

Noterella in tema di “freno d’emergenza federale” tedesco

di Ylenia Maria Citino

Abstract: Brief Note on the German ‘Federal Emergency Brake’ – A number of questions have been raised about the validity of the so-called ‘federal emergency brake’. Although its implementation expired in June 2021 and the German Federal Court established the constitutionality of the imposed restriction, it is a crucial precedent in assessing the present strain of German federalism. This comment focuses on the constitutional shortcomings of the emergency brake with regards to cooperative mechanisms between levels of government.

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

1. Premessa

Il freno d’emergenza federale (*Bundeseinheitliche Notbremse*, o semplicemente *Bundesnotbremse*), istituito in Germania mediante la quarta modifica alla ‘Legge per la prevenzione e il contrasto delle malattie infettive nell’uomo’ (c.d. *Infektionsschutzgesetz* – IfSG)¹ e concepito per fronteggiare in maniera decisa e organica la crisi economico-sanitaria, ha sottoposto a forti tensioni il federalismo tedesco. In questa succinta analisi si intende ricostruire in maniera critica il quadro normativo e giurisprudenziale legato all’inedito ma interessante istituto. Esso è stato successivamente abrogato, a causa della fine dello stato di emergenza, nondimeno rappresenta un precedente emblematico per chiarire l’impatto dell’emergenza sui federalismi².

Come è noto, la pandemia da Covid-19 ha posto gli Stati di tutto il mondo di fronte a gravi e inaspettate sfide, sollecitando in maniera spropositata tutti i principi cardine dello stato di diritto e del

¹ *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, in *BGBI*, n. 33 del 25 luglio 2020, 1045 ss. Per una ricostruzione della legislazione tedesca in materia di malattie infettive, a partire dalle norme in ambito di polizia sanitaria di fine ‘800, v. A. Zei, *Profili costituzionali dell’emergenza Covid-19 nell’ordinamento federale tedesco*, in *Nomos*, 1/2020, 1-17. Per un quadro attuale della disciplina sulle malattie infettive in Germania, v. S. Kluckert, *Das neue Infektionsschutzrecht*, 2 ed., Baden-Baden, 2021.

² Per uno studio più articolato, si consenta il rinvio a Y.M. Citino, *La parentesi del ‘freno d’emergenza’ nel federalismo tedesco in epoca pandemica*, in *Nomos*, 1/2022.

costituzionalismo liberaldemocratico³. Le risposte all'emergenza sanitaria e alla sfaccettata crisi – economica, sociale, politica – che si è rapidamente scatenata sono state tra le più varie. Inoltre, la gestione della pandemia ha messo in evidenza tensioni latenti fra i vari livelli di governo negli ordinamenti composti⁴, dimostrando quanto fosse difficile non solo difendere gli ideali collaborativi in uno stato di caos generalizzato, ma anche ripartire le responsabilità secondo logiche di efficienza⁵. Ripartizione resa ancora più difficile dal dover assecondare le aspirazioni ad una più decisa centralizzazione o, viceversa, realizzare una più sostantiva cooperazione intergovernativa o interregionale⁶.

A tal proposito, la vicenda del freno d'emergenza federale tedesco contiene elementi paradigmatici⁷, poiché descrive una traiettoria in cui si intrecciano questioni giuridiche e politiche legate alle conseguenze che la

³ Si veda, a tal fine, il Documento informativo mandato dal Segretario generale del Consiglio d'Europa ai 47 Stati membri l'8 aprile 2020, per suggerire ai rispettivi governi le strategie da porre in atto al fine di evitare che la crisi da Covid-19 provocasse inammissibili deroghe al rispetto dei diritti umani, dello stato di diritto e dei principi di democrazia: *Respecting Democracy, Rule of Law and Human Rights in the Framework of the COVID-19 Sanitary Crisis. A Toolkit for Member States*, SG/Inf(2020)11, in www.coe.int; v. anche Commissione di Venezia, *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency*, CDL-PI(2020)003-e, in www.venice.coe.int; nonché lo *statement* di J. Beagle, *A Rule of Law Based Response to the Covid-19 Pandemic*, in www.idlo.int, 27 marzo 2020; A. Zouev, *COVID and the Rule of Law: A Dangerous Balancing Act*, in un.org, 2020; E. B. Sönmezocak, *The Case For Global Constitutionalism in Pandemic Times*, in *Völkerrechtsblog*, 6 giugno 2020, che sostiene che le trasformazioni sui processi costituzionali saranno epocali e profondamente inficiate da quella che è definibile come la "fine della globalizzazione". Fra gli autori italiani, all'interno di un copioso dibattito, v. l'articolato lavoro di A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 1-83.

⁴ V. ad esempio C. Fasone, N. Lupo, A. Vauchez (a cura di), *Parlamenti e democrazia in Europa. Federalismi asimmetrici e integrazione differenziata*, Bologna, 2020; F. Palermo, *Il federalismo in emergenza?*, in A. Baglioni, M. Bordignon, M. Buso, F. Palermo, G. Turati, *Il federalismo alla luce della crisi sanitaria*, in *Osservatorio Monetario*, 2/2021, 20-31. Sul caso italiano, v., *ex multis*, E. Longo, *Episodi e momenti del conflitto Stato-Regioni nella gestione dell'epidemia da Covid-19*, in *Osservatoriosullefonti.it*, spec./2020, 378 ss.; M. Mandato, *Il rapporto Stato-Regioni nella gestione del Covid-19*, in *Nomos*, 1/2020, 7 ss.

⁵ Sul tema, ampiamente, G. Rolla, *Federalismo e regionalismo in Europa. Alcune riflessioni sulle dinamiche in atto, in Diritto pubblico comparato ed europeo*, spec./2019, 657-684.

