

Der Kampf gegen Pandemie zwischen verfassungsrechtlicher Normalität und Ausnahmezustand

di

Prof. Dr. Dr. h.c. Matthias Herdegen *

I. Verfassungsrechtlicher Ausnahmezustand oder gesetzliche Ausnahmeregelung im verfassungsrechtlichen Normalzustand

Der verfassungsrechtliche Ausnahmezustand übt seit jeher im juristischen und politischen Denken eine eigenartige Faszination aus, wie die Diskussion von Carl Schmitt bis Giorgio Agamben belegt.¹ Jenseits der normativen Analyse lösen selbst maßvolle Eingriffe in die gewohnte Behaglichkeit bürgerlicher Freiheit pawlowsche Reflexe aus, welche die Kategorien von Notstand, Machtmissbrauch und Machtusurpation bemühen. In Deutschland und anderen Ländern haben Tausende gegen eine angebliche Corona-Diktatur demonstriert. Die Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zur Bewältigung der Corona Krise ist von einzelnen Rechtswissenschaftlern in Anklang an die nationalsozialistische Machtergreifung als Ermächtigungsgesetz tituliert worden. Diese skandalisierende Deutung zwingt zu einer nüchternen Bestandsaufnahme.

Unsere Staaten des alten Europas sehnen sich auch in der Krise nach verfassungsrechtlicher Normalität. Diese Normalität strahlt Stabilität aus und suggeriert Beherrschbarkeit der Gefahr. Nur der totalitäre Staat operiert im Modus der steten Forderungen an seine Untertanen als ein Regime, das der Überhöhung der Gemeinschaft oder seiner ideologischen Mission verpflichtet ist. Gerade für den totalitären Staat ist die ständige Bedrohung Lebenselixier. Dagegen geht der freiheitliche Rechtsstaat von der Sicherung individueller Freiheit und damit von der Normalität aus.² In diesem Sinne hat das staatsrechtliche Leben ganz unheroische Züge³ und erwartet auch von den Bürgern keine heldenhaften Opfer. Zwar kennen viele unserer Verfassungen die Notstand- oder Ausnahmezustände mit besonderen Kompetenzen. Aber die Proklamation einer verfassungsrechtlichen

* *Università di Bonn*

¹ Siehe *Schmitt*, Politische Theologie, 1922; *Agamben*, Stato di eccezione, 2003.

² *Isensee*, Recht als Grenze – Grenze des Rechts, 2009, S. 197 f.

³ *Isensee*, Recht als Grenze – Grenze des Rechts, 2009, S. 198.

Not- oder Ausnahmelage indiziert das Eingeständnis, dass die normalen Staatsfunktionen an der Grenze ihrer Leistungsfähigkeit angelangt sind.

Umgekehrt zeigt die Bewältigung einer einschneidenden Krise ohne Notstandsbefugnisse die Elastizität und Resilienz der Verfassung im Modus der Normalität. Dies ist auch in Deutschland bei den zum Teil einschneidenden Maßnahmen zur Bewältigung der Corona Pandemie sichtbar worden. Allerdings entrinnen wir bei tiefgreifenden Krisen nicht dem Ausnahmeregime. Es wird nur auf die Ebene des einfachen Gesetzes geschoben. In Deutschland hängt ein ganzes Bündel von Freiheitsbeschränkungen davon ab, dass der Bundestag eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ erklärt.⁴ Dies zeigt schon, dass der Ausnahmezustand zu einem Kondominium von Parlament und Exekutive führt. Die Französische Republik hat auf die Corona Krise nicht mit den Sondervollmachten des Präsidenten als *salvator patriae* nach Art. 16 der französischen Verfassung reagiert. Vielmehr hat der französische Gesetzgeber die Figur des Gesundheitsnotstandes (*état d'urgence sanitaire*) geschaffen, an den sich weitreichende Befugnisse zu Eingriffen in bürgerliche Freiheiten bis hin zur Preisregulierung knüpfen.⁵

In Ungarn hat die Regierungsmehrheit im Parlament die Corona Krise zu einer massiven Machtverschiebung zugunsten der Exekutive genutzt. So kann die Regierung fortan ohne Zustimmung des Parlaments den Notzustand verlängern und auf diese Weise weitreichende gesetzesvertretende Dekrete erlassen.⁶

Einen besonderen Weg ist die Regierung in Spanien gegangen. Sie hat sich zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Corona-Maßnahmen der ersten Stufe von verfassungsrechtlichen Ausnahmezuständen bedient. Sie hat nämlich den sog. Alarmzustand ausgerufen, der die Suspendierung von Grundrechten gestattet. Die darüberhinausgehende Aufhebung von Grundrechten ist der zweiten und dritten Stufe (dem Ausnahme- und Belagerungszustand vorbehalten).⁷ Das spanische Verfassungsgericht hat diese eher weitreichenden Ausgangssperren mit einem *numerus clausus* erlaubter Fortbewegung nicht als Suspendierung, sondern als Aufhebung der Bewegungsfreiheit klassifiziert, denn hier gehe es um einen massiven Eingriff, der schon die Fortbewegungsfreiheit an sich durch eine strikte Rechtfertigung konditioniere.⁸ Aus dieser Sicht ist entweder die Einschränkung der

⁴ § 5 Infektionsschutzgesetz.

⁵ *Beaud/Guérin BARGUES, L'état d'urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception?*, in Gephart, *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, S. 103.

⁶ *Herdegen* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher (Hrsg), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 1 Rn. 26.

⁷ Art. 55 Abs. 1 der spanischen Verfassung.

⁸ Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v. 14.7.2021, STC 148/21; Zitat: „Tal restricción aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona

Freiheitsrechte exzessiv gewesen oder die Regierung ist beim Schritt in den Ausnahmezustand zu vorsichtig gewesen und hätte gleich in die zweite Stufe eintreten müssen.

Dem deutschen Staatsrecht ist die Abgrenzung von Einschränkung und Aufhebung von Freiheitsrechten fremd, auch selbst die gebotene Achtung des Wesensgehaltes eines Grundrechtes (Art. 19 Abs. 2 GG) bedeutet nur eine Verschärfung der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei zunehmender Intensität des Eingriffs. In den süddeutschen Ländern kam es zeitweise zu sehr weitreichenden Einschränkungen der Bewegungsfreiheit, die in diesem Sinne nur auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft worden sind. Auch beim Verbot von Gottesdiensten, das die Glaubensfreiheit im Kern trifft, hält die Rechtsprechung eine Ausnahme für möglich, „soweit eine relevante Erhöhung der Infektionsgefahr zuverlässig verneint werden kann“.⁹

II. Verhältnismäßigkeit

Die zur Bekämpfung der Corona-Pandemie eingesetzten Maßnahmen bauen ein Spannungsfeld zwischen den zu schützenden Interessen und den beeinträchtigten Freiheiten auf. Dieser Konflikt ist durch Abwägung zu lösen. Eingriffe in Freiheitsrechte müssen mit dem Schutz von Leben und Gesundheit (Schutz vor Übertragung von Krankheiten) abgewogen und auf ihre Verhältnismäßigkeit im Rahmen eines zumindest *grosso modo* schlüssigen Konzepts überprüft werden. In der Corona-Pandemie ergab sich sowohl für den Gesetzgeber als auch für Regierung und Verwaltung die Herausforderung, dass einerseits viele Aspekte von der Ausbreitung des Virus bis hin zur Kapazitätserschöpfung der Krankenhäuser ungewiss blieben und andererseits die Pandemie und die auf diese reagierenden Maßnahmen in nahezu alle Bereiche des öffentlichen und privaten Lebens ragten. Sowohl bei den vom Virus ausgehenden Verbreitungsgefahren, als auch bei der Schutzwirkung von Maßnahmen zur Bekämpfung bestanden extreme Unsicherheiten.

Auf diese Herausforderung musste die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes reagieren. Zur Beurteilung solch komplexer Szenarien erlaubt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz deswegen im Ausgangspunkt ein erhebliches Maß an Ermessensspielraum.

puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto.”

⁹ BVerfG, Beschl. v. 29.4.2020, 1 BvQ 44/20.

Der französische Staatsrat legt sich bei der Verhältnismäßigkeitskontrolle großer Zurückhaltung bei der Kontrolle des Gesetzgebers auf und beschränkt sich auf eine Überprüfung von Evidenzen. In eine ähnliche Richtung geht auch die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts. Die deutsche Rechtsprechung geht mit dem Gesetzgeber und der Exekutive deutlich strenger um.

Wenn der Stand der Wissenschaft und das verfügbare Wissen Unsicherheiten hinsichtlich der Kausalketten und des Umfangs der festgestellten Risiken zulassen, steht dem Gesetzgeber und nachgelagert auch der Exekutive ein großer Spielraum bei der Wahl der Maßnahmen zur Verfügung.¹⁰ Dogmatisch setzt das Bundesverfassungsgericht auf der Ebene der Geeignetheit an und räumt dem Gesetzgeber hier eine Einschätzungsprärogative ein. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber über die Eignung einer Maßnahme primär selbst entscheidet. Der Spielraum des Gesetzgebers bezieht sich insofern auf die Einschätzung und Bewertung der Verhältnisse, der etwa erforderlichen Prognosen und der Wahl der Mittel, um seine Ziele zu erreichen. Eine Regelung ist erst dann nicht mehr geeignet, wenn sie die Erreichung des Gesetzeszwecks in keiner Weise fördern kann oder sich sogar gegenläufig auswirkt.¹¹ Schwerwiegende Grundrechtsfreiheiten, wie sie vorliegen, verlangen bei unsicherem Erfahrungswissen die Rechtfertigung durch gravierende Risiken.

