono state accentrate dal freno per effetto, come si vedrà, di un meccanismo di attivazione automatico, subordinato all'aumento incontrollato dei contagi.

¹⁰ Esiste, sul tema, una vastissima letteratura di cui è difficile dar conto senza omissioni. Si veda, almeno: A. MORELLI, *Quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Le Regioni*, 1-2/2021, 155-167; M. COSULICH, *Lo Stato regionale italiano alla prova dell'emergenza virale*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2020, 79 ss.; G. MAZZOLA, *Gli attuali rapporti fra Stato e Regioni: collaborativi o conflittuali?*, in *Questa Rivista*, 1/2021, 1-20; E. ALBER- E. ARBAN - P. COLASANTE, *Affrontare la pandemia. Il "federalismo sanitario" funzionale dell'Italia e la cooperazione disfunzionale*, in *Italian Papers On Federalism*, 2/2021, 52-68; G. BOGGERO, *Le "more" dell'adozione dei DPCM sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti regionali*, 1/2020, 361 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, 333 ss.; C. DELLA GIUSTINA, *Quel che resta della Costituzione italiana dopo l'emergenza sanitaria COVID-19. Riflessioni in materia di regionalismo differenziato e tecnocrazia*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 1562-1579.

¹¹ H. GREFRATH, *Die 'Bundesnotbremse' ist nicht zustande gekommen: Der Reform des Infektionsschutzgesetzes fehlt die Zustimmung des Bundesrates*, in *VerfBlog*, 26 aprile 2021; in senso analogo, K.-A. BLACK, *Zur Verfassungswidrigkeit der bundeseinheitlichen „CoronaNotbremse“*, in *Covid-19 und Recht*, 5/2021, 257-305. In particolare, il *vulnus* maggiore deriverebbe dall'elusione dell'art. 104a(4) GG. La norma costituzionale, infatti, richiede il consenso bicamerale in caso di leggi federali che producano "obblighi dei *Länder* di fornire prestazioni in denaro, prestazioni in natura monetizzabili o prestazioni di servizi comparabili nei confronti di terzi". Le misure di restrizione dei diritti comportavano perdite economico-finanziarie che lo Stato e i *Länder* avrebbero dovuto in proporzione sostenere, secondo un principio di solidarietà. Tuttavia, non c'è stato nessun parere favorevole del *Bundesrat* e dunque, ai sensi dell'art. 78 GG, la legge non avrebbe potuto essere considerata approvata. Tuttavia, è stato affermato che la decisione del *Bundesrat* di non avvalersi della facoltà di chiedere la convocazione della commissione di conciliazione, ai sensi dall'art. 77.2 GG, potrebbe essere letta come un consenso implicito alla legge, circostanza che è già avvenuta nel passato in casi eccezionali e che sanerebbe l'evidenziato difetto. Sebbene studiosi di chiara fama abbiano giudicato il fenomeno usando toni al limite dell'invettiva, come U. VOLKMANN, *Der Ausnahmestand*, in *VerfBlog*, 20 marzo 2020, che ha parlato di transizione verso una nuova forma di «Stato dell'Igiene fascistoide ed isterico» (*faschistoid-hysterischen Hygienestaat*), la maggior parte della dottrina ha adottato una visione nettamente più moderata. V. H. GREVE - P. LASSAHN, *Die bundeseinheitliche "Notbremse" - Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz*, in *NVwZ*, 10/2021, 665 ss.; A.K. SCHWARZ, *Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bundeseinheitlichen "Corona-Notbremse"*, in *Covid-19 und Recht*, 5/2021, 258 ss.

Da qui, l'importanza di indagare più a fondo sul significato sotteso alla creazione di questo istituto, posto che per una certa dottrina, come si vedrà, ha criticamente simbolizzato uno 'sbandamento' di un modello istituzionale, come quello tedesco, distintosi per la sua capacità di gestire in maniera razionale ed efficiente la pandemia¹². Una razionalità che, invece, col trascorrere dei mesi, si è trasformata in disfunzionalità, inducendo da ultimo il Governo federale a cedere alle accennate tentazioni accentratrici¹³.

Il termine *Bremse* (freno) non è inedito nell'ordinamento giuridico tedesco. Figura più nota del freno d'emergenza in discussione è, infatti, la *Schuldenbremse*: il freno al debito pubblico, introdotto per effetto della crisi finanziaria del 2008-2009. Tale meccanismo di bilancio, ispirato alla Costituzione svizzera¹⁴, ha implicato la revisione della Costituzione finanziaria (*Finanzverfassung*). La modifica dell'art. 109 GG, che ha sancito il principio del pareggio di bilancio¹⁵, ha provocato in tal modo una differenziazione nella posizione costituzionale della Federazione rispetto ai *Länder*¹⁶. Esso, inoltre, ha sovvertito la prassi in vigore sin dal 1969 della c.d. *golden rule*, in base al quale era possibile ricorrere all'indebitamento per finanziare politiche di spesa pubblica.

Come conseguenza, solo il livello federale dispone di uno spazio di manovra sulle politiche di spesa. Tale margine non è indefinito, poiché, al contrario, le entrate da prestiti nel bilancio federale sono limitate al raggiungimento della soglia massima dello 0,35% del Pil (art. 115 GG). Corrispondentemente, i *Länder*, in virtù del freno, vanno incontro a un irrigidimento dell'autonomia finanziaria sulla parte di debito strutturale, anche se, per motivi congiunturali, fino al 2020 hanno operato in deroga alle suddette regole¹⁷.

Considerata la necessità di contenere i danni socioeconomici derivanti dalla pandemia, l'attivazione della *Bundesnotbremse* è stata disposta in maniera simmetrica alla disattivazione della *Schuldenbremse*¹⁸, ammessa dal *Grundgesetz* in caso di disastri naturali o di situazioni emergenziali al di fuori del controllo dello Stato. Approvata in corso di pandemia, essa, come si vedrà analiticamente più avanti, conteneva una serie di misure regolate da apposita legge federale per

¹² Per una cronaca della prima emergenza da Coronavirus in Germania e della sua risposta alla crisi, fino a giugno 2020, v. A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, 429 ss.

¹³ Così lo definisce J. GALLON, *Ganz so einfach ist es nicht: Zur Frage, ob die Bundesregierung die Pandemiemaßnahmen auch selbst erlassen kann*, in *VerfBlog*, 2 aprile 2021.

¹⁴ V. Dipartimento federale delle finanze – DFF, *Il freno all'indebitamento – Rapporto*, in *efr.admin.ch*, 2017, 1-10.

¹⁵ V. R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 1-6; R. PEREZ, *La nuova disciplina del bilancio in Germania (comm. a l. fondamentale della Repubblica federale in Germania del 1949, con le modifiche introdotte alla disciplina del bilancio nel 2009)*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2011, 95-99.

¹⁶ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d)*, Riforma costituzionale del 29 luglio 2009. V. S. MARCI (a cura di), *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, Servizio Studi del Senato, Dossier n. 287, XVI Legislatura, Roma, 2011; G. DELLEDONNE, *A Legalization of Financial Constitutions in the EU? Reflections on the German, Spanish, Italian and French Experiences*, in M. ADAMS - F. FABBRINI - P. LAROCHE (a cura di), *The Constitutionalisation of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Bloomsbury, 2014, 181-204.

¹⁷ Una disciplina transitoria ha, infatti, consentito il rientro dei *Länder* nei criteri finanziari, ma alla sua scadenza è stata la legge federale a regolare il quadro delle procedure di risanamento dei bilanci sub-statali. Si tenga conto, inoltre, che, attualmente, il freno all'indebitamento è stato sospeso ovunque per permettere a politiche economiche espansive di rilanciare l'economia. Da un punto di vista economico, v. M. HÜTHER - J. SUDEKÜM, *Die Schuldenbremse nach der Corona-Krise*, in *Wirtschaftsdienst*, 10/2020, 746 ss.

¹⁸ Su cui C. FRAENKEL-HABERLE, *COVID-19 and Government Response in Germany. Building Resilience by Comparison of Experience*, in *Legal Politics & Pandemics. The Journal of GPN*, 1-2/2021, 2.

obbligare i *Länder* ad applicare le regole nazionali di chiusura allorché i tassi di infezione da Covid-19 avrebbero oltrepassato determinate soglie.

Come si evince, dunque, entrambi i freni incidono sulle dinamiche di ripartizione del potere fra livelli di governo, provocando uno sbilanciamento verso il centro di due ambiti cruciali, come le finanze pubbliche e la gestione dell'emergenza pandemica. Ambedue sono, inoltre, istituti di chiusura, che limitano lo spostamento di attribuzioni al verificarsi di una condizione eccezionale (crisi di bilancio, crisi sanitaria). Sono, infine, oggetto di discipline articolate attraverso fonti legislative di rango primario, che configurano fattispecie al verificarsi delle quali l'automatismo, legato al superamento di una data soglia numerica (percentuale di scostamento dal bilancio, tasso di contagi), fa seguire conseguenze doverose¹⁹. Quando la *Bremse* è operante, è evidente che si preclude ogni forma di discrezionalità applicativa ai *Länder*, ragion per cui anche la *Schuldenbremse* non è stata esente da critiche²⁰.

In un'ottica più ampia, la *Bundesregierung*, nell'apporre una *Bremse*, sembra certificare il ruolo crescente della Federazione come garante dell'uniformità e della stabilità costituzionale, segno dei cambiamenti nei processi di *decision-making* cui sta andando incontro il federalismo tedesco.

3. Il quadro giuridico del freno d'emergenza

Compite tali considerazioni, è giunto ora il momento di esaminare il percorso legislativo che ha portato all'introduzione del freno d'emergenza federale con la quarta modifica²¹ alla *Infektionsschutzgesetz* del 2001²².

Non deve sfuggire, innanzitutto, che gli iniziali commenti sulla gestione tedesca della pandemia nella fase della c.d. prima ondata avevano tutto sommato una visione positiva. Vari studiosi notavano i vantaggi del persistere di margini di sufficiente autonomia in capo ai singoli *Länder*²³,

¹⁹ Si è debitori della definizione di automatismo legislativo fornita da G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 210, che proseguono spiegando che tale meccanismo affonda le sue radici nell'Illuminismo giuridico: esso «rappresentava l'ideale perfetto delle norme giuridiche: leggi chiare, semplici e uniformi, uguaglianza di fronte alla legge, sicurezza giuridica, giudici imbrigliati, garanzia di monopolio normativo a favore del legislatore». Un concetto capitale soprattutto nel settore del diritto penale sostanziale e procedurale, ma a rischio di incostituzionalità quando la severità della legge impedisce di poter tener conto della peculiarità delle singole fattispecie.

²⁰ È stato sottolineato, infatti, che «nel dibattito sul freno all'indebitamento, si è [...] adombrato il dubbio che esso infranga garanzia costituzionale che la Federazione ed i *Länder* siano "autonomi e reciprocamente indipendenti in materia di bilancio" (articolo 109)». Così, H. WOLLMANN, *L'evoluzione del federalismo tedesco. Verso un assetto più eterogeneo e concorrenziale?*, in G. GARDINI - C. TUBERTINI - L. VANDELLI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi economica*, Maggioli, Rimini, 2016, 21.

²¹ *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, in BGBJ, n. 18 del 22 aprile 2021.

²² Per un commento, v. P. HÄBERLE - H.-J. LUTZ, *Infektionsschutzgesetz Kommentar*, Beck, Monaco, 2020.

²³ Vedi, ad esempio, N. BEHNKE, *Föderalismus in der (Corona-)Krise? Föderale Funktionen, Kompetenzen und Entscheidungsprozesse*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 35-37/2020; J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in *DPCE Online*, 2/2020, 1713-1741; G. TACCOGNA, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020, 69-94, così come M.J. ROZELL - C. WILCOX et al., *Federalism in a Time of Plague: How Federal Systems Cope With Pandemic*, in *American Review of Public Administration*, 6-7/2020, 519 ss., che paragonano l'Australia e il Canada alla Germania, in termini di efficienza. Di senso opposto, invece, le conclusioni di C. FRAENKEL-HÄBERLE - E. BUOSO, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *Federalismi.it*, 20/2020, 75-104; I. DOMENICI - T. ROHMANN, *Un'imposizione democratica: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 697-702.

nel rispetto della ripartizione costituzionale delle competenze come stabilita dal federalismo tedesco, qui ricostruito in nota²⁴. Tuttavia, seguendo un processo comune a molti Paesi, l'aggravarsi della crisi ha prodotto un quadro legislativo e amministrativo sempre più stratificato: la sommatoria di misure emergenziali ha dato luogo a molteplici rimandi tra fonti.

