DIRITTI COMPARATI
Comparare i diritti fondamentali in Europa

IL SENSO DI *DIRITTI COMPARATI* PER LA CRISI: EMERGENZA, PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI E RADICI EUROPEE

Posted on 1 Aprile 2020 by ***Redazione***

1.Le ragioni per un editoriale. La direzione e la redazione tutta di Diritti Comparati, nel lavorare ai contenuti del numero 1/2020 della Rivista e alla programmazione dei post che continuano ad apparire sul Blog, non hanno potuto non interrogarsi sui gravi problemi posti dalla pandemia causata dal Covid-19 e dalle misure adottate, non solo in Italia, per fronteggiarla.

Mentre, come cittadini, assistiamo con preoccupazione alla diffusione dell'epidemia in Italia e nel mondo, come giuristi osserviamo le ripercussioni che le misure di contenimento dell'epidemia determinano sulla tutela della salute, sulle condizioni di vita delle fasce più deboli della popolazione, sulle libertà protette dalla Costituzione, sul funzionamento del sistema democratico-rappresentativo, sulle politiche dell'Unione europea invocate dai cittadini e dalle istituzioni degli Stati membri più colpiti dalla pandemia.

Sono temi che rimandano alla fondazione del nostro progetto scientifico ed editoriale, su cui abbiamo da sempre promosso un confronto aperto e dialettico, al nostro interno e con la comunità scientifica, e che in questa fase di emergenza tornano a porci interrogativi formidabili e ineludibili.

2.Le alternative teoriche dell'emergenza e le sfide del costituzionalismo. Il giurista non si può esimere, innanzitutto, da una nuova riflessione sul controverso rapporto fra diritto costituzionale ed emergenza. Si tratta di un tema enorme che si ripropone ciclicamente nella teoria costituzionale (fra gli altri, Machiavelli, Schmitt), riconducendoci alla nota dicotomia fra teorie moniste e dualiste dell'emergenza e al dibattito sulla natura dei poteri di emergenza (poteri "extra-ordinem" o "intra ordinem"?).

L'approccio "io resto a casa", perseguito con i numerosi atti posti in essere dal Governo Conte, e le parole di Boris Johnson (poi rimangiate) relative all'ineluttabile perdita dei nostri cari richiamano una distinzione cara agli studiosi statunitensi, in particolare a Vermeule nel suo famoso volume *The Constitution of Risk*: quella fra *precautionary constitutionalism* e *optimizing constitutionalism*. Non a caso, la formula "massima precauzione" è stato utilizzata più volte dal Presidente Conte. Il *precautionary constitutionalism* parte da un presupposto di sfiducia nei confronti del potere (qualcosa di analogo a quello che Zolo aveva chiamato "pessimismo potestativo"), implicando che "constitutional rulemakers and citizens design and manage political institutions with a view to warding off the worst case". Il secondo approccio, il c.d. "optimizing constitutionalism", invece "trades off all relevant political risks, giving them their due weight in the circumstances, without any systematic skew or bias against any particular type of political risk".

Questa macro-distinzione – che mette in crisi paradigmi "classici" come quello schmittiano – può essere adattata anche a scenari diversi da quello statunitense, in particolare a quello europeo. Le costituzioni per Vermeule sono strumenti di gestione del rischio, in particolare di quello politico: "constitutions and public law generally are best understood as devices for regulating and managing political risks".

Nello specifico, nella sua impostazione tipicamente statunitense, il diritto costituzionale si dovrebbe interessare soprattutto dei c.d. rischi di secondo grado ("second order risk"), quelli legati, cioè, all'architettura istituzionale e alla separazione dei poteri. Se riadattato al contesto e al dibattito europeo, si potrebbe affermare che l'approccio del *precautionary*

constitutionalism presuppone una chiara gerarchia di valori costituzionali, per cui la necessità di preservare il contenuto di un bene assoluto come la salute inevitabilmente porta a un evidente sacrificio degli altri. Esso inoltre presuppone lo "scenario peggiore" ed è molto meno disposto al bilanciamento fra beni costituzionali. Le virtù del principio di precauzione sono state messe in discussione fin dai noti lavori di Sunstein ed è in questa tradizione che si innestano gli studi di Vermeule. Proprio sulla base di queste critiche si erge l'alternativa del c.d. "optimizing constitutionalism", che fa dell'assenza di gerarchie rigide e prestabilite fra beni costituzionali, della flessibilità e del bilanciamento caso per caso le sue premesse. Questo si traduce nella necessità di accettare possibili lesioni del diritto alla salute volte ad evitare il sacrificio totale dell'attività economica ad esempio.

Sul *come* costituzionalizzare l'emergenza il diritto comparato offre diversi modelli: la nostra Costituzione non menziona nemmeno il termine emergenza, e non concepisce altri stati di eccezione diversi dallo stato di guerra. Ovviamente ciò non esclude totalmente la possibilità di leggere l'emergenza per "principi", ma indubbiamente presta il fianco alle ragioni della necessità. Del resto, anche la previsione di specifici poteri e disposizioni attivabili in situazioni straordinarie presenta dei rischi non da poco, potendo questi ultimi essere oggetto di abuso da parte, specialmente, dell'esecutivo (l'esperienza weimariana e, più recentemente, quelle latino-americana e turca sono emblematiche). È illusorio pensare di definire e addomesticare il concetto e i poteri di emergenza? Il dibattito assomiglia a quello sulla costituzionalizzazione della secessione, in entrambi i casi spesso la codificazione del concetto nel testo costituzionale rischia di essere una trappola suicida per la sostenibilità del sistema giuridico di riferimento.

Per altre costituzioni, il silenzio sull'emergenza non è un'opzione, anche a costo di limitarsi a una generica nozione di emergenza, legata ad esempio alla catastrofe naturale. Spagna, Germania e Francia prevedono invece diversi gradi di emergenza costituzionale, con un progressivo coinvolgimento delle assemblee parlamentari (o almeno di una delle due camere in modelli bicamerali) nell'attivazione o nella proroga dei diversi

stati di emergenza. Il caso spagnolo dell'art. 116 della Costituzione è particolarmente dettagliato (*Estado de alarma, Estado de excepción, Estado de sitio*), chiarendo anche l'impatto sui diritti fondamentali richiamati dall'art. 55 ("Suspensión de derechos y libertades") dell'attivazione dei diversi tipi di emergenza descritti dall'art. 116. Il caso francese, accanto ai "pouvoirs exceptionnels" dell'art. 16 della Costituzione e allo stato di assedio disciplinato dall'art. 36, ha però avuto il suo "vero" baricentro operativo – almeno fino a ora – nella vecchia legge del 1955 sullo stato d'emergenza. Tuttavia, la recentissima approvazione di una legge sull'*état d'urgence sanitaire* mette in luce che non sempre queste soluzioni graduate riescono a tenere adeguatamente conto della grande varietà di problemi astrattamente prefigurabili.
Infine, a testimonianza della dimensione costituzionale dell'emergenza, sono da ricordare anche alcune esperienze, come quella israeliana, che hanno visto nell'emergenza un motore di sviluppo costituzionale. Tuttavia, come i recentissimi sviluppi ungheresi confermano, l'uso dei poteri emergenziali, specie se non accompagnato da un limite temporale e da adeguati contrappesi, cela spesso il rischio di veri e propri abusi, e ciò conferma la tensione esistente fra emