

Stato d'emergenza e libertà religiosa: lo stress costituzionale nel diritto tedesco (art. 4 GG)

di Stefano Testa Bappenheim*

stefano.testa-bappenheim@unicam.it

De qua agitur - I. Introduzione – II. L’assistenza spirituale – III. Compressione, non violazione – IV. La salute (art. 2 GG) – V. La dignità umana (art. 1 GG) – VI. Difetto di legittimazione – VII. Il diritto di riunione (art. 8 GG) – VIII. Il petitum – IX. Il paragone con i supermercati – X. Il BVerfG: la libertà religiosa può subire compressioni solo se proporzionate allo scopo – XI. La libertà religiosa fra stato d’emergenza e proporzionalità.

De qua agitur

Il propagarsi e diffondersi dell’epidemia di Covid-19 ha fatto sì che anche in vari Stati europei, e non solo in Italia, gli assembramenti di persone siano stati vietati con l’emanazione di apposite norme, che hanno ricompreso anche le celebrazioni religiose comunitarie ciò ha sviluppato in vari Paesi un certo attrito con le relative disposizioni costituzionali a tutela della libertà religiosa: la fattispecie d’uno Stato che intervenga sulle funzioni religiose disegna un quadro

*Docente di Diritto ecclesiastico, Università di Camerino.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

complesso e bisognoso di specialisti, chiamando così in causa il diritto ecclesiastico comparato, il quale nuovamente, negli attuali frangenti, invera la profezia che lo vedeva, per “la posizione intermedia nell’ambito stesso delle discipline giuridiche” e “gli innegabili presupposti storico-politici”, “non una scienza in via d’esaurimento, ma il banco di prova dei più delicati problemi dogmatici”¹.

I. Introduzione

Le norme emergenziali emanate nei vari Stati sono già state oggetto di ricorsi. L’eccezione d’incostituzionalità per violazione della libertà religiosa è stata sollevata in Spagna, dinanzi al *Tribunal constitucional*; in Francia, davanti al *Conseil d’État*, e in Italia al *TAR del Lazio*, mentre in Germania la questione è giunta dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* già tre volte, sulla base di cause sviluppatesi dinanzi alle giurisdizioni amministrative: ciò dimostra come si tratti d’una problematica comune a Paesi pur molto distinti e distanti secondo l’articolazione habermasiana dei tre noti paradigmata: da un lato la laicità “assoluta” (modello francese)², all’estremo opposto quella “aperturista” (modello italo-ispанico³, per varie ragioni storiche), e, nel mezzo, quella “neutralista” (alla tedesca).

¹ M. TEDESCHI, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Milano, 1987, p. 55; P. CONSORTI, *La scienza del diritto ecclesiastico in Germania*, in *qdpe*, 1992, pp. 119 ss.

² V. P. CONSORTI, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *statoechiese.it*, n. 1/2018, https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Consorti.M2_Dalla_Francia.pdf; M. D’ARIENZO, *La “religione della laicità” nella Costituzione francese*, in P. BECCHI – V. PACILLO, *Sull’invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Lugano, 2013, pp. 139 ss.; EADEM, *La laicità francese secondo Nicolas Sarkozy*, in *DeR*, 2008, pp. 257 ss.; EADEM, *La laicità francese: “aperta”, “positiva” o “im-positiva”?*, in *statoechiese.it*, 2011, https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/maria_darienzo_la_laicit_francese.pdf; P. VALDRINI, *La ‘laicità positiva’. A proposito del discorso del Presidente Sarkozy al Laterano (20 dicembre 2007)*, in AA.VV., *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 409 ss.; ID., *Il principio di laicità nel diritto francese. Neutralità dello Stato e libertà dei cittadini*, in *Eph.*, 2015, pp. 39 ss.; P. CAVANA, *Laicità, politica e religioni in Francia*, in *Iustitia*, 1998, IV, pp. 365 ss.

³ B. PELLISTRANDI, *Catolicismo e identidad nacional en España en el siglo XIX*, in P. AUBERT (a cura di), *Religión y sociedad en España*, Madrid, 2002, pp. 91 ss.; V. CARCÉL ORTÍ,

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

Questo ordinamento presenta un quadro costituzionale di tutela dei diritti fondamentali particolarmente complesso, condizionate in parte dalla situazione di emergenza, prevista dalle norme costituzionali, e in parte dal principio di *Verhältnismäßigkeit* elaborato dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Com'è noto, il *Grundgesetz* tedesco contiene, nel preambolo, un richiamo esplicito a Dio⁴, che peraltro è profondamente radicato nel milieu storico-culturale tedesco⁴ (ed europeo in generale⁵).

Sulla base del *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz, IfSG)*, §§ 28 ss.), lo Stato può ordinare restrizioni e limitazioni anche ai diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, la cui implementazione è poi affidata ai vari *Länder* che provvedono con proprie normative.

In questo contributo tratteremo dei fenotipi giudiziari prodottisi in questi due mesi, tutti ruotanti intorno all'importanza ed alla rilevanza del diritto fondamentale di libertà religiosa anche in condizioni in cui la sua tutela è stata

Historia de la Iglesia en la España contemporánea (siglos XIX y XX), Madrid, 2002, pp. 249 ss.; L. DIOTALLEVI, *Religione, Chiesa e modernizzazione, il caso italiano*, Roma, 1999, *passim*; E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'identità italiana*, Bologna, 1998, *passim*; G.E. RUSCONI, *La religione degli italiani - Religione civile e identità italiana*, in *Il Mulino*, 2003, pp. 832 ss.