Als Grenze des veranschlagten Einschätzungsspielraums gilt jedoch, dass tatsächliche Unsicherheiten bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen, wie sie bei Beschränkungen der Fortbewegungsfreiheit vorliegen nicht zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Die verfassungsrechtliche Prüfung ist aber auch hier auf die Vertretbarkeit der gesetzgeberischen Einschätzungsprognose beschränkt. In einer solchen Situation wissenschaftlicher Unsicherheit rechtfertigt und erfordert die Vorsorge sogar Schutzmaßnahmen im Rahmen eines „vernünftigen“ Risikomanagements.¹²

In Deutschland erstreckt sich die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Maßnahmen, mit denen der Gesetzgeber angenommenen Gefahrenlagen begegnen will, grundsätzlich auch darauf, ob die dahingehende Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat.¹³ Das Bundesverfassungsgericht überprüft hierbei auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen der Gesetzgeber die Gefahrenlage abgeleitet hat. Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsrechtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zur einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.¹⁴ Metaphorisch gesprochen ergibt sich auf diese Weise ein Akkordeon der

¹⁰ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 95, 97 ff.

¹¹ BVerfGE 159, 355 (407) – Bundesnotbremse II.

¹² Herdegen, The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law, in Gephart (Hrsg), In the Realm of Corona Normativities, 2020, S. 170.

¹³ BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

¹⁴ BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

Prüfungsintensität, welche sich proportional zur Eigenart des Sachbereichs und der Erheblichkeit der Rechtsgüter ausdehnt und zusammenzieht. Je größer die Unsicherheit über die Gefahrenlage und deren wirtschaftlichen und sozialen Folgen, desto größer sind die exekutiven und legislativen Einschätzungsspielräume.¹⁵ Umso länger eine geschaffene Regelung in Kraft ist und sofern der Gesetzgeber fundierte Erkenntnisse hätte erlangen können, umso weniger kann er sich auf seine unsicheren Prognosen stützen.¹⁶ Bei einer andauernden Gefahrenlage wie der Corona Pandemie muss der Gesetzgeber seinen Entscheidungen umso fundiertere Einschätzungen zugrunde legen, je länger die zur Bekämpfung der Gefahr ergriffenen belastenden Maßnahmen anhalten. Allerdings darf der Staat große Gefahren für Leib und Leben am Ende auch nicht deshalb in Kauf nehmen, weil er nicht genug dazu beigetragen hat, dass freiheitsschonendere Alternativen zur Abwehr dieser Gefahren erforscht wurden.¹⁷ Im Übrigen verengen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse und ein hohes Gewicht von Grundrechtseingriffen den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers.¹⁸

In vielen Ländern stützte sich die Regierung jedoch nicht auf verfassungsmäßige Ausnahmebefugnisse, sondern bemühte sich um eine gesetzgeberische Ermächtigung, die sich auf große Risiken für die öffentliche Gesundheit beschränkte.¹⁹ Auch in Bezug auf die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte ergeben sich Unterschiede in der Handhabung in den Staaten Europas. So beschränkt sich das französische Verfassungsgericht bei der Überprüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf eine reine Evidenzkontrolle.²⁰ Es betont in seiner Entscheidung zu Ausgangsbeschränkungen im Oktober 2020, dass es selbst nicht über eine allgemeine Beurteilungs- und Entscheidungsbefugnis in der gleichen Form wie das Parlament verfügt und bei Unsicherheiten über die Entwicklung der pandemischen Lage nicht über das Vorliegen einer gesundheitlichen Katastrophe entscheiden kann.²¹

Auch das Schweizer Bundesgericht hatte mehrmals über die Vereinbarkeit von Corona Maßnahmen mit individuellen Freiheitsrechten zu entscheiden. Das Bundesgericht nimmt ebenfalls lediglich eine zurückgezogene Kontrolle vor, wenn

¹⁵ Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2021, S. 99.

¹⁶ BVerfGE 159, 223 (308) – Bundesnotbremse I.

¹⁷ Herdegen, Heile Welt in der Zeitenwende, 2022 (im Erscheinen), S. 224.

¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a., Rn. 108.

¹⁹ Herdegen, The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law, in Gephart, In the Realm of Corona Normativities, 2020, S. 170.

²⁰ Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2020-808 DC v. 13.11.2020, Rn. 6, Zitat: „(...) Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente de l'ensemble du territoire français.“; Entscheidung Nr. 2020-811 DC v. 21.12.2020, Rn. 4.

²¹ Conseil Constitutionnel, Entscheidung Nr. 2022-835 DC v. 21.1.2022, Rn. 14.

sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen, und betont, dass, „solange keine Rechtsnorm festgelegt, wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau ist, auch nicht feststehen kann, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken liegt. Es ist alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen.“²²

Auf internationaler Ebene hatte sich schließlich der Europäische Menschenrechtsgerichtshof bereits in mehreren Urteilen mit Corona-Maßnahmen befasst.²³ Unter dem Dach der EMRK hat bislang kein Staat den Notstand nach Art. 15 EMRK erklärt. Die Rechtsprechung des EGMR bewegt sich weitgehend in den Bahnen der herkömmlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁴

In einem Fall hat der Straßburger Gerichtshof die gemeinsame Unterbringung eines Migranten mit Neuangekommen Asylbewerbern in Quarantäne wegen des damit verbundenen Gesundheitsrisikos als Verletzung von Art. 3 EMRK angesehen.²⁵

In Deutschland wiederum deutet sich zuweilen eine deutliche Überhöhung von bestimmten Freiheitsrechten gegenüber dem Recht auf Leben an. Im Sinne dieser Überhöhung sind einzelne Stimmen aus der deutschen Staatsrechtslehre auf den Gedanken gekommen, bei Beschränkungen der persönlichen Fortbewegungsfreiheit einen argumentativen Rationalitätsverlust zu beklagen oder gar die Menschenwürde zu bemühen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb in Ausgangs- und Quarantänebeschränkungen eine Missachtung des persönlichen Achtungsanspruch eines jeden Menschen liegen soll, wenn es um den Schutz (eigenen und fremden) Lebens geht. Im Übrigen ist festzustellen, dass das Leben als ein Höchstgut unserer Verfassung hinter keinem anderen Grundrecht zurücktreten darf. Auch die Menschenwürde begründet kein Recht des Einzelnen, sich im Kern seines Selbstverständnisses auf Kosten der Lebenschancen anderer zu entfalten.²⁶

Faktisch als Ventil für das Korsett der strengen Normativität des deutschen Verfassungsrechts erlauben die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes sehen ein Bündel an Ausnahmen von den Beschränkungen des öffentlichen und privaten Lebens vor.²⁷

In Spanien funktioniert ein solcher Regelausnahmemechanismus genau umgekehrt. Hier wurden die während der Pandemie verhängten Ausgangsbeschränkungen durch den Tribunal Constitucional als Entzug oder

²² Schweizer Bundesgericht, 2C_941/2020, Urteil v. 8.7.2021, 3.2.5.

²³ *McQuigg*, The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights, <http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/> (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

²⁴ *Jovičić*, COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights, ERA Forum 2021, 546 mwN.

²⁵ EGMR, *Feilazoo .I. Malta*, Beschwerde Nr. 6865/19, Urteil vom 11.3.2021.

²⁶ *Herdegen*, Heile Welt in der Zeitenwende, 2022, S. 225.

²⁷ Neben anderen: §§ 5 Abs. 2 Nr. 4 b), 20 Abs. 9 S. 8 IfSG und insbesondere die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vom 8.5.2021.

Einstellung („privación“ / „cesación“) des Rechts eingestuft. Das spanische Verfassungsgericht geht davon aus, dass das Recht der Fortbewegungsfreiheit schon im Ansatz gar nicht mehr besteht und nur in Ausnahmefällen noch in Anspruch genommen werden, wenn die Regierungsdekret genannten Bedingungen vorliegen.²⁸

Der internationale Vergleich des verfassungsrechtlichen Umgangs mit der Corona-Krise zeigt den für das deutsche Staatsrecht charakteristischen Versuch, Krisen maximal normativ einzuhegen. Das Beharren auf staatsrechtlicher Normalität zeugt von der besonderen Fähigkeit des Grundgesetzes, zumindest in Notstandssituationen, die nicht auf menschlicher Steuerung beruhen, mit dem Standardinstrumentarium zur Gefahrenabwehr und damit im Rahmen verfassungsrechtlicher Normalität zu bewältigen.²⁹ Auf diese Weise belegt die Corona Krise in gewisser Weise durchaus die Leistungsfähigkeit des Grundgesetzes in der Krise.³⁰

Bei allen Unterschieden in der Dichte richterlicher Kontrolle, treten im europäischen Rechtsraum bestimmte Grundaxen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hervor: sie steuern den Spielraum von Gesetzgebung und Exekutive bei der Eignung von Freiheitseingriffen und bei der Angemessenheit von Schutzmaßnahmen als Ergebnis einer Abwägung. Je gesicherter Erfahrungswissen und wissenschaftliche Erkenntnis in die Risiken von Infektionen, über Verbreitungswege ist, desto enger sind die Prognosemaschen der staatlichen Organe, das gleiche gilt für die Erkenntnisse über die belastenden Auswirkungen von Präventionsmaßnahmen (etwa in Folgen oder Auswirkungen auf schulische Bildung, überragende Gefahren für Leib und Leben). Einschneidende Ereignisse in die Freiheitssphäre können sogar Schutzpflichten des Staates zur Prävention begründen. Je lückenhafter das verfügbare Wissen ist, desto stärker sind Rechtssetzungen und Verwaltung zur fortlaufenden Erkenntnisgewinnung und zur Nachführung der Maßnahmen an den aktuellen Wissenstand gezwungen. Dies gilt vor allem bei langanhaltenden Maßnahmen. Je stärker das verfügbare Wissen ist, desto präziser muss der parlamentarische Gesetzgeber die Verwaltung in seinen Regelungsprogramm steuern.

