

## **Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania \***

di

Vincenzo Baldini\*\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. 2. La normazione federale vigente in Germania di contrasto all'epidemia. 3. Regolamentazione emergenziale e dubbi d'incostituzionalità: la posizione critica della dottrina tedesca. 4. L'orientamento dinamico della giurisprudenza, non soltanto costituzionale. 5. Verso una legislazione federale "della seconda fase". 6. Conclusioni.

### **1. Premessa.**

La gestione dell'emergenza sanitaria in Germania evidenzia profili di analogia, oltre a profili di chiara difformità, rispetto all'esperienza italiana. In entrambi i casi, infatti, la strategia adottata dai Governi nazionali ha mirato a garantire il più alto livello di prevenzione contro la diffusione del contagio, con la corrispettiva limitazione e/o sospensione di diritti fondamentali. Tanto vale a rendere opportuna e proficua un'analisi a fini comparativa dell'esperienza tedesca, che costituisce l'oggetto del presente contributo. Preliminarmente, tuttavia, vanno determinate alcuni essenziali indicazioni di metodo. Il fuoco di attenzione si concentra, qui, quasi unicamente su quest'ultima esperienza, mentre i riferimenti alla normazione italiana, quando ritenuti opportuni a scopo di chiarimento, sono riportati per lo più nelle note. In particolare, lo spazio di questo lavoro impone di limitare l'analisi esclusivamente al livello di legislazione federale emergenziale (I), cenni alla normazione regolamentare dei singoli *Länder* sono riportati per lo più nei successivi richiami giurisprudenziali che, dopo il richiamo alla posizione della dottrina su tale legislazione (II), sono esaminati come altro punto della ricerca (III). L'ultimo punto attiene, nello specifico, all'esame del ddl relativo alla nuova disciplina emergenziale (IV), cui segue, in fine, una breve conclusione (V).

### **2. La normazione federale vigente in Germania di contrasto all'epidemia.**

---

\* Questo lavoro riprende, con gli opportuni adattamenti, la comunicazione resa all'Incontro scientifico internazionale (Webinar Parma) del 26.5.2020 su: "*Costituzione e Covid-19 – Il diritto nell'emergenza della pandemia – Esperienze comparate*".

\*\* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

Il 25 marzo 2020 il Parlamento federale, sulla base dei presupposti costituzionali di cui agli artt. 74, nn. 11, 12, 13, 19 e 19a regolatori della *konkurrierende Gesetzgebung* (dopo la riforma costituzionale dell'estate del 2006) per fronteggiare l'emergenza sanitaria ha deliberato la legge sulla tutela della popolazione per lo stato di epidemia di portata nazionale ("*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*"), approvata poi dal *Bundesrat* il successivo 27. Marzo. Si tratta di una legge bicamerale (*Zustimmungsgesetz*) con efficacia scandita nel tempo<sup>1</sup> che reca significative modifiche soprattutto alla precedente *Infektionsschutzgesetz* del 2000, oltre che a norme di legislazione sociale e previdenziale (*Sozialgesetzbuch*) e del codice di edilizia (*Baugesetzbuch*) ove, senza penalizzare le attribuzioni in materia dei singoli *Länder*, si procede al coordinamento delle misure emergenziali e alla determinazione delle stesse per ciò che attiene alla dimensione nazionale del fenomeno epidemico. Tra i profili di maggior rilievo di tale disciplina -ma, come si vedrà, anche tra i più controversi e dibattuti- è l'attribuzione al Ministro federale della Salute del potere di assumere ordinanze/regolamenti (*Verordnungen*), per i quali non si richiede l'ordinaria approvazione del *Bundesrat*, con cui sono sancite limitazioni o sospensioni di diritti costituzionali, dalla libertà di circolazione, a quella di culto, a quella di riunione, a quella di soggiorno etc..

### **3. Regolamentazione emergenziale e dubbi d'incostituzionalità: la posizione critica della dottrina tedesca.**

L'impatto della normazione emergenziale sul sistema delle libertà costituzionali è apparso così grave da lasciare nutrire diverse "teorie del complotto"<sup>2</sup>, tra le quali, ad es., è anche l'ipotesi che la produzione del virus sia avvenuta in laboratorio per volontà delle grandi industrie farmaceutiche e poi diffuso tra gli uomini, al fine di provocare l'obbligatorio ricorso al vaccino (prodotto dalle stesse industrie)<sup>3</sup>.