⁴ J. ENNUSCHAT, 'Gott' und *Grundgesetz*', in *NJW*, 1998, pp. 953 ss.; S. TESTA BAPPENHEIM, 'Veluti si Deus Daretur': Dio nell'ordinamento costituzionale tedesco, in J.I. ARRIETA (a cura di), *Ius divinum*, Venezia, 2010, pp. 253 ss.; P. HÄBERLE, *Gott im Verfassungsstaat?*, in ID., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, p. 216; S. MÜCKL, *In der Welt, nicht von der Welt. (Staats)Kirchenrechtliche Implikationen einer Entwestlichung der Kirche*, in AA.VV., *Theologia Iuris Canonici. Festschrift für Ludger Müller zur Vollendung des 65. Lebensjahres*, Berlin, 2017, pp. 115 ss.

⁵ M. THELEMANN, *Als die Germanen zu Christus kamen*, Stuttgart, 1934, pp. 73 ss.; W. ANDREAS, *Deutschland vor der Reformation: eine Zeitenwende*, Stuttgart, 1948, pp. 372 ss.; K. STADTWALD, *Roman Popes and german patriots: antipapalism in the politics of the german humanist movement from Gregor Heimburg to Martin Luther*, Ginevra, 1996, pp. 82 ss.; F. MARTI, *Il favor fidei nello ius novum*, in *IE*, 2014, pp. 359 ss.; M. D'ARIENZO, *Il contributo del pensiero riformato del XVI secolo all'ermeneutica della laicità*, in *AGFS*, 2018, pp. 697 ss.; S. TESTA BAPPENHEIM, *Cenni sulla costituzionalizzazione delle radici cristiane in Germania*, in *IE*, 2006, pp. 755 ss.; J.I. ARRIETA, *Le articolazioni delle istituzioni della Chiesa e i rapporti con le istituzioni politiche*, ivi, 2008, pp. 13 ss.

⁵ P. BELLINI, *Respublica sub Deo. Il primato del Sacro nell'esperienza giuridica dell'Europa preumanista*, Firenze, 1981, *passim*.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

sottoposta a forte stress costituzionale: accanto alle molte controversie ‘collettive’, sulla problematica del divieto di celebrazioni religiose con presenza di fedeli, ve n’è però anche una ‘individuale’, relativa all’assistenza spirituale personale, che dunque, procedendo dal particolare all’universale, tratteremo per prima.

II. L’assistenza spirituale

L’intervento dell’*Amtsgericht* di Altenburg⁷, in Turingia, è chiesto da un ministro di culto luterano che desiderava recarsi a dare assistenza spirituale ad una propria parrocchiana, ricoverata da febbrajo: si tratta d’una signora ottantanovenne, affetta da patologie respiratorie ritenute incurabili e sottoposta a cure palliative, ed il pastore luterano le andava a far visita settimanalmente, come pastore con cura d’anime, avendo con lei colloquî di natura spirituale.

Le disposizioni normative della Turingia per contrastare il coronavirus (Zweite Thüringer Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2, più brevemente 2. ThürSARS-CoV-2-EindmaßnVO, versione del 7 aprile), però, hanno ‘sigillato’ i luoghi di cura, impedendovi l’accesso anche ai ministri di culto, pure se fossero disposti a rispettare tutte le necessarie precauzioni sanitarie di prevenzione del contagio. La Corte interpellata dal pastore gli ha dato ragione, sul presupposto che le sue visite non avevano un carattere personale, ma - dice la sentenza – costituivano l’esercizio di un elemento veramente centrale nel cuore della missione d’un ministro di culto⁸, particolarmente in tempi di epidemia, secondo l’esempio dato

⁷ AG Altenburg, sentenza del 14 aprile 2020, n. 26/ar(bd)/24/20.

⁸ Cfr., per l’impostazione teorica generale, P. CONSORTI – M. MORELLI, *Codice dell’assistenza spirituale*, Milano, 1993, *passim*.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

da Martin Lutero stesso in occasione dell'epidemia di peste bubbonica a Wittemberg, nel 1527⁹.

La già citata legge federale sull'emergenza sanitaria prevede *expressis verbis*, che in caso di quarantena il ministro di culto impegnato nella cura delle anime “deve assolutamente” sempre essere ammesso, nel rispetto di tutte le procedure di sicurezza, a visitare la persona malata (art. 30 comma 4), mentre ‘altre persone’ (ad esempio uno psicologo, i parenti, gli amici, etc.) “possono” essere ammesse a discrezione del medico curante. I giudici osservano che la cura d'anime costituisce il cuore dei doveri delle Chiese; per questo la norma non prevede nessuna limitazione frapponibile al ministro di culto, cui è riconosciuto un diritto assoluto, riflesso del diritto di libertà religiosa previsto dall'art. 4 del GG. Su queste basi concettuali il legislatore dell'emergenza coronavirus che pure ha inasprito alcune regole stabilite dall'*Infektionsschutzgesetz*, ha lasciato invariato la norma *de qua*.

La legge è espressione della neutralità filoreligiosa del GG¹⁰, che bilancia la tutela della salute collettiva con le esigenze spirituali di chi è obbligato alla quarantena, che può giovarsi di una relazione col ministro di culto.

Questo rapporto fra fedele in quarantena e ministro di culto non può essere sottoposto ad alcuna limitazione temporale, e va anzi facilitato, ad esempio mettendo a disposizione telefoni o strumenti informatici.

Dato che la legge federale prevede espressamente questo diritto assoluto all'assistente spirituale (ferme restando le procedure di protezione: camici, mascherine, guanti, etc.), ne consegue che le normative dei singoli *Länder*

⁹ P. CONSORTI, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Law, Religions and Covid-19 Emergency*, Pisa, 2020, p. 9.

¹⁰ V. F. FEDE – S. TESTA BAPPENHEIM, *Dalla laicità di Parigi alla nominatio Dei di Berlino, passando per Roma*, Milano, 2007, pp. 39 ss.; J.T. MARTIN DE AGAR, *Libertà religiosa, uguaglianza e laicità*, in IE, 1995, pp. 199 ss.; A. MELLONI, *Laicità, mot fallacieux*, in AA.VV., *Idee per una scuola laica*, Roma, 2007, pp. 49 ss.; A. RICCARDI, *Cos'è (diventata) la laicità: una chiave di lettura storica per comprendere il pluralismo*, in AA.VV., *Il filosofare per le religioni: un contributo laico al dialogo interreligioso*, Soveria Mannelli, 2016, pp. 21 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

debbono uniformarvisi, come *expressis verbis* stabilisce la sentenza, e dunque possiamo dire che in tutta la Germania sia riconosciuto immune dagli effetti della quarantena il diritto fondamentale all'assistenza spirituale, spicchio del poliedrico diritto alla libertà religiosa ex art. 4 GG.

Altrettanto non si può dire, invece, del diritto alle funzioni religiose, su cui la giurisprudenza, nell'arco di due soli mesi, è stata copiosa, d'orientamento costante pur essendo espressione delle Corti di varî e differenti *Länder*, ed è già giunta per tre volte dinanzi ai Giudici di Karlsruhe.

III. Compressione, non violazione

Una Società di vita apostolica berlinese di diritto pontificio¹¹, legata alla celebrazione col Rito Straordinario¹², presenta un ricorso amministrativo contro la Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 (abbreviato in SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung, od anche SARS-CoV-2-EindmaßnV) di Berlino, che, nell'ambito delle misure di contenimento del Covid-19, pur espressamente consentendo le visite individuali nei luoghi di culto, aveva al contempo proibito le celebrazioni religiose aperte al pubblico, all'aperto od al chiuso, in quanto foriere di assembramenti potenzialmente pericolosi.

¹¹ Sulle SVA, v. S. TESTA BAPPENHEIM, *La vita fraterna. Fenotipi storico-canonicistici dei consacrati a Dio*, Lecce, 2006, pp. 239 ss.; G.F. GHIRLANDA, *Iter per l'approvazione degli istituti di vita consacrata a livello diocesano e pontificio e delle nuove norme di vita consacrata*, in *Periodica*, 2005, pp. 621 ss.; F. PUIG, *La consacrazione religiosa. Virtualità e limiti della nozione teologica*, Milano, 2010, pp. 289 ss.; O. CONDORELLI, *Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento canonico: alcune considerazioni critiche*, in *DE*, 2003, pp. 942 ss.; L. NAVARRO, voce *Incardinación*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, IV, Pamplona, 2012.

¹² V. per l'impostazione teorica generale, A.S. SANCHEZ-GIL, *Gli innovativi profili canonici del Motu proprio 'Summorum Pontificum' sull'uso della Liturgia romana anteriore alla riforma del 1970*, in *IE*, 2007, pp. 689 ss.; J. FOSTER, *Reflexiones canónicas acerca de Universae Ecclesiae, Instrucción sobre la Aplicación de Summorum Pontificum*, in *IC*, 22012, pp. 191 ss.; J.M. HUELS, *Reconciling The Old With The New Canonical Questions On Summorum Pontificum*, in *The Jurist*, 2008, pp. 92 ss.; C.J. GLENDINNING, *The significance of the liturgical reforms prior to the second vatican council in light of Summorum Pontificum*, in *SC*, 2010, pp. 293 ss.; J. MIÑAMBRES, *Attribuzione di facoltà e competenze alla Commissione "Ecclesia Dei"*, in *IE*, 1991, pp. 341 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

L'istanza viene respinta dal *Verwaltungsgericht* di Berlino, in quanto il divieto di partecipare a celebrazioni religiose pubbliche costituisce certamente una compressione, ma non una violazione del diritto di libertà religiosa, trattandosi d'un bilanciamento proporzionale con altri diritti fondamentali, parimenti riconosciuti dal GG, quali il diritto alla vita ed all'integrità fisica, ex art. 2 comma II GG.

Il GG, del resto, prevede lo stato di emergenza, con la possibilità costituzionalmente legittima di comprimere, per un lasso di tempo limitato, di fronte ad una situazione d'assoluta emergenza, alcuni diritti fondamentali, concentrando le forze per garantire le energie vitali necessarie alla sopravvivenza dello Stato, che è poi il fondamento, con la sua esistenza, d'ogni garanzia e protezione per tutti i diritti fondamentali; la compressione del diritto di libertà religiosa è ammissibile anche perché parziale, essendo sempre permessa sia la possibilità di recarsi individualmente a pregare nei luoghi di culto, sia quella d'assistere alle funzioni religiose via televisione o via internet¹³.

La SVA ricorre in appello dinanzi all'*Oberverwaltungsgericht* di Berlino-Brandeburgo, il cui XI Senato conferma il giorno dopo l'esito del primo grado, ponendo come *ubi consistam* del proprio ragionamento il principio di *Verhältnismäßigkeit*, la proporzionalità; il fatto che il diritto di libertà religiosa ex art. 4 commi I e II GG, sia toccato dai provvedimenti impugnati è indubbio, bisogna però stabilire se subisca una compressione, come ritenuto nel giudizio di primo grado, od una violazione od aggressione, come sostengono i ricorrenti¹⁴.

Per l'OVG di Berlino-Brandeburgo, il provvedimento limitativo non è preordinato allo scopo di comprimere la libertà religiosa, ma tale compressione è il risultato indiretto di provvedimenti generalissimi volti a limitare la diffusione del coronavirus, ossia provvedimenti rispondenti all'art. 2 comma II del GG,

¹³ VG Berlin, ordinanza del 7 aprile 2020, n. 14/L/32/20.

¹⁴ OVG Berlin-Brandenburg, sentenza dell'8 aprile 2020, n. 11/S/21/20.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

cioè la protezione della vita e dell'integrità fisica, che sono parimenti diritti costituzionali che non potevano venir raggiunti altrimenti.

Il diritto di libertà religiosa, dice la Corte, non è stato leso: perché ne mancava l'intenzione, perché i luoghi di culto sono sempre rimasti aperti per permettere alle persone d'entrare a pregare, ed infine perché è possibile, ed anzi si è visto che le comunità religiose vi hanno fatto amplissimo ricorso, la trasmissione in streaming delle funzioni religiose: se dunque le celebrazioni religiose hanno continuato a poter essere celebrate e viste dai fedeli, e questi ultimi hanno continuato a potersi recare nei loro edifici di culto per pregare, tenuto conto della situazione di emergenza possiamo dire che i provvedimenti limitativi non abbiano inciso sulla sostanza della libertà religiosa, quanto piuttosto sulle sue modalità di organizzazione, che certamente hanno subito una disarticolazione sì forzosa, ma limitata nella portata e nella durata.

La Corte amministrativa d'appello, poi, conclude che la libertà di religione può anche essere limitata in caso di collisione con diritti fondamentali di terzi, o di diritti collettivi di rango costituzionale, ma è, appunto, una limitazione-compressione, nel senso che, al di fuori delle fattispecie ricordate, il diritto alla libertà religiosa torna ad espandersi; quest'orientamento viene condiviso dal VG di Lipsia¹⁵, chiamato a giudicare un ricorso contro l'art. 7 lettera a della [normativa ad hoc della Sassonia](#).

IV. La salute (art. 2 GG).

Più articolato e complesso il ragionamento dispiegato dal VG di Amburgo¹⁶, chiamato a pronunziarsi sul ricorso contro la [Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg \(HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO\)](#), che prevede, al § 2, n. 1, un divieto generale di manifestazioni e riunioni, pubbliche o non pubbliche,

¹⁵ VG Lipsia, sentenza del 3 aprile 2020, n. 3/L/182/20.

¹⁶ VG Amburgo, sentenza del 9 aprile 2020, n. 9/E/1605/20.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

espressamente riferito anche a chiese, moschee, sinagoghe, ed alle altre confessioni religiose: da qui, il ricorso per violazione della libertà religiosa ex art. 4 GG.

Per il giudice d'Amburgo la libertà religiosa protetta ex art. 4 GG ricomprende certamente anche la partecipazione a funzioni religiose comunitarie, pubbliche o non pubbliche, tuttavia la libertà religiosa non è priva di limiti: poiché l'art. 4 commi 1 e 2 GG non prevede limiti specifici, essi vanno desunti dal GG stesso, e sono i diritti fondamentali di terzi e quelli della collettività.

Il ricorrente afferma che la libertà religiosa, cioè l'art. 4 GG, sia stato violato perché la prevalenza dell'art. 2 GG è stata applicata alla chiusura dei luoghi di culto e non anche ai supermercati, di cui si è continuata a consentire l'apertura, ma il VG di Amburgo confuta chiaramente quest'argomento: sulla base delle evidenze scientifiche, infatti, il rischio di contagio sale esponenzialmente trovandosi a contatto per più di 15 minuti con una persona malata: nel caso del supermercato, però, trattandosi d'un luogo ove le persone si muovono, è molto improbabile trovarsi per 15 minuti costantemente in prossimità d'una persona malata, mentre in un edificio di culto, in occasione d'una funzione religiosa, le persone rimangono al proprio posto per tutta la durata del rito: per questa ragione v'è una sostanziale differenza fra il tasso di pericolosità di contagio nei supermercati e quello nei luoghi di culto, ciò che giustifica, sulla base della tutela del diritto fondamentale alla salute ed all'integrità fisica, la compressione del diritto di libertà religiosa.

I ricorrenti affermano poi che queste proibizioni li priveranno della possibilità di celebrare la Pasqua, solennità centrale nella religione cristiana e non rinviabile ad altra data, ciò che costituirebbe una doppia lesione del loro diritto fondamentale alla libertà religiosa.

Secondo il VG d'Amburgo, tuttavia, la compressione del diritto di libertà religiosa, che pure certamente c'è, non è però così intollerabile, riguardando solo

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

un suo sottoinsieme, cioè quello della partecipazione comunitaria alle celebrazioni religiose, dato che, in effetti, i fedeli conservano la piena libertà di praticare la propria religione in modo diverso, con la preghiera individuale, in casa o recandosi individualmente nei luoghi di culto, e le stesse celebrazioni religiose non sono loro negate *in toto*, essendo possibile – ed anzi organizzata dagli stessi ministri di culto - la loro trasmissione in *streaming*: è comprensibile che non si tratti d'un sostituto perfettamente equivalente, tuttavia esso è idoneo a compensare le limitazioni imposte dalle normative speciali per l'emergenza epidemica.

V.La dignità umana (art. 1 GG)

Si pone su un piano più pratico l'OVG di Weimar¹⁷, che respinge un ricorso contro la [Zweite Thüringer Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 \(2. ThürSARS-CoV-2-EindmaßnVO\)](#), la quale vietava, ex § 3 n. 1, riunioni ed assembramenti di più di due persone, specificando *expressis verbis* come questo divieto s'estendesse anche a chiese, moschee, sinagoghe ed agli edifici di culto delle altre confessioni religiose ed organizzazioni filosofiche.

Il ricorrente sostiene che questo divieto, non prevedendo eccezioni per le funzioni religiose nemmeno a Pasqua, un'importantissima festività cristiana, viola non solo l'art. 4 GG, ma – essendo la libertà religiosa espressione della dignità umana – anche l'art. 1 GG, che appunto la protegge, sicché la libertà religiosa dovrebbe essere valutata come preminente rispetto ad altri diritti fondamentali, dato che proprio il pensiero metafisico - religioso, ateo o filosofico in generale - è una caratteristica specifica dell'uomo.