⁶ Le reazioni alla crisi prodotta dalla pandemia da Covid-19 sono state oggetto di studi comparati molto accurati rivolti agli ordinamenti composti, ovvero ascrivibili a modelli di tipo federale o regionale, al fine di rintracciare costanti o elementi di originalità fra le varie esperienze. V., ad esempio, F. Gallarati, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE Online*, 2/2021, 1605 ss.; R. Tarchi (a cura di), *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato*, in *Rivista GDP*, 2/2020, 1-111; N. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19. Combating the Pandemic*, Londra-New York, 2021; R. Chattopadhyay, F. Knüpling, D. Chebenova, L. Whittington, P. Gonzalez (eds.), *Federalism and the Response to COVID-19: A Comparative Analysis*, Londra, 2021.

⁷ Istituto non tenuto in considerazione, poiché ancora non esistente, nell'acuta analisi di V. Baldini, *Emergenza sanitaria e stato di diritto: una comparazione Italia-Germania*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, 597 ss.

pandemia ha prodotto sugli Stati composti⁸. Questa nota tenterà di rispondere al quesito se il freno possa essere un indizio che confermi l'aggravamento della tendenza, preconizzata da Hesse nel 1962, al mutamento verso uno "Stato unitario federale" (*Der unitarische Bundesstaat*)⁹.

2. L'approvazione del freno d'emergenza federale, apogeo della crisi sanitaria

Nonostante nella fase della c.d. prima ondata, la gestione della pandemia avesse prodotto risultati sostanzialmente positivi¹⁰, i provvedimenti adottati in sequenza a livello locale hanno via via dato luogo a un quadro molto articolato: i vari esecutivi dei *Länder*, in qualità di autorità locali competenti per le materie sanitarie, hanno disposto varie misure emergenziali di contenimento della pandemia, avvalendosi di regolamenti/ordinanze (*Verordnungen*), atti amministrativi dal contenuto generale (*Allgemeinverfügung*) e successivamente anche leggi dei *Länder* (*Ländergesetzen*).

In un secondo momento, all'insieme già eterogeneo di decisioni normative si sono aggiunti decreti, ordinanze, ordini ministeriali emanati a livello federale e, infine, anche atti di legislazione primaria federale¹¹. Alla base del sistema di cooperazione nella gestione dell'emergenza epidemiologica esisteva già un corposo testo legislativo che, ripetutamente

⁸ Fra i quali va annoverato senz'altro anche l'Italia. Come sottolinea F. Palermo, *Asymmetries in the Italian Regional System*, in E. Arban, G. Martinico, F. Palermo, *Federalism and Constitutional Law. The Italian Contribution to Comparative Regionalism*, Londra-New York, 2021, 136: «Italy is missing in the more traditional lists of federal or quasi-federal countries [...], subjective as they might be. However, some institutional features of the Italian regional system are particularly relevant to the theory and practice of comparative federalism».

⁹ K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962.

¹⁰ Come risulta, ad esempio, da J. Woelk, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, in questa Rivista, 2/2020, 1713-1741; G. Taccogna, *L'ordinamento giuridico tedesco di fronte al virus Sars-CoV-2*, in L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020, 69-94, ma anche M.J. Rozell, C. Wilcox, *Federalism in a Time of Plague: How Federal Systems Cope With Pandemic*, in *American Review of Public Administration*, 6-7/2020, 519 ss., che fra i sistemi efficienti annoverano, oltre alla Germania, anche Australia e Canada. Le vicende successive, però, smentiranno in gran parte l'iniziale ottimismo, come già sembrano preconizzare le conclusioni di C. Fraenkel-Häberle, E. Buoso, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *Federalismi.it*, 20/2020, 75-104. Criticità emergono anche dalla ricostruzione di I. Domenici, T. Rohmann, *Un'«imposizione democratica»: l'ordinamento costituzionale tedesco di fronte alla pandemia*, in *BioLaw Journal*, 1/2020, 697-702.

¹¹ In marzo 2020, il *Bundestag* si è attivato per arginare con una manovra suppletiva di bilancio i primi effetti finanziari negativi della pandemia, mettendo a disposizione un fondo di assistenza per le imprese in difficoltà e la tutela dell'occupazione (*Wirtschaftsstabilisierungsfonds*) e disattivando la già discussa *Schuldenbremse*. V. H-G. Henneke, *Coronabedingte Finanzschäden in den (Kommunal) Haushalten isolieren*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 11/2020, 725-732.

modificato, ha finito per delineare un rapporto di collaborazione fra Governo Federale e *Länder* giudicato «alquanto contorto»¹²: il citato *Infektionsschutzgesetz*.

Da un'attenta valutazione del contenuto di una primissima risoluzione interistituzionale, frutto di sforzi cooperativi fra livelli di governo¹³, non sfugge come la crisi nel federalismo tedesco possa essere quasi “naturalmente” sfociata nell'istituzione di un freno d'emergenza federale: l'atto, infatti, contiene alcune linee guida per disporre limitazioni ai diritti e restrizioni varie, ma risulta privo di valore giuridico e coercitivo, lasciando i singoli *Land* liberi di darvi esecuzione con propri decreti, ma impossibilitati dal sanzionare violazioni o dal concedere deroghe¹⁴.

In una temperie politicamente tesa, l'esecutivo guidato da Angela Merkel sceglieva di identificare uno strumento che potesse frenare le

¹² H. Gefrath, *Die 'Bundesnotbremse' ist nicht zustande gekommen*, in *Verfassungsblog*, 26 aprile 2021. Per un commento alla legge, v. P. Häberle, H.-J. Lutz, *Infektionsschutzgesetz Kommentar*, München, 2020.