L'insieme di tali atti ha creato notevoli disomogeneità tra gli ordinamenti locali²⁵, tanto da indurre la satira politica a parlare di 'Föderallala', evocando il rischio che una persona uscita a fare un'allegria scampagnata, pienamente consentita in Algovia, commettesse un reato amministrativo, punito con multa, se fosse casualmente sconfinata nella vicina Baviera²⁶. Questa prima fase è andata avanti con un blando coinvolgimento dei Parlamenti sub-statali e del livello centrale. Per un certo periodo, gli unici istituti atti ad assicurare un rapido coordinamento sono stati i tavoli tecnici di concertazione fra *Länder*²⁷.

Rispetto agli esordi della crisi, caratterizzati dall'emanazione di decreti e regolamenti a livello locale, la fase successiva è stata connotata dall'interposizione di nuovi decreti, ordinanze e ordini ministeriali provenienti dal livello federale. Da ultimo, infine, anche l'entrata in vigore di atti di legislazione primaria federale ha innovato lo speciale ordinamento emergenziale, intervenendo in maniera tempestiva grazie ad una modifica temporanea e limitata nel tempo ai regolamenti parlamentari. Ciò ha consentito un *iter* dei disegni di legge emergenziali rapidissimo (episodio dal quale si potrebbero trarre ulteriori spunti di riflessione)²⁸.

In questo contesto, si inseriscono le prime modifiche all'IfSG, testo che si colloca al centro del quadro di cooperazione nella gestione dell'emergenza epidemiologica e che è andato incontro a una serie di modifiche.

²⁴ È assai noto che il federalismo tedesco è caratterizzato dal fatto che i *Länder* dispongono di poteri molto ampi, grazie al combinato disposto degli artt. 70, 74 e 83 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz* – GG), con cui si disegna il quadro di riparto delle competenze legislative concorrenti e di esecuzione. In particolare, la clausola generale dell'art. 70 GG attribuisce ai *Länder* il diritto di legiferare, salvo che la stessa legge non devolva la competenza legislativa al livello federale. Esiste, dunque, un insieme di materie tassativamente enumerate su cui la Federazione ha competenza esclusiva, solo parzialmente delegabile ai *Länder* e un insieme di materie di competenza concorrente con le unità sub-statali (*konkurrierende Gesetzgebung*), fra cui "le misure per combattere le malattie umane e animali che rappresentano un pericolo per la popolazione o che sono trasmissibili" (articolo 74 GG). Per quanto riguarda, invece, la competenza di esecuzione delle leggi federali, l'art. 83 GG la attribuisce in maniera esclusiva ai *Länder*, salvo che la Legge fondamentale non disponga altrimenti. V. D. SCHEFOLD, *La riforma del federalismo in Germania*, in A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO (a cura di), *Il regionalismo italiano in cerca di riforme*, Giuffrè, Milano, 2007, 97-117. Il riparto di competenze concorrenti alla tedesca, però, è molto differente e variamente articolato rispetto alla legislazione concorrente italiana, cosa che «non dipende tanto dall'essenza e dalle differenze concettuali di federalismo e regionalismo, quanto piuttosto dalle contingenze dello sviluppo storico dei due paesi». Così, J. LUTHER, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del parlamento italiano*, in *issirfa.cnr.it*, 2007. Ai sensi dell'art. 72, I co., GG, i *Länder* hanno competenza legislativa solo quando e nella misura in cui il *Bund* non faccia uso del suo diritto di legiferare.

²⁵ Sul problema dell'omogeneità nello stato federale, v. G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 7 ss.; D. SCHEFOLD, *Federalismo, regionalismo e riforma del federalismo tedesco*, in *issirfa.cnr.it*, giugno-luglio 2006, spec. §3.

²⁶ V. N. BEHNKE, *Foederalismus in der Corona Krise*, in *bpd.de*, 21/08/2020, che illustra alcuni aneddoti raccolti con dovizia di particolari dai media, in particolare dal programma "Heute Show".

²⁷ Pratica che risulta valorizzata anche in Italia, come si evince da F. PASTORE, *Le sedi di composizione e di tutela degli interessi nelle relazioni tra livelli territoriali di governo in Italia durante l'emergenza pandemica*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, 188 ss.

²⁸ Si tratta, in particolare, del §126a del regolamento interno del *Bundestag* (GO-BT), che ha permesso il mantenimento della funzionalità dell'organo parlamentare, soprattutto nella prima fase, la più caotica, della gestione emergenziale. Invece, sulle modalità di esercizio del potere legislativo da parte del Governo federale, v. R. TARCHI - A. GATTI, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 2-43; cfr. altresì J. WOELK, *La gestione*, cit., 1727.

In particolare, la prima Legge sulla protezione civile (*Bevölkerungsschutzgesetz*), approvata alla fine di marzo 2020²⁹, inserisce un nuovo §5 che abilita il Parlamento, sulla base di precisi requisiti, a emettere (o revocare) una dichiarazione di ‘situazione epidemica di portata nazionale’³⁰. Tale facoltà consente (§5(2)) il conferimento al Ministro della Salute Federale di penetranti poteri di ordinanza (adesso in gran parte ridimensionati), da esercitare senza alcuna previa approvazione da parte del *Bundesrat*³¹. Lo stesso giorno dell’entrata in vigore della modifica al §5, il Parlamento dichiara lo stato di epidemia a livello nazionale, rinnovandolo una seconda volta nel novembre 2020.

Al susseguirsi di atti di normazione si affiancano i bollettini dell’Istituto Robert Koch (d’ora in poi, RKI), autorità federale centrale in materia sanitaria³², che segnalano di volta in volta il livello nazionale di rischio. Il brusco e repentino aumento dei contagi diventa talmente preoccupante da indurre il governo federale a concludere accordi congiunti con i *Länder* (*gemeinsame Beschlüsse*)³³.

Si comincia a valorizzare, in tal modo, lo strumento delle *Bund-Länder-Konferenzen* (BLK), tavoli di negoziazione bisettimanali o mensili nei quali i livelli di governo interloquiscono per prendere scelte di rilievo in materia di gestione della pandemia. Le conclusioni di tali incontri vengono, poi, riversate in decreti che non passano al vaglio dei Parlamenti locali. Secondo alcuni giuristi, dunque, sembra essere scattata l’ora del c.d. *Informeller Föderalismus*, reo di aver portato i dibattiti fuori dalle aule parlamentari. Oltre alle BLK, infatti, aumenta la frequenza con cui sono convocate le *Ministerpräsidenten-Konferenzen* (MPK), sedi decisionali nate in via di prassi e gradualmente regolarizzatesi³⁴.

²⁹ Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, in *Bundesgesetzblatt Jahrbuch 2020*, n. 14 del 27 marzo 2020.

³⁰ A.K. MANGOLD, *Germany and COVID-19: A Most Eventful Year*, in *VerfBlog*, 7 aprile 2021, sottolinea però come lo stesso articolo non contenga una definizione della “situazione epidemica”, poiché l’emendamento all’IfSG è stato accelerato nella sua procedura legislativa e l’eventualità di fornirne una definizione è passata in secondo piano. Secondo J.I. ONASBRÜCK, *Grundgesetz und Pandemiebekämpfung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 17/2021, 1121, l’uso di una locuzione poco evocativa come “situazione epidemica” deriverebbe dal timore di usare espressioni storicamente allusive e traumatiche come potrebbe essere la classica dichiarazione di “stato di emergenza”. La cautela del legislatore, tuttavia, non esclude lo sforzo chiarificatore che spetterà successivamente all’interprete.

³¹ Ad esempio, il Ministro federale della Salute ha il potere di adottare specifiche misure restrittive nelle forme di un’ordinanza, senza dover richiedere l’assenso del *Bundesrat* ma soltanto l’accordo dei Ministri sui cui dicasteri l’ordinanza va ad interferire, e comunque “fatte salve le competenze dei *Länder*” (§5 (2) IfSG). Si tratta, dunque, di un potere penetrante e per questo molto contestato, ma non totalmente libero da vincoli o assoluto. C. FRAENKEL-HABERLE, *COVID-19 and Government*, cit., 5.

³² Fra i compiti ascritti al RKI, svetta quello di coordinare la cooperazione interstatale e fra i *Länder* e il Governo federale, nonché fornire assistenza amministrativa, informazioni e aggiornamenti continui riguardanti l’epidemia. A tal fine, esso dispone di un potere di raccomandazione e di stesura di linee guida, nonché compiti di sorveglianza epidemiologica e di cooperazione scientifica anche a livello internazionale. Sul ruolo del RKI, come “infrastruttura di conoscenza”, funzionale all’attività del legislatore e delle corti nello stabilire la congruità delle misure di prevenzione adottate, v. K. KAPPLER, *Dealing with Uncertainties in the Pandemic. A German Perspective*, in *Eucrim*, 2/2021, 127-132.

³³ Il ruolo del RKI rievoca il grande tema del rapporto fra autorità scientifiche e discrezionalità delle scelte politiche, su cui si è sviluppato un largo dibattito. Tra i molti, soprattutto A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Ed. Scientifica, 2018.

³⁴ V. la descrizione data dallo Stato di Berlino, che attualmente li presiede, in: <https://www.berlin.de/rbmskzl/politik/bundesangelegenheiten/die-ministerpraesidentenkonferenz/wissenswertes998853.php>; Y. HEGELE - N. BEHNKE, *Horizontal Coordination in Cooperative Federalism: The Purpose of Ministerial Conferences in Germany*, in *Regional & Federal Studies*, 5/2017, 529-548.

L'accresciuta necessità di consultazione fra *Länder*, derivante dall'aggravarsi della pandemia, conduce al potenziamento di questi tavoli, nell'ottica di sfruttare il tenore di assoluta informalità che li caratterizza. Ciò avrebbe, infatti, facilitato il coordinamento fra gli esecutivi dei *Länder* al fine di rappresentare in maniera unitaria i loro interessi rispetto al governo federale, che per prassi non prende parte agli incontri. Da tali riunioni, tuttavia, non sfociano conclusioni giuridicamente vincolanti per cui la dottrina si è domandata se, passato il momento di eccezionalità, la 'normalizzazione' dell'emergenza non dovesse portare a riconsiderare il ruolo di tali *fora* di discussione³⁵.

Trattandosi di istituti nati in maniera informale, essi non trovano riconoscimento nella Legge fondamentale e dunque fuoriescono dalle garanzie approntate dal diritto costituzionale. Eppure, in via di fatto, hanno rappresentato un momento importante di confronto della *governance* dell'emergenza, non esente da criticità. Un esempio è rinvenibile in una serie di decisioni interistituzionali emanate all'indomani dello scoppio della pandemia: l'efficacia delle linee guida del 12 marzo 2020, miranti alla riduzione dei contatti sociali, viene estesa nel tempo da un atto posteriore di poco più di una settimana, che ne modifica parzialmente i contenuti³⁶. La carente tecnica di redazione, tuttavia, pone non pochi problemi di coordinamento con le regole antecedenti. Un ulteriore problema è la dilatazione della portata interpretativa delle direttive federali, compiuta talvolta fino ai limiti della logica: ciò viene subito rilevato dai commentatori che definiscono l'implementazione frammentaria e diversificata delle restrizioni un *patchwork* normativo (*Flickenteppich*)³⁷.

Di conseguenza, non sembra irragionevole, a un certo punto, il tentativo di cercare una soluzione che potesse circoscrivere la libertà interpretativa dei *Länder* in tema di esecuzione delle misure restrittive, fondandola sull'eccezionalità della situazione di crisi sanitaria. Così, in maggio 2020, si produce una Seconda Legge sulla protezione civile, volta ad aumentare i già controversi poteri del ministero federale della Salute³⁸. Una Terza Legge viene emanata per fissare criteri

³⁵ Un interessante commento è stato fatto sul punto da C. GUSY, *Ende der Krise ohne Ende des Krisenrechts?*, in *VerfBlog*, 15 giugno 2021, che si sofferma sulle questioni lasciate aperte dalla gestione del passaggio dalla situazione di crisi alla situazione di normalità, ponendo fine alla legislazione d'emergenza.

³⁶ V. *Besprechung von Bundeskanzlerin Merkel mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder zum Coronavirus*, in *Presse und Informationsamt der Bundesregierung (BPA)*, Comunicato stampa n. 104, 22 marzo 2020, disponibile [online](#). Ma anche *Beschränkungen des öffentlichen Lebens zur Eindämmung der COVID19-Epidemie*, in [www.bmi.bund.de](#), 15 aprile 2020. Più in generale, sulle linee guida durante la crisi sanitaria v. M. CHIARELLI, *Il soft law e le linee guida nella pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2020, 619-626; A. FONZI, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e Regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel "regionalismo dell'emergenza"*, in *ivi*, 671-685; E. D'ORLANDO - F. NASSUATO, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2021, 56-75; A. POGGI, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in *ivi*, 146-154; ad ampio spettro, C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti a una categoria in continua metamorfosi*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 871-887.

³⁷ Così, S. KROPP, *Zerreißprobe für den Flickenteppich? Der deutsche Föderalismus in Zeiten von Covid-19*, in *Verfassungsblog*, 26 maggio 2020; H. DREIER, *Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie*, in *Die Öffentliches Verwaltung*, 6/2021, 229 ss.; N. PFÄNDLER, *Kantönlicheist statt Geschlossenheit: Das Coronavirus verwandelt die Schweizer Bildungslandschaft in einen Flickenteppich*, in *Neue Zürcher Zeitung*, 30 aprile 2022.

³⁸ *Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, in *BGBJ*, n. 23 del 19 maggio 2020.

univoci che specificano l'applicabilità delle misure atte a fronteggiare la pandemia³⁹, conferendo anche una legittimazione *ex post* agli atti sino ad allora adottati⁴⁰.

Successivamente, il governo federale sceglie di avviare complesse negoziazioni a porte chiuse per convincere i *premier* dei *Länder* a supportare la proposta federale volta a presentare un ulteriore emendamento all'IfSG, il quarto. Si pongono, così, le premesse per l'emanazione della legge che aggiunge un inedito §28b (Quarta legge sulla protezione civile del 21 aprile 2021)⁴¹.

La parentesi del freno d'emergenza, tuttavia, non dura a lungo. Nonostante esso fosse a un certo punto privo di efficacia, essendo sopraggiunto il suo termine di scadenza 'naturale', un ulteriore emendamento legislativo lo ha espunto dall'ordinamento. Dopo aspri dibattiti in seno al *Bundestag* sono, infatti, entrate in vigore due leggi che, di fatto, hanno smantellato una cospicua serie di restrizioni ai contatti, modificando radicalmente il contenuto del §28b IfSG e abrogando i commi contenenti la *Bremse*⁴². Attualmente, dunque, il testo risultante dal complesso di interventi contiene il solo obbligo temporaneo di uso della mascherina FFP2. Si tratta, quindi, dell'unica misura uniforme a livello nazionale, che può essere sospesa solo dal Governo federale con il consenso del *Bundesrat*⁴³.

4. La risposta tedesca alla crisi attraverso la parentesi del freno d'emergenza

Occorre esaminare, a questo punto, i contenuti sostanziali del quarto emendamento all'IfSG che introducevano la singolare disciplina emergenziale denominata *Bundesnotbremse* (§28b).

³⁹ *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von Nationaler Tragweite*, in *BGBJ*, n. 52 del 18 novembre 2020. Tra le innovazioni, va segnalata quella che condiziona l'esercizio dei poteri del Ministro della Salute alla previa dichiarazione da parte del *Bundestag* dello stato epidemico nazionale, del quale si fornisce una definizione (v. *infra*), nonché la specificazione della facoltà dei *Länder* di adottare misure più restrittive qualora le misure di protezione ordinarie non siano sufficienti a contenere la diffusione del contagio.

⁴⁰ Ciò non ha impedito valutazioni severe da parte della dottrina, che ha messo in rilievo le contraddizioni e le ambiguità contenute nella formulazione delle modifiche all'IfSG. Secondo i commentatori, la nuova legge enumera una serie di misure di contrasto alla pandemia senza esplicitare in maniera univoca chi sono i soggetti responsabili. Non si capisce, dunque, come avvenga la ripartizione delle competenze fra il livello federale e statale. Indeterminate sarebbero anche le clausole stilistiche usate per descrivere il livello di intensità delle misure nonché i termini legali di durata delle stesse. Per finire, non è chiaro se l'emendamento attribuisca ai cittadini una sorta di diritto 'soggettivo' come risvolto del dovere delle autorità dei *Länder* ad implementare le misure, agendo per tutelare la vita e la salute della collettività. Molte di queste critiche sono messe in rilievo e analizzate da vicino da J. GALLON, *Schutzverpflichtungen aus dem Infektionsschutzgesetz: Warum Landesregierungen und Gesundheitsämter bei Überschreitung der gesetzlichen Schwellenwerte die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen verschärfen müssen*, in *VerfBlog*, 18 marzo 2021; v. anche A. VEDASCHI, *COVID-19 and Emergency Powers in Western European Democracies: Trends and Issues*, in *VerfBlog*, 2021/5/05, secondo cui «either by creating new emergency regimes or by amending existing ones, countries as France, the United Kingdom and Germany did something that is commonly considered an unwise choice. In fact, adopting or amending emergency tools while an emergency is in place is usually regarded as a risk of introducing hasty and ill-thought-out provisions. Emergency rules should be drafted in ordinary times, so as to ensure thoughtful and in-depth consideration and debate, with a better balance of interests at stake».

⁴¹ V. *supra*.

⁴² *Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, in *BGBJ*, n. 79 del 22 novembre 2021 e *Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften*, in *BGBJ*, n. 10 del 22 marzo 2022, 466 ss.

⁴³ Anche tale misura, del resto, ha un limite temporale di efficacia che, al momento in cui si scrive (aprile 2022) è fissato al 23 settembre 2022.

L'inedito paragrafo conteneva undici frasi e recava 'misure protettive nazionali uniformi per prevenire la diffusione del Coronavirus in caso di contagi speciali' (*bei besonderem Infektionsgeschehen*). La tipologia di restrizioni era predeterminata dalla legge e subordinata al raggiungimento di determinati valori soglia. Tutti e sedici i *Länder* erano tenuti a darvi esecuzione, senza possibilità di interpretarne la portata.

Il freno conteneva una serie di restrizioni generali, che scattavano qualora il valore soglia dei contagi in una città o un distretto superasse i cento casi in una settimana (v. *infra*). Si trattava, in particolare, di limitazioni alle riunioni private in luogo privato o pubblico, all'uso di strutture ricreative, all'apertura di negozi e supermercati, strutture sportive e ristoranti, nonché di altri servizi che richiedono una particolare prossimità fisica con il cliente. Particolarmente controversa era, poi, la decisione di istituire un coprifuoco notturno, imponendo il divieto alle persone di circolare al di fuori della propria dimora dalle dieci di sera alle cinque del mattino successivo, salvo alcune eccezioni⁴⁴.

Inoltre, il §28b disciplinava in maniera articolata un secondo ordine di limitazioni relative all'insegnamento scolastico in presenza, prevedendo due diversi valori soglia a partire dai quali innescare il freno: in particolare, le misure di contenimento scattavano se il valore soglia superava i 100 o i 165 casi settimanali, applicandosi limitazioni più severe e con eccezioni solo minori nella seconda più grave situazione. Il rientro delle classi in aula, dunque, era consentito solo nel caso in cui i valori soglia fossero scesi al di sotto del livello di allarme.

La quarta frase del §28b introduceva un'importante eccezione alla libertà di riunione, soggetta alle forti restrizioni nazionali uniformi del freno d'emergenza: infatti, l'adunata a fini religiosi era esercitabile in regime di libertà assoluta⁴⁵.

La fonte attraverso cui il Governo federale (e non i *Länder*, si badi bene) aveva la competenza a disporre le discusse misure ovvero, in limitati casi, misure aggiuntive di aggravamento o di alleggerimento delle restrizioni, era di tipo secondario. Esso si è avvalso di decreti o regolamenti (*Rechtsverordnungen*), ma solo al fine di disporre misure aggiuntive con il consenso del *Bundestag* e del *Bundesrat*. Simmetricamente, ma in contro tendenza rispetto alla volontà di centralizzazione del freno d'emergenza, il §28a(7) – anch'esso successivamente modificato – accordava ai *Länder*, con il previo consenso dei Parlamenti sub-statali, la possibilità di proseguire nell'applicazione delle restrizioni, in ragione del perdurante bisogno di contenere la diffusione della malattia. Immediatamente esecutiva era, invece, la previsione del telelavoro (frase 7), rispetto a cui ogni *Länder* aveva la competenza a stabilire l'autorità incaricata di vigilare sull'osservanza della regola.

Degna di essere segnalata, per la sua portata inusuale, è la coppia di disposizioni (§28b(11) e §32 IfSG) volta ad enumerare le disposizioni costituzionali riguardanti i diritti fondamentali da

⁴⁴ Lo ritiene incostituzionale A.K. MANGOLD, *Kurzgutachten: "Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre, zur Pandemiebekämpfung"*, in *Gesellschaft Für Freiheitsrechte*, 20 aprile 2021. Più estremo, K.-A. BLACK, *Zur Verfassungswidrigkeit*, cit., 257-305.

⁴⁵ Critico su vari fronti A. KIEBLING, *Die Konstruktionsfehler des §28a IfSG: Warum die zentrale Norm der Epidemiebekämpfung überarbeitet werden muss*, in *VerfBlog*, 4 agosto 2021. Per una rassegna completa delle misure, v. P. ALIGBE, *Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz: Die „Bundes-Notbremse“*, in *Arbeitsschutz in Recht und Praxis*, 5/2021, 134 ss.

‘sospendere’. I rinvii ai corrispondenti articoli del *Grundgesetz*⁴⁶ non trovano altra giustificazione se non l’intento di evitare pronunce di incostituzionalità da parte del *Bundesverfassungsgericht*.

Alla luce della ricognizione appena effettuata, è possibile individuare tre diversi ordini di presupposti che condizionavano l’attivabilità del freno d’emergenza.

Un primo presupposto era di tipo quantitativo: facendo tesoro dei calcoli e delle statistiche elaborate dall’Istituto Robert Koch, si era elaborato un parametro denominato ‘incidenza settimanale’ (*Sieben-Tage-Inzidenz*), calcolabile sulla base di una variabile pubblicata quotidianamente sul sito e che includeva il numero di nuove infezioni da Coronavirus-SARS-Cov-2 su 100 mila abitanti per ciascun distretto rurale o città indipendente. Se, dunque, tale numero avesse oltrepassato, per tre giorni consecutivi, un dato ‘valore soglia’ – che poteva essere, a seconda dei casi, di 100 o 165 contagi ogni 100 mila abitanti – e tale percentuale non fosse scesa nel giro di cinque giorni, le misure entravano automaticamente in vigore e, come si è già detto, le autorità locali potevano solo darvi esecuzione in maniera uniforme.

Un secondo presupposto era il fattore tempo: tutte le restrizioni, data la loro eccezionale gravità, sarebbero state transitorie. La norma conteneva un’espressa data di scadenza, fissata per il 30 giugno 2021, con l’idea di rispettare i requisiti generali della legge emergenziale. Il fattore tempo era, dunque, essenziale per constatare la gravità dei contagi, che dovevano essere elevati da almeno tre giorni e rimanere tali per ulteriori cinque, disegnandosi così una sorta di curva settimanale di picco dei contagi.

Infine, il presupposto giuridico che supportava l’intera misura del freno d’emergenza e che, cessato il quale, ne avrebbe determinato la fisiologica scomparsa, era la previa dichiarazione dello stato di epidemia a livello nazionale. Essa avveniva per decisione del *Bundestag* incaricato di certificare l’esistenza di un ‘grave rischio’ per la salute pubblica dell’intera Germania federale⁴⁷.

Sul filo di queste considerazioni andrebbe forse fatto un tentativo di individuare un’ipotetica collocazione dogmatica del freno d’emergenza, riallacciandosi, più generale, al tema dell’essenza degli strumenti federali rivolti ad assicurare una funzione di coordinamento ed armonizzazione delle misure: si tratta, infatti, di istituti che enfatizzano i profili di tensione fra differenziazione ed omogeneità, collaborazione e supremazia.

Guardando agli esempi dati dagli altri Stati composti, il freno d’emergenza sembra appartenere alla categoria degli istituti che consentono un intervento dello Stato sulle competenze locali con funzione di garanzia per le esigenze unitarie⁴⁸. Ma certamente si tratta di un potere atipico, poiché facoltizzato da una legge e svincolato dal presupposto della violazione o mancata esecuzione degli obblighi a livello locale e legato, al contrario, all’andamento numericamente rilevante dei contagi.