III. Impfpflichten

Im April 2022 hatte das Bundesverfassungsgericht über eine einrichtungsbezogene Impfpflicht³¹ und im Juli 2022 zu einer Masernpflichtimpfung³² (über die bereits vor der Corona-Krise in Deutschland aufgrund einer mangelnden Herdenimmunsierung diskutiert worden war) zu entscheiden. Zwar lassen sich beide Entscheidungen ohne weiteres auf eine allgemeine Corona-Impfpflicht übertragen. Denn im ersten Fall ging es um ein spezifisches und klar zu begrenzendes Risiko. Die zweite Entscheidung zur Masernimpfung hatte einen

²⁸ Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v 14.07.2021, STC 148/21.

²⁹ Hierzu *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020.

³⁰ *Herdegen* in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 1 Rn. 27.

³¹ BVerfG, Beschl. v. 27.4.2022, 1 BvR 2649/21 u.a.

³² BVerfG, Beschl. v. 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a..

Virus und einen Impfstoff zum Gegenstand hatte, die längst bekannt waren und mit geringen Unsicherheiten in der Risikobewertung verbunden ist. Im Ergebnis zeigen beide Entscheidungen eine wenig überraschende und in der Sache überzeugende Verhältnismäßigkeitsprüfung auf, die auf in vorangegangenen Entscheidungen ausgeflaggte Maßstäbe zurückgreift und auf diese Weise auch den gerichtlichen Umgang mit einer allgemeinen Impfpflicht vorhersehbar machen würde.

Eine interessante subjektive Perspektive findet sich in der deutschen Diskussion bei der grundrechtlichen Beurteilung einer Impfpflicht. So wurde argumentiert, das Ausmaß des grundrechtlichen Eingriffs, wie ihn eine Impfpflicht bedeute, dürfe nicht allein objektiv-abstrakt bewertet werden, sondern müsse vielmehr auch subjektiv-individuelle Befindlichkeiten berücksichtigen.³³ Damit müsste aber die gesamte deutsche Grundrechtsdogmatik umgestellt werden – von einer der Aufklärung verpflichteten rationalen Rechtskontrolle hin zu einem ins Esoterische abgleitenden Wohlfühlschutz bei gleichzeitiger Überhöhung eigener Wahrnehmungen.³⁴ Eine solche Argumentation findet bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit (oder bei der Meinungsfreiheit) sicherlich eine plausible und innerlich stimmige Grundlage, denn Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit sollen gerade vor Mehrheitsmeinungen schützen und das subjektive Empfinden in das Zentrum rücken.³⁵ Eine solche Eigenlogik lässt sich aber gewiss nicht auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit übertragen und erst recht dann nicht, wenn ein Ausgleich mit kollidierenden Grundrechten gefunden werden muss. Hier zeigt sich schon, wann das subjektive Element überhaupt relevant werden darf. Nämlich bei der Frage, ob ein grundrechtlicher Schutzgehalt betroffen ist – nicht aber dann, wenn es um einen Ausgleich grundrechtlicher Schutzgüter oder die Frage geht, wie intensiv ein Grundrechtseingriff sein darf.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht ist denn auch in seiner Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit einer Masern-Impfpflicht nicht auf einen solchen subjektiven Abwägungsmaßstab eingegangen.³⁷

IV. Besonders geschützte Bereiche

Die deutsche Rechtsprechung hat auf Eingriffe in die Glaubensfreiheit und der Versammlungsfreiheit mit einer stark kontextbezogenen

³³ So *Sacksofsky*, *Verfassungsblog* v. 21.01.2022, <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

³⁴ Daher zurecht kritisch *Gärditz*, *Verfassungsblog* v. 24.01.2022, <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/> (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

³⁵ Vgl. hierzu *Gärditz*, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

³⁶ Siehe *Gärditz*, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Zugriff zuletzt am 2.11.2022).

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 21.07.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

Verhältnismäßigkeitsprüfung reagiert, die zu deutlichen Lockerungen geführt hat. Hier scheint ein besonderer Schutz bestimmter Grundrechte als „preferred freedoms“ auf. Diese kontextbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung soll im Folgenden näher betrachtet werden.

1. Glaubensfreiheit

Neben einer durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihren verschiedenen, national differenzierenden Ausprägungen gewonnenen Rationalisierung grundrechtlicher Einschränkungen tritt insbesondere in der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts eine materielle Dimension. Nicht nur müssen Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten rational begründbar und überprüfbar, konsistent und widerspruchsfrei sein, ihre Zulässigkeit hängt auch stark vom Gegenstand des Schutzes ab.

Dabei lassen sich zwei Linien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beobachten: Zum einen die stärkere Gewichtung bestimmter Grundrechte, etwa der Glaubensfreiheit, und zum anderen die kreative Neuschöpfung weiterer Grundrechte. Zu dieser zweiten Kategorie gehören das „Recht darauf, nicht allein gelassen zu werden“, ein „Recht auf Sicherung derjenigen Lebensbedingungen, die für ein gesundes Aufwachsen erforderlich sind“ und das „Recht auf schulische Bildung“.

Als eines in seiner Schutzdimension besonders stark wirkendes Grundrecht hat das Bundesverfassungsgericht die Glaubensfreiheit ausgemacht. Die Glaubensfreiheit stellt eines der exponiertesten Grundrechte des Grundgesetzes dar – positioniert unmittelbar nach dem Bekenntnis zur Menschenwürde, dem Recht auf Leben und dem Gleichheitsrecht.³⁸ Das Recht wird traditionell sehr weit verstanden und erfasst neben dem Recht, sich für einen Glauben zu entscheiden und diesen zu haben auch das Recht, diesen auszuleben und sein gesamtes Verhalten entsprechend auszurichten.³⁹ So überrascht es nicht, dass das Bundesverfassungsgericht Verbote von Gottesdiensten für mit dem Grundrecht unvereinbar erklärt hat, die keine Ausnahmegenehmigungen zuließen⁴⁰ oder sie in der ersten und unsichersten Phase der Pandemie zuließ, zugleich aber vom Gesetz- und Ordnungsgeber verlangte, jederzeit das Risiko neu zu bewerten und es mit Ausnahmeregelungen oder regionalen Begrenzungen dynamisch zu berücksichtigen⁴¹. Dahinter steht zum einen der evidenzbasierte Ansatz des Gerichts, grundrechtseinschränkende Maßnahmen nur insoweit zuzulassen, wie sie vertretbar als medizinisch gerechtfertigt angesehen werden (Orientierung an einer „sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der [...] verfügbaren

³⁸ Ungern-Sternberg in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 21 Rn. 19.

³⁹ Ungern-Sternberg in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, Handbuch des Verfassungsrechts, § 21 Rn. 19, 41 u.a., unter Verweis auf BVerfGE 32, 98 (106).

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 29.04.2020, 1 BvQ 44/20.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Rn. 14.

Informationen und Erkenntnismöglichkeiten“).⁴² Zum anderen wird in der betreffenden Entscheidung deutlich, für wie wichtig das Gericht das (gemeinsame) Erleben und Erfahren religiöser Gefühle erachtet – und dies nicht aufgrund objektiver Maßstäbe, sondern vor dem Hintergrund der (subjektiven) Überzeugungen des Grundrechtsträgers und seiner Religionsgemeinschaft.⁴³ Aber hier stellt sich die zentrale Frage, weshalb die Glaubensfreiheit den Staat zwingt, höhere Gesundheitsrisiken bei Gottesdiensten und anderen religiösen Veranstaltungen hinzunehmen als andere Freiheiten.

2. Schutz der Interaktion mit anderen Menschen

Weniger mit persönlichen Befindlichkeiten und einem Wohlfühlschutz hat das vom Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete „Recht darauf, nicht allein gelassen zu werden“ zu tun. Es leuchtet unmittelbar ein, dass Kern jeder Persönlichkeitsentwicklung des Menschen der Kontakt zu und die Interaktion mit anderen Menschen ist. So betont das Bundesverfassungsgericht:

„Anderen Menschen überhaupt begegnen zu können, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von konstituierender Bedeutung“.⁴⁴

Es bleibt jedoch völlig rätselhaft, wieso das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur sog. „Bundesnotbremse“, also dem bundesweiten Lock-down mit dem an eine Inzidenz von 100 gekoppelten Verbot privater Zusammenkünfte mit mehr als einer haushaltsfremden Person,⁴⁵ ein neues Recht auf sozialen Kontakt neben der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Fortbewegungsfreiheit konstruieren musste. Außerdem war eine Vereinzelnung, gar Vereinsamung von Menschen war nie ernsthaft zu befürchten. Kontakt durfte immer gesucht und gehalten werden, wenn auch nur in reduziertem Maße. So durfte man sich zwar nicht zu viert treffen, wohl aber mit vier Personen nacheinander. Auch hat der Staat – anders als dies das Bundesverfassungsgericht impliziert – keine Gewährleistungsverantwortung dafür, dass seine Bürger Personen finden, „die sich gerade mit ihnen treffen [wollen] und dafür bereit [sind], auf alternative Begegnungsmöglichkeiten zu verzichten.“⁴⁶ Ein hieraus resultierender und rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in ein Recht, das allein davor schützen soll, dass sämtliche Kontakte verboten und eine Vereinsamung geradezu verordnet wird, kann nicht überzeugen und muss sich den Vorwurf argumentativer Beliebigkeit aussetzen. Es bleibt ein frei konstruiertes Grundrecht ohne jegliche Fallrelevanz,

⁴² Siehe nur BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

⁴³ Im konkreten Fall: BVerfG, Beschl. v. 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Rn. 11.

⁴⁴ BVerfGE 159, 223 (223; 278) – Bundesnotbremse I.

⁴⁵ Siehe § 28b IfSG in damals geltender Fassung im Sachbericht von BVerfGE 159, 223 (230) – Bundesnotbremse I.

⁴⁶ BVerfGE 159, 223 (278) – Bundesnotbremse I.

mit dem das Bundesverfassungsgericht neues Verfassungsrecht fernab jeglichen Verfassungstextes und notwendiger Entscheidungserheblichkeit schafft.⁴⁷

3. Schulische Bildung

Scheinbar freundlich, an ein rotbäckiges Kind in lieblicher Landschaft erinnernd, erscheint eine weitere Grundrechtsinnovation des Bundesverfassungsgerichts in seiner zweiten Entscheidung zur sog. Bundesnotbremse. Es konstruiert vor dem Hintergrund von Schulschließungen und Online-Unterricht aus Art. 2 Abs. 1 GG – also der allgemeinen Handlungsfreiheit – das „Recht auf Sicherung derjenigen Lebensbedingungen, die für ein gesundes Aufwachsen erforderlich sind“ und ein daraus in Verbindung mit dem staatlichen Schulauftrag nach Art. 7 GG abgeleitetes „Recht auf schulische Bildung“.⁴⁸

Hinter dieser Kreation verbergen sich massive Wertungsverschiebungen in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung: Die Schaffung eines Rechts auf ein gesundes Aufwachsen setzt zwingend voraus, dass bestimmt werden muss, was für ein gesundes Aufwachsen und die dafür notwendigen Lebensbedingungen notwendig ist.⁴⁹ Diese Definitionsmacht kann nur beim Staat liegen. Hier konkurrieren am Ende der Gesetzgeber und die Gerichte um das letzte Wort. Das entfernt sich sehr weit von dem, was das Grundgesetz nach den Erfahrungen der NS-Diktatur eigentlich wollte, nämlich die Verantwortung für Erziehung und gesundes Aufwachsen im Regelfall denen zu überlassen, die es am besten können – den Eltern.⁵⁰ Wenn nun aber der Staat definieren soll, was ein gesundes Aufwachsen ermöglicht, so gelangt man vom Bild des rotbäckigen Kindes schnell zu George Orwell, auch wenn dies dem Verfassungsgericht sicherlich völlig fernlag.

Noch einen Schritt weiter geht das Bundesverfassungsgericht, wenn es aus diesem Recht ein Recht auf schulische Bildung ableitet. Anders als etwa die meisten deutschen Landesverfassungen und die spanische Verfassung in Art. 27 erklärt das Grundgesetz die Schulbildung zum Auftrag des Staates, normiert aber gerade kein subjektives Recht, sondern eine „Organisations- und Aufgabennorm“.⁵¹ Mit seiner Entscheidung zu den coronabedingten Schulschließungen hat das Bundesverfassungsgericht diese Aufgabennorm nun unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 1 GG (die allgemeine Handlungsfreiheit, nicht das eigentlich doch näher

⁴⁷ Vgl. allgemein zur Geltung von Verfassungsrecht in seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht *Lepsius*, in *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, *Das entgrenzte Gericht*, 3. Aufl. 2019, S. 161 (162 ff., 167 ff.).

⁴⁸ BVerfGE 159, 355 (381 f.) – Bundesnotbremse II.

⁴⁹ *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (530).

⁵⁰ Vgl. *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (530); *Badura*, in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 6 Rn. 89 aE.

⁵¹ *Brosius-Gersdorf*, in *Dreier GG*, Art. 7 Rn. 20 (mit Zitat). Weitergehend mwN *Badura*, in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 7 Rn. 2 Fn. 3.

liegende allgemeine Persönlichkeitsrecht!)⁵² versubjektiviert.⁵³ So hat sich das Gericht eine Grundlage geschaffen, auf der es – wie das spanische Verfassungsgericht⁵⁴ – Unterrichtsausfälle und digitale Angebote auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen konnte. Einen Verstoß konnte es letztlich aber nicht erkennen. Man fragt sich aber auch in diesem Fall, wieso es überhaupt dieser kreativen Neuschöpfung von Grundrechten bedarf. Schließlich kam der Staat schon relativ schnell selbst auf die Idee, digitalen Unterricht anzubieten (wenn auch zunächst eher schlecht als recht) Hier scheint wiederum das Bedürfnis auf, auch die schwierigsten und unübersichtlichsten Situationen noch mit verfassungsrechtlicher Überwachung bewältigen zu können.

4. Versammlungsfreiheit

Im Fall *CGAS v Suisse* hat der Europäische Gerichtshof mit einer sehr dürftigen Begründung ein mehrwöchiges Versammlungsverbot für Gewerkschaften als unverhältnismäßig eingestuft⁵⁵ und dabei Sensibilität für die gesundheitliche Risiken für Menschenansammlungen vermissen lassen.⁵⁶ Dieses Verdikt zeigt noch die vertraute Sehnsucht einer heilen Welt klassischer Freiheitsrechte auch noch zu einem Zeitpunkt zu bewahren, in dem sich über die Hälfte der Menschheit in einem strengen Lockdown befunden haben.⁵⁷ Der Gerichtshof erkennt zwar die Bedrohung, die das Coronavirus für die Gesellschaft und die öffentliche Gesundheit darstellt, aber er räumt der Freiheit, sich in einer demokratischen Gesellschaft friedlich zu versammeln, und insbesondere den Themen und Werten, die der klagende Verein gemäß seiner Satzung verteidigt, überragende Bedeutung zu. Aufgrund des allgemeinen Charakters und der beträchtlich langen Dauer des Verbots von öffentlichen Veranstaltungen, die in den Tätigkeitsbereich des klagenden Vereins fallen, sowie der Art und der Schwere der vorgesehenen Sanktionen, kommt der Straßburger Gerichtshof zu dem Schluss, dass der Eingriff in die Ausübung der durch Artikel 11 EMRK geschützten Rechte nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen stand.⁵⁸

An dieser Entscheidung haben drei Richter überzeugende Kritik geübt. In diesem Urteil des EGMR scheint eine problematische Kategorie besonders privilegierter Freiheiten auf, die sich durch besonders wertvolle Zielsetzungen definiert. Dies wirft grundsätzliche Probleme auf, denn die Werte, denen sich eine Vereinigung verschreibt können doch nicht darüber entscheiden, welche Gesundheitsrisiken

⁵² Zurecht hierauf bereits in Bezug auf das „Recht auf ein gesundes Aufwachsen“ hinweisend *Nettesheim*, JZ 2022, 525 (531).

⁵³ BVerfGE 159, 355 (382 f.) – Bundesnotbremse II.

⁵⁴ Spanisches Verfassungsgericht, Urt. v 14.07.2021, STC 148/21.

⁵⁵ EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

⁵⁶ In diesem Sinne: Abw. Votum der Richter Ravarani, Seibert-Fohr und Roosma.

⁵⁷ *McQuigg*, *The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights*, <http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/> (Zugriff zuletzt 2.11.2022).

⁵⁸ EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./. Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, Rn. 91.

aufgrund einer Versammlung hinzunehmen sind. Der Staat gerät auch in gefährliches Fahrwasser, wenn er Ziele privater Verbände nach ihrem inhaltlichen Wert abstuft. Sonst müsste er darüber entscheiden, ob eine Demonstration gegen eine angebliche Corona-Diktatur des Staates wegen des dahinterstehenden Protestpotentials besonders wertvoll ist, oder wegen der dahinterstehenden Falschinformation eher geringeren Schutz verdient.

V. Schluss

Die europäische Staatenpraxis und die europäische Verfassungsrechtslehre und die Judikatur zur EMRK zeigen das starke Bemühen Pandemien mit dem Standardarsenal unserer Verfassungsordnung zu bewältigen und im Rahmen des Möglichen, Inseln Bürgerlicher Freiheit zu erhalten. Auf der anderen Seite hat das Bemühen um finanzielle Freiräume sehr stark die Neigung gefordert den finanziellen Ausnahmezustand zu bemühen und dabei eine ganze Reihe roter Linien zu überschreiten. Ein prominentes Beispiel ist die Schaffung des europäischen Wiederaufbaufonds als Instrument der massiven Schuldenaufnahme durch die Europäische Union und der Umverteilung im europäischen Raum mit der Europäische Kommission als neuem Europäischem Schatzamt.⁵⁹ Viele dieser Mittel sind bis heute noch nicht ausgegeben oder überhaupt zugewendet.

Hier zeigt sich eine in Zeiten der Krise verständliche „Janus-Köpfigkeit“ im Umgang mit dem Recht: einerseits strikte Konditionierung staatlicher Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre und andererseits starke Elastizität rechtlicher Regelungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der aktuellen Generation. Dies ist vielleicht eine unausweichliche Konzession an die menschliche Natur in Zeiten der Krise.

⁵⁹ Herdegen, Die EU wird zur neuen Verteilungsmacht, Neue Zürcher Zeitung v. 24.03.2021.