¹³ L'atto racchiude le linee guida per disporre limitazioni ai contatti sociali in luogo pubblico e restrizioni ai servizi delle aziende e alle attività commerciali al dettaglio, garantendo un minimo di servizi ritenuti essenziali, ma è privo di valore coercitivo. Il 22 marzo la Cancelliera e i Presidenti dei *Länder* avevano adottato un secondo accordo, sempre nelle forme di una risoluzione, inasprendo ulteriormente le misure contenute nelle precedenti linee guida e imponendo un prolungamento della loro efficacia di due settimane. V. *Besprechung von Bundeskanzlerin Merkel mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder zum Coronavirus*, in *Presse und Informationsamt der Bundesregierung* (BPA), Comunicato stampa n. 104, 22 marzo 2020. Nello spirito del federalismo cooperativo, la risoluzione conclude affermandosi che «i governi a livello centrale e locale lavoreranno a stretto contatto per attuare queste restrizioni e valutarne l'efficacia» ma resta fermo che «ulteriori regolamentazioni basate su peculiarità regionali o situazioni epidemiologiche» possono essere disposte dai *Länder* (trad. mia). Tuttavia, l'eventualità di attivare le misure d'emergenza viene osteggiata da molti amministratori locali. Questi, infatti, procedono alle riaperture pur di non imporre restrizioni, inseguendo l'opinione pubblica e la pressione dei commercianti e, in genere, del sistema economico. Un esempio è Monaco di Baviera, città in cui il 9 aprile 2020 veniva autorizzata, senza tener conto dei potenziali rischi di contagio, una manifestazione pubblica a sostegno della libertà di riunione. Infine, anche un terzo accordo veniva stipulato al fine di ridare vigore alle misure di chiusura, estendendone alcune ed alleviando la portata restrittiva di altre, pur consentendo caute riaperture nei luoghi in cui l'epidemia avesse mostrato un minimo di recessione. V. *Beschränkungen des öffentlichen Lebens zur Eindämmung der COVID19-Epidemie*, in www.bmi.bund.de, 15 aprile 2020.

¹⁴ Il problema del valore giuridico degli atti di normazione flessibile e della classificazione delle linee guida, anche di quelle emanate in periodo emergenziale, nonché del loro intreccio con le altre fonti del diritto, ha suscitato ampie riflessioni nella dottrina italiana. Fra i tanti contributi, cfr. almeno M. Chiarelli, *Il soft law e le linee guida nella pandemia*, in *Corti Supreme e Salute*, 3/2020, 619-626; A. Fonzi, *Aspetti problematici delle linee guida Covid con particolare riferimento ai rapporti fra Stato e Regioni. Principio autonomistico versus accentramento delle funzioni nel "regionalismo dell'emergenza"*, in *ivi*, 671-685; E. D'Orlando-F. Nassuato, *Linee guida e sistema delle fonti: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Corti Supreme e Salute*, 1/2021, 56-75; D. Martire, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, in *ivi*, 78-91; A. Poggi, *Qualche riflessione sul variegato mondo delle linee guida in tempo di pandemia*, in *ivi*, 146-154.

“intemperanze” di quei *Länder* che, recalcitranti alla cooperazione, di fatto rischiavano di aggravare la situazione sanitaria nazionale. Constatato che gli accordi informali non riuscivano a raggiungere l’obiettivo della coordinazione, si ventilò l’ipotesi di abilitare il governo federale a valersi di un potere di *overruling* rispetto alle decisioni locali, imponendo le restrizioni in maniera unilaterale sulle regioni in cui ciò fosse stato necessario. In tal modo, si sarebbe messo fine alla libertà di interpretare in maniera selettiva le misure di chiusura. Il 21 aprile 2021 il *Bundestag* ha quindi adottato la c.d. Quarta legge sulla protezione civile, che andava ad emendare nuovamente l’IfSG con l’inserimento della *Bundesnotbremse* (§ 28b IfSG).

Il testo, come si avrà modo di vedere, aveva suscitato parecchie rimozioni sia nella dottrina che in giurisprudenza, poi smentite da due consistenti pronunce del Tribunale Federale. Infine, l’istituto, dopo essere diventato inefficace per scadenza naturale del termine, è stato soppresso da successive modifiche legislative. Il *Bundestag*, infatti, rimuovendo lo stato d’emergenza, ha approvato due leggi posteriori che hanno abrogato le restrizioni ai contatti, rivedendo radicalmente il contenuto del § 28b IfSG e sopprimendo il paragrafo contenente la *Bremse*¹⁵. Pertanto, al momento in cui si scrive, il testo dell’articolo 28b contiene una serie di dettagliati obblighi inerenti all’utilizzo delle mascherine FFP2, in quanto unica misura uniforme a livello nazionale e a prescindere dalla dichiarazione dello “stato di epidemia nazionale”. Essa può essere sospesa dal governo federale solo con il consenso del *Bundesrat*.

3. Presupposti di operatività e restrizioni attivabili con il § 28b

Nella versione vigente anteriormente all’ultima modifica, le misure di protezione generali di cui al § 28 venivano accompagnate da misure protettive speciali volte a prevenire la diffusione del Coronavirus (§ 28a) nonché da regole di protezione nazionali uniformi, regolate dal § 28b, per obbligare i sedici *Länder* tedeschi ad applicare i provvedimenti di chiusura allorquando i tassi di infezione da Covid-19 avessero superato determinate soglie. Sotto la responsabilità dell’autorità competente che ne disponeva l’attivazione, anche cumulativa, le restrizioni potevano essere imposte solo qualora “strettamente necessarie” e nella misura in cui e fintanto che esse fossero opportune per prevenire la diffusione di malattie contagiose.