Quest'argomento nuovo, ossia la libertà religiosa come fenotipo della dignità umana, e quindi protetta anche dall'art. 1 GG, non viene contestato

¹⁷ OVG Thüringen, sentenza del 9 aprile 2020, n. 3/EN/238/20.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

dall'OVG, che però sviluppa un ragionamento più pragmatico. I diritti fondamentali in generale, e quelli definiti dal GG in particolare, non sono autoavveranti, ma hanno bisogno d'un apparato statale che li garantisca e li difenda. Sicché, prima di chiedersi se il diritto alla libertà religiosa, essendo fenotipo d'un *quid peculiaris* antropologico, rientri anche nella protezione della dignità umana ex art. 1 GG, e prevalga perciò sull'art. 2 GG che tutela salute ed integrità fisica, è necessario ed opportuno riconoscere che nessun diritto fondamentale potrà concretamente essere fatto valere senza un apparato statale efficiente. Perciò, in una situazione epidemica, prevale l'obiettivo contemplato dall'art. 2 GG, in quanto in assenza di tutela della salute e dell'integrità fisica, l'epidemia potrebbe diffondersi colpendo anche gli apparati dello Stato, indebolendone la struttura e provocando il collasso del sistema sanitario. Il risultato sarebbe quello di rendere impossibile la tutela di qualsiasi diritto fondamentale.

La prevalenza dell'art. 2 GG non si fonda tanto sul fatto che il diritto alla salute ed all'integrità fisica sia genotipicamente più importante degli altri diritti fondamentali, quanto sul fatto che il suo fenotipo permette la sopravvivenza dell'apparato statale. In ogni caso, la prevalenza dell'art. 2 non ammette la violazione dell'art. 4 GG, che difatti non è stato violato, ma solo sospeso nelle sue modalità di esercizio. I ministri di culto possono continuare a celebrare le funzioni religiose, i fedeli possono assistervi tramite i moderni media digitali, e possono frequentare i luoghi di culto, in quanto queste modalità non contrastano il divieto generale di assembramento. Del resto, da decenni e le confessioni religiose ricorrono anche in tempi e condizioni ordinarie alla trasmissione dei propri riti via televisione o via web¹⁸, perciò è legittimo ritenere

¹⁸ Cfr. P. CONORTI, *Liturgia e diritto. Conseguenze giuridiche della riaffermazione del Magnum principium per cui la preghiera liturgica deve essere capita dal popolo*, in RL, 2019, pp. 37 ss.; M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *La parrocchia prima e dopo il Concilio Vaticano II*, in AA.VV., *Studi in onore di P.A. D'Avack*, I, Milano, 1976, pp. 206 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

che esse stesse non riconoscono indispensabile la presenza fisica dei fedeli al rito.

VI. Difetto di legittimazione

In Bassa Sassonia è stato presentato un ricorso contro le disposizioni locali lamentando che impedivano di celebrare degnamente la festa di Pasqua e Pesah. La XVa Sezione del VG di Hannover⁶ respinge il ricorso con l'ormai noto argomento della compressione e non violazione dell'art. 4 GG., giustificato anche ex. Art. 2 GG. La sentenza introduce però anche un argomento nuovo, relativo alla legittimazione attiva processuale, segnalando lassenza in capo al singolo fedele del titolo per agire, dato che egli può recarsi individualmente nei luoghi di culto e può assistere alle funzioni religiose trasmesse via web o via televisione. Egli non può partecipare personalmente, ma questo limite dipende dall'assenza di celebrazioni offerte dalle confessioni religiose stesse, che hanno subito il divieto di celebrare funzioni religiose comunitarie, e che sarebbero legittimate ad agire in giudizio al riguardo.

VII. Il diritto di riunione (art. 8 GG).

Un'altra interessante prospettiva viene delineata dal VGH dell'Assia⁷, che sposta la questione fuori del perimetro della libertà religiosa. Il ricorso è stato presentato contro la Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus, la quale, ex § 1, vieta le celebrazioni comunitarie in chiese, moschee, sinagoghe e negli edifici di culto delle altre confessioni religiose, ma consente che questi edifici restino aperti e riconosce a tutte le comunità religiose il diritto di praticare “forme alternative” di celebrazioni e riti religiosi, che non richiedano assembramenti di persone, giungendo a suggerire “la trasmissione delle funzioni religiose via internet”.

⁶ VG Hannover, sentenza del 7 aprile 2020, n. 15/B/2112/20.

⁷ VGH Hessen, sentenza del 7 aprile 2020, n. 8/B/892/20-N.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

Il Tribunale amministrativo riconosce l'eccezionale limitazione del diritto fondamentale di libertà religiosa, che ritiene però proporzionale alla prevalente tutela ex art. 2 GG ma osserva alcune particolarità. In primo luogo, segnala il difetto di legittimazione attiva del ricorrente, dato che si tratta di un cattolico-romano della diocesi di Limburg, il cui Vescovo aveva decretato la sospensione di tutte le funzioni religiose comunitarie prima ancora che fosse emanata la [legge del Land](#). In secondo luogo considera prevalente l'eventuale violazione dell'art. 8 GG, che protegge in generale la libertà di riunione, rispetto alla quale le celebrazioni religiose costituiscono una specie. Riunioni, va da sé, vietate per prevenire il contagio.