Pur non iscrivendosi nel novero dei cd. *Verschwörungstheoretiker* non sono mancate tuttavia in dottrina autorevoli voci critiche nei confronti della legislazione emergenziale. *Christoph Möllers*, ad es., ha messo in guardia sul progressivo "spostamento" dei parametri giuridici<sup>4</sup> che concorre a determinare, in ultima analisi, una progressiva trasfigurazione dello Stato costituzionale di diritto. Il problema principale, per questo A., non starebbe tanto nei provvedimenti che limitano i contatti sociali quanto nel fatto che la legge federale citata semplicemente non rende possibili ampie contrazioni dei diritti fondamentali, meno che mai legittima una chiusura del Paese per lunghi periodi. Al Parlamento spetta, ai sensi di tale legge, di decidere sull'esistenza di una condizione di contagio di portata

---

<sup>1</sup> Gli artt. 2 e 3 di tale legge, ad es., entrano in vigore, rispettivamente, il 01 gennaio e il 01 aprile 2021.

<sup>2</sup> Di questo gruppo di *Verschwörungstheoretiker* fanno parte essenzialmente (ma non esclusivamente) uomini politici, che configurano una sorta di aggressione premeditata dell'Esecutivo federale alla democrazia parlamentare ed alla sfera dei diritti fondamentali individuali.

<sup>3</sup> Un'altra delle teorie del complotto vedrebbe coinvolto Bill Gates e la sua volontà di arricchirsi.

<sup>4</sup> C. Möllers, *Erleben wir eine Krise der Legalität ?*, in Die Zeit Online, 9 maggio 2020.

nazionale, come anche sulla sua fine (Una volta deciso in tal senso, tuttavia, la stessa disciplina legislativa prevede il conferimento al solo Ministro della Sanità (Jens Spahn-CDU) di poteri speciali molto (o troppo) ampi, come ad es., quello di chiudere le frontiere, modificare legge valide, riguardanti il traffico aereo, terrestre o navale. In siffatto contesto, peraltro, si rileva come “all’improvviso” sia il *Bund*, anzi, un solo Ministro federale a provvedere all’esecuzione delle leggi mentre i *Länder* non svolgono più, al riguardo, alcun ruolo.

D’altro canto, un certo scetticismo verso un’efficace tutela giudiziaria, in questa fase, contro misure disposte in violazione delle norme costituzionali viene motivato con il fatto che “anche i giudici leggono i giornali e sono soggetti alle voci (opinioni)”. Alla fine, appare a tutti conveniente evitare al momento dibattiti politici o contrasti di poteri. “La cosa più importante è che il risultato sia giusto” è lo slogan di moda, senza badare troppo al costo -in termini costituzionali- di un tale risultato.

Peraltro, *Möllers* si mostra critico anche verso il silenzio serbato dal Governo sul perché di certe misure. Con quanti morti e ammalati il Governo dovrebbe fare i conti nel caso di un’illimitata diffusione del contagio? “Al riguardo, il Governo non ha riferito non di più di quanto un attento lettore di giornali non possa sapere”.

Analoga posizione verso l’attribuzione di un diritto speciale di ordinanza (“*Sonderverordnungsrecht*”) disposta a favore del Ministro federale della Sanità è manifestata anche da *Oliver Lepsius*<sup>5</sup>. In considerazione della forte incidenza sulle libertà costituzionali è assolutamente necessario, per lo stesso *Lepsius* che sia il Governo federale come collegio, dove siedono altri Ministri a cui anche è rimessa, tra i loro compiti, la cura di diritti fondamentali, ad assumere tali provvedimenti. Di peculiare rilievo è l’individuazione dell’obiettivo delle strategie di prevenzione messa in atto dal Governo non tanto nella tutela della vita, intesa come un mezzo, bensì nell’intento di scongiurare un sovraccarico del sistema sanitario<sup>6</sup>. “L’ottimale governo del decorso della pandemia secondo il criterio della capacità medica”<sup>7</sup>, è, secondo *Lepsius*, la causa ultima dell’azione di governo, rispetto a cui la prevenzione del contagio resta soltanto il mezzo di tale azione. In quest’ordine di idee, l’accentramento nell’Esecutivo e, in particolare, nel singolo Ministro di poteri emergenziali così importanti, paventa il rischio, secondo *Hans Michael Heinig*, di una trasformazione in poco tempo dello Stato di diritto in uno Stato d’igiene “isterico e fascistoide”.

Anche per l’ex presidente del Tribunale costituzionale federale, *Hans Jürgen Papier*, le misure emergenziali non giustificano la paralisi di efficacia di diritti di libertà, in

---

<sup>5</sup>“Zweck der Grundrechtseingriffe kann daher nicht pauschal “Gesundheit“ sein, sondern nur ein grundrechtsrelevanter Aspekt, nämlich die Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems“: O. Lepsius, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorie in der Corona-Pandemie*, in *Verfassungsblog*, 2020/4/06.