Fra le limitazioni e i divieti contenuti nella *Bremse*, si poteva segnalare quella, parecchio controversa, che introduceva il coprifuoco notturno: ai sensi del § 28b (1) frase 2 IfSG, nessuno fra le 22:00 e le 5:00 del mattino successivo poteva uscire dalla propria abitazione o dal luogo in cui si fosse trovato, salvo

¹⁵ *Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, in *BGBJ*, n. 79 del 22 novembre 2021 e *Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Vorschriften*, in *BGBJ*, n. 10 del 22 marzo 2022, 466 ss.

che si fossero verificate alcune eccezioni tassative, ad esempio che lo spostamento fosse stato necessario per impedire un pericolo imminente alla vita umana o dei propri animali (impellenti interventi medici o veterinari), all'integrità fisica o al diritto di proprietà.

Un'altra proibizione di ampia portata era quella che riguardava l'insegnamento scolastico in presenza (§ 28b (3)). Le restrizioni, in tale ambito, erano subordinate a due diversi valori soglia, infrangendo quell'uniformità che sembrava essere delineata dal primo paragrafo dell'emendamento (v. *infra*, sui presupposti di attivazione del freno). Così, dunque, se il valore di incidenza avesse superato i 100 casi, il ritorno in aula sarebbe stato possibile solo dal giorno successivo al rientro del valore nella soglia. Se esso, invece, avesse superato i 165 casi e si fosse mantenuto al di sopra per tre giorni consecutivi (e qui sta la differenziazione), le lezioni frontali sarebbero state sospese in maniera assoluta, salvo eccezioni minori. Per partecipare alle lezioni di presenza, dunque, alunni e insegnanti si dovevano sottoporre agli appositi test diagnostici del Covid almeno due volte a settimana, se non fossero stati già vaccinati o immuni.

Ancora, da segnalare il dissimile trattamento previsto per la libertà di riunione in via generale, soggetta a forti restrizioni, e quella di riunione a fini religiosi, tenuta al riparo da interferenze statali (§ 28b (4))¹⁶.

L'insieme di tali misure veniva disposto dal Governo federale con fonti di tipo secondario, le *Rechtsverordnungen*. Ai sensi del § 28b (6), il Governo era autorizzato ad emetterle non solo per disporre le misure automatiche previste dal § 28b (1), ma altresì per specificare, semplificare o prevedere eccezioni alle stesse. Quindi, tale attribuzione discrezionale poteva condurre sia all'aggravamento delle proibizioni (ponendo «ulteriori condizioni e restrizioni»), sia all'alleggerimento della portata restrittiva o della chiarificazione del significato di alcune (non tutte!) delle misure automatiche, ovvero, in particolare, quelle che incidevano sulle riunioni private, sulle strutture ricettive e sportive e sui servizi di ristorazione.

Una peculiarità di questa legge era, inoltre, l'elencazione dei diritti costituzionali fondamentali che sarebbero stati sospesi dalle misure in atto, con formulazione identica, nel § 28b (11) IfSG e nel § 32 IfSG. Entrambe le

¹⁶ Altre misure di *lockdown* erano: chiusura delle strutture ricreative e divieti assoluti di attività turistiche; restrizioni al commercio al dettaglio e alla vendita di beni in prossimità; limitazioni alle attività sportive e di ristorazione; forti restrizioni all'esercizio e all'uso di servizi per i quali la vicinanza fisica col cliente è essenziale. Tale normativa non è stata esente da critiche: v. A. Kießling, *Die Konstruktionsfehler des § 28a IfSG: Warum die zentrale Norm der Epidemiebekämpfung überarbeitet werden muss*, in *VerfBlog*, 4 agosto 2021. Sulla possibile incostituzionalità del coprifuoco, v. A.K. Mangold, *Kurzgutachten: "Grundrechtliche Bewertung einer Ausgangssperre, zur Pandemiebekämpfung"*, in *Gesellschaft Für Freiheitsrechte*, 20 aprile 2021. Più esplicito K.-A. Black, *Zur Verfassungswidrigkeit der bundeseinheitlichen „CoronaNotbremse“*, in *Covid-19 und Recht*, 5/2021, 257-305. Per una rassegna completa delle misure, v. P. Aligbe, *Das Vierte Bevölkerungsschutzgesetz: Die „Bundes-Notbremse“*, in *Arbeitsschutz in Recht und Praxis*, 5/2021, 134 ss.

disposizioni citate, infatti, operavano espressi rinvii al *Grundgesetz*¹⁷, ma a due fini differenti: il § 28b (11) segnalava le possibili restrizioni a tali diritti per effetto delle ordinanze facoltative federali poc'anzi illustrate; il § 32 egualmente legittimava la compressione di tali diritti, per effetto delle ulteriori misure che potevano essere disposte ai sensi dei §§ 28, 28a, 29 e 31. Con una simile ed articolata costruzione giuridica, il legislatore tedesco sembrava quasi volersi premunire da pronunce sfavorevoli del Tribunale costituzionale federale, peccando tuttavia di indeterminatezza. Egli, infatti, ometteva di delineare dei confini precisi quanto alla potenziale lesività delle ordinanze, tenuto conto del rango secondario delle fonti in discussione.

Infine, va segnalata un'ulteriore disposizione (§ 28a (7) IfSG) che sembrava quasi andare in senso contrario alla centralizzazione voluta dal freno d'emergenza: la legge, infatti, consentiva che i singoli *Länder*, nonostante il *Bundestag* avesse decretato la fine della situazione epidemica di portata nazionale, potevano scegliere di continuare ad applicare certe misure restrittive, in ragione della perdurante necessità di prevenire i contagi, con il consenso dei rispettivi Parlamenti.

Per quanto riguarda i presupposti di attivazione del freno d'emergenza federale, se ne possono distinguere di tre tipi: quantitativi, giuridici e temporali.

Con riguardo al primo¹⁸, l'obbligo di disporre i divieti era condizionato dall'andamento di una variabile, denominata "incidenza settimanale" (*Sieben-Tage-Inzidenz*), pubblicata quotidianamente dal RKI calcolando il numero di nuove infezioni da Coronavirus-SARS-Cov-2 su 100 mila abitanti per ciascun *Länder* o città indipendente. Solo qualora l'incidenza settimanale avesse superato per tre giorni consecutivi su sette, il "valore soglia" di 100 casi ogni 100 mila abitanti, e tale percentuale non fosse scesa da almeno cinque giorni consecutivi (§ 28b (2) IfSG), le misure tassativamente enumerate dall'articolo sarebbero entrate in vigore dal giorno successivo e le autorità locali avrebbero dovuto darvi esecuzione. Esse non erano più abilitate, come accadeva normalmente, a modulare la risposta attraverso propri provvedimenti di esecuzione, poiché le maggiori restrizioni sarebbero state accentrate, in virtù del freno, al livello federale. La portata innovativa di tale articolo era da rintracciare, pertanto, nel fatto che lo spostamento al livello federale della gestione della pandemia avveniva una volta per tutte.

Quanto al presupposto giuridico, esso consisteva nella previa dichiarazione dello stato di epidemia a livello nazionale: tale proclamazione spettava al *Bundestag* che era chiamato, a tal fine, a verificare l'esistenza di un

¹⁷ Si enumeravano, infatti, il diritto all'integrità fisica (art. 2, c. 2, frase 1, GG) e alla libertà personale (art. 2, c. 2, frase 2, GG), la libertà di riunione (art. 8 GG), l'inviolabilità della corrispondenza personale (art. 10 GG), la libertà di circolazione (art. 11, 1 c., GG), l'inviolabilità del domicilio (art. 13, 1 c., GG).

¹⁸ Critico, K.-A. Black, *Zur Verfassungswidrigkeit*, cit., 259, che segnala la scelta del valore-soglia come unico criterio a fondamento di una possibile revisione costituzionale.

“grave rischio” per la salute pubblica dell’intera Germania federale¹⁹. La condizione giuridica, dunque, si agganciava ad una situazione di pericolo, le cui conseguenze nefaste non avrebbero dovuto – o non del tutto – interamente spiegarsi.

A ciò si ricollegava, poi, il terzo ed ultimo presupposto, quello temporale. L’istituto della *Bundesnotbremse* era circondato dall’ulteriore cautela della transitorietà della vigenza dell’intero gruppo di disposizioni, valide solo fintanto che durasse la situazione epidemica di portata nazionale, prevista dal § 5, e comunque non oltre il termine finale massimo del 30 giugno 2021²⁰. Essendo sopraggiunta la scadenza, sarebbe, nondimeno, stato possibile invocare in futuro un nuovo freno, qualora fosse stata necessaria la predisposizione di analoghe misure restrittive uniformi a livello nazionale per combattere una nuova crescita dei contagi: questo, perlomeno, è stato valido sino alla citata modifica legislativa.

Nel frattempo, il contesto generale è stato altalenante: dal giugno 2021 i tassi di infezione sono scesi, facendo decadere il complesso di disposizioni dell’istituto in discussione; nel novembre 2021 la Germania è entrata in una quarta nuova ondata di Covid-19, raggiungendo un’incidenza settimanale dei contagi mai vista prima. Infine, poiché la situazione epidemica di portata nazionale era scaduta il 25 novembre 2021, era decaduto il presupposto giuridico che avrebbe consentito di “tirare” nuovamente il freno. Così, da ultimo, la c.d. coalizione semaforo ha discusso²¹ e approvato i citati emendamenti che hanno cancellato la *Bundesnotbremse* dall’IfSG.

¹⁹ Ai sensi del § 5, (1), frase 1, IfSG, la quantificazione del rischio come “grave” dipende dal verificarsi di due diverse circostanze alternative: a) qualora l’OMS dichiari un’emergenza sanitaria di portata internazionale e la malattia infettiva circoli anche in Germania, ovvero b) in alcuni Länder si stia diffondendo o minacci di diffondersi una malattia infettiva. Lo stato di epidemia nazionale scade automaticamente dopo tre mesi, a meno che il *Bundestag* non rinnovi la dichiarazione, dandone pubblicità nella Gazzetta federale. Data l’eccezionalità della condizione, tale rinnovo deve essere periodico e non *una tantum*, a pena di decadenza dell’insieme delle misure adottate. Esso funge da presupposto legale altresì per i penetranti poteri d’ordinanza attribuiti al Ministro della Salute federale. Per una disamina specifica di tali poteri, v. A. Zei, *Profili costituzionali*, cit., 6. La dichiarazione della situazione epidemica aveva inizialmente un significato principalmente simbolico: durate la prima ondata, i *Länder* avevano disposto in via autonoma le chiusure, senza che la decisione parlamentare fosse ancora un requisito legale.