⁴⁶ Si menzionavano il diritto all’integrità fisica (art. 2, c. 2, frase 1, GG) e alla libertà personale (art. 2, c. 2, frase 2, GG), la libertà di riunione (art. 8 GG), l’inviolabilità della corrispondenza personale (art. 10 GG), la libertà di circolazione (art. 11, 1 c., GG), l’inviolabilità del domicilio (art. 13, 1 c., GG).

⁴⁷ Secondo quanto disciplinato dal §5(1), frase 1, IfSG, la gravità del rischio è subordinata al fatto che: a) l’OMS dichiari un’emergenza sanitaria di portata internazionale e la malattia infettiva circoli anche in Germania, ovvero b) in alcuni *Länder* si stia diffondendo o minacci di diffondersi una malattia infettiva. Cfr. A. ZEI, *Profili costituzionali*, cit., 6; M. FUCHS, *Corona, “Gesundheitsdiktatur” und “Legiszid”*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 15/2020, 653-659; T. MAYEN, *Der verordnete Ausnahmezustand. Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach §5 IfSG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 12/2020, 828-834.

⁴⁸ Sul tema, ampiamente, G. MARCHETTI, *Le garanzie dell’unità negli Stati unitari composti*, in *Federalismi.it*, 12/2018, 2-48.

5. Le resistenze al singolare istituto emergenziale

Nonostante al momento in cui si scrive le misure di chiusura disposte dalla *Bundesnotbremse* siano state superate, qualche riflessione su questo precedente merita di essere fatta. Non a caso, le reazioni immediatamente successive all'entrata in vigore del singolare istituto hanno colto in esso 'la fine del federalismo tedesco'. Il diffuso sentimento di disagio derivava da vari ordini di perplessità.

Sul versante politico, è interessante rintracciare nel caso in discussione una conferma delle conclusioni di alcuni recenti studi politologici. Rozel e Wilcox, ad esempio, hanno messo in evidenza le saldature fra le possibili inefficienze dei federalismi e alcune variabili legate al sistema dei partiti, come le ambizioni politiche dei *leader* dei territori, la porosità dei partiti politici alle esigenze del proprio elettorato, la polarizzazione partitica e la capacità o meno di raggiungere il consenso su decisioni impopolari⁴⁹.

Il federalismo tedesco è stato indubbiamente facilitato dal numero relativamente contenuto di attori territoriali: 16 *Länder* sono, in fin dei conti, pochi rispetto ai 50 (più uno) Stati federati americani⁵⁰. Tuttavia, può probabilmente sostenersi che la più marcata conflittualità politica, addebitabile all'imminenza della scadenza elettorale (settembre 2021), non ha assecondato il mantenimento di un'atmosfera di leale collaborazione.

Ad esempio, si è potuto osservare come alcuni *Länder* più recalcitranti alla *Bundesnotbremse* appartenessero allo stesso blocco della Cancelliera uscente, Angela Merkel, osteggiandola in maniera non casuale per favorire certe correnti nella lotta per la scelta del *Kanzlerkandidat*⁵¹. In altri *Länder*, invece, si è registrata un'implicita adesione alle misure dettate dal freno, nonostante il pubblico rifiuto dei *leader* politici di difendere la *Bundesnotbremse*. Ciò dimostra che molti attori territoriali hanno preferito, secondo un calcolo politico abbastanza scontato, considerare che la responsabilità delle chiusure non sarebbe ricaduta sugli amministratori locali. Infatti, il peso delle decisioni impopolari sarebbe stato 'scaricato' ai piani superiori.

Sul versante della dottrina, una parte di essa è stata alquanto severa, mettendo in evidenza vari possibili ordini di violazioni:

a) sotto il profilo formale, nella *Bundesnotbremse* potrebbe essersi annidato un uso erroneo delle fonti del diritto. Infatti, l'uso di *Rechtsverordnungen* su materie che tradizionalmente spetterebbero ai *Länder* avrebbe comportato un'intrusione indebita nei poteri amministrativi ed esecutivi locali, un «discutibile abuso delle forme» (*fragwürdiger Formenmissbrauch*), come sottolineato da Kingreen

⁴⁹ V. M.J. ROZELL - C. WILCOX, *Federalism in a Time of Plague*, cit., 519 ss.

⁵⁰ Si ricordi, sul punto, la celebre teoria di G. TSEBELIS, utile a calcolare il rapporto fra il numero di istituzioni politiche e l'efficacia delle decisioni prese, in ID., *Veto Players: How Political Institutions Work* Princeton, Princeton University Press, 2002.

⁵¹ Hanno lasciato il segno, ad esempio, le forti opposizioni espresse dal Primo Ministro della Bavaria, Markus Söder (CSU), e dal Primo Ministro del Nord Reno-Westfalia, Armin Laschet (CDU). Cfr. *Söder: Bundes-Notbremse reicht nicht aus für Kampf gegen Corona-Welle*, in *nordbayern.de*, 14 aprile 2021; *Laschet skeptisch bei Ausgangssperren*, in *R www.aerztezeitung.de*, 21 aprile 2021. Per un commento sul diritto di voto e sulla gestione delle elezioni in tempo di pandemia, v. J. F. LINDNER, *Die Bundestagswahl 2021 unter den Bedingungen der Pandemie*, in *VerfBlog*, 2 settembre 2021.

nel suo rapporto al *Bundestag*⁵². In altre parole, dietro la *Bundesnotbremse* potrebbe essersi nascosta una legge provvedimento (*Maßnahmegesetz*). Se ciò fosse stato confermato dal giudizio del Tribunale federale – che si è invece pronunciato in senso contrario (v. *infra*) –, dunque, si sarebbe attentato al cuore del principio della separazione dei poteri, con riflessi anche sulla tutela giuridica (vedi *infra*, lett. d). Con un simile ordine di idee, Kluckert poneva l'accento sul rischio di offrire agli interpreti l'idea di una intercambiabilità tra «*Vwaltungsakt, Allgemeinverfügung, Rechtsverordnung und Parlamentsgesetz*» (atto amministrativo, decreto generale, regolamento o decreto governativo e legge parlamentare), essendo tutte fonti della pandemia in Germania, in aggiunta all'*Infektionsschutzgesetz*⁵³. Eppure, le misure contenute nella *Bundesnotbremse* non erano state pensate per disciplinare situazioni individuali e quindi non potevano essere accomunate alla categoria degli atti amministrativi, né tantomeno delle leggi provvedimento. Le norme restrittive, infatti, non erano indirizzate a specifici destinatari ma ad un numero indefinito di casi⁵⁴.

b) Sotto il profilo sostanziale, il freno d'emergenza è stato accusato di provocare una indebita compressione di diritti e libertà fondamentali. Tradendo le intese raggiunte in sede politica durante le MPK di marzo 2021, esso avrebbe incluso soltanto norme volte a inasprire le restrizioni, non anche a stabilire le condizioni di allentamento delle stesse. Inoltre, sempre secondo Kingreen, il §28b sarebbe stato privo di «legittimità democratica» (*demokratische Legitimation*) poiché, nello stabilire *ipso iure* un automatico restringimento dei diritti, non specificava le 'condizioni' al verificarsi delle quali le libertà erano limitate, ma soltanto il termine iniziale di efficacia. Secondo una consolidata tradizione, infatti, le norme relative al diritto in materia di sicurezza (*rechtsstaatliches Gefahrenabwehrrecht*) richiedono la formulazione dell'*an* e del *quando*.

c) Sotto il profilo strutturale, poi, è emerso il dubbio della compatibilità di una legge *self-executing* rispetto alle forme tradizionali del federalismo⁵⁵. E così un possibile grave difetto della *Bundesnotbremse* sarebbe consistito nella creazione di una forma del tutto inedita di 'governance federale della pandemia': al superamento del valore soglia dei 100 casi, i *Länder* perdevano automaticamente le proprie competenze di attuazione e di esecuzione delle leggi, garantite dall'art. 83 GG, dovendo implementare 'a scatola chiusa' le misure uniformi⁵⁶. Il freno d'emergenza federale, dunque, induceva a un accentramento delle decisioni legate all'emergenza, provocando sulle note sembianze del federalismo cooperativo un innesto 'duale'. La verticalizzazione della forma di stato tedesca su tale materia⁵⁷ avrebbe, inoltre, rischiato di produrre risultati diversi rispetto a quelli previsti dal legislatore. Se, infatti, il freno ambiva a un livellamento delle misure

⁵² V. T. KINGREEN, *Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, BT-Drucks, Regensburg, 19/28444, 15 aprile 2021.

⁵³ S. KLUCKERT, *Infektionsschutzmaßnahmen in der Schnittmenge von Verwaltungsanordnung und Gesetzesbefehl: Die Austauschbarkeit der Handlungsformen im Rahmen der Corona-Bekämpfung*, in *VerfBlog*, 27 aprile 2021.

⁵⁴ Questo non significa che le misure in sé siano costituzionalmente legittime, sotto i vari profili della proporzionalità, dell'adeguatezza o della ragionevolezza. Questioni la cui soluzione spetta al Tribunale costituzionale. Sulle leggi provvedimento nella pandemia, v. l'opinione opposta di U. VOLKMANN, *Der Ausnahmezustand*, cit.

⁵⁵ Problema successivamente escluso dal Tribunale federale nella sentenza *Bundesnotbremse I. V. infra*.

⁵⁶ Questo, inoltre, non allevierebbe del tutto il peso delle decisioni poiché, come rileva T. KINGREEN, *Stellungnahme*, cit., 3, se un *Länder* deve implementare una misura di chiusura delle scuole, esso sarà tenuto a compensare anche finanziariamente i danni da essa derivanti (§66 c. 1 IfSG).

⁵⁷ Così, T. KINGREEN, *Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie*, in *NWJ*, 2021, 2766 ss.

di contrasto, al contempo impediva, secondo i critici, di poter tener conto delle specificità locali, provocando un'irrazionale standardizzazione dell'impatto della pandemia⁵⁸. Dall'altro lato, poi, con un'eterogeneità dei fini, esso produceva l'effetto opposto di ulteriore disomogeneità e frammentazione dei regimi giuridici nel momento in cui consentiva ai singoli *Länder* di disporre restrizioni più severe rispetto a quelle contenute nel §28b IfSG⁵⁹.

d) Infine, sotto il profilo della tutela giuridica, va rimarcato come le criticità legate all'autoapplicabilità del freno di emergenza si affiancassero al grande tema del 'governo dei numeri' e degli automatismi legislativi⁶⁰. Un problema non inedito, se si valuta il fatto che mentre il freno d'emergenza federale si è misurato con un indicatore numerico predeterminato e dei valori soglia, analogo sistema, in fin dei conti, è stato adottato in Italia attraverso il meccanismo delle fasce di colore, che ha permesso di conservare una certa differenziazione fra territori, pur assicurando la concordanza delle misure da prendere in caso di raggiungimento del livello di allerta massima. Sia il freno che il sistema delle fasce sono stati, nondimeno, concepiti con la *ratio* di porre fine alla prassi di introdurre a livello territoriale misure fondamentalmente derogatorie di quelle elaborate a livello centrale⁶¹. In entrambi i casi, quindi, le strategie per il contenimento e la debellazione dell'infezione sono state sottratte al livello intermedio per essere spostate autoritativamente verso l'alto, in nome della tutela unitaria e indiscriminata del diritto alla vita e alla salute, tanto da far emergere su più fronti il tema della riforma sia del federalismo che del regionalismo.

Come si vedrà meglio tra poco, tutte queste eccezioni legate al freno d'emergenza sono state compiutamente oggetto di analisi da parte del Tribunale costituzionale federale, cui è spettato il gravoso compito di giudice di prima istanza delle doglianze individuali, assumendosi il 'fardello politico' dei ricorsi individuali.

6. Il bilanciamento tra i diritti nelle decisioni del BVerfG sul freno d'emergenza

Le prime decisioni del *BverfG* in materia mettono al centro il tema del bilanciamento tra i diritti in tempi di crisi sanitaria⁶². Ai sensi del §90 della legge sulla Corte costituzionale federale (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – BverfGG*), qualsiasi individuo che ritenga lesi i propri diritti fondamentali da parte della pubblica autorità può sollevare un ricorso individuale presso la Corte (*Verfassungsbeschwerde*) a condizione di aver esperito senza successo tutti i rimedi interni. In caso

⁵⁸ Il che sarebbe ulteriormente impedito dalla possibilità, per ciascun *Länder*, di adottare misure ancora più restrittive, eventualità che vanificherebbe in toto l'obiettivo dell'uniformità gestionale.

⁵⁹ Tale eccezione è contenuta nel §28b (4) IfSG.

⁶⁰ Su cui v. S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista GDP*, 1/2018, 1-19.