TRADUZIONE IN ITALIANO

La lotta contro la pandemia tra normalità costituzionale e stato di eccezione

I. Stato di eccezione costituzionale o eccezione statutaria nella normalità costituzionale

Lo Stato d'eccezione esercita da sempre nel pensiero giuridico e politico uno speciale fascino, come dimostra la discussione di Carl Schmitt fino a Giorgio Agamben.⁶⁰ Ben oltre l'analisi normativa, ingerenze moderate nell'ordinaria condizione della libertà civile causano pavloviani riflessi che impegnano le categorie di emergenza, abuso di potere e usurpazione di potere. In Germania e in altri Paesi a migliaia hanno dimostrato contro la presunta Dittatura da Coronavirus. La modifica della legge sulla protezione dall'infezione⁶¹ sul superamento della crisi da Coronavirus è stata titolata da alcuni scienziati del diritto, in reminiscenza della presa di potere nazionalsocialista, come legge di autorizzazione. Questa interpretazione scandalosa impone un'analisi realistica.

I nostri Stati della vecchia Europa hanno voglia, anche nei momenti di crisi, di normalità costituzionale. Questa normalità irradia stabilità e suggerisce controllo e dominio del pericolo. Soltanto lo Stato totalitario opera nel modo delle continue pretese ai propri sudditi come un regime, che è vincolato all'esaltazione della comunità o alla sua missione ideologica. Proprio per lo Stato totalitario, la minaccia costante è elisir di vita. Di contro, lo Stato liberale di diritto muove dalla sicurezza della libertà individuale e con ciò dalla (condizione di) normalità⁶². In questo senso, la vita giuridico statale ha tratti non eroici e anche dai cittadini non si aspetta sacrifici eroici.⁶³ Certamente molte delle nostre Costituzioni conoscono le condizioni di emergenza e di eccezione, con l'attribuzione di particolari competenze. Ma la proclamazione di una condizione di emergenza o di eccezione è indizio della confessione, che le normali funzioni dello Stato sono arrivate ai limiti della loro capacità di prestazione.

Di contro, il superamento di una grave crisi senza il ricorso a poteri di emergenza mostra la elasticità e la resilienza della Costituzione, secondo il modo della normalità. Ciò si è reso visibile anche in Germania in relazione alle in parte gravi misure per il superamento della crisi dovuta alla pandemia. Certamente noi non sfuggiamo in presenza di gravi crisi al regime delle misure straordinarie. Esso, tuttavia, è caricato soltanto al livello della legge ordinaria. In Germania un

⁶⁰ Cfr. Schmitt, *Politische Theologie*, 1922; Agamben, *Stato di eccezione*, 2003.

⁶¹ Infektionsschutzgesetz (IfSG).

⁶² Isensee, *Recht als Grenze – Grenze des Rechts*, 2009, p. 197 ss.

⁶³ Isensee, *Recht als Grenze – Grenze des Rechts*, 2009, p. 198.

complesso di limitazioni di libertà dipende soltanto dal fatto che il Parlamento (Bundestag) ha dichiarato “lo stato epidemico di portata nazionale”⁶⁴.

Ciò mostra già che lo stato di eccezione proclamato dal legislatore conduce ad un condominio di Parlamento ed Esecutivo.

La Repubblica di Francia ha reagito alla crisi pandemica non con i pieni poteri speciali del Presidente quale *salvator patriae*, secondo l’art. 16 della Cost. francese. Molto di più, il legislatore ordinario francese ha creato la figura dello stato di emergenza sanitaria (“*état d’urgence sanitaire*”), alla quale si connettono ampi poteri di ingerenza nella sfera delle libertà civili, fino ad una regolazione dei prezzi⁶⁵.

In Ungheria la maggioranza di governo in Parlamento ha usato la crisi pandemica per realizzare un massiccio spostamento di potere a favore dell’Esecutivo. Da allora, il Governo può senza approvazione del Parlamento prorogare lo stato di emergenza e in questo modo emanare decreti aventi forza di legge⁶⁶.

In Spagna il Governo è andato per una strada particolare. Per conferire una copertura costituzionale alle misure di emergenza sanitaria si è servito del primo livello delle condizioni costituzionali della situazione eccezionale. Ha proclamato, cioè, il cd. stato di allarme, che ammette la limitazione di diritti fondamentali. L’ulteriore privazione di efficacia di diritti fondamentali, invece, rientra nel secondo e terzo livello dell’emergenza (riservati, rispettivamente allo stato di eccezione e allo stato d’assedio)⁶⁷.

Il giudice costituzionale spagnolo, però, ha classificato questi piuttosto ampi blocchi di uscita (lockdown) con solo un numero chiuso di ammessi alla circolazione e alla mobilità, non come sospensione bensì come un (vero e proprio) annullamento della libertà di circolazione, poiché nella specie si tratta -secondo quel giudice- di una grave violazione che condiziona già la libertà di movimento in sé attraverso una stretta giustificazione⁶⁸. Secondo questa prospettiva o la limitazione dei diritti di libertà è stata eccessiva o il governo è stato troppo prudente con riguardo alla fase successiva dello stato di eccezione, mentre avrebbe dovuto subito entrare nel secondo livello della condizione di emergenza.

⁶⁴ § 5 Infektionsschutzgesetz.

⁶⁵ Beaud/Guérin Bargues, *L’état d’urgence sanitaire: était-il judicieux de créer un nouveau régime d’exception?*, in Gephart, *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 103.

⁶⁶ Herdegen, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher (Hrsg), *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 1 Para. 26.

⁶⁷ Art. 55 Abs. 1 Cost. spagnola.

⁶⁸ Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.7.2021, STC 148/21; Zitat: „Tal restricción aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto.”

Al diritto pubblico tedesco è estranea la linea di demarcazione tra restrizione e revoca di diritti di libertà, anche proprio il previsto rispetto del “valore essenziale” di un diritto fondamentale (art. 19 comma 2 GG) significa soltanto un rafforzamento del giudizio di proporzionalità in relazione alla crescente intensità dell’ingerenza nella sfera di garanzia di un diritto fondamentale. Negli stati del Sud della Germania si è giunti a temporanee molto ampie limitazioni della libertà di circolazione che, in questo senso, sono state sottoposte a controllo soltanto in merito alla proporzionalità della misura intrapresa. Anche per il divieto di partecipare alle cerimonie religiose (la Santa Messa), che tocca il cuore della libertà di fede, la giurisprudenza ritiene possibile un’eccezione “nella misura in cui può plausibilmente essere impedito un rilevante innalzamento del pericolo di infezione”⁶⁹.

II. Proporzionalità

I provvedimenti adottati per la lotta contro la pandemia da Coronavirus creano conflitto e tensione tra interessi da tutelare e le libertà limitate. Questo conflitto deve risolversi attraverso il metodo del bilanciamento. Ingerenze nei diritti di libertà devono essere bilanciati con la tutela della vita e della salute (tutela contro la propagazione di malattie) ed essere esaminati e giudicati circa la loro proporzionalità nel quadro di un concetto grosso modo convincente e coerente.

Nella Pandemia da Coronavirus si poneva, tanto per il legislatore quanto per il governo e l’amministrazione la sfida che, per un verso, molti aspetti della diffusione del virus, fino all’esaurimento della capacità degli ospedali di gestire l’emergenza, restavano incerti e d’altro verso la Pandemia e le misure di contrasto ad essa emergevano in quasi tutti gli ambiti della vita pubblica e privata. Tanto per i pericoli connessi al rischio di estensione del virus quanto anche per l’effetto di tutela delle misure di lotta, vi erano incertezze estreme. A questa sfida doveva reagire l’impiego del principio di proporzionalità. Per la valutazione di scenari così complessi il principio di proporzionalità concede in partenza una significativa dose di ambito di valutazione discrezionale.

Il Consiglio di stato francese, per il controllo di proporzionalità, pone grande cautela in relazione al controllo della discrezionalità del legislatore, limitandosi ad un controllo di evidenze. In una direzione simile va anche la giurisprudenza del giudice federale svizzero. La giurisprudenza tedesca, invece, ha a che fare con il legislatore e l’Esecutivo in modo evidentemente più rigoroso.

Se lo stato della scienza e il sapere disponibile ammettono incertezze in relazione alla catena causale e all’entità del rischio accertato, al legislatore e -a valle- all’esecutivo spetta invece un ampio spazio di discrezionalità per la determinazione delle misure da adottare⁷⁰. Dal punto di vista dogmatico il Tribunale costituzionale federale si appoggia al criterio di idoneità e, a tal riguardo, rimette al legislatore una prerogativa di apprezzamento. Ciò significa che il legislatore primariamente

⁶⁹ BVerfG, Sent. del 29.4.2020, 1 BvQ 44/20.

⁷⁰ Kersten/Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2021, p. 95, 97 et seqq.

decide da sé sull'idoneità di una misura. Lo spazio di discrezionalità del legislatore si riferisce, in proposito, all'apprezzamento e valutazione delle relazioni, per es., delle prognosi necessarie e della scelta dei mezzi per raggiungere i suoi scopi. Una disciplina non è più idonea se in nessun modo può favorire la realizzazione dello scopo del legislatore o addirittura influisce in senso contrario a tale scopo⁷¹. Importanti limitazioni di libertà fondamentali, come ci sono, richiedono, dato un incerto sapere tacito e di esperienza, la giustificazione in ragione dei rischi gravi presenti nella fattispecie.