<sup>6</sup>“Zweck der Grundrechtseingriffe kann daher nicht pauschal „Gesundheit“ sein, sondern nur ein grundrechtsrelevanter Aspekt, nämlich die Vermeidung der Überforderung des Gesundheitssystems“: O. Lepsius, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorie in der Corona-Pandemie*, in *Verfassungsblog*, 2020/4/06.

<sup>7</sup> O. Lepsius, *Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorie in der Corona-Pandemie*, cit.

favore della creazione di uno Stato d'autorità (*Obrigkeitsstaat*) o di uno Stato di sorveglianza (*Überwachungsstaat*). Più nello specifico, le misure limitative dei contatti sociali o delle uscite, rappresentano ingerenze gravi nella sfera materiale di diritti fondamentali come, del pari, i provvedimenti annunciati dal Ministro della salute di acquisizione dati attraverso i telefoni cellulari allo scopo di monitorare i movimenti di eventuali persone contagiate: essi costituiscono, infatti "eine epidemiologische Fußfessel"<sup>8</sup>.

*Ulrich Battis*, a lungo docente alla Humboldt-Universität di Berlino, muovendo dalla premessa che, al di là di ogni retorica, non si verte in uno stato di guerra, mette in guardia dall' „operare in fretta e furia revisioni costituzionali“ come anche “regolamentazioni per il parlamento dell'emergenza”. Con riguardo al funzionamento della democrazia parlamentare egli rileva, poi, come la medicina non possa “essere più pericolosa della malattia”.

In fine, nella documentazione dell'Ufficio scientifico del Parlamento federale (*Wissenschaftlicher Diensts des Deutschen Bundestages*) si evidenzia come le autorizzazioni all'esercizio del potere di ordinanza disposte dalla legge federale menzionata prefigurino seri dubbi di legittimità costituzionale, in primo luogo in ragione dell'ampia attribuzione di poteri al Ministro della Sanità, di assumere ordinanze e regolamenti, peraltro senza bisogno dell' approvazione del *Bundesrat*.

La limitazione dei diritti fondamentali -si sottolinea- non può che spettare al legislatore (non all'Esecutivo), anche in ragione della cd. teoria dell'essenzialità (*Wesentlichkeitstheorie*).

#### **4. L'orientamento dinamico della giurisprudenza, non soltanto costituzionale.**

La posizione critica della dottrina non ha trovato corrispondenza nell'orientamento della giurisprudenza che, soprattutto nella fase iniziale dello stato di emergenza sanitaria, ha mantenuto un atteggiamento di prudente apprezzamento delle misure emergenziali contestate, facendone per lo più salva l'efficacia limitativa di diritti fondamentali.

A tale linea di prudente apprezzamento ha finito per conformarsi anche l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale. Così, ad es., la Corte costituzionale di Berlino (sent. del 14.4. 2020) ha respinto l'istanza di sospensione dell'efficacia di previsioni del regolamento generale valido fino al successivo 19 aprile, relative all'adozione di misure tra cui, il divieto di uscire di casa, la chiusura di musei e biblioteche, assunte per frenare l'espandersi del contagio. Nella ponderazione del giudice circa le conseguenze connesse, rispettivamente, alla sospensione o meno dell'efficacia dell'atto impugnato è apparsa soprattutto decisiva la limitata durata (al 19 aprile) delle misure restrittive adottate. Ricorrendo ad un giudizio di tipo prognostico, la Corte ha concluso che la sospensione dell'efficacia di tali misure avrebbe comportato il rischio di un sovraccarico del sistema sanitario, dato che si sarebbe verosimilmente determinato un rapido aumento del livello di contagio nella

---

<sup>8</sup> "Wenn es um die Erstellung und Auswertung von Bewegungsprofilen von Personen geht, ist die Grenze des Zulässigen überschritten" .... "Die Wahrnehmung der Freiheitsrechte einer Person darf nicht total erfasst und registriert werden – sonst ist eine unbefangene Wahrnehmung dieser Freiheitsrechte nicht mehr möglich."

popolazione e, con esso, della richiesta di farmaci e prestazioni, che il sistema sanitario non sarebbe stato in grado di evadere. Ciò avrebbe causato gravi problemi di salute per le persone, oltre ad un aumento del numero dei decessi. La prevenzione di tale rischio è apparsa, così, di maggior peso rispetto a quello connesso alle limitazioni dei diritti lamentate dal ricorrente.