⁶¹ V. sul punto le osservazioni di F. GALLARATI, *La reazione*, cit., 1606, che scrive, però, in una data in cui il freno d'emergenza non era ancora stato elaborato, collocando così la Germania fra i paesi a gestione della pandemia decentrata.

⁶² Per una rassegna delle singole decisioni, v. *infra*. Per una ricostruzione del bilanciamento dei diritti operato dal Primo Senato del Tribunale Federale nel corso della pandemia, v. J.I. ONASBRÜCK, *Grundgesetz und Pandemiebekämpfung*, cit., 1124. Sul tema più in generale, si può segnalare, tra i tanti lavori, la poderosa ricerca a cura di L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali*, cit., 1-240 con un rimando ai *paper in* contenuti, nonché il recente numero monografico di *Costituzionalismo.it*, dal titolo *Lo (s)bilanciamento dei diritti*, 1/2021.

contrario, la Corte può accettare i ricorsi immediati sempre che la violazione dei diritti in questione sia di interesse generale, ovvero in via cautelare, qualora il ricorrente rischi di patire un danno serio e inevitabile.

Di fronte alla cospicua ondata di ricorsi cautelari, il Tribunale costituzionale sceglie di rompere il silenzio a partire dalla fine di maggio 2021, trascorsa quindi l'acme della pandemia⁶³. Curioso è il fatto che il *BVerfG* era stato accusato di aver scientemente tardato a emettere le decisioni richieste nonostante il profluvio di azioni legali contro la *Bundesnotbremse*⁶⁴. Paradigmatico, in tal senso, il commento di Dieter Grimm, già giudice costituzionale a Karlsruhe, che ha ammesso in un'intervista a FAZ di 'capire una certa esitazione': se la Corte avesse deciso a stretto giro, infatti, avrebbe rischiato di invadere il campo della politica.

Sciolta ogni riserva, il Tribunale costituzionale opta per il respingimento di tutte le richieste di provvedimenti provvisori e questioni di legittimità costituzionale⁶⁵, specificando in un comunicato stampa congiunto che «ciò non significa che le disposizioni contestate siano compatibili con la Legge Fondamentale»⁶⁶.

In una delle prime pronunce⁶⁷, ad esempio, il Tribunale rigetta la richiesta di provvedimento provvisorio finalizzato alla sospensione del freno d'emergenza, contestato nella misura in cui esso proibiva l'effettuazione di attività scolastica in presenza. Il ricorrente biasima che tale misura avesse leso il proprio diritto all'istruzione, difettando del requisito della proporzionalità. In tale ottica, la mancanza di evidenze scientifiche renderebbe del tutto ingiustificate le soglie di valore fissate dal freno d'emergenza, in quanto non è detto che l'imposizione del divieto conseguente al raggiungimento di predeterminati valori di infezione faccia automaticamente diminuire i contagi.

La Corte, nel respingere il ricorso, argomenta che i requisiti per ottenere un provvedimento *ad interim* non sono soddisfatti. Date le gravi e pervasive conseguenze che esso produrrebbe, ossia una sospensione dell'implementazione della legge contestata, il controllo che i giudici di Karlsruhe sono chiamati a fare per vagliare l'ammissibilità della richiesta è assoggettato a uno standard particolarmente severo.

Come sottolineato in un recente commento⁶⁸, infatti, l'aumento esponenziale dei ricorsi individuali ha provocato un'accelerazione del processo decisionale dei giudici, che si riuniscono in 'camere' ristrette di tre membri e si avvalgono di un procedimento introduttivo sommario

⁶³ V. gli aggiornamenti dell'attualità giuridica su *Beck online*, a cura di REDAKTION BECK-AKTUELL, tra cui *Über 100 Verfahren wegen Bundes-Notbremse beim BVerfG*, 28 aprile 2021; *Karlsruhe weist weitere Eilanträge gegen Corona-Notbremse ab*, 21 maggio 2021; *Masse der Corona-Eilanträge ist in Karlsruhe erfolglos geblieben*, 17 agosto 2021.

⁶⁴ V. l'editoriale di M. RUTTLOFF - E. WAGNER, *Die „Notbremse“ des Bundesgesetzgebers vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *Covid-19 und Recht*, 6/2011, 321 ss.

⁶⁵ E lo fa attraverso il modulo argomentativo della c.d. doppia ipotesi (*Doppelhypothese*), che suddivide l'esame della richiesta in due tempi. In primo luogo, il Tribunale verifica gli svantaggi che scaturirebbero dalla mancata concessione del provvedimento cautelare. In secondo luogo, calcola analoghi svantaggi derivanti dalla concessione del provvedimento sulla base di una richiesta poi giudicata inammissibile in sede di merito. Cfr. R. HENSEL, *The Summary Proceedings before the Federal Constitutional Court against the 'Federal Emergency Brake'*, in *Lex Atlas Covid-19*, 10 giugno 2021.

⁶⁶ C. BVERFG, *Mehrere Eilanträge und eine Verfassungsbeschwerde gegen Vorschriften des Vierten Bevölkerungsschutzgesetzes erfolglos*, Comunicato stampa n. 42/2021, 20 maggio 2021.

⁶⁷ BVERFG, Decisione della I Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvQ 64/21, Rn. 1-10, disponibile all'indirizzo: http://www.bverfg.de/e/qk20210520_1bvq006421.html.

⁶⁸ D. SCHEFOLD, *Jurisdiction and Pluralism: Judicial Functions and Organization in Federal Systems. The Case of Germany*, in *Perspectives on Federalism*, 2/2020, 24.

finalizzato a fungere da ‘filtro’⁶⁹. Il ricevimento delle questioni di costituzionalità, dunque, deve essere subordinato a una previa verifica della rilevanza e dell’interesse ad agire. A tal fine, statuisce la legge, occorre che la questione sia di ‘fondamentale importanza costituzionale’ e che il caso sia necessario al fine di far valere i diritti fondamentali per la tutela dei quali tale strumento è stato approntato (§93a GG). Un requisito alternativo a quello appena menzionato sarebbe, poi, che il rifiuto di emettere un provvedimento provvisorio possa cagionare al ricorrente un danno ‘di particolare gravità’ (*ein besonders schwerer Nachteil*), al quale consolidata giurisprudenza ha equiparato i casi della minaccia di violenza e della necessità di proteggere il bene comune.

Nel caso di specie, però, nessuna di tali condizioni è inverata. Infatti, poiché la restrizione all’insegnamento scolastico in presenza è stata rimossa *medio tempore*, il ricorrente non ha più alcun interesse a ottenere la sospensione della suddetta misura.

Alla sbrigatività di questa pronuncia si contrappone una coeva decisione, più articolata, a seguito di un ricorso volto a contestare le restrizioni ai contatti e alle riunioni private disposte dal §28b(1), frase 1, n. 1, IfSG⁷⁰. Il ricorrente, infatti, lamenta l’arbitrarietà della regola che impone ai membri di un nucleo familiare di incontrare solo una persona per volta al di fuori di esso: in tal modo, chi avesse voluto visitare i genitori anziani avrebbe dovuto escludere il proprio coniuge, nonostante facesse parte della stessa dimora, in violazione dei diritti fondamentali di tutti i coinvolti.

Il rigetto di tale appello avviene sulla base di un’analisi dell’ambito applicativo soggettivo e temporale della misura, il primo essendo differenziato fra i soggetti non vaccinati – ritenuti a maggiore rischio di contagio – e i soggetti vaccinati o immunizzati; il secondo, essendo limitato al periodo di vigenza del freno d’emergenza. Non si tratta, dunque, di una restrizione diffusa e indefinita dei diritti fondamentali⁷¹.

In maniera *tranchant*, la Corte argomenta che il divieto di cui al §28b non è insuperabile, data l’eccezione oramai disposta per le categorie vaccinate o immunizzate e la durata temporanea del freno. Solo al raggiungimento dell’obiettivo desiderato dal legislatore – la flessione dei contagi – le medesime restrizioni sarebbero illegittime. Inoltre, la Corte adopera il termine di efficacia finale del freno d’emergenza a fondamento dell’eccezionalità.

In ogni caso, argomentano i giudici, gli svantaggi che verrebbero prodotti se il provvedimento provvisorio fosse accolto non superano gli svantaggi derivanti dalla sospensione temporanea della misura legislativa contestata⁷².

⁶⁹ Non sarà così, invece, per le sentenze *Bundesnotbremse I e II*, che verranno discusse dal Primo Senato. V. *infra*.

⁷⁰ BVERFG, Decisione della I Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 900/21, Rn. 1-18, disponibile all’indirizzo: http://www.bverfg.de/e/rk20210520_1bvr090021.html.

⁷¹ Sul tema, cfr. W. ERGBUTH, *Covid 19: Lockdown-Maßnahmen bei Geimpften – Freiheit oder Gleichheit?*, in *DVBl*, 17/2021, 1136-1141; A. Leisner-Egensperger, *Freiheiten für Geimpfte – Zur Aufhebung von Grundrechts-beschränkungen für Geimpfte, Genesene und Getestete*, in *DVBl*, 13/2021, 825-904. Il problema dell’applicabilità della regola anche ai soggetti immuni o vaccinati aveva già suscitato un dubbio fra i giudici costituzionali, che si erano rivolti al Parlamento e al Governo, indirizzando vari messaggi scritti per ottenere una chiarificazione sul tema. Nel frattempo, il Governo federale si è avvalso della facoltà prevista dal §28c IfSG, emettendo un’ordinanza di autorizzazione per escludere dalle restrizioni tali categorie della popolazione. COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung – SchAusnahmV, 8 maggio 2021.

⁷² Ecco il giudizio tramite doppia ipotesi.

In un *obiter dictum*, poi, la Corte ricostruisce la situazione epidemiologica del Paese, spiegando che, continuando a sussistere un elevato pericolo nazionale, data la diffusione di nuove varianti e cambiamenti nelle modalità di diffusione del virus, il legislatore è stato costretto ad adottare l'insieme di proibizioni emendando l'IfSG. In tale ambito, le limitazioni ai contatti interpersonali sono state finalizzate alla lotta contro la diffusione dei contagi e hanno contribuito alla rottura delle catene di infezione in maniera 'particolarmente efficace'⁷³.

Una tale situazione, di estrema gravità, rendeva preminente l'obbligo dello Stato a porre in essere misure per proteggere il diritto alla vita e all'integrità fisica. In questo senso, anche le regole volte ad assicurare la funzionalità del sistema sanitario e ad evitarne il collasso sono state ragionevoli⁷⁴. Il legislatore, come spiega il Tribunale costituzionale, ha reputato che il sovraccarico dei servizi ospedalieri potesse verificarsi al raggiungimento del valore soglia di 100 casi su 100 mila persone, provocando, come si è visto, un aumento dei decessi evitabili e una posticipazione di interventi pianificati per altre malattie. Un simile calcolo è stato possibile alla luce della prima esperienza della pandemia.

Non sfugge alla Corte, dunque, che finché non si fosse oltrepassata la predetta soglia, gli svantaggi derivanti dalla compressione dei contatti fra persone, anche fra parenti, non sormontavano quelli conseguenti alle misure che rendevano efficace ed effettiva la protezione dai contagi.

Con una successiva decisione⁷⁵, la Corte tedesca respinge senza nemmeno discuterla nel merito una questione di legittimità costituzionale sollevata da alcuni membri del *Bundestag*, contestualmente al rigetto di un provvedimento cautelare urgente richiesto nelle more della decisione principale⁷⁶. I parlamentari, secondo i giudici costituzionali, disconoscerebbero il fatto che spetta al legislatore, e non al Tribunale costituzionale, di compiere le valutazioni discrezionali rispetto alle proprie scelte legislative.

È evidente come, in questo caso, la Corte preferisca aderire al giudizio prognostico compiuto dallo Stato, suffragando la ragionevolezza. Questi, infatti, nell'esercitare il proprio potere decisionale, avrebbe optato per misure drastiche tenendo conto delle conoscenze scientifiche in quel momento esistenti, nonché delle possibili conseguenze in caso di omissione d'intervento.

⁷³ L'efficacia di tali misure è suffragata dallo studio di A. SCHUPPERT - K. POLOTZEK - J. KARSCHAU, *et al.*, *Effectiveness of extended shutdown measures during the 'Bundesnotbremse' introduced in the third SARS-CoV-2 wave in Germany*, in *Infection. A journal of Infectious Disease*, 5/2021, 1-5.