²⁰ La prima dichiarazione di situazione epidemica è stata adottata con decisione del Parlamento del 25 marzo 2020, senza introdurre, all’epoca, limiti di tempo. Tuttavia, dal marzo 2021, nuove modifiche legislative hanno disposto che simili delibere andassero rinnovate ogni tre mesi. L’ultima dichiarazione, dunque, è datata all’11 giugno e sarebbe scaduta l’11 settembre 2020. Per un commento al § 5, cfr. M. Fuchs, *Corona, “Gesundheitsdiktatur” und “Legiszeit”*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 15/2020, 653-659; T. Mayen, *Der verordnete Ausnahmezustand. Zur Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 5 IfSG*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 12/2020, 828-834, che mettono in rilievo le criticità legate all’attribuzione di poteri straordinari al Ministro federale della Sanità, autorizzato a derogare alle norme stesse contenute nell’IfSG.

²¹ K. Schirner, *So sieht der Corona-Gesetzesentwurf der Ampel aus*, in *br.de*, 11 novembre 2020.

Da questo breve *excursus* si può notare come la morfologia del freno federale d'emergenza sia sintomatica di come la pandemia abbia sottoposto il federalismo tedesco a forti tensioni. La tradizionale autonomia dei *Länder* avrebbe potuto idealmente essere spiegata in due modi: o attraverso una gestione positiva della crisi sanitaria mediante soluzioni 'sartoriali', ossia differenziate e adattate alle condizioni del territorio²², oppure mediante la costruzione, per accumulazione, di un *patchwork* (*Flickenteppich*) foriero di incertezza, sul piano giuridico²³ e di inefficienza nel contenimento della pandemia, sul piano politico. La scelta centralizzante operata sul piano federale avrebbe potuto, dunque, corroborare la seconda delle alternative.

4. La decisione del 19 novembre 2021: il via libera sul freno d'emergenza

Rinviando a un lavoro più articolato la doverosa ricostruzione delle pronunce del Tribunale costituzionale federale in tema di freno d'emergenza²⁴, va tuttavia trattata la più recente e importante sentenza in materia²⁵, la *Bundesnotbremse I*, che riunisce sette ricorsi sulla legittimità costituzionale del freno d'emergenza. Essa esamina con specifico riguardo le doglianze relative alle restrizioni ai contatti interpersonali e al diritto a circolare liberamente.

Sintetizzando le doglianze dei numerosi ricorrenti, essi assumono che l'attivazione del freno d'emergenza abbia comportato la violazione di alcuni

²² Basti pensare, effettivamente, alle notevoli differenze dei *Länder* in termini demografici: la Renania Settentrionale-Vestfalia ha quasi 18 milioni di abitanti, mentre Stati come Brema o il Saarland non giungono nemmeno al milione. Se si guarda, poi, al valore della densità di popolazione, la città-Land di Berlino ha un valore di quasi 4 mila abitanti per km², mentre il Meclemburgo-Pomerania Anteriore e il Brandeburgo non giungono nemmeno a cento abitanti per km².

²³ Significativamente, H. Dreier, *Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie*, in *Die Öffentliches Verwaltung*, 6/2021, 229 ss.

²⁴ BVerfG, Decisione della I Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvQ 64/21, Rn. 1-10; BVerfG, Decisione della I Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 900/21, Rn. 1-18; BVerfG, Decisione della III Camera del Primo Senato, 1° giugno 2021, 1 BvR 927/21, Rn. 1-13; BVerfG, Decisioni della III Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 968/21, 1 BvR 1113/21, 1 BvQ 66/21, 1 BvQ 71/21, 1 BvQ 75/21, Rn. 1-18; BVerfG, Decisione della II Camera del Primo Senato, 20 maggio 2021, 1 BvR 928/21, Rn. 1-37, su cui, se si vuole, Y.M. Citino, *La parentesi del 'freno d'emergenza'*, cit. Per una ricostruzione del bilanciamento dei diritti operato dal Primo Senato del Tribunale Federale nel corso della pandemia, v. J.I. Onasbrück, *Grundgesetz und Pandemiebekämpfung*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 17/2021, 1124. Per una rassegna delle decisioni giurisprudenziali costituzionali, ma anche amministrative, v. C. Fraenkel-Häberle, E. Buoso, *L'emergenza Covid-19 in Germania: una sfida per la tutela dei diritti fondamentali e un'opportunità per l'ordinamento federale*, in *Revista catalana de dret public*, 2020, 218; con specifico riferimento al freno d'emergenza, v. invece l'editoriale di M. Ruttloff, E. Wagner, *Die „Notbremse“ des Bundesgesetzgebers vor dem Bundesverfassungsgericht*, in *Covid-19 und Recht*, 6/2021, 321 ss.

²⁵ BVerfG, Decisione del Primo Senato, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, Rn. 1-306, che riunisce i seguenti ricorsi: 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21.

diritti costituzionali fondamentali: oltre al più generale diritto allo sviluppo della propria personalità, alla dignità umana e alla libertà personale (art. 2 GG), anche il diritto alla protezione del matrimonio e della famiglia (art. 6 GG), la cui fruizione sarebbe stata compromessa da misure legislative viziate sotto il profilo della proporzionalità e dell'adequatezza. Il Tribunale, significativamente, ammette che il freno ha interferito, a volte anche in maniera considerevole, con tali diritti. Nondimeno, pur ritenendo le questioni ammissibili nella forma, le rigetta sul piano del merito valutando positivamente la costituzionalità "formale e materiale" del freno d'emergenza (*formell sowie materiell verfassungsgemäß*).

Tra i motivi della lunga decisione, a prima lettura può essere interessante rilevare come il collegio giudicante abbia respinto le argomentazioni che, facendo leva sulla provvisorietà delle misure e la successiva cessazione delle restrizioni – dovute al rientro dei contagi o alla decadenza finale del freno – ambivano a ottenere l'esclusione delle obiezioni di incostituzionalità per cessata materia del contendere. In linea di principio, infatti, l'interesse ad agire presso il Tribunale federale deve sussistere al momento della domanda²⁶. Tuttavia, esso può continuare a reggersi sul fatto che una questione costituzionale di fondamentale importanza – come sostiene il Tribunale tedesco riprendendo una consolidata giurisprudenza – non sia stata ancora chiarificata ed inoltre: a) la presupposta violazione dei diritti appaia 'particolarmente onerosa'; b) sia a rischio dalla possibilità che nuove misure si abbattano sui medesimi diritti; c) le misure, anche se obsolete o abrogate, hanno toccato direttamente il ricorrente, danneggiandolo. L'allentamento o la cessazione delle restrizioni dovute al freno d'emergenza, quindi, in ossequio a tali principi, non vanificherebbe la richiesta di protezione legale, che resta attuale.

Nel corpo della pronuncia, vanno distinte le considerazioni compiute riguardo alle restrizioni ai contatti (a) e quelle concernenti i limiti alla libera circolazione (b).

a) Le restrizioni ai contatti sono sospettate di incrinare l'integrità dei diritti relativi alla sfera familiare e all'atto del matrimonio, così come la più generale disposizione che tutela l'integrità della persona, lo sviluppo della personalità di ogni individuo e la libertà di agire²⁷. Tali diritti, infatti, implicano, alla base, la necessità di mantenere contatti liberi con i membri della propria famiglia e con il o la coniuge, potendo ciascuno scegliere la modalità e la frequenza di tali contatti. Le restrizioni disposte dal freno d'emergenza, riconosce il Tribunale federale, riducono la possibilità di effettuare liberamente tali contatti, incidendo su tutti i diritti appena menzionati. Interventi di questo tipo richiedono, pertanto, una giustificazione costituzionale che deve essere rivolta a coprire sia un ambito

²⁶ BVerfG 81, 138 <140>. Decisione del 30/11/1989.

²⁷ Sul tema, di recente, può essere segnalato C. Pinelli, "Diritto di essere se stessi" e "pieno sviluppo della persona umana", in *Rivista AIC*, 4/2021, 308-328.

di tipo formale, sia di tipo materiale. Sotto il profilo formale, il Tribunale Supremo afferma la spettanza di una simile competenza in capo al Governo federale, identificando il fondamento dell'autorizzazione nell'art. 74, par. 1, n. 19 GG. Esso contiene un titolo di *konkurrierende Gesetzgebung* concernente «le misure contro le malattie dell'uomo e degli animali, infettive e pericolose per la collettività». Sul criterio di suddivisione delle attribuzioni, la Corte ricorda che è l'ambito delle competenze federali a determinare l'ampiezza di quelle statali, e non il contrario, al fine di evitare che si sviluppino materie assoggettate a 'legislatori duali'²⁸. Sotto il profilo materiale, poi, il BVerfG mette in evidenza come le misure fossero adeguate e proporzionate rispetto allo scopo della legge, perché rivolte alla protezione della vita e della salute dei cittadini rispetto ai pericoli derivanti dalla pandemia e al conseguente rischio di saturazione del sistema ospedaliero. A tal fine, i giudici sottopongono gli indicatori matematici del freno d'emergenza a severo scrutinio, giudicandoli comunque validi: nessuna obiezione costituzionale può essere sollevata tenendo conto delle conoscenze esistenti al momento in cui la legge fu approvata. Rispetto al requisito della proporzionalità, poi, nulla di nuovo si aggiunge alle precedenti pronunce. Viene ripreso il principio per cui è compito del legislatore compiere un bilanciamento tra la portata e l'incidenza della violazione dei diritti fondamentali, da un lato, e gli svantaggi imposti dalla legge, al fine del raggiungimento di obiettivi legittimi tra cui la protezione della collettività, dall'altro. In tali casi, il controllo della Corte costituzionale è più limitato: una valutazione di tali pericoli richiede certamente una verifica in base al diritto costituzionale per individuare dei giustificativi solidi. Ma, citando ampia giurisprudenza, i giudici costituzionali ricordano come il loro scrutinio possa essere effettuato con un'ampiezza diversa, a seconda della natura della materia in questione, dell'importanza degli interessi giuridici in gioco e della capacità del legislatore di formulare un giudizio sufficientemente affidabile sullo scopo della legge²⁹. Nel caso di specie, l'obiettivo del legislatore era di fondamentale importanza e tale, dunque, da giustificare limitazioni ai diritti rilevanti sotto il punto di vista costituzionale³⁰.

b) Sui limiti alla libera circolazione³¹, il Tribunale federale compie tutta una serie di approfondite considerazioni che in questa sede non possono, per ovvi motivi, essere esaustivamente trattate. In generale, comunque, esso riconosce la compatibilità costituzionale delle misure adottate poiché l'interferenza del freno d'emergenza sul godimento della libertà di movimento è rispettosa della riserva di legge formale disposta dall'art. 104 GG. Anche il requisito della proporzionalità è accertato, sulla base del fatto

²⁸ V. § 120 della decisione.

²⁹ V. § 171.

³⁰ A tal fine, la Corte tedesca valuta tutta una serie di elementi di evidenza fattuale, tali da provare la sussistenza di un pericolo fondato, come riconosciuto dal legislatore. V. § 173 ss.