Come limite dello spazio preventivo di valutazione discrezionale vale però il principio che effettive incertezze in relazione a gravi compressioni dei diritti fondamentali -quali esistono in relazione a limitazioni della libertà di circolazione- non vanno a carico dei titolari del diritto in questione. Il giudizio costituzionale è però anche qui limitato all'ammissibilità/ragionevolezza del giudizio prognostico compiuto dal legislatore. In una tale situazione di incertezza scientifica la precauzione giustifica o esige perfino misure di protezione nel quadro di una "ragionevole" gestione del rischio.⁷²

In Germania il controllo di misure, con le quali il legislatore ordinario vuole contrastare la presunta condizione di pericolo si estende in principio anche al punto se la supposizione in questo senso del legislatore abbia fondamenti solidi⁷³. Il Tribunale costituzionale federale esamina al riguardo l'affidabilità dei fondamenti da cui il legislatore ha dedotto lo stato di pericolo. Secondo la particolarità dell'ambito materiale in discussione, del significato dei beni giuridici in gioco e delle possibilità del legislatore di formarsi un giudizio sufficientemente sicuro, il controllo costituzionale può passare da un controllo soltanto di evidenza ad un controllo di plausibilità fino ad un intensivo controllo di natura sostanziale⁷⁴. Metaforicamente parlando, risulta in questo modo un movimento a fisarmonica dell'intensità del controllo che proporzionalmente si estende e si contrae in ragione della particolarità dell'ambito materiale e della rilevanza dei beni giuridici. Più grande è l'insicurezza sulla condizione di pericolo e sulle conseguenze relative di natura sociale ed economica, più ampi sono gli spazi di apprezzamento discrezionale del legislatore e dell'esecutivo⁷⁵. Tanto più a lungo vige una disciplina prodotta e pertanto il legislatore avrebbe potuto acquisire fondate conoscenze, tanto meno esso può poggiarsi sulle sue prognosi incerte⁷⁶.

Per una durevole condizione di pericolo come la pandemia da Coronavirus il legislatore ordinario deve tanto più porre a base valutazioni più congrue e fondate quanto più a lungo durano le pesanti misure adottate per combattere il pericolo. Ma lo Stato non può accollarsi alla fine grandi pericoli per l'integrità fisica e la vita

⁷¹ BVerfGE 159, 355 (407) – Bundesnotbremse II.

⁷² Herdegen, *The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law*, in Gephart (Hrsg), *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 170.

⁷³ BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

⁷⁴ BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

⁷⁵ Kersten/Rixen, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, 2021, p. 99.

⁷⁶ BVerfGE 159, 223 (308) – Bundesnotbremse I.

anche perché non ha in modo sufficiente contribuito a che fossero esplorate alternative più riguarde delle libertà, per la difesa da questi pericoli⁷⁷.

Inoltre, conoscenze scientifiche certe e un alto peso che hanno le limitazioni di diritti fondamentali restringono la sfera di apprezzamento discrezionale del legislatore⁷⁸.

In molti Stati il governo si appoggia, ad ogni modo, non su poteri costituzionali eccezionali bensì si premura di ottenere un'autorizzazione dal legislatore la quale si limita unicamente ai grandi rischi per la salute pubblica⁷⁹. Anche in merito all'intensità del controllo costituzionale risultano differenze nell'applicazione da parte degli Stati europei. Il giudice costituzionale francese si limita, con riguardo all'esame del principio di proporzionalità, ad un controllo di sola evidenza⁸⁰. Esso sottolinea nella sua decisione sui limiti all'uscita, dell'ottobre 2020, che non dispone esso stesso di un potere di generale apprezzamento e decisione in forma eguale a quella del Parlamento e in relazione ad incertezze sullo sviluppo della condizione pandemica non può decidere sull'esistenza di una catastrofe relativa alle condizioni di salute⁸¹.

Anche il Tribunale federale svizzero ha più volte dovuto decidere sulla compatibilità dei provvedimenti adottati contro il Coronavirus con i diritti di libertà individuale. Questo Tribunale federale esercita, del pari, soltanto un controllo prudente allorché si pongono espresse questioni di valutazione dell'esercizio di potere discrezionale, sottolineando che "fino a quando nessuna norma giuridica stabilisce quanto alto è il rischio accettabile o, rispettivamente, il livello necessario di tutela, non può determinarsi dove sia il confine tra i rischi ammessi e quelli non ammessi. In principio non è compito del giudice ma dell'autorità competente adottare il regolamento o delle competenti autorità di settore, definire la condizione di rischio accettabile"⁸².

Al livello internazionale in fine la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) si è occupato in molte sentenze delle misure anti-Coronavirus⁸³. Nessuno Stato ha finora dichiarato l'emergenza sotto la copertura di norme della Convenzione

⁷⁷ Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, 2022 (im Erscheinen), p. 224.

⁷⁸ BVerfG, Decisione da 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a., Para. 108.

⁷⁹ Herdegen, *The Corona Crisis: Challenges for the Socio-Cultural Underpinnings of Constitutional and EU Law*, in Gephart, *In the Realm of Corona Normativities*, 2020, p. 170.

⁸⁰ Conseil Constitutionnel, Decisione Nr. 2020-808 DC da 13.11.2020, Para. 6, Zitat: „(...) Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente de l'ensemble du territoire français.“; Decisione Nr. 2020-811 DC da 21.12.2020, Para. 4.

⁸¹ Conseil Constitutionnel, Sent. nr. 2022-835 DC da 21.1.2022, Para. 14.

⁸² Schweizer Bundesgericht, 2C_941/2020, Sentenza del 8.7.2021, 3.2.5.

⁸³ McQuigg, *The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights*, in <http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). La giurisprudenza EDU si muove ampiamente entro i binari del tradizionale giudizio di proporzionalità⁸⁴.

In un caso la Corte di Strasburgo ha ritenuto quale violazione dell'art. 3 CEDU l'alloggiamento comune di un migrante con nuovi arrivati richiedenti asilo in quarantena a causa del relativo rischio per la salute⁸⁵.

In Germania si delinea talvolta una chiara sovrastima di determinati diritti di libertà nei confronti del diritto alla vita. Nel senso di tale sovrastima, con riguardo a limitazioni della personale libertà di circolazione, alcune voci tra gli studiosi di diritto pubblico hanno maturato l'idea di lamentare una perdita della razionalità argomentativa o perfino di impegnare il valore della dignità umana. Non si comprende, tuttavia, perché nelle limitazioni dell'uscita o della quarantena debba sussistere una violazione della personale pretesa di rispetto di un uomo se si tratta -d'altro verso- della tutela della vita (propria e altrui). Inoltre, deve constatarsi che la vita, come un bene supremo della nostra Costituzione, non può essere posposta ad alcun altro diritto fondamentale. Anche la dignità umana non fonda alcun diritto del singolo di svilupparsi nel nucleo della sua identità a discapito delle chances di vita degli altri⁸⁶.

Di fatto, come valvola per il corsetto della stretta normatività del diritto costituzionale tedesco, le regole della legge sulla protezione dall'infezione prevedono una serie di eccezioni alle limitazioni imposte alla vita pubblica o privata⁸⁷.

In Spagna un tale meccanismo di regola-eccezione funziona esattamente al contrario. Qui, le limitazioni all'uscita sancite durante la pandemia sono state qualificate come sottrazione o cessazione („privación“ / „cesación“) del diritto dal *Tribunal Constitucional*. Il giudice costituzionale spagnolo muove dalla premessa che, se i decreti del governo esistono alle menzionate condizioni, allora il diritto di libertà di circolazione già in partenza non esiste più e soltanto in casi eccezionali ad esso si fa ancora ricorso⁸⁸.

La comparazione internazionale della relazione costituzionale con la crisi da Coronavirus mostra il tentativo, caratteristico per il diritto pubblico tedesco, di interessarsi in modo massimamente normativo alle crisi. L'insistere sulla normalità, dal punto di vista del diritto pubblico, testimonia della speciale capacità della Costituzione tedesca, quanto meno nelle situazioni di emergenza che non si basano su una guida umana, di superare con lo strumentario standard impiegato per l'ordinaria difesa dal pericolo e, così, nel quadro della normalità costituzionalità⁸⁹.

⁸⁴ Jovičić, *COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights*, ERA Forum 2021, 546 mwN.

⁸⁵ EGMR, *Feilazoo ./. Malta*, Beschwerde Nr. 6865/19, Sent. del 11.3.2021.

⁸⁶ Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, 2022, p. 225.

⁸⁷ Tra le altre: §§ 5 Abs. 2 Nr. 4 b), 20 Abs. 9 S. 8 IfSG e in particolare „die Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 vom 8.5.2021“.

⁸⁸ Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.07.2021, STC 148/21.

⁸⁹ V. Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020.

In questo modo, la crisi da Coronavirus mostra senz'altro e certamente l'efficienza di rendimento del *Grundgesetz* nella condizione di crisi⁹⁰.

Nonostante tutte le differenze nell'intensità dei controlli giurisdizionali emergono, nello spazio giuridico europeo, determinate assi comuni del giudizio di proporzionalità: esse orientano lo spazio di decisione del legislatore e dell'esecutivo in relazione all'idoneità di ingerenze nella libertà e in merito all'adeguatezza della misura di tutela, quale risultato di un bilanciamento. Più sicure sono le conoscenze acquisite con l'esperienza e le conoscenze scientifiche nei rischi da infezioni, sulle vie della diffusione del contagio, più ristrette sono le maglie del giudizio prognostico degli organi statali, lo stesso vale per le conoscenze sulle ripercussioni gravose delle misure di prevenzione (per es., nelle conseguenze o ripercussioni sulla formazione scolastica, pericoli eccezionali per l'integrità fisica e la vita). Eventi incisivi nella sfera di libertà possono persino fondare obblighi di tutela dello Stato alla prevenzione.

Più lacunosa è la conoscenza disponibile, tanto più fortemente sono vincolate normazioni e amministrazione per una progressiva conoscenza e un controllo delle misure all'attuale condizione di conoscenza. Ciò vale soprattutto per i provvedimenti di lunga vigenza. Più intensa è la conoscenza disponibile, in modo più preciso il legislatore parlamentare deve guidare l'amministrazione nel suo programma di regolazione.

III. Obblighi vaccinali

Nell'aprile 2022 il Tribunale costituzionale federale dovette decidere su un obbligo vaccinale riferito all'istituzione⁹¹ e nel luglio 2022 su un obbligo vaccinale contro il morbillo⁹² (sul quale in Germania era stato discusso già prima della crisi del Coronavirus, a causa di una carente immunizzazione di gregge). Entrambe le decisioni si lasciano senz'altro riferire anche alla questione di un generale obbligo vaccinale per il Coronavirus. Poiché nel primo caso si trattava di uno specifico e chiaro rischio da limitare. La seconda sentenza sulla vaccinazione contro il morbillo aveva come oggetto un virus e un preparato vaccinale che da lungo tempo erano noti e che è collegato a poche incertezze in merito alla valutazione del rischio. Nel risultato, entrambe le sentenze evidenziano un giudizio di proporzionalità poco sorprendente e nel complesso convincente, che ricorre a criteri già sbandierati in precedenti decisioni e in questo modo anche le relazioni giurisdizionali con la questione di un generale obbligo vaccinale diventerebbero prevedibili.

Una prospettiva soggettiva interessante si trova nella discussione tedesca circa l'apprezzamento di un obbligo vaccinale in relazione alla garanzia dei diritti fondamentali. E' stato argomentato che la misura dell'ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali, come si intende un obbligo vaccinale, non può essere valutata soltanto dal punto di vista oggettivo-astratto ma molto di più deve prendere in

⁹⁰ Herdegen, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 1 Para. 27.

⁹¹ BVerfG, Decisione da 27.4.2022, 1 BvR 2649/21 u.a.

⁹² BVerfG, Decisione da 21.7.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

considerazione anche le sensibilità soggettivo-individuali⁹³. Con ciò l'intera dogmatica tedesca dei diritti fondamentali deve essere adattata -passando da una dogmatica dei controlli giuridici razionali vincolata al chiarimento fino a una tutela del sentirsi bene (soggettivo) che scivola nell'esoterico, in relazione alla contemporanea sovrastima delle proprie peculiari percezioni⁹⁴. Una siffatta argomentazione trova sicuramente un plausibile e intimamente coerente fondamento nella libertà di coscienza e di religione (o nella libertà di pensiero), poiché libertà di religione, di coscienza e di pensiero devono garantire una tutela nei confronti del pensiero maggioritario e pongono nel centro la sensibilità soggettiva⁹⁵. Ma una tale logica specifica non si lascia certamente applicare alla tutela della inviolabilità del corpo, soprattutto non laddove dev'essere trovato un equilibrio con diritti collidenti. Qui già si mostra quando l'elemento soggettivo possa in generale risultare rilevante. In particolare, cioè, per la questione se è toccato un contenuto di tutela di diritti fondamentali -ma non se si tratta di un equilibrio di beni giuridici di tutela da parte dei diritti fondamentali o se riguarda la questione di quanto intensiva possa essere un'ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali⁹⁶. Il Tribunale costituzionale federale anche nella sua decisione sulla costituzionalità dell'obbligo vaccinale contro il morbillo non si è interessato di un tale criterio di bilanciamento soggettivo⁹⁷.

IV. Ambiti particolarmente tutelati

La giurisprudenza tedesca ha reagito ad ingerenze nella libertà di religione e nella libertà di riunione con un giudizio della proporzionalità rigorosamente riferito al contesto, che ha condotto a evidenti allentamenti. Qui traspare una particolare tutela di determinati diritti fondamentali come "preferred freedoms" (libertà preferite). Questo giudizio di proporzionalità riferito al contesto deve qui di seguito essere più da vicino considerato.

Accanto ad una razionalizzazione delle limitazioni dei diritti fondamentali ottenuta attraverso il controllo di proporzionalità nelle sue diverse connotazioni differenti a livello nazionale entra, in particolare, nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, una dimensione materiale. Non soltanto limitazioni delle libertà fondamentali devono essere giustificabili razionalmente e controllabili, consistenti e coerenti, la loro ammissibilità dipende anche grandemente

⁹³ So Sacksofsky, *Verfassungsblog* del 21.01.2022, in <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

⁹⁴ Quindi giustamente critico Gärditz, *Verfassungsblog* v. 24.01.2022, in <https://verfassungsblog.de/grundrechtsdogmatik-auf-dem-jahrmarkt-der-wahrheiten/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

⁹⁵ V. hierzu Gärditz, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, in <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

⁹⁶ V. Gärditz, *Verfassungsblog* v. 29.01.2022, in <https://verfassungsblog.de/allgemeine-impfpflicht-ein-kleiner-piks-ein-groses-verfassungsrechtliches-problem/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

⁹⁷ BVerfG, Decisione da 21.07.2022, 1 BvR 469/20 u.a.

dall'oggetto della tutela. Al riguardo, si lasciano osservare due linee nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale: una, di più forte peso di determinati diritti fondamentali, ad es. della libertà religiosa, l'altra di una creativa nuova generazione di ulteriori diritti fondamentali. A questa seconda categoria appartengono il "diritto a non essere lasciato solo", un "diritto alla sicurezza delle condizioni di vita che sono necessarie per un crescere in salute" e il "diritto alla formazione scolastica".

1. Libertà religiosa

Il Tribunale costituzionale federale ha determinato la libertà religiosa come un diritto fondamentale la cui efficacia è particolarmente forte nella sua dimensione di garanzia. La libertà religiosa rappresenta uno dei diritti fondamentali più esposti - posizionato immediatamente dopo la professione della dignità umana, del diritto alla vita e del diritto di eguaglianza⁹⁸.

La libertà religiosa viene tradizionalmente intesa in modo molto ampio e comprende, il diritto di scegliere una religione ed avere una fede, il diritto anche di non avere alcuna religione ed orientare in modo corrispondente la propria generale condotta⁹⁹. Così non sorprende che il Tribunale costituzionale federale abbia dichiarato incompatibile con il diritto fondamentale divieti di partecipare alla Santa Messa che non ammettono alcuna deroga¹⁰⁰ o li ammette in una prima e incerta fase della pandemia ma nel contempo esige dal legislatore e dall'autorità amministrativa competente ad adottare ordinanze, di procedere in ogni momento a una nuova valutazione del rischio e considerarlo in modo dinamico nella relazione con le regolazioni eccezionali¹⁰¹. Dietro sta, per un verso, l'approccio del giudice basato sull'evidenza di ammettere misure limitative di diritti fondamentali solo nella misura in cui esse ragionevolmente sono considerate come giustificate dal punto di vista medico (orientamento ad una "valutazione ragionevole e corretta delle [...] informazioni disponibili e delle possibilità di conoscenza")¹⁰². Per altro verso è chiaro nelle sentenze in questione quanto importante il giudice ritenga l'esperienza e la conoscenza dei sentimenti religiosi - e ciò non sulla base di parametri obiettivi ma alla luce delle soggettive convinzioni del titolare del diritto fondamentale e della sua comunità religiosa¹⁰³. Qui, tuttavia, si pone l'interrogativo centrale per quale motivo la libertà religiosa costringa lo stato ad accettare più alti rischi per la salute, in relazione al servizio della Santa Messa e ad altre cerimonie religiose, che per altre libertà.

2. Garanzia dell'interazione con altre persone

⁹⁸ Ungern-Sternberg, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 21 Para. 19.

⁹⁹ Ungern-Sternberg, in Herdegen/Gärditz/Masing/Poscher, *Handbuch des Verfassungsrechts*, § 21 Para. 19, 41 u.a., con riferimento a BVerfGE 32, 98 (106).

¹⁰⁰ BVerfG, Decisione da 29.04.2020, 1 BvQ 44/20.

¹⁰¹ BVerfG, Decisione da 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Para. 14.

¹⁰² Siehe nur BVerfGE 159, 223 (298) – Bundesnotbremse I.

¹⁰³ Im konkreten Fall: BVerfG, sent. del 10.04.2020, 1 BvQ 28/20, Para. 11.

Poco ha a che fare il “diritto a non essere lasciato solo”, dedotto dal Tribunale costituzionale federale dal generale diritto della personalità, con sensibilità personali e con una tutela del sentirsi bene. Traluce immediatamente che il nucleo di ogni sviluppo della personalità dell’uomo è il contatto e l’interazione con altri uomini. Così sottolinea il Tribunale costituzionale federale:

“poter incontrare in generale altri uomini è di importanza costitutiva per lo sviluppo della personalità”¹⁰⁴.

Resta del tutto misterioso come mai il Tribunale costituzionale federale, nella sua sentenza sul cd. “freno d’emergenza federale („Bundesnotbremse“), dunque sul lock-down su tutto il territorio federale con il (collegato con una incidenza del 100/100) divieto di riunioni private con più di una persona estranea al nucleo familiare¹⁰⁵, abbia dovuto costruire un diritto nuovo al contatto sociale accanto alla generale libertà di agire e alla libertà di circolazione. Inoltre, un isolamento, proprio un isolamento di persone non era mai seriamente a temersi. Un contatto poteva sempre essere cercato e tenuto, seppure in una misura ridotta. Così non ci si poteva certamente incontrare in quattro ma si poteva (stare) con quattro persone una accanto all’altra.