⁷⁴ Sul tema del diritto alla vita come valore supremo connesso alla dignità umana, v. il commento di W. FRENZ, *Staatlicher Schutz von Infektionsrisiko*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 13/2021, 834-839, che illustra come in questi casi di emergenza sanitaria allo Stato si richiede un'azione rapida che si spieghi con un minimo di base legale, come premessa per una seria tutela dei diritti fondamentali.

⁷⁵ BVERFG, Decisione della III Camera del Primo Senato, 1° giugno 2021, 1 BvR 927/21, Rn. 1-13, disponibile all'indirizzo: http://www.bverfg.de/e/rk20210601_1bvr092721.html.

⁷⁶ I parlamentari, osserva la Corte, lamentano di essere colpiti personalmente dalle misure di limitazione dei diritti perché non possono partecipare a eventi, non sono abilitati a utilizzare certi servizi e, in fin dei conti, a esercitare le proprie prerogative. Tuttavia, se avessero inteso agire come organi qualificati avrebbero dovuto sollevare un conflitto di attribuzione fra organi. Avendo, invece, prescelto la strada della questione di costituzionalità, essi, secondo i giudici, potranno agire solo in quanto privati cittadini. In ogni caso, la questione non può essere trattata nel merito poiché nel ricorso manca un elemento essenziale, ovvero la descrizione della modalità con cui i ricorrenti sarebbero specificatamente e personalmente toccati dalla misura reputata lesiva dei diritti.

Ulteriori delucidazioni con riguardo ai parametri logici usati dal giudice tedesco per operare una ponderazione tra i diritti costituzionali vengono da un successivo gruppo di decisioni vertenti sulle restrizioni al commercio al dettaglio⁷⁷.

Qui, infatti, si espongono le considerevoli perdite economiche sofferte dai ricorrenti – società di commercio al dettaglio e negozianti – a causa delle misure di chiusura disposte dalla *Bundesnotbremse*. Tali regole, in particolare, incidono sugli orari di chiusura e di apertura dei negozi, riducendoli aspramente; imponevano una limitazione dei prodotti da vendere a quelli soltanto essenziali; collegavano l'ingresso di un certo numero di clienti alle dimensioni degli esercizi commerciali. Pertanto, i ricorrenti avrebbero sofferto una discriminazione rispetto ad altri tipi di negozi, come quelli dall'assortimento misto di prodotti, dediti alla vendita di merci *online* o alla vendita su preordinazione (*Click and Collect*). Le provvidenze economico-finanziarie concesse dallo Stato avrebbero, a loro detta, compensato soltanto parzialmente le perdite subite.

La Corte di Karlsruhe avverte sin da subito che i reclami costituzionali contro la norma controversa non sono del tutto infondati. Anche la giurisprudenza amministrativa ha messo in evidenza, nell'ambito di numerose procedure d'urgenza attivate al suo cospetto, l'esistenza di una discriminazione ingiustificata nei confronti della categoria in questione. Esse deriverebbero da restrizioni analoghe disposte dal diritto dei vari *Länder* sul settore della vendita al dettaglio, in violazione dell'art. 3(1) GG.

Tuttavia, l'aver subito danni considerevoli non giustifica l'urgenza di una decisione cautelare che sospenda l'efficacia di una legge, già di per sé provvisoria ed eccezionale. La norma di legge contestata, infatti, non è finalisticamente orientata a facilitare la chiusura di tali attività imprenditoriali o ad accelerare la loro bancarotta. Essa, al contrario, è rivolta al contrasto dell'epidemia da Covid-19.

Nei paragrafi 15 e 16 della decisione il Tribunale esplicita le proprie argomentazioni. Su un piatto della bilancia esso colloca idealmente le continue perdite di entrate e di profitti dei ricorrenti, parzialmente mitigate ma non compensate dalle precauzioni igienico-sanitarie che questi avrebbero potuto adottare per attenuare i divieti. Sull'altro piatto della bilancia, invece, resta l'obiettivo dello Stato di indebolire gli indicatori di crescita dei contagi in una situazione in cui le dinamiche di diffusione del virus restano serie e preoccupanti. Vengono così nuovamente in rilievo gli obblighi statali di protezione della vita e della salute della popolazione, di fronte ai quali ogni altro diritto finisce per soccombere.

Ancora degno di menzione è un ulteriore giudizio⁷⁸ in cui il Tribunale costituzionale compie un pur sommario scrutinio di ragionevolezza. I ricorrenti – artisti appartenenti al settore della musica classica – lamentano che il divieto assoluto di eventi culturali violi la loro libertà artistica, espressamente riconosciuta dall'art. 5(4) GG, nonché il principio di uguaglianza. La restrizione disposta dallo Stato è finalizzata all'eliminazione di una considerevole fonte di contatti fisici e, dunque, di contagi. Tuttavia, secondo i ricorrenti, lo svolgimento di eventi di intrattenimento in

⁷⁷ BVERFG, Decisioni della III Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 968/21, 1 BvR 1113/21, 1 BvQ 66/21, 1 BvQ 71/21, 1 BvQ 75/21, Rn. 1-18, disponibili all'indirizzo: http://www.bverfg.de/e/rk20210520_1bvr096821.html.

⁷⁸ BVERFG, Decisione della II Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 928/21, Rn. 1-37, disponibile all'indirizzo: http://www.bverfg.de/e/rk20210520_1bvr092821.html.

luoghi di moderna concezione, dotati di apposito sistema di ventilazione, avrebbe abbassato il rischio.

La lamentata discriminazione, inoltre, sarebbe esacerbata dall'aver consentito lo svolgimento di eventi religiosi, stipulando accordi con le autorità politiche locali al fine di precisare le eccezioni. Analoga procedura non sarebbe stata attivata, invece, per agevolare i soggetti appartenenti al settore artistico. Per questi motivi i ricorrenti avanzano un'istanza di verifica della costituzionalità delle disposizioni contenute nel §28b IfSG.

La Corte bocchia la questione poiché non ritiene fondate le giustificazioni opposte rispetto alle gravi, ma generalizzate e diffuse, limitazioni dei diritti. Il Primo Senato, infatti, non omette ancora una volta di rimarcare come siano stati coinvolti i diritti costituzionali alla vita e all'integrità fisica, assistiti dai corrispondenti obblighi statali di protezione. Non si vede come questi beni comuni di estrema importanza non possano essere salvaguardati se non con misure intese a ridurre perentoriamente e al minimo possibile i contatti interpersonali⁷⁹.

Di sommo rilievo ai fini del non accoglimento della questione, in punto di diritto, è l'apprezzamento riguardo al profilo discriminatorio: esso, infatti, non sussisterebbe atteso che non è possibile accomunare gli eventi liturgici con gli eventi artistici. Il solo fatto che entrambi comportino un assembramento di persone in un luogo di pubblico accesso non li rende equiparabili: le celebrazioni religiose sono tutelate dal dovere dello Stato di assicurare l'eguale osservanza di qualsiasi credo e fede (art. 4 GG); le esibizioni d'arte costituiscono una modalità di esercizio della libertà d'espressione. Inoltre, mentre i partecipanti all'attività di culto esercitano il proprio diritto di professare una confessione, gli spettatori di uno spettacolo non sono ugualmente tutelati dalla libertà di esprimersi in maniera artistica, essendo questa di spettanza esclusiva degli artisti.

6.1. *Segue: Bundesnotbremse I e Bundesnotbremse II, fra tentennamenti legali e incertezza fattuale*

Il verdetto più significativo, tuttavia, è stato emesso il 19 novembre 2021: le repliche ai vari punti sollevati dai ricorrenti sono state ripartite fra due decisioni⁸⁰. La prima (*Bundesnotbremse I*) riguarda le limitazioni alla libertà di riunione e il coprifuoco notturno (*Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen*), mentre la seconda (*Bundesnotbremse II*) concerne la chiusura delle scuole (*Schulschließungen*). La Corte, infatti, può scegliere di riunire o separare i procedimenti pendenti anche in base a considerazioni politiche: la decisione sulla presenza fisica nelle scuole, infatti, era

⁷⁹ Sul diritto alla vita e all'integrità fisica in tempi di pandemia, v. M. GOLDHAMMER, - S. NEUHÖFER, *Grundrechte in der Pandemie - Allgemeine Lehren*, in *JuS*, 3/ 2021, 212 ss.

⁸⁰ BVERFG, Decisione del Primo Senato, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, disponibile all'indirizzo: [bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html;jsessionid=3FB51798815878CCCB6C8C8359973A70.2_cid319](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rs20211119_1bvr078121.html;jsessionid=3FB51798815878CCCB6C8C8359973A70.2_cid319), che riunisce sette ricorsi: 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21. BVerfG, Decisione del Primo Senato, 19 novembre 2021, 1 BvR 971/21, che riunisce i seguenti ricorsi: 1 BvR 971/21 e 1 BvR 1069/21, disponibile all'indirizzo [bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr097121en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/11/rs20211119_1bvr097121en.html).

molto attesa⁸¹ data la rilevanza del principio derivante dal combinato disposto dell'art. 2(1) e 7(1) GG. Esso riconosce il diritto a un'educazione, rispetto al quale lo Stato deve impegnarsi per supportare e promuovere lo sviluppo di bambini e adolescenti 'nel loro diventare persone autosufficienti nella società'⁸².

Al centro di entrambe le decisioni si staglia la figura imponente del principio di proporzionalità, usato dalla Corte come una bilancia per soppesare le conseguenze delle misure prese dal Governo⁸³. Si tratta, come è noto, di un modello argomentativo di frequente e consolidato uso nella giurisprudenza del Tribunale tedesco, che da decenni adopera per vagliare la legittimità delle interferenze sui diritti fondamentali per effetto di atti legislativi.

Il giudizio di proporzionalità del *BVerfG* consta di quattro fasi:

- 1) valutazione della legittimità dello scopo perseguito dalla norma restrittiva dei diritti (*Legitimate Zweck*);
- 2) valutazione dell'idoneità della norma al raggiungimento di tale scopo secondo un parametro di efficacia (*Eignung*);
- 3) valutazione della necessità della misura contestata, nel senso dell'assenza di soluzioni alternativamente valide o percorribili meno invasive (*Erforderlichkeit*);
- 4) valutazione dell'adeguatezza della misura rispetto al caso concreto (*Angemessenheit*): in quest'ultimo caso si presenta alla Corte un nodo difficile da sciogliere, poiché occorre misurare il delta fra il sacrificio individuale e i sacrifici imposti alla collettività.

Andando per ordine, si può cominciare col dire che al centro della sentenza *Bundesnotbremse I* si colloca un quesito di costituzionalità rispetto ad alcune misure disposte dal freno d'emergenza accusate di violare specifici diritti fondamentali: il diritto allo sviluppo della persona e la libertà personale (art. 2 GG), la libertà di contrarre matrimonio e la tutela della famiglia (art. 6 GG) e, più genericamente, il diritto alla propria personalità⁸⁴.

Dopo una compiuta ricostruzione del quadro legislativo che ha portato all'approvazione del freno d'emergenza, il Tribunale federale effettua una sommaria ricognizione dei ricorsi e degli interventi. Riconosciuta l'ammissibilità della questione, passa poi al merito, valutando separatamente la costituzionalità 'formale e materiale' del freno d'emergenza (*formell sowie materiell verfassungsgemäß*)⁸⁵. Sul piano formale, si accerta la sussistenza di validi titoli di competenza autorizzanti l'emanazione della norma in discussione, interpretando positivamente la compatibilità del freno d'emergenza con le previsioni contenute nella GG. Ciò assicurerebbe una chiara separazione verticale dei poteri⁸⁶. Tale delimitazione, infatti, va effettuata tenendo conto che la Costituzione tedesca statuisce che è il livello federale a definire le competenze dei livelli

⁸¹ Circostanza confermata dal fatto che sul sito istituzionale essa è stata affiancata da una traduzione in lingua inglese.

⁸² Così spiega la prima massima della sentenza.

⁸³ Sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza tedesca e per una ricostruzione in chiave storica della dottrina della proporzionalità, cfr. D.U. GALETTA, *The principle of proportionality as a legal tool for balancing economic and non-economic interests? A comparative and EU law perspective*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2021, 411-423.

⁸⁴ Su cui, di recente, G. ALPA, *Alle origini dei diritti della personalità*, in *Riv. Trim. di diritto e proc. civile*, 3/2021, 671-698,

⁸⁵ Par. 117 e ss.