La decisione della Corte di Berlino segue la linea, a ben vedere, di quella, di qualche giorno precedente (8.4.2020), del Tribunale amministrativo di Hannover con cui veniva rigettata la richiesta di annullamento dell'ordinanza generale che vietava riunioni/assembramenti nelle chiese, nelle moschee e in ogni altro luogo di culto, basata sulla vulnerazione della libertà di culto. Nella specie, infatti, seguendosi il medesimo schema prognostico, era stata ritenuta la preminenza della tutela del diritto alla vita e alla salute sull'esercizio di ogni altra libertà costituzionale.<sup>9</sup>

Pressoché coeva alle menzionate sentenze (Urt. von 10.4.2020) è anche quella della II Camera del Primo Senato del *Bundesverfassungsgericht* con cui, sul presupposto della presentazione di una *Verfassungsbeschwerde* avente ad oggetto una disposizione del regolamento/ordinanza dello Stato dell'Assia, veniva confermato il divieto di partecipazione alla celebrazione della Santa Messa. Per un verso, il riferimento esclusivo di tale divieto alla solenne cerimonia comunitaria non preclude al singolo l'esercizio della libertà religiosa attraverso la preghiera individuale anche nei luoghi di culto. Per altro verso, all'organo giudicante non sfugge la consapevolezza della grave ingerenza che il divieto in questione comunque cagiona nella sfera della libertà costituzionale del singolo (art. 4, c. 1 e 2 GG), ciò che impone, in principio, un severo scrutinio di proporzionalità sulla disciplina restrittiva. Il giudizio prognostico ha riguardato, in particolare, i probabili effetti consequenziali di una sospensione dell'efficacia della norma incriminata individuati, ancora, nel repentino e considerevole aumento dei contagi con sovraccarico del sistema sanitario per la gestione dei casi più gravi<sup>10</sup>. La preminenza del diritto alla vita e alla salute appare prevalente, secondo il Tribunale, anche di fronte a gravi limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, nella prospettiva di una salvaguardia delle capacità effettive del sistema sanitario di gestire l'epidemia, secondo il monito espresso anche dall'Istituto Robert Koch.

Di decisivo rilievo nel determinare il rigetto dell'istanza di parte è la determinazione temporalmente limitata (dal 7 aprile fino al 21 aprile) della misura emergenziale in questione, come dell'intero regolamento, che avrebbe consentito, alla scadenza del termine e nella prospettiva eventuale di un rinnovo della stessa misura, un nuovo apprezzamento dello stato di sviluppo dell'epidemia. Ciò, alla stregua del rigoroso scrutinio di proporzionalità in ragione -si è detto- della grave

---

<sup>9</sup> Tra l'altro, il giudice evidenziava nella circostanza come la richiesta del ricorrente non avrebbe comunque potuto trovare realizzazione, anche in caso di successo del ricorso, perché una disposizione del regolamento statale sanciva comunque la limitazione dei contatti sociali come misura per frenare l'espandersi del contagio.

<sup>10</sup> Peraltro, come ebbe modo di precisare il Tribunale, Tale pericolo non sarebbe stato limitato ai soli partecipanti alla celebrazione ma avrebbe finito per interessare una cerchia senz'altro più ampia di persone.

ingerenza realizzata nella sfera materiale di tutela della libertà religiosa, con la possibilità di giustificare decisioni differenziate al livello territoriale.

A propria volta e contestualmente la I Camera del Primo Senato dello stesso Tribunale, ha accolto un'istanza di sospensiva promossa su ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) contro le decisioni del Corte amministrativa di Appello dell'Assia (*Verwaltungsgerichtshof*) e del giudice amministrativo di Giessen, aventi ad oggetto un'ordinanza cittadina che sanciva il divieto assoluto di riunione<sup>11</sup>. In seguito all'accoglimento dell'istanza, per violazione dell'art. 8 GG, la città di Giessen avrebbe potuto procedere ad una nuova valutazione sul punto se lo svolgimento delle riunioni, ai sensi dell'art. 15 c. 1, della legge sulla libertà di riunione (*Versammlungsgesetz*) potesse dipendere dal rispetto di determinate condizioni (es. osservanza di misure di distanziamento sociale, uso obbligatorio della mascherina, etc.).