VIII. *Il petitum*

Quest'ultimo orientamento è parzialmente adottato anche dal *Verwaltungsgerichtshof* della Baviera⁸, ove [la legge](#) dispone il divieto generale di riunioni ed assembramenti, dichiarato *expressis verbis* applicabile anche a chiese, moschee, sinagoghe ed ai luoghi di culto di altre confessioni religiose, salvo eccezioni accordate dalle autorità civili competenti. Un fedele cattolico-romano impugna rivendicando la sua libertà religiosa ex art. 4 GG ed art. 107 BayVf, contestando sia il divieto generale, che il ricorrente asserisce sia ingiustificato perché le funzioni religiose comunitarie avrebbero potuto essere organizzate con controlli sanitari e prenotazione via telefonica o via app, sia contro l'assenza d'un'eccezione, ammissibile sulla base della normativa medesima. A suo avviso, il divieto di partecipare alla Messa domenicale è una violazione della libertà religiosa, ma quello di partecipare alle Messe delle solennità pasquali costituisce una doppia violazione.

Il ricorso è respinto per mancanza di legittimazione attiva e di *petitum*, in quanto tutte le 27 diocesi tedesche hanno assunto autonome misure di

⁸ VGH Monaco di Baviera, ordinanza del 9 aprile 2020, n. 20/NE/20704

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

protezione contro l'epidemia, tra cui in quasi tutte la sospensione del precetto della Messa domenicale e, in generale, di tutte le celebrazioni religiose comunitarie⁹. Inoltre, l'Arcidiocesi di München und Freising aveva sospeso già il 13 marzo, e fino al 3 aprile, tutte le celebrazioni religiose comunitarie, ossia prima che entrasse in vigore la disposizione contestata, ed il 2 aprile con un decreto generale, ex can. 29 CIC, immediatamente in vigore ex can. 8 § 2 CIC¹⁰, aveva prorogato questa sospensione sino al 19 aprile, ossia dopo Pasqua.

IX. Il paragone con i supermercati

La problematica sollevata dai divieti verso gli assembramenti ha toccato anche le comunità islamiche: quella della Bassa Sassonia ha impugnato la normativa (*Niedersächsischen Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus*) che prevedeva l'ormai noto divieto di assembramenti in chiese, moschee, sinagoghe e negli edifici di culto delle altre confessioni religiose. L'associazione ricorrente affermava però o che questo divieto costituiva una violazione sia del diritto di libertà religiosa ex art. 4 GG, atteso nel suo caso che impediva la celebrazione comunitaria del Ramadan, sia del diritto fondamentale all'egualanza, ex art. 3 comma 1 GG, in quanto istituiva un divieto categorico ed assoluto d'assembramento d'ogni tipo per i luoghi di culto, mentre lo permetteva – nel rispetto della distanza reciproca di 1,5 metri – per situazioni di assembramento costituzionalmente meno protette, come ad

⁹ J.-P. SCHOUUPPE, voce *Suspensión de derechos*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, VII, Pamplona, 2012; E. BAURA, *Atto amministrativo e limitazione dei diritti*, in J.I. ARRIETA (a cura di), *Discrezionalità e discernimento nel governo della Chiesa*, Venezia, 2008, pp. 187 ss.; C.J. ERRÁZURIZ, *La dimensione giuridica della configurazione e della realizzazione della liturgia cattolica*, in AA.VV., *Libro de Amigos dedicado al Profesor Carlos Salinas*, Santiago de Chile, 2018, pp. 137 ss.; M. DEL POZZO, *Autorità ecclesiastica e diritti dei fedeli nella liturgia*, in AA.VV., *Diritto e norma nella liturgia*, Milano, 2016, pp. 111 ss.; J. LLOBELL, *Note minime sulla distinzione fra l'«atto amministrativo» e l'«atto «non amministrativo» dell'Amministrazione*, in IE, 2015, pp. 625 ss.

¹⁰ *Donnerstag, 2. April 2020: Allgemeines Dekret von Kardinal Reinhard Marx, Erzbischof von München und Freising*

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

esempio accadeva per le file davanti ai [negozi di fiori](#) o ai [concessionari d'automobili, etc.](#)

L'OVG di Lüneburg¹¹²⁴ respinge il ricorso: *in primis*, perché il divieto riguardava solo due venerdì del mese di digiuno, perciò il diritto di libertà religiosa era solo compreso e in misura temporalmente limitata e proporzionata;; *in secundis*, perché il divieto coinvolgeva la sola espressione della libertà religiosa collettiva, dal momento che le moschee erano aperte e si potevano esercitare le forme di assistenza spirituale generale, ex § 3 n. 13, quelle alle persone in pericolo di vita, ex § 3 n. 12 a, le funzioni religiose all'aperto, nel rispetto della distanza minima d'un metro e cinquanta cm, ex § 2 n. 2.

X. Il BVerfG: la libertà religiosa può subire compressioni solo se proporzionate allo scopo.

Com'era probabilmente prevedibile, la questione è giunta sino al *Bundesverfassungsgericht*, dinanzi al quale è stata sollevata più volte: dapprima ai giudici di Karlsruhe è stato chiesto un provvedimento d'urgenza per annullare la sentenza del 7 aprile del *Verwaltungsgerichtshof* dell'Assia (v. *supra*) relativa al § 1 comma 5 della *Vierte Verordnung zur Bekämpfung des Corona-Virus*: il richiedente, come abbiamo già visto, dichiarando d'essere cattolico praticante, lamenta che la *Vierte Verordnung* gli renda impossibile assistere alla Messa ed ai particolari riti religiosi specifici della Settimana Santa, e ritiene sproporzionate, e dunque incostituzionali, le limitazioni imposte all'esercizio del diritto fondamentale di libertà religiosa ex art. 4 GG.

Il BVerfG rigetta²⁵ l'istanza di provvedimento d'urgenza, riconoscendola ammissibile ma respingendola nel merito, perché, dice, se l'accogliesse e quindi riaprisse alla celebrazione di Messe comunitarie (ma, più in generale, a funzioni

²⁴ OVG Niedersachsen, ordinanza del 23 aprile 2020, n. 13/MN/109/20.