⁸⁶ Il riferimento è all'art. 74(1) n. 19 GG, riconducibile al titolo di *konkurrierende Gesetzgebung* concernente «le misure contro le malattie dell'uomo e degli animali, infettive e pericolose per la collettività».

subcostituzionali ‘e non viceversa’⁸⁷. Inoltre, come da costante giurisprudenza, vanno escluse le c.d. doppie competenze, per cui la stessa materia appare assegnata a entrambi i livelli. Spettava, dunque, al Governo federale emanare le contestate restrizioni.

Sul piano della costituzionalità sostanziale, il Tribunale tedesco compie cinque ulteriori ordini di valutazioni:

- 1) un test sulla eventuale manomissione della tutela giuridica del singolo;
- 2) la scelta della corretta fonte normativa;
- 3) il rispetto del requisito della generalità;
- 4) il rispetto del requisito della precisione;
- 5) nonché esperisce il menzionato giudizio di proporzionalità.

Mentre con riguardo al primo tema, la Corte espone convincenti argomentazioni per escludere che la tecnica regolativa di una legge *self executing* abbia compromesso il diritto a una tutela giuridica effettiva⁸⁸, con riguardo al secondo, invece, esamina l’adeguatezza di una simile fonte a disciplinare restrizioni ai diritti, che rispetterebbe sia il principio della separazione dei poteri che quello della riserva di legge.

Inoltre, la Corte individua fondate ragioni fattuali a supporto della scelta di procedere attraverso un atto del livello centrale: il legislatore ha ritenuto che lo scopo di proteggere la vita e la salute dei propri cittadini poteva essere raggiunto in maniera più efficace se ‘l’approccio federale’ si fosse avvalso di regolamenti governativi centrali. Il lato debole del discorso sembra, invece, essere la giustificazione dell’autoapplicatività della legge con l’interferenza sui diritti fondamentali, posto che la loro tutela non si porrebbe in contrasto con lo scopo di leggi *self executing*: al più sarebbe inconciliabile con delle leggi ‘individuali’, prive dei requisiti della generalità e dell’astrattezza⁸⁹. Requisiti che, invece, nel caso di specie sono ravvisabili.

Nel proseguire, anche il terzo tema, la sussistenza della generalità, è soddisfatto poiché il freno d’emergenza è concepito come una norma destinata a un insieme non determinato e non predeterminabile di individui. L’ulteriore requisito della precisione è colto nella sufficiente specificazione delle misure.

Il vero cuore pulsante della pronuncia, ad ogni modo, consiste nel giudizio di proporzionalità⁹⁰ sul quale occorre soffermarsi un po’ di più poiché interviene sul merito delle disposizioni contestate: abbiamo già detto che esse prevedono restrizioni ai contatti interpersonali e interfamiliari, limitazioni alla libera circolazione e divieti all’uscita all’aria aperta. Come si è spiegato, tale schema di accertamento si svolge mediante quattro verifiche e nella sentenza in questione ognuna di esse passa il vaglio della Corte.

In primo luogo, dunque, le misure restrittive devono perseguire uno scopo costituzionalmente legittimo, quale il contrasto di situazioni di pericolo per la collettività o la tutela degli interessi legali dei cittadini. L’accertamento della legittimità dello scopo, sostiene il Tribunale, è parzialmente fuori dal suo campo di controllo, poiché coinvolge un certo margine di

⁸⁷ Par. 120.

⁸⁸ Si rinvia al contenuto del par. 135 e ss.

⁸⁹ Par. 148.

⁹⁰ Parr. 166-237 e 274-304.

discrezionalità del legislatore: il giudizio di prognosi sulla sussistenza di un pericolo che minaccia la vita e l'incolumità della popolazione deve certamente avere solide basi costituzionali, ma il controllo della Corte varia a seconda della natura degli interessi coinvolti. Nel caso di specie, però, non c'è esitazione nel giudicare che la scelta del legislatore di affrontare il suddetto frangente attraverso il freno d'emergenza era supportata da sufficienti evidenze fattuali⁹¹. Anche in relazione alle restrizioni all'uscita e al coprifuoco notturno, il Tribunale federale accerta la sussistenza di uno scopo legittimo. Difatti, in base alle asseverate conoscenze del tempo relative alla trasmissibilità del virus e alle modalità di contagio⁹², poteva ritenersi che dette restrizioni, contribuendo alla limitazione dei contatti personali, fossero un mezzo valido per ottenere il raggiungimento dell'obiettivo⁹³.

In secondo luogo, il test di proporzionalità richiede l'esame dell'idoneità-efficacia. La Corte spiega che nel valutarne la sussistenza occorre tener conto della discrezionalità di cui si avvale il legislatore nello stimare le circostanze del caso concreto e prevedere i mezzi migliori da adottare per raggiungere gli obiettivi della legge. Le notevoli incertezze fattuali, tuttavia, impediscono alla Corte di approfondire l'accertamento dell'efficacia compiendo valutazioni *ex post*: il controllo giudiziario, come da sedimentata giurisprudenza, può avvenire solo sulla giustificabilità della previsione legislativa di 'idoneità', dunque mediante una valutazione *ex ante*⁹⁴.

Con riguardo agli ultimi due passaggi del test di proporzionalità – accertamento della necessità e dell'adeguatezza – va sottolineato come si tratti di un controllo materialmente incerto poiché basato su evidenze fattuali ed empiriche che lasciano variabili margini di apprezzamento. Il Tribunale federale, infatti, è stato chiamato a stimare se il freno d'emergenza fosse stato 'necessario' e 'adeguato' nel contrasto alla diffusione del Covid-19.

Un simile giudizio è facile quando la misura è lontana nel tempo rispetto alla decisione. In tal caso, il giudice possiederà una cospicua mole di dati per esperire la prova dell'efficacia fattuale. Nel caso di specie, invece, nonostante la pronuncia si fosse fatta attendere, il lasso di tempo era comunque troppo breve per poter stabilire la validità di misure come il coprifuoco notturno, con prove concrete. Questa incertezza fattuale, probabilmente, è un fattore di indebolimento della pronuncia in questione, che assume una valenza più politica che scientifica.

Il *BVerfG*, infatti, si basa su un parametro di affidabilità della logica da cui il legislatore ha preso le mosse, al momento di disporre le misure restrittive della *Bremse*: il principio dello stato delle conoscenze in un dato frangente. La mancanza di esperienza, dunque, viene supportata dalla tautologica considerazione dell'assenza di chiara e definitiva evidenza scientifica nel momento in cui la legislazione veniva approvata e dalla difficile prevedibilità delle conseguenze. Anche il profilo dell'adeguatezza, peraltro, viene dalla Corte ritenuto sussistente.

Con riguardo al coprifuoco notturno, inoltre, i giudici supremi adottano un modello argomentativo controfattuale: chiariscono, infatti, che ciò che è costituzionalmente decisivo è se

⁹¹ Parr. 177-183.

⁹² Molte di queste evidenze scientifiche sono contenute nel documento del *Bundestag* n. 19/28444, più volte citato nel corso della sentenza.

⁹³ Par. 276.

⁹⁴ Par. 185.

l'elemento normativo delle restrizioni in uscita avrebbe potuto essere trascurato senza compromettere l'obiettivo generale delle restrizioni ai contatti nel suo complesso e se le relative valutazioni legislative e le previsioni si basassero su basi solide⁹⁵. A tal fine, la 'necessità' delle misure non può essere sindacata adducendo che il legislatore federale avrebbe dovuto introdurre ogni mezzo possibile per contenere i contagi, senza bisogno di giungere all'estrema *ratio* del coprifuoco. A fondamento della scelta discrezionale, lo stesso legislatore aveva spiegato come l'applicazione incoerente delle restrizioni decise nella conferenza dei Primi Ministri in ciascuno Stato imponeva di agire in maniera uniforme a livello nazionale⁹⁶. Non avendo il livello federale alcuna autorità per sopperire ai deficit di esecuzione dei singoli *Länder*, l'unico modo per raggiungere l'obiettivo della protezione della popolazione era quello di approvare misure gravissime, ma temporanee.

Anche nella sentenza *Bundesnotbremse II* il giudizio di proporzionalità appare centrale: il Tribunale ritiene compatibile con la Costituzione il divieto di lezioni in aula, nonostante costituisca una compressione del diritto all'istruzione scolastica. Come si è già avuto modo di esaminare, la proibizione scattava al superamento del valore soglia di cento casi su cento mila abitanti, mentre all'oltrepassare della soglia di 165, il suddetto divieto diventava assoluto. Sul requisito della legittimità dello scopo, come nella *Bundesnotbremse I*, appare plausibile che il legislatore abbia scelto di proteggere vita e incolumità fisica della popolazione, di fronte alla minaccia pandemica, attraverso misure di restrizione dei contatti, tra cui il divieto di lezioni in aula⁹⁷. Proprio a scuola, infatti, la prossimità fisica fra gli alunni costituiva un innalzamento del fattore di rischio dei contagi, tale da incidere in maniera indiretta anche nei confronti dei componenti del nucleo familiare.

Rispetto al requisito della necessità, nulla di nuovo si aggiunge alle argomentazioni sinora esposte, se non che una disposizione può essere considerata inadatta solo qualora non riesca a promuovere in alcun modo lo scopo legislativo perseguito o se contrasti con tale scopo⁹⁸: il controllo sulla necessità, dunque, si conferma collocato sul terreno del fattuale e si caratterizza per l'ampia latitudine di discrezionalità concessa al legislatore. Una latitudine che, tuttavia, come osservano i giudici, si restringe significativamente nel caso in cui vengano ad essere toccati diritti fondamentali, di tal che si richiedono evidenze più stringenti.

Sul fronte dell'adeguatezza, il Tribunale, pur riconoscendo che le misure di chiusura delle scuole avrebbero pregiudicato in maniera intensa il diritto all'istruzione, accorda prevalenza all'interesse alla protezione della collettività. La legittimità degli obiettivi perseguiti dalla legge implicano che quanto più gravi siano le restrizioni imposte ai diritti, tanto più significativa debba essere la vocazione alla protezione del bene comune (*Übermaßverbot*)⁹⁹.

Pur trattandosi di due sentenze molto dense, bisognerebbe quanto meno sottolineare una coppia di fattori che emerge tra le righe dei verdetti. Intanto, il tentennamento legale del *BVerfG*

⁹⁵ Par. 282.

⁹⁶ Par. 284.

⁹⁷ Par. 111 e ss.

⁹⁸ Par. 114.

⁹⁹ Par. 134.

che, pur di fronte a serie e logicamente fondate contestazioni da parte della folta platea di ricorrenti, riconosce il preoccupante schiacciamento dei diritti fondamentali ma si affida alla ‘scusante’ della temporaneità delle misure in questione, destinate, come effettivamente poi è stato, a scomparire dall’ordinamento una volta terminata l’emergenza.

Secondo fattore è, poi, l’incertezza fattuale derivante da una carente evidenza scientifica, ritenuta, ciononostante, soddisfacente ‘tale essendo lo stato delle conoscenze al momento’. In altre parole, pur mancando prove a supporto dell’efficacia delle misure, il Tribunale, in nome della protezione della vita come valore supremo, ammette che il legislatore possa interferire in maniera penetrante con diritti parimenti fondamentali come la libertà personale e di circolazione.

6.2. Ulteriori considerazioni sul tenore della giurisprudenza costituzionale tedesca appena presentata e analoghe tendenze in quella italiana

Nel confronto fra questa breve rassegna giurisprudenziale e l’Italia, andrebbero compiute almeno due considerazioni. La prima riguarda l’accondiscendenza da parte dei giudici di Karlsruhe al fenomeno di attrazione verso il livello federale della competenza di gestione dell’emergenza, dovuto all’operatività della *Bundesnotbremse*. Una ‘acquiescenza’ che sembra quasi istituire un dialogo a distanza con la Corte costituzionale italiana, la cui sentenza n. 37/2021¹⁰⁰, emessa su premesse analoghe, dà luogo a non poche affinità.

Fra le righe di entrambe le pronunce pare, infatti, potersi riscontrare, come fondamento normativo, una ‘chiamata costituzionale in sussidiarietà’ – se si consente il parallelismo – simile a quella che Sergio Bartole aveva, a suo tempo, identificato riguardo al caso italiano in materia finanziaria¹⁰¹. Lo studioso, infatti, riferendosi all’interpretazione data dalla Corte costituzionale della riforma del Titolo V, in relazione alle varie specifiche materie, affermava che «avocata allo Stato la responsabilità di assicurare l’unità del sistema di bilancio delle amministrazioni pubbliche, la relativa disciplina legislativa viene ricondotta nella competenza del legislatore su cui grava quella responsabilità»¹⁰².

Oggi, allo stesso modo, dal tritico di principi ricavabili dall’art. 118 Cost. (sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione), l’emergenza avrebbe comportato l’iscrizione allo Stato di una

¹⁰⁰ Una sentenza dalla portata storica, su cui sono in fase di pubblicazione numerosi commenti. Al momento in cui si scrive, tra i vari lavori, si v. almeno B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d’Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, 2021, 1-5; D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, 10-18; C. CARUSO, *Il regionalismo autarchico è incostituzionale: dal Giudice delle leggi una pronuncia che mette ordine nella gestione territoriale della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 2021, 1-7; A. POGGI - G. SOBRINO, *La Corte, di fronte all’emergenza Covid, espande la profilassi internazionale e restringe la leale collaborazione (ma con quali possibili effetti?) (nota a Corte Cost., sentenza n. 37/2021)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 4/2021, 231-261; G. BOGGERO, *In pandemia nessuna concorrenza di competenze. La Corte costituzionale promuove un ritorno al “regionalismo della separazione”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2021, 103-129; A. CARDONE, *Contrasto alla pandemia, “annichilimento” della potestà legislativa regionale e torsioni della decretazione d’urgenza: è davvero così liberamente derogabile il sistema di protezione civile?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, 311-326.

¹⁰¹ S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni anche alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2012*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1971, 84-184.

¹⁰² *Ibidem*, 94.

«potestà di intervento primario, in nome dell'esercizio unitario delle relative funzioni, realizzando il principio di sussidiarietà in direzione *ascendente*»¹⁰³. Analogo discorso potrebbe ripetersi per la vicenda tedesca in discussione: gravando sullo Stato la responsabilità di assicurare la protezione della popolazione, esso ha il diritto, o per di più l'obbligo costituzionale, di avocare a sé il potere di predisporre interventi normativi uniformi, accertate le conseguenze sfavorevoli del frazionamento giuridico.

La seconda considerazione riguarda il fatto che la Corte tedesca ha adottato, nel persistere dell'urgenza, schemi argomentativi che si pongono su un'ideale linea parallela rispetto alla Corte costituzionale italiana, operando il difficile bilanciamento tra diritti alla stregua dei parametri della ragionevolezza, dell'adeguatezza, della proporzionalità e della necessaria limitazione temporale¹⁰⁴. Ognuno di essi è vagliato in concreto, ossia rispetto allo scopo perseguito dal legislatore con la approvazione delle norme in esame, nella specie, la tutela della salute pubblica e della vita di ciascuno dei propri cittadini¹⁰⁵. Si può, dunque, sostenere che un chiaro esito di tali giudizi sia l'accertamento della prevalenza delle esigenze di protezione della salute e della vita della collettività, intesa come comunità indistinta dei consociati, rispetto ai diritti individuali. La dimensione privata, in qualche modo, degrada e viene assorbita dal perdurare della situazione eccezionale¹⁰⁶. Tutt'al più che, in ultima analisi, i singoli i cui diritti vengono provvisoriamente usurpati non sono differenti dagli individui che lo Stato si prefigge di tutelare con le misure restrittive.

Si crea, quindi, una sorta di 'metaprinzipio', dettato da, e ispirato a, la volontà ultima di preservazione dell'ordine costituzionale¹⁰⁷. Ad esso, tutto l'ordinamento giuridico provvisoriamente costruito deve potersi conformare¹⁰⁸, tenendo conto che l'interesse pubblico si risolve non nella sommatoria degli interessi individuali, bensì in una loro ragionevole composizione in nome della vita umana.

¹⁰³ Così, U. ALLEGRETTI, *Osservazioni sulla lotta al coronavirus all'inizio della "seconda fase"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2020, 2.

¹⁰⁴ Sul tema, A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 31.

¹⁰⁵ Si ricordi, ad esempio, quanto elucidato dalla Corte costituzionale nel caso Ilva (Sent. n. 85/2013, *diritto*, n. 4): «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» [...]. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Anche in quel caso, infatti, il legislatore dovette fronteggiare una grave crisi in atto e la Corte effettuò un attento e rigoroso bilanciamento fra il diritto alla salute, il diritto al lavoro e il diritto a un ambiente salubre.

¹⁰⁶ Tuttavia, come sottolinea V. BALDINI, *Emergenza sanitaria*, cit., 604, la preminenza del diritto alla vita contrasta con recenti traguardi giurisprudenziali di Karlsruhe, in seguito ai quali si era riconosciuta la libertà di autodeterminazione dell'individuo in materia di suicidio assistito.

¹⁰⁷ Su cui, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neuedruck, Heidelberg, 20. Auf., 1999.

¹⁰⁸ Per una ricostruzione dell'ordinamento emergenziale tedesco, suddivisa in quattro fasi temporali, v. T. KINGREEN, *Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie*, in *NJW*, 38/2021, 2766 ss.

7. Conclusioni: l'osmosi inversa fra i livelli del federalismo tedesco e la speciale semantica della crisi

Alla luce di questo resoconto critico dell'ambito applicativo e della giurisprudenza legata al freno d'emergenza, è possibile provare a dare una risposta agli interrogativi formulati in apertura, ossia capire se la distribuzione dei poteri nel federalismo tedesco abbia favorito o ostacolato la gestione della crisi e se la misura in questione, dando luogo a una dinamica di verticalizzazione del potere, sia il frutto di un fallimento nella struttura di ripartizione delle competenze disegnata dalla Costituzione ovvero fattori extra-costituzionali abbiano dato luogo a processi di 'osmosi inversa'.

Come è stato messo in evidenza in un recente studio¹⁰⁹, se la distribuzione dei poteri a livello costituzionale nei sistemi federali è effettuata attribuendo poteri in via esclusiva al governo federale, allora è molto probabile che si sviluppino processi decisionali centralizzati e unilaterali. Al contrario, se la Costituzione opta per una ripartizione delle competenze più fluida e meno definita, ci si può aspettare un processo decisionale più coordinato e osmotico. Se il sillogismo è fondato, dunque, la Germania rientrerebbe nel primo modello, giustificato dal fatto che la verticalizzazione del potere, in una situazione come quella illustrata, con una crisi sanitaria generalizzata, consente di evitare l'emersione di dinamiche di competizione fra unità federate. E dunque, schmittianamente, vero è che sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione.

Certamente, con una misura *self-executing* come il freno d'emergenza, il principio di autonomia dei *Länder* è stato schiacciato, facendo perdere la connotazione collaborativa che aveva caratterizzato la prima fase della gestione della pandemia. Tuttavia, come giudicato dalla Corte, esigenze superiori di protezione della vita e della popolazione hanno giustificato non solo le penetranti restrizioni ai diritti fondamentali ma altresì la particolare modalità di decisione in via esclusivamente unilaterale adottata dal Governo federale.

Questo, dunque, impedisce che la giurisprudenza costituzionale analizzata possa ambire a porsi come una *Leitentscheidung* sui rapporti tra Federazione e *Länder*. Si tratta, piuttosto, di una mera parentesi per il futuro sviluppo del federalismo tedesco, come è accaduto in altri Paesi. Degno di nota è che tale spinta accentratrice sia stata esercitata con legge ordinaria, 'tirando' il freno alle competenze di esecuzione dei *Länder*. La modalità unilaterale non è estranea ad altri ordinamenti: non solo federali, come l'Austria o la Svizzera, ma anche regionali, come l'Italia dove, come è noto, l'attrazione verso il centro della gestione della pandemia è avvenuta 'riscoprendo' la materia della *profilassi internazionale* (art. 117, c. 2, lett. q, Cost.)¹¹⁰. Questo confermerebbe il fatto che nelle situazioni di crisi, i federo-regionalismi sono accomunati dall'aver un sistema di competenze 'a fisarmonica'. Non deve sfuggire, tuttavia, il dato che il

¹⁰⁹ Y. HEGELE - J. SCHNABEL, *Federalism and the management of the COVID-19 crisis: centralization, decentralisation and (non-)coordination*, in *West European Politics*, 5-6/2021, 1052-1076.

¹¹⁰ Ed è noto che il fondamento giuridico è stato puntellato da una sentenza della Corte costituzionale a lettura espansiva (la già citata n. 37/2021), così che entrambe le modalità di riparto delle competenze sono state assoggettate ad andamenti ascensionali di tipo *bottom-up*.

freno d'emergenza, passata la fase più grave, è stato abrogato. Segno che in tempi normali la fisarmonica dei federo-regionalismi può riprendere la sua ordinaria estensione.

Resta da capire, allora, se questa tendenza centripeta sia il frutto di deficienze strutturali dei federo-regionalismi come forma di Stato, fattori endogeni come il sistema politico, ovvero esogeni, come le caratteristiche intrinseche della pandemia e della popolazione su cui questa si è abbattuta. Rispetto a questo tema, può avanzarsi una risposta a partire dalla fioritura del federalismo informale.

Questo nuovo processo di *decision-making*, che pur non è stato esente da critiche, parrebbe aver prodotto magri frutti visto che le conflittualità latenti in alcune aree della Germania sono esplose con l'approvazione del freno¹¹¹. Se il federalismo tedesco si è correttamente identificato con tutta una serie di istituti – extracostituzionali – volti a facilitare contatti politici sempre più ravvicinati fra i livelli di governo, l'attitudine negoziale è risultata viziata dal caos ingenerato da un'ingravescente emergenza sanitaria. Gli attori della crisi non nascondevano l'apprensione per un dilemma: se collocarsi nel fronte delle decisioni impopolari o in quello dell'opposizione, per attirare il favore dell'elettorato prima di una scadenza elettorale assai importante.

Può dunque dirsi, in conclusione, che la crisi da Covid-19 è stata caratterizzata da una specifica semantica, che ha visto attribuire alle nozioni di cooperazione, concertazione, coordinamento un significato quasi escatologico. Come insegna la vicenda della *Bundesnotbremse*, invece, di escatologico c'è stato ben poco, poiché anche la Germania, come l'Italia, lungi dall'aver trovato un metodo di *governance* della crisi infallibile, ha dovuto procedere per riaggiustamenti progressivi¹¹²: da fasi di marcato disorientamento politico-legislativo a momenti di forte conflittualità e opposizione, sino ad approdare a inedite forme di 'fluidità' fra le competenze dei vari livelli territoriali¹¹³.

Abstract[It]: Nonostante sia stato abrogato, il freno d'emergenza federale, in vigore in Germania per qualche mese durante la crisi sanitaria da Covid-19, rappresenta un precedente degno di studio. Il presente articolo analizza l'impatto che tale meccanismo di verticalizzazione del potere ha avuto sul federalismo tedesco, studiandolo nella sua natura e nei suoi presupposti, raccogliendo le reazioni dei commentatori e esaminando criticamente la giurisprudenza costituzionale che ne ha, infine, acclarato la costituzionalità. L'accentramento di potere provocato dal freno a livello federale certifica lo spostamento degli equilibri nei federo-regionalismi.

Parole Chiave: Federo-regionalismi; Covid-19; Infektionsschutzgesetz; Freno d'emergenza federale; Federalismo tedesco.

¹¹¹ Per riprendere C. FRAENKEL-HABERLE, *COVID-19 and Government*, cit., 6, a proposito delle MPK: «the search for consensus has become increasingly difficult, transforming the meetings into nocturnal marathons from which poorly considered decisions emerge».

¹¹² Nonostante la dottrina italiana, in attente comparazioni e analisi, abbia salutato il sistema tedesco come modello esemplare di collaborazione fra livelli di governo, parecchi commentatori tedeschi hanno rifiutato l'interpretazione del proprio sistema come 'conciliante'. Al contrario, come già evocato, si è persino affermato, con toni *tranchant*, come la «costituzione tedesca non sembra essere stata all'altezza della pandemia». G. HERMES, *Der deutsche Exekutivföderalismus in der Pandemie: Rechtsverordnungen des Bundes als Ausweg aus der Konsensfalle*, in *VerfBlog*, 3 aprile 2021.

¹¹³ La qual cosa avvalorerebbe la tesi dello stato federale "unitario" di K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1962.

Abstract[En]: Although repealed, the federal emergency brake, in force in Germany for a few months during the health crisis from Covid-19, represents a precedent worthy to study. This article analyses the impact that this mechanism of verticalization of power has had on German federalism, studying its scope and nature, gathering the reactions of scholarly commentators and critically examining the constitutional jurisprudence that finally ascertained its constitutionality. The shift towards the center brought about by the emergency brake provides evidence of the changes in power allocation ongoing in federal-regionalisms.

Keywords: Federal-regionalisms; Covid-19; Infektionsschutzgesetz; Federal emergency brake; German federalism.