Il Tribunale costituzionale federale preserva, ad ogni modo, la congruità della scelta legislativa<sup>12</sup> in favore della prevenzione, nello specifico facendo salvo, ad es., l'obbligo della vaccinazione contro il morbillo per i bambini ospitati in asili o affidati a istituzioni private (*Kindertagespflege, Tagesmutter*)<sup>13</sup>

L'evoluzione dell'indirizzo giurisprudenziale, in ogni caso, sembra ragionevolmente corrispondere alla progressiva attenuazione del livello dell'epidemia e, con esso, dello stato di emergenza sanitaria per cui risultano non più giustificate e/o giustificabili misure restrittive in precedenza adottate e in vigore. In questo senso, è significativa la pronuncia della Prima Camera del giudice amministrativo dello Schleswig-Holstein (15 Maggio 2020) su una richiesta di tutela giuridica provvisoria, che ha ritenuto sproporzionata la misura dell'obbligo automatico di quarantena per coloro che vanno all'estero o tornano da un viaggio all'estero, come sancita dal regolamento del *Land*. Secondo il Tribunale adito, tale misura si mostra "con molta probabilità" non più efficace alla luce dell'andamento in negativo della curva del contagio senza, ad ogni modo, che sia esclusa la possibilità di irrogazione della stessa misura per casi specifici e ben individuati, quando la stessa possa apparire giustificata in considerazione dell'alto livello di contagio presente nel Paese di provenienza dell'interessato<sup>14</sup>. A base di tale

---

<sup>11</sup> In tal modo, sarebbe stata impedita una manifestazione di protesta contro le misure restrittive per la prevenzione del contagio.

<sup>12</sup> § 20 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 und 3 IfSG prevede che bambini ospitati in asili o in, dass Kinder, die in einer Kindertagesstätte oder in der erlaubnispflichtigen Kindertagespflege betreut werden, einen ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Immunität gegen Masern aufweisen müssen, sofern sie nicht aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können (§ 20 Abs. 8 Satz 4 IfSG).

<sup>13</sup> La considerazione del Tribunale costituzionale federale è che la vaccinazione contro il morbillo non vale a proteggere solo la salute e la vita del bambino vaccinato all'interno di istituzioni sociali ma previene l'espandersi della malattia nella popolazione, in questo modo giungendosi a proteggere anche la vita e la salute di persone che non si sono sottoposte alla medesima vaccinazione.

<sup>14</sup> Nella specie, il resistente non eccepiva il livello alto del contagio nel Paese di provenienza del ricorrente (la Svezia) ma fondava l'obbligo di quarantena sulla generale previsione normativa

decisione, la Corte dello Schleswig-Holstein pone il richiamo al precedente del giudice amministrativo di appello di Lüneburg (13. Senato, sent. del 11 Maggio 2020) che, in un caso quasi coevo, ha concesso la sospensiva della medesima misura riguardante l'obbligo di quarantena, ritenendola priva di un valido fondamento giuridico. Di conseguenza, chi entri nel *Land* della Bassa Sassonia proveniente dall'estero non può essere per ciò stesso considerato sospetto di aver contratto la malattia e, dunque, di essere potenzialmente contagioso per gli altri.

Nella direzione, parimenti, di alleggerire le misure emergenziali restrittive di diritti fondamentali, poi, lo stesso giudice amministrativo di appello ha anche accolto la richiesta di sospensiva di un'ordinanza<sup>15</sup> che vietava l'esercizio dell'attività di praticare tatuaggi come misura di lotta all'espandersi del Coronavirus (sent. del 11 Maggio 2020)<sup>16</sup>. In tale divieto il giudice amministrativo ha rinvenuto una violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Abs. 1 GG) quanto, anche, del diritto fondamentale alla libera scelta dell'attività lavorativa e del divieto del lavoro coattivo (art. 12 Abs. 1 GG)<sup>17</sup>.

##### **5. Verso una legislazione federale della "seconda fase".**

L'evoluzione in positivo dell'andamento del fenomeno epidemico, con conseguente uscita dalla fase stretta dell'emergenza sanitaria, è scandita anche dalle dinamiche dei processi di decisione politica, per ora condensate nella disciplina della nuova legge ("*Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*") che Parlamento federale e *Bundesrat* hanno deliberato ed approvato, rispettivamente, nei giorni 14 e 15 maggio.

Tale disciplina, destinata ad entrare in vigore alla metà del mese di giugno, assolverebbe allo scopo di elevare la protezione sanitaria per i soggetti particolarmente a rischio, insieme a quello di avere una migliore vista sul decorso complessivo dell'epidemia. Tra i punti più importanti, oltre alla previsione di un bonus economico per i prestatori di assistenza (infermieri, etc.) è anche la regolazione dell'assunzione determinata, dal Gabinetto di gestione dell'emergenza Coronavirus, delle spese di cura per pazienti provenienti dai Paesi dell'Unione europea quando questi ultimi non potrebbero essere adeguatamente curati nei rispettivi Stati per carenza di capacità corrispondenti.

