

## **LA MAGISTRATURA TEDESCA E LE MISURE ANTI-COVID-19: DIFESA DEI VACILLANTI DIRITTI FONDAMENTALI O SABOTAGGIO DEL CONTRASTO GOVERNATIVO ALLA PANDEMIA?**

Posted on Novembre 12, 2020 by [Frederik Schmidinger](#)

### **Un commento alle decisioni *Verwaltungsgericht Berlin, Beschlüsse vom 15. Oktober 2020 - VG 14 L 422/20 und 424/20***

Le ordinanze del *Verwaltungsgericht (VG) Berlin* (Tribunale Amministrativo di Berlino) riguardanti il coprifuoco serale disposto dalle autorità berlinesi si iscrivono in una lunga serie di decisioni dei tribunali amministrativi tedeschi, interpellati sulla legittimità di diverse misure di contrasto alla pandemia Covid-19 varate nel corso degli scorsi mesi dai *Länder* e dai comuni. Le eterogenee decisioni dei tribunali hanno scatenato un vivace dibattito sulla legittimità ed utilità dell'operato della magistratura nel contesto del contrasto alla pandemia.

*Contesto politico e costituzionale.* Il sistema costituzionale tedesco, di natura spiccatamente federalista, è costruito su complesso sistema

di divisione delle competenze tra il potere centrale (il *Bund*) e le componenti della repubblica federale, i *Länder*. Il *Bund* ha principalmente un ruolo di coordinamento, che si traduce in un notevole peso soprattutto in campo legislativo. Per contro, il potere esecutivo è in primis concentrato nei *Länder*, che in relativa autonomia, tramite un proprio corpo di funzionari – in Germania, la stragrande maggioranza dei funzionari pubblici, includendo la quasi-totalità della magistratura, sono funzionari dei *Länder* - mettono in pratica le direttive legislative decise dagli organi del *Bund*.

Questo sistema decentralizzato, concepito nel dopoguerra dalle forze alleate per prevenire, per ovvii motivi, una concentrazione di poteri troppo estesi nelle mani del potere centrale, si è spesso rivelato un funzionale ed equilibrato modo per coniugare in giuste dosi la *leadership* federale e l'autonomia regionale. Tuttavia, la pandemia Covid-19 ha messo a nudo diverse carenze dell'architettura costituzionale tedesca di fronte ad una crisi sanitaria nazionale. A partire dal marzo di quest'anno, si è dovuto assistere a macchinosi processi di concertazione tra *Bund* e *Länder*, spesso risultati in deliberazioni insoddisfacenti, iniziative individualiste di *Länder* "riottosi" e una frammentazione dovuta ai numerosi regolamenti regionali, con conseguente confusione e frustrazione della popolazione. Gli esponenti di spicco degli organi federali come la cancelliera Merkel ed il ministro della sanità Spahn, devono spesso arrendersi al fatto che le divisioni interne non permettono l'adozione di misure uniformi ed efficaci. A loro volta, le amministrazioni dei *Länder*, che sono chiamati a regolamentare le misure anti Covid-19 tramite decreti legge e garantirne l'applicazione, sembrano spesso al limite delle loro risorse.

*Il coprifuoco berlinese ed il ricorso al VG Berlin.* In questo contesto, con i numeri delle infezioni in forte aumento anche a Berlino dopo la tregua estiva, le autorità berlinesi hanno individuato nell' eccessivo godimento dei piaceri della vita notturna da parte dei berlinesi una

delle principali cause del dilagare della pandemia. Di conseguenza, il 6 ottobre 2020, il *Senat* del *Land* Berlino (l'organo esecutivo della città-regione di Berlino, costituito dal sindaco Müller ed i suoi *Senatoren*, equivalenti a degli assessori) aveva deciso tramite decreto un coprifuoco notturno, disponendo, per tutto il territorio berlinese per le ore notturne tra le 23 e le 6, il divieto di vendita di bevande alcoliche e la chiusura degli esercizi operanti nel campo della gastronomia.

Questo provvedimento non solo scatenò poco entusiasmo tra larghe fette della cittadinanza berlinese, notoriamente incline alla *movida*: anche numerosi ristoratori e gestori di bar percepirono questo coprifuoco come violazione dei loro diritti e rischio per la loro sopravvivenza economica. Undici di loro decisero dunque di agire in giudizio contro l'obbligo di chiusura dalle 23 alle 6, rivolgendosi per via di ingiunzione al *VG Berlin*. Tuttavia, il divieto di vendita di bevande alcoliche non fu oggetto della loro azione. Il 15 ottobre 2020, il tribunale decise di accogliere il ricorso, constatando la provvisoria ed immediata inapplicabilità dell'obbligo di chiusura notturna agli esercizi dei richiedenti.

*Il ragionamento del VG Berlin.* La decisione del tribunale amministrativo può essere considerato un esempio scolastico dell'applicazione di un classico della dogmatica pubblicista tedesca: il test di proporzionalità.

Qualunque misura dello Stato - che si tratti di atti amministrativi, legislativi o decisioni giudiziari - che limita le libertà fondamentali individuali garantite dal *Grundgesetz* deve essere giustificata sulla base di criteri stringenti. La violazione di tali limiti da parte dell'azione del potere pubblico è impugnabile in tribunale: il ricorso può riguardare atti dello Stato di qualunque tipo a tutti i livelli, dal verdetto del giudice di pace, all'atto di un ufficio comunale fino a una legge federale. In ultimo, il controllo di costituzionalità dell'operato statale può avvenire tramite ricorso individuale al

*Bundesverfassungsgericht* (Corte Costituzionale Federale) di Karlsruhe, la *Verfassungsbeschwerde*. Storicamente, questo sistema, che concede al potere giudicante un forte ruolo di controllo nei confronti dei poteri esecutivi e legislativi, ha notevolmente rinforzato la messa in atto dei diritti fondamentali nel dopoguerra, e gode - come d'altronde, l'operato della magistratura in generale - di grande stima da parte dell'opinione pubblica tedesca.

La limitazione incriminata, che eventualmente può essere anche di natura indiretta e non intenzionale, non solo deve avvenire tramite o su base di legge; in più, solo limitazioni proporzionali sono conformi al *Grundgesetz*. La proporzionalità si giudica sulla base di quattro criteri gradualmente e cumulativi: l'atto limitante di libertà fondamentali pubblico deve

- (i) perseguire uno scopo legittimo;
- (ii) essere adatto al raggiungimento di tale scopo;
- (iii) essere necessario, in quanto non si intravedono misure alternative ugualmente adatte ma meno limitanti;
- (iv) ed infine, essere proporzionale *stricto sensu*: una valutazione complessiva degli interessi dello Stato e degli individui coinvolti non deve portare al risultato che le limitazioni subite dagli individui siano di una gravità tale da non essere bilanciate dagli obiettivi perseguiti tramite l'atto pubblico.

Nella fattispecie, il tribunale ritenne che il Senato di Berlino fosse autorizzato, sulla base delle esplicite deleghe contenute nel *Infektionsschutzgesetz* (Legge federale sulla protezione dalle malattie infettive) ad emettere decreti contenenti misure per arginare l'ulteriore diffondersi del Covid-19. Il decreto costituì senza dubbio un atto pubblico con pesanti ripercussioni sulle libertà individuali dei richiedenti - in primis, la libertà di esercitare la propria professione, articolo 12 del *Grundgesetz*.

- (i) Questa limitazione fu considerata adatta a perseguire uno scopo legittimo, ossia il rallentamento della diffusione del virus ed il conseguente decongestionamento del sistema ospedaliero. In

generale, la giurisprudenza concede notevole libertà agli organi legislativi ed esecutivi di determinare sulla base di valutazioni politiche proprie quale causa possa costituire uno scopo legittimo.

(ii) Il tribunale continuò constatando che eventualmente la chiusura dalle 23 alle 6 potesse considerarsi anche adatta a raggiungere questo scopo: una misura può considerarsi adatta, se può contribuire in maniera non del tutto trascurabile al raggiungimento almeno parziale dello scopo: da questo punto di vista, ogni misura che impedisca l'assembramento di persone può essere considerata adatta a raggiungere i suddetti scopi di arginamento del virus.