Inoltre, lo Stato non ha -diversamente da ciò che il Tribunale costituzionale federale implica- alcuna responsabilità di tutela per il fatto che i suoi cittadini trovano persone “che proprio con loro si vogliono incontrare e per questo sono pronte a rinunciare a possibilità alternative di incontro”¹⁰⁶. “Un’ingerenza, risultante da ciò e bisognosa di giustificazione, in un diritto che deve soltanto tutelare dal fatto che tutti i contatti sono vietati ed è ordinato esattamente un isolamento, non può convincere e deve esporsi ad una critica di arbitrarietà argomentativa. Resta un diritto fondamentale liberamente costruito senza quella rilevanza riferita al caso con cui il Tribunale costituzionale federale crea nuovo diritto costituzionale, lontano da ogni testo costituzionale e da ogni pertinenza con la decisione¹⁰⁷.

3. Formazione scolastica

Evidentemente gentile, ricordando un bambino dalle guance rosse in un paesaggio soave, sembra un’ulteriore innovazione del Tribunale costituzionale federale nella sfera dei diritti fondamentali, nella sua seconda sentenza sul cd. freno d’emergenza federale. Sullo sfondo della chiusure di scuole e lezioni on-line, esso costruisce dall’art. 2 comma 1 GG -dunque dalla generale libertà di agire- il “diritto alla sicurezza di quelle condizioni di vita che sono necessarie per una crescita in salute”

¹⁰⁴ BVerfGE 159, 223 (223; 278) – Bundesnotbremse I.

¹⁰⁵ Cfr. § 28b IfSG in damals geltender Fassung im Sachbericht von BVerfGE 159, 223 (230) – Bundesnotbremse I.

¹⁰⁶ BVerfGE 159, 223 (278) – Bundesnotbremse I.

¹⁰⁷ Cfr. in generale la validità del diritto costituzionale nella sua interpretazione da parte della Corte costituzionale federale Lepsius, in Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 3. Aufl. 2019, p. 161 (162 et seqq., 167 et seqq.).

e un diritto derivato da questo, in connessione con il compito scolastico dello Stato secondo l'art. 7 GG, "alla formazione scolastica"¹⁰⁸.

Dietro questa creazione si nascondono massicci spostamenti di apprezzamento nella giurisprudenza costituzionale: la creazione di un diritto a crescere in modo sano presuppone necessariamente che debba essere determinato ciò che è necessario ai fini di una crescita sana e per le condizioni di vita a ciò necessarie¹⁰⁹. Questa forza definitoria può stare soltanto in capo allo Stato. Concorrono, alla fine, il legislatore e i giudici per l'ultima parola. Tanto, si allontana moltissimo da ciò che veramente la Legge fondamentale voleva dopo le esperienze della dittatura nazista, cioè di affidare di regola la responsabilità per l'educazione e la crescita sana a chi lo può fare nel modo migliore – cioè ai genitori¹¹⁰. Ma se ora lo Stato deve definire ciò che rende possibile una crescita sana si arriva presto dall'immagine del bambino rosso e sano dalla prospettiva del Stato in viso a George Orwell, anche se ciò sicuramente era proprio lontano dal pensiero del giudice costituzionale. Il Tribunale costituzionale federale fa ancora un passo avanti, se da questo diritto deduce poi un diritto alla formazione scolastica. Diversamente, ad es., dalla gran parte delle Costituzioni degli stati federati tedeschi e dalla Costituzione spagnola, l'art. 27 GG prevede espressamente la formazione scolastica come un compito dello Stato ma non regola normativamente nessun diritto soggettivo, soltanto una "norma di organizzazione e di imputazione di compito"¹¹¹.

Con la sua decisione sulle chiusure scolastiche condizionate alla pandemia il Tribunale costituzionale federale ha ipersoggettivizzato¹¹² questa norma (organizzativa) attributiva di un compito soltanto prendendo a riferimento l'art. 2 comma 1 GG (la generale libertà di agire, non il diritto alla personalità senz'altro più appropriato)¹¹³.

Così il giudice si è creato un fondamento su cui -come il Tribunale costituzionale spagnolo¹¹⁴- poteva esaminare la legittimità costituzionale delle carenze di lezioni e delle scelte digitali. Alla fine, però, non poteva riconoscere una violazione costituzionale. Ci si chiede anche in questo caso come mai c'è bisogno in generale di una genesi creativa di diritti fondamentali. In fine già lo Stato stesso arrivò relativamente presto all'idea di offrire una lezione digitale (se anche, all'inizio, piuttosto male che bene). Qui traspare di nuovo l'esigenza di poter superare con il controllo costituzionale anche la situazione più difficile e più confusa possibile.

4. Libertà di riunione

¹⁰⁸ BVerfGE 159, 355 (381 f.) – Bundesnotbremse II.

¹⁰⁹ Nettesheim, *Juristen Zeitung (JZ)* 2022, 525 (530).

¹¹⁰ Cfr. Nettesheim, *JZ* 2022, 525 (530); Badura, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 6 Para. 89 aE.

¹¹¹ Brosius-Gersdorf, in Dreier GG, Art. 7 Para. 20 (con citazione); Badura, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 7 Para. 2 Fn. 3.

¹¹² BVerfGE 159, 355 (382 f.) – Bundesnotbremse II.

¹¹³ Lo ha già giustamente sottolineato in relazione al "diritto a un'educazione sana", Nettesheim, *JZ* 2022, 525 (531).

¹¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale spagnola del 14.07.2021, STC 148/21.

Nel caso CGAS v/ Svizzera la Corte EDU, con una motivazione molto scarna ha inquadrato come non proporzionato un divieto di riunione per più settimane per i sindacati¹¹⁵ e, al riguardo, ha lasciato avvertire la mancanza di sensibilità per i rischi di salute per gli assembramenti di uomini¹¹⁶.

Questo verdetto mostra ancora l'intima nostalgia di proteggere un mondo sano di diritti di libertà classiche, almeno fino al momento in cui oltre la metà del genere umano si è trovato in un severo Lockdown¹¹⁷. La Corte europea riconosce certamente la minaccia che il Coronavirus rappresenta per la società e la salute pubblica ma concede alla libertà di riunirsi pacificamente in una società democratica e in particolare per temi e valori, che l'associazione ricorrente difende secondo il suo statuto, un significato superiore. In virtù del carattere generale e della considerevole lunga durata del divieto di manifestazioni pubbliche, che cadono nella sfera di attività dell'associazione ricorrente, così come della specie e della gravità delle previste sanzioni, la Corte di Strasburgo è giunta alla conclusione che l'ingerenza nell'esercizio dei diritti protetti dall'art. 11 della CEDU non stavano in una relazione adeguata con i fini perseguiti¹¹⁸.

A questa decisione tre giudici hanno espresso una critica convincente. In questa sentenza della Corte EDU traspare una problematica categoria di libertà particolarmente privilegiate che si determina attraverso la posizione di fini particolarmente importanti. Ciò solleva problemi di principio, poiché i valori a cui si dedica una associazione non possono decidere sul punto quali rischi per la salute a causa di una riunione devono accettarsi. Lo Stato finisce per navigare anche in acque pericolose se gradua gli scopi di associazioni private secondo il loro valore sostanziale. Altrimenti esso dovrebbe decidere se una dimostrazione contro una supposta dittatura dello Stato da Coronavirus sia particolarmente importante a causa del potenziale di protesta retrostante o se, invece, merita una minore tutela a causa della retrostante falsa informazione.

V. Conclusione.

La prassi degli stati europei e la dottrina del diritto costituzionale europeo e la giurisprudenza della Corte EDU mostrano lo sforzo intenso di superare la pandemia con l'arsenale-standard dei nostri ordinamenti costituzionali e in una cornice del possibile, mantenere isole di libertà civile. D'altro verso, lo sforzo per spazi finanziari liberi ha preteso, molto forte, l'inclinazione a incomodare lo stato d'eccezione e, al riguardo, a superare una serie di linee rosse. Un esempio eminente è la creazione di fondi europei di ricostruzione come strumento di un massiccio indebitamento attraverso l'Unione Europea e la ripartizione nello spazio europeo

¹¹⁵ EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./ Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

¹¹⁶In questo senso: voto contrario dei giudici Ravarani, Seibert-Fohr e Roosma.

¹¹⁷ McQuigg, *The COVID-19 Pandemic and the European Court of Human Rights*, in <http://qpol.qub.ac.uk/covid-19-pandemic-the-european-court-of-human-rights/> (Ultimo accesso il 2.11.2022).

¹¹⁸ EGMR, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) ./ Suisse*, Beschwerde Nr. 21881/20, para. 91.

con la commissione europea come nuovo ufficio del tesoro europeo¹¹⁹. Molti di questi mezzi non sono stati oggi ancora spesi o in generale indirizzati.

Qui si mostra una “bifrontalità di Giano” comprensibile in tempi di crisi, in relazione con il diritto: per un verso, stretto condizionamento di ingerenze statali nella sfera di libertà individuale e, d’altro verso, una forte elasticità di discipline giuridiche per il soddisfacimento dei bisogni dell’attuale generazione. Questo è, forse, un’inevitabile concessione alla natura umana nei tempi della crisi.

¹¹⁹ Herdegen, *Die EU wird zur neuen Verteilungsmacht*, in *Neue Zürcher Zeitung* del 24.03.2021.