In tale ddl. si delibera la realizzazione del cd. Piano-10 Punti, relativo all'ampliamento/ristrutturazione/trasformazione personale e tecnico del servizio

---

che lo sanciva, in esecuzione della quale era stato poi adottato l'atto specifico, previsione divenuta non più efficace per l'evoluzione positiva della curva del contagio.

<sup>15</sup> § 7 Abs. 2 der Niedersächsischen Verordnung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Corona-Virus vom 8. Mai 2020.

<sup>16</sup> Più in generale, nell'ordinanza impugnata si sanciva il divieto di ogni attività lavorativa per cui non fosse possibile garantire il rispetto del distanziamento sociale di un metro e mezzo da persona a persona, ciò che di conseguenza comportava la chiusura di ogni Piercing-Studio presente nel territorio interessato.

<sup>17</sup> Nella sentenza il giudice si riporta, per le specifiche motivazioni, al precedente di qualche giorno prima (sent. del 14 Maggio 2020) relativo al divieto di prestazioni di lavoro negli studi dediti alla pratica dei tatuaggi.

pubblico di Sanità (*Öffentlicher Gesundheitsdienst: ÖDG*). Scopo del Piano, a detta del Ministero federale della Sanità, è tra l'altro quello di formare per ogni 20.000 abitanti 5 Teams che rintracciano le persone con cui i contagiati hanno avuto contatti.

In merito alla legge sulla tutela da infezioni la proposta prevede di ancorare a in maniera duratura un obbligo legislativo di segnalazione/rendiconto in relazione al COVID-19 e alla Sars (Sars CoV-2) che riguarda anche i nuovi obblighi di segnalazione/comunicazione sulla guarigione e sui test di laboratorio negativi.

## 6. Conclusioni.

Da tutto quanto fin qui detto emergono due essenziali profili di interesse, a cui nello spazio di queste brevi conclusioni si può soltanto accennare. Il primo, di ordine essenzialmente giuridico-formale, attiene all'interrogativo circa la possibilità o meno di ricondurre ad un'unità ordinamentale il complesso delle misure adottate in Germania per prevenire l'espandersi del contagio, interrogativo che in questo senso investe allo stesso modo anche l'esperienza italiana.

Il secondo profilo di interesse, invece, in qualche modo funzionalmente collegato al primo, investe, per dirla in sintesi, il senso compiuto dei diritti fondamentali e la loro tutela costituzionale.

Sul primo versante, la risposta positiva può determinarsi riconducendo l'esperienza tedesca, come già avvenuto per quella italiana (forse, per quest'ultima, con ancora maggiore evidenza)<sup>18</sup> ad una norma fondamentale presupposta nuova e diversa da quella posta a base del *Grundgesetz*, in grado di supportare la validità sul piano giuridico-positivo del complesso delle misure eccezionali approvate ed ancora in vigore. Ciò, sul presupposto della carenza di riconoscibilità di queste ultime alla stregua degli ordinari parametri anche costituzionali che regolano la produzione normativa<sup>19</sup> e, più in generale, dei connotati propri del modello dello Stato democratico-liberale definito dalla stessa Legge fondamentale<sup>20</sup>.

Né, del resto, appare ragionevole e scontato accontentarsi degli esiti del bilanciamento operato dalla giurisprudenza, non soltanto costituzionale (v. *infra*), per arrivare a legittimare l'apparato di vincoli e divieti sancito, sul presupposto che il diritto alla vita e alla salute è destinato a prevalere su ogni altro preteso esercizio di libertà costituzionali. Una tale affermazione, a prescindere da ogni altro dubbio di congruenza, contrasta comunque con l'orientamento del Tribunale costituzionale federale, di recente confermato<sup>21</sup>, da cui non traspare affatto un

---

<sup>18</sup> Cfr. al riguardo V. Baldini, *Emergenza sanitaria e Costituzione dell'emergenza. Riflessioni brevi (e parziali...) di teoria del diritto*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2020.

<sup>19</sup> Ad es., il mancato rispetto dei caratteri sostanziali della riserva di legge in materia di libertà costituzionali.

<sup>20</sup> Basti pensare, al riguardo, al complesso di divieti e limiti imposti con atti formalmente amministrativi (*Verordnungen*), di livello federale (adottati con una procedura "semplificata") e statale, all'esercizio dei diritti fondamentali che ha finito per delineare l'esercizio della libertà come "eccezione" alla regola del divieto.

<sup>21</sup> Cfr., da ultimo Bundesverfassungsgericht, sent. 26 Febbraio 2020 (2 BvR 2347/15), in cui è stato riconosciuto come senz'altro preminente, rispetto al diritto alla vita, la libertà di autodeterminazione individuale in materia di vita, legittimandosi così la pratica del cd. suicidio



ordine definitivo e stabilizzato di prevalenza del diritto alla vita sugli altri diritti fondamentali.