²⁵ BVerfG, ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato, 10 aprile 2020, n. 1/BVQ/28/20.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

religiose comunitarie di qualsiasi confessione religiosa), causerebbe un aumento enorme del rischio d'infezione, con la già segnalata conseguenza certa d'un sovraccarico del sistema sanitario nazionale, fino al rischio estremo d'un suo collasso. inoltre, la Corte ritiene la limitazione proporzionata ex art. 2, il *BVerfG*, dato che è temporanea e limitata ad una scadenza prefissata.

Una seconda richiesta di provvedimenti d'urgenza è stata presentata al *BVerfG* dalla già nota SVA di diritto pontificio di Berlino, che chiede a Karlsruhe d'accertare non sia palesemente infondata l'ipotesi d'incostituzionalità della *Coronavirus-Eindämmungsverordnung*, per violazione dell'art. 4 GG, ed emettere una sospensiva, in attesa d'un giudizio di merito approfondito, ex art. 32 comma 1 GG.

Il *Bundesverfassungsgericht* dichiara²⁶ ammissibile il ricorso d'urgenza, ma osserva che la concessione della 'sospensiva' potrebbe ledere un altro diritto costituzionalmente garantito, ossia quello alla salute ed integrità fisica, ex art. 2 comma 2 GG, con rischi che si riverbererebbero sulle persone (possibile aumento della diffusione del contagio, dei malati, dei morti), e sugli apparati dello Stato, che potrebbe collassare. Il *Bundesverfassungsgericht* riconosce la compressione dei diritti ex art. 4 GG, ma la ritiene proporzionata alla necessità contingente, dato che il divieto è temporaneo, soggetto a scadenza prefissata e un'eventuale proroga richiederebbe un ulteriore rigoroso esame della persistenza della proporzionalità.

Ad ora, l'ultimo caso sottoposto ai Giudici di Karlsruhe riguarda la normativa della Bassa Sassonia, contro la quale l'associazione islamica ricorrente aveva già invano presentato ricorsi in sede amministrativa (v. *supra*). Davanti alla Corte costituzionale essa chiede una sospensiva del divieto generale senza possibilità di eccezioni, e presenta una serie di misure precauzionali che

²⁶ BVerfG, ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato, 10 aprile 2020, n. 1/BVQ/31/20.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

sarebbero adottate per prevenire il contagio²⁷. Sulla base di questi elementi, il *BVerfG* accoglie l'istanza del ricorrente annullando la parte dell'ordinanza della Bassa Sassonia che escludeva a priori possibili eccezioni al divieto di celebrazioni religiose comunitarie: la Corte ritiene questo divieto ancora ammissibile nella misura in cui si riferisca alla riapertura contemporanea di tutte le moschee, annullandone solo la parte in cui esclude la possibilità che la Pubblica Autorità possa accordare delle eccezioni a singoli e specifici edifici di culto, dopo una valutazione approfondita delle circostanze condotta con l'Autorità sanitaria responsabile; laddove la comunità religiosa richiedente l'eccezione potesse fornire garanzie che le Autorità valutassero tali da escludere il rischio di diffusione del virus, verrebbe meno il principio di proporzionalità che giustifica la compressione dell'art. 4 GG a vantaggio dell'art. 2 GG²⁸.

XI. La libertà religiosa fra stato d'emergenza e proporzionalità.

Tutte le sentenze emesse in merito alle disposizioni che vietano le celebrazioni religiose comunitarie hanno riconosciuto la sofferenza dell'art. 4 GG, stabilendo altresì al contempo che sia una compressione possibile sulla base di due parametri costituzionali: le norme sullo stato d'emergenza (*Notstand*) ed il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*)¹².

²⁷ Misure che l'associazione si dice disposta a prendere per rendere possibile la preghiera del venerdì in moschea durante il mese del Ramadan: distanza minima di 1,5 metri fra i fedeli, assicurata dalla tracciatura di appositi segni sul pavimento; presenza massima di 24 partecipanti in una moschea da 300 persone; inviti nominativi ai singoli partecipanti con indicazione dell'orario, onde s'evitino file all'esterno; lavaggio rituale prima d'entrare fatto con sapone antibatterico; obbligo di mascherina per i fedeli partecipanti; dispenser con disinettante all'ingresso; disinfezione di maniglie, porte, etc. dopo ogni 'turno' di 24 fedeli; moschea con tutte le porte spalancate per garantire la massima areazione; divieto tassativo (già previsto dalle regole islamiche ordinarie, ma applicato con particolare rigore) ai malati di partecipare; rito con la sola preghiera dell'imam, senza interventi parlati dei fedeli, per evitare – nonostante la mascherina – il rischio di diffusione del virus.

²⁸ BVerfG, Ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato, 29 aprile 2020, 1/BVQ/44/20.

¹² L. HIRSCHBERG, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, pp. 50 ss.; A. HEUSCH, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Berlin, 2003, pp. 37 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

Non introdotte *ab initio* per i terribili risultati prodotti dall'art. 48 della Costituzione di Weimar, a partire dal 1968 state aggiunte al GG alcune norme-cornice relativi a specifici casi d'emergenza, esogena od endogena, le quali hanno lo specifico scopo di proteggere l'esistenza e la sopravvivenza istituzionale dell'ordinamento democratico e liberale del Governo federale e dei singoli Länder.

Le norme d'emergenza non sono raggruppate ordinatamente, ma, essendo appunto state aggiunte in un secondo tempo all'impianto originario, si trovano sparse lungo tutto il GG, e, come controbilanciamento, venne contemporaneamente inserito il diritto di resistenza (*Widerstandrecht*), ex art. 20 comma 4 GG¹³.