(iii) Tuttavia, il tribunale bocciò il decreto sotto l'aspetto della necessità. Secondo il parere dei giudici, i pareri scientifici disponibili non avrebbero indicato la gastronomia come causa trainante della trasmissione del virus, ma avrebbero individuato i maggiori rischi nell'ambito di feste private, ospedali, case di riposo, celebrazioni religiose o viaggi turistici. Altre ipotetiche misure di ugual efficacia, come la rigida applicazione delle prescrizioni igieniche, avrebbero potuto permettere ai ristoratori di continuare la loro attività, con ciò limitando meno pesantemente la loro libertà professionale. Il tribunale non fu convinto che la presenza di clienti negli esercizi gastronomici fosse più infettante dopo le ore 23 che prima di quell'ora, considerando anche che grazie al già operante divieto notturno di vendere alcolici, non ci fossero da temere fenomeni di disinibizione alcolica. Infine, i giudici espressero il punto di vista che l'amministrazione pubblica non potesse disporre un coprifuoco meramente perché più facilmente controllabile delle prescrizioni igieniche; nel limite del possibile, lo Stato deve sempre percorrere la via della minor invasività possibile nel campo dei limiti fondamentali.

(iv) Visto che il decreto risultò quindi non necessario, la questione della proporzionalità *stricto sensu* non si pose, in quanto una misura non necessaria non può mai essere considerata proporzionale.

*Analisi e prospettive future.* Gli effetti pratici della decisione del *VG Berlin* sono limitati: da un lato, perché della ingiunzione beneficiarono soltanto gli undici richiedenti; d'altro lato perché il decreto in questione è stato ben presto rimpiazzato dal successivo decreto, continente la chiusura totale della gastronomia berlinese per (almeno) tutto il mese di novembre. È una questione ipotetica, ma dalla decisione traspare anche che i giudici non sarebbero andati oltre: molto probabilmente, una ingiunzione contro il divieto di vendere alcolici dopo le 23 non avrebbe avuto successo.

L'interesse della decisione del *VG Berlin* consiste in altro. In maniera esemplare, punta i fari su diverse criticità politiche e costituzionali emerse con la pandemia Covid-19. Un primo aspetto riguarda la divisione dei poteri all'interno dello Stato. Molti tedeschi, pur riconoscendo le complessità affrontate dall'esecutivo nel contrasto alla pandemia, considerano il coinvolgimento delle forze parlamentari insufficiente. Una conseguenza è la forte esposizione dell'azione governativa a critiche complottiste di ogni genere. Le aspre critiche riservate non raramente dai tribunali amministrativi alle misure adottate dai governi federali e regionali possono ostacolare l'azione governativa ed essere discutibili nel merito; tuttavia, l'indipendenza e la incisività del potere giudicante costituiscono un antidoto importante in tempi di crescente preoccupazioni di molti a riguardo al sempre maggiore ruolo dei poteri esecutivi. I governi guidati dalle migliori intenzioni possono sbagliare, anche in tempi di Covid-19, e a volte ci vuole un tribunale per fermare misure controproducenti dell'esecutivo.

Un secondo aspetto di natura costituzionale riguarda la sfera dei diritti fondamentali. La decisione del *VG Berlin* dimostra come i tribunali amministrativi continuino ad inseguire ciò che considerano una delle loro missioni principali: la garanzia di un essenziale livello di libertà fondamentali. Imperterriti, i giudici continuano ad applicare i loro strumenti dogmatici anche durante la pandemia. Infatti, la decisione del *VG Berlin* non è un evento isolato. Numerose misure sono state attaccate in giudizio con successo, come i decreti che

vietavano l'accesso alla seconda casa o le restrizioni al diritto di manifestare in piazza contro le misure anti Covid-19. Certo, queste azioni in giudizio sono caratterizzate da forti differenze regionali: mentre il tribunale amministrativo di Berlino ha considerato incostituzionale il coprifuoco berlinese, una misura analoga è stata considerata legale dal tribunale amministrativo di Münster. In ultimo, prevalgono comunque gli aspetti positivi da sottolineare: nonostante i timori di molti, la pandemia non ha azzerato i diritti acquisiti, i tribunali continuano a scrutinare l'azione esecutiva. In tempi di oscurantismo diffuso e populismo crescente, di pessimismo post-politico e convinzioni antistataliste, è un dato che merita di essere sottolineato.