Ad ogni modo, la difficoltà d'identificare nella specie la condizione dello "stato d'eccezione" (*Ausnahmezustand*)<sup>22</sup> e, quindi, di delinearne il presupposto normativo fondamentale, consegue soprattutto al fatto che come per quella italiana, anche l'esperienza di gestione dell'emergenza sanitaria in Germania non è stata anticipata da una formale dichiarazione dello stato di emergenza. Di conseguenza, è mancata sul piano giuridico-positivo la formale sanzione di una discontinuità tra la fase del "prima", quella del "durante" (l'epidemia) ed in fine, quella, ora avviata, del "post" emergenza.

Nondimeno tale discontinuità è resa manifesta dal tenore delle misure adottate, la cui vigenza si connette, in ultima analisi, alla preposizione normativa presupposta per cui è diritto positivo tutto ciò che è previsto -direttamente o indirettamente- dalla legge federale sulla tutela della popolazione, di cui sopra si è detto (v. supra). È una siffatta *Grundnorm* che fonda, sul piano giuridico-positivo, la vigenza del nuovo ordinamento dell'emergenza, implicando una chiara deroga ai caratteri propri della Legge fondamentale e del *Menschenbild* che da questa deriva<sup>23</sup>. Il sostanziale monopolio degli Esecutivi nella fase gestionale<sup>24</sup>, rispetto a cui resta sostanzialmente confinata ai margini la volontà decisionale delle Assemblee rappresentative; l'attribuzione a loro singoli componenti (es. Ministro della Salute) dell'ampio potere di sancire limitazioni di diritti fondamentali; l'alienazione dai paradigmi tipici per giustificare tali limitazioni, a partire dalla reale osservanza del principio di proporzionalità, tutto ciò rappresenta il tratto specifico di un siffatto ordinamento che, in una visione comparata con i tratti ordinari dell'ordinamento costituzionale fa registrare uno scivolamento verso nuovi parametri di legalità, che poco o nulla hanno a che fare con la nostra "iperultura" della legittimità, di cui è parte integrante e inderogabile il metodo del ragionevole bilanciamento tra diritti concorrenti<sup>25</sup>.

---

assistito. Sulla stessa linea, peraltro, è anche il Tribunale amministrativo federale tedesco (sent. del 2.3.2017) che, come giudice di appello, riformando una decisione di primo grado ha ritenuto incompatibile con il dettato costituzionale (art. 2, Abs. 1 GG) l'interpretazione dell'art. 5, Abs. 1 della legge in materia di stupefacenti (*Betäubungsmittelgesetz: BtMG*) secondo cui restava comunque esclusa l'autorizzazione da parte dell'istituto federale per il farmaco e per i prodotti medicinali (*Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte: BfArM*) all'acquisto di tali sostanze allo scopo di provocare il suicidio. Tale divieto assoluto, secondo il giudice, realizzava un'ingerenza illegittima nel generale diritto fondamentale della persona ammalata in modo grave e affetta da una patologia inguaribile, di potersi liberamente autodeterminare circa il come ed in quale momento la sua vita debba cessare.

<sup>22</sup> In tema, v. anche G. Agamben, *Ausnahmezustand* (nella traduzione in tedesco di U. Müller-Schöll), Frankfurt am Main, 2004, *passim*.

<sup>23</sup> Al riguardo, v. E.W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung*, ora anche in Id., *Recht – Staat – Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 58 ss..

<sup>24</sup> Sugli sviluppi di una tendenza alla "normazione governativa", seppure con specifico riferimento al livello europeo, cfr. soprattutto A. v. Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung - Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen, 2000, part. p. 133 ss.

<sup>25</sup> Al riguardo, v. ancora C. Möllers, *Erleben wir eine Krise der Legilität ?*, cit..

Il tenere celato lo stato di eccezione non consente di comprendere appieno e fino in fondo gli effetti, anche mediati risalenti all'emergenza sanitaria ed ai provvedimenti assunti per gestirla, nel contempo, però, non vale a lasciare del tutto in ombra la considerazione delle gravi asimmetrie e diseguaglianze riconducibili agli effetti delle misure emergenziali in parola, soprattutto con riguardo ai soggetti deboli dell'ordinamento e perciò più bisognosi di un sostegno sociale. Basti pensare, esemplificativamente, alla grave vulnerazione patita nel diritto fondamentale a beneficiare di prestazioni di sostegno all'infanzia (es., frequentazione di asili per i genitori lavoratori e con basso reddito) o dei pregiudizi che conseguono ai lavoratori del settore privato (industria o servizi) dal rallentamento (se non proprio dalla paralisi, sia pure momentanea) di grandi aree del sistema produttivo. Per molti, la conseguente perdita o sospensione dell'attività lavorativa ordinaria, quantunque compensata dall'irrogazione di misure assistenziali, ha implicato l'improvviso peggioramento della singola condizione finanziaria e, così, della garanzia costituzionale ad un'esistenza libera e dignitosa per sé e la famiglia.