Abbiamo, dunque, emergenze esogene: un attacco armato al territorio federale, in atto o sicuramente imminente (stato di difesa, o *Verteidigungsfall*), ex art. 115 a GG¹⁴, o molto probabile a seguito d'una crisi di politica estera non risolta (stato di tensione, o *Spannungsfall*), ex artt. 80a e 12a GG: qui lo stato d'emergenza per difesa nazionale viene deliberato dal Bundestag con una maggioranza di due terzi, dietro richiesta del Governo federale, ha bisogno dell'approvazione anche del *Bundesrat* e viene annunciata dal Presidente federale nella Gazzetta ufficiale¹⁵: il comando delle Forze Armate (e degli obiettori di

¹³ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, München, 2019, art. 20; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, München, 2020, art. 20.

¹⁴ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, cit.*, art. 115 a; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar, cit.*, art. 115 a; A. WODITSCHKA, *Das Weisungsrecht der Bundesregierung im Verteidigungsfall nach Artikel 115f Abs. 1 Nr. 2 Grundgesetz*, Hamburg, 2017, pp. 41 ss.

¹⁵ V., per l'impostazione teorica generale, F. FEDE, *Il Capo dello Stato "arbitro" istituzionale*, in *GC*, 1997, pp. 1167 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

coscienza in servizio civile¹⁶, ex art. 12a GG¹⁷), passa al Cancelliere, in tempo di guerra *Bundestag* e *Bundesrat* non interrompono la loro attività con nuove elezioni, ma non vengono sospesi i poteri del *Bundesverfassungsgericht*.

Vi sono, poi, i casi di emergenza endogena, che possono essere la minaccia all'esistenza od all'ordinamento fondamentale liberale e democratico del Bund o di un singolo Land, art. 91¹⁸ GG, e la minaccia alla pubblica sicurezza ed all'ordine pubblico, o una catastrofe naturale o disastro d'altra natura, che minaccino un singolo Land, più Länder o la Federazione tutta (art. 35 commi 2 e 3 GG¹⁹), ed in questi casi è espressamente previsto che vi possano essere limitazioni alle libertà personali.

In questo secondo gruppo delle fattispecie endogene può senz'altro essere fatta rientrare la normativa d'emergenza qui esaminata: un'epidemia che colpisca tutti i Länder e che minacci di far collassare il sistema sanitario nazionale, sovraccaricandolo di pazienti, e ponga in pericolo la sopravvivenza del Bund, contagiano e quindi rendendo almeno temporaneamente indisponibile il personale medico e quello delle forze di polizia, ossia le forze direttamente esposte in prima linea nel fronteggiare e cercare di contenere l'epidemia²⁰.

¹⁶ P. CONSORTI, *Il servizio civile volontario come forma di difesa della Patria*, in Reg., 2005, pp. 549 ss.; M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *L'obiezione di coscienza al militare, diritto inviolabile dell'uomo e del cristiano*, in AA.VV., *Scritti in onore di P. Gismondi*, Milano, 1991, I, pp. 33 ss.; M. IMPAGLIAZZO, *Guerra e religione nel Novecento*, in AA.VV., *Le guerre in un mondo globale*, Roma, 20017, pp. 277 ss.

¹⁷ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, cit., art. 12 a; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, cit., art. 12 a.

¹⁸ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, cit., art. 91; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, cit., art. 91.

¹⁹ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, cit., art. 35; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, cit., art. 35.

²⁰ J. VON KALCKREUTH, *Die Sicherstellung medizinischer Versorgung in Katastrophen: Forderungen an Staat u. Ärzteschaft für Katastrophen-, Krisen- u. Verteidigungsfall*, Baden-Baden, 1988, pp. 72 ss.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

Qui si associa l'art. 19²¹ GG, secondo il quale un diritto fondamentale può essere limitato con una legge ordinaria, od anche da un altro tipo di normativa che sia sempre basata su una legge, purché tale limitazione sia generale e non specificamente diretta ad un caso singolo (comma 1), ed in nessun caso un diritto fondamentale potrà essere leso nelle sue componenti ontologicamente essenziali (comma 2).

Da ultimo, infine, il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), frutto del combinato disposto dell'art. 1 comma 3 e dell'art. 20 comma 3 GG, è particolarmente importante nel valutare normative che interferiscono con i diritti fondamentali garantiti dal GG: le interferenze del legislatore, infatti, sono ammissibili solo se:

- I) hanno uno scopo legittimo,
- II) sono idonee al suo raggiungimento,
- III) sono l'unico mezzo disponibile per il suo raggiungimento, e
- IV) tale raggiungimento porta più vantaggi che svantaggi.

Molte sentenze delle giurisdizioni amministrative, come abbiamo visto, pongono a bilanciamento il diritto alla salute, ex art. 2 GG, ma ciò di per sé non sarebbe sufficiente, perché non costituirebbe una situazione di emergenza, e difatti il *BVerfG* ha aggiunto un ulteriore elemento: la tutela del sistema sanitario nazionale, che, ove collassasse perché travolto dall'epidemia, potrebbe costituire uno dei fattori di crollo dell'intero sistema.

Sembra, quindi, che non si possa dire che la libertà religiosa, e dunque l'art. 4 GG, sia se non sacrificabile almeno subordinabile ad altri diritti fondamentali, rendendolo così *de facto* un diritto fondamentale ma non fondamentalissimo, o

²¹ H.D. JARASS – B. PIEROTH (a cura di), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, cit., art. 19; V. EPPING – C. HILLGRUBER – P. AXER, H. RADTKE (a cura di), *Grundgesetz: Kommentar*, cit., art. 19.

RELIGION, LAW AND COVID-19 EMERGENCY

di serie b, bensì che tutti i diritti fondamentali a pari livello siano congelabili e sospendibili di fronte ad una situazione d'emergenza, prevista dal GG, a condizione che tale sospensione sia proporzionata, ciò che implica anche una durata limitata nel tempo: si avrebbe, dunque, in ultimissima analisi, la versione 2.0 del *Videant consules ne quid res publica detriment.*