³¹ V. § 238 ss.

che, in una situazione in cui è scattato un dovere generale di protezione, le restrizioni sono state disposte in ossequio a fini costituzionalmente legittimi che il legislatore intendeva promuovere nel rispetto dei propri obblighi di tutela dei diritti fondamentali³². Ne discenderebbe, anche, l'intrinseca ragionevolezza della scelta del legislatore: si soddisfa, perciò, anche l'ulteriore requisito della 'necessità' delle misure, compreso quel coprifuoco notturno che aveva dato adito a innumerevoli contestazioni³³. Infine, sul versante dell'adeguatezza, il Tribunale costituzionale punta ad accertarla ricostruendo la strategia globalmente adottata dal legislatore per contrastare la pandemia: nel bilanciare tutte le circostanze presenti, i giudici costituzionali valutano il peso complessivo delle misure rispetto alle limitazioni prodotte sui diritti fondamentali. Essi concludono, dunque, nel senso dell'adeguatezza delle scelte compiute rispetto all'obiettivo di combattere un pericolo significativo e concreto rivolto alla collettività dei cittadini³⁴.

5. L'istinto alla conservazione nell'ordinamento tedesco

L'approvazione della *bundeseinheitliche Notbremse* è stata diffusamente interpretata come una temporanea ma sintomatica compressione dell'autonomia delle entità substatali tedesche, con grande detrimento per il federalismo tedesco³⁵. Sebbene la misura non sia più in vigore dalla fine di giugno 2021, infatti, essa rappresenta un significativo precedente che attesta la torsione degli equilibri intergovernativi verso il centro di gravità federale: il freno, infatti, ha imposto agli Stati federati di dare esecuzione a draconiane misure di restrizioni dei diritti, disponendole in maniera automatica a livello centrale in caso di bruschi aumenti nei contagi, il tutto senza la minima consultazione delle assemblee parlamentari, destinate a un ruolo marginale³⁶.

³² V. § 274 ss.

³³ V. § 282 ss.

³⁴ V. §§ 290 e 299.

³⁵ H. Grefrath, *Die 'Bundesnotbremse' ist nicht zustande gekommen: Der Reform des Infektionsschutzgesetzes fehlt die Zustimmung des Bundesrates*, in *VerfBlog*, 26 aprile 2021; in senso analogo, K.-A. Black, *Zur Verfassungswidrigkeit*, cit., 257-305; T. Kingreen, *Stellungnahme als geladener Einzelsachverständiger zum Entwurf eines Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, BT-Drucks. 19/28444, Regensburg, 15 aprile 2021; S. Kluckert, *Infektionsschutzmaßnahmen in der Schnittmenge von Verwaltungsanordnung und Gesetzesbefehl: Die Austauschbarkeit der Handlungsformen im Rahmen der Corona-Bekämpfung*, in *VerfBlog*, 27 aprile 2021. Con una visione più moderata. V. H. Greve, P. Lassahn, *Die bundeseinheitliche "Notbremse" - Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz*, in *NVwZ*, 10/2021, 665 ss.; A.K. Schwarz, *Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der bundeseinheitlichen "Corona-Notbremse"*, in *Covid-19 und Recht*, 5/2021, 258 ss.

³⁶ Tant'è che il Presidente del *Bundestag*, Wolfgang Schäuble, per tutelare il potere di indirizzo e controllo del Parlamento contro le tendenze monopolizzanti dell'esecutivo durante la pandemia, aveva proposto una modifica della Costituzione atta ad inserire una apposita

La *Bremse* d'emergenza federale contiene certamente numerose criticità ma va posto un accento particolare sul fatto che le misure disposte per effetto del freno sono uscite illese dal vaglio del Tribunale costituzionale, cui è spettato il gravoso ruolo di tribunale di prima istanza delle doglianze individuali. Si può affermare, dunque, che esso non ha inciso sulla qualità dello stato di diritto in Germania, mosso da un istinto alla conservazione che ha rimesso allo Stato la scelta del freno come *extrema ratio*. Ciò che risulta essere stato intaccato, invece, parrebbe proprio il principio di autonomia degli Stati federati, trovatisi di fronte a un pacchetto di misure restrittive *self-executing* rispetto alle quali non hanno disposto di alcuna discrezionalità esecutiva. Confrontando la prima fase della pandemia, in cui i vari centri decisionali si erano mossi maggiormente in linea con i principi del federalismo collaborativo, rispetto alle fasi successive, scandite dagli emendamenti all'IfSG, si può in conclusione concordare sull'esistenza di una serie di dinamiche di verticalizzazione del potere, culminate, per l'appunto, con la *Bundesnotbremse*.

Ylenia Maria Citino

Dip.to di Scienze Politiche

Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli

ycitino@luiss.it

clausola sull'emergenza. Un nuovo art. 53B GG avrebbe dovuto permettere al Parlamento di riunirsi in formato ridotto o, eventualmente, anche con sessioni "virtuali", ma la proposta è stata respinta dalla sua stessa maggioranza per l'inopportunità di una simile revisione nel corso dell'emergenza. Per il contenuto della lettera inviata ai gruppi parlamentari dal Presidente, v. R. Roßmann, *Wie der Bundestag virtuell tagen könnte*, in *Süddeutsche Zeitung*, 13 aprile 2020; D. Deckers, *Gegen Versuche immun*, in *Faz.net*, 5 aprile 2020; S. Jürgensen-F. Orlowski, *Critique and Crisis: The German Struggle with Pandemic Control*, in *VerfBlog*, 19 aprile 2020. Sulla marginalizzazione dei Parlamenti federali causata anche dal freno d'emergenza, S. Gölzer, A. Fischer-Uebler, A. Schaub, *Die ungenutzte Macht der Parlamente in der Covid-19-Pandemie*, in *NVwZ*, 2021, 928 ss.; F. Wollenschläger, *Beteiligung der Landtage im context der Corona-Pandemie*, in *BayVB*, 16/2021, 541-548.