Il secondo punto d'interesse, di più generale respiro, muove dalla considerazione delle posizioni, dottrinali e giurisprudenziali, circa la legittimità o meno delle misure adottate. I differenti apprezzamenti operati sulla valenza del canone della proporzionalità, come anche sugli esiti del bilanciamento dei diritti concorrenti -il diritto alla vita e alla salute, da una parte, le libertà costituzionali e i diritti "economici" dall'altra parte- conferiscono maggior vigore alla percezione della natura sostanzialmente politica dell'interpretazione<sup>26</sup>, di per sé creativa di diritto. A tale percezione non si sottrae ovviamente il giudice costituzionale<sup>27</sup>, sebbene il suo metodo di decisione sia ispirato ad approccio razionale, le cui pronunce cristallizzano, con riguardo ad una determinata fattispecie e/o situazione giuridica, l'equilibrio tra diritti concorrenti, senza peraltro che da tale operazione possano discendere indicazioni definitive su una (improbabile) strutturale gerarchia di diritti.

Tanto, vale a rendere non incongrua l'impressione<sup>28</sup> che la consistenza oggettiva della garanzia dei diritti fondamentali debba farsi risiedere unicamente (quando si voglia prescindere da una percezione di senso politico) essenzialmente nel piano organizzativo, in particolare nell'osservanza delle soluzioni che la norma costituzionale prevede a tutela dei diritti in questione. In quest'ordine d'idee, sindacato costituzionale e decisione legislativa appaiono elementi omogenei di un pluralismo che, come tale, si pone a presidio della Costituzione<sup>29</sup> e del suo rappresentarsi come regolamento ultimo della produzione normativa.

---

<sup>26</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen, 2008, p. 100 ss.

<sup>27</sup> R. Chr. V. Ooyen, *Die Funktion der Verfassungsgerichtbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um der 'Hüter der Verfassung'*, in H. Kelsen, *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Tübingen, 2008, p. XIV ss.

<sup>28</sup> ...confortata anche dall'analisi delle previsioni in materia di emergenza costituzionale recate, ad es., dalla Legge fondamentale spagnola e da quella francese, attente in particolare alla regolazione degli aspetti organizzativo-procedurali della gestione dell'emergenza.

<sup>29</sup> R. Chr. V. Ooyen, *Die Funktion der Verfassungsgerichtbarkeit*, cit., p. XV.

In questa dimensione pluralistica l'attività del giudice *-in primis*, del giudice costituzionale- non può essere (più) intesa come espressione esegetica sostanziale esclusiva della portata di un diritto fondamentale senza necessariamente incorrere nell'obiezione della sua parzialità in chiave politica. Ciò può portare a disconoscere ai suoi pronunciamenti il valore garantista che essi comunque hanno in quanto atti, allo stesso tempo, di decisione e di conoscenza<sup>30</sup>, anche quando viene a rilevarsi nell'atto sindacato la carenza di un valido fondamento di validità cui consegue la dichiarazione d'illegittimità dell'atto controllato.

Quanto fin qui detto induce, per la Germania come anche per l'Italia, a concentrare in seguito il fuoco dell'attenzione sull'esame di questioni di particolare importanza, a partire dalla tenuta e dall'efficienza dei modelli istituzionali-organizzativi attualmente vigenti<sup>31</sup>, passando attraverso l'opportunità o meno di una più specifica regolazione in Costituzione delle condizioni di emergenza (costituzionale), per arrivare, in fine, ai caratteri della forma di Stato autonomistico attualmente vigente.

All'indomani dell'attenuazione dello stato di emergenza descritto è destinata verosimilmente ad aprirsi una nuova ed articolata pagina della riflessione e del confronto scientifico.

---

<sup>30</sup> Conforme, H. Dreier, *Kelsen im Kontext* (Hrsg. von M. Jestaedt, S. L. Paulson) Tübingen, 2019, part. p. 59.

<sup>31</sup> ...in particolare, per ciò che concerne l'Italia, la riflessione non può non investire i caratteri del confronto tra democrazia parlamentare e democrazia "identitaria" riflessa, quest'ultima, dal sistema di elezione diretta di Sindaci e Presidenti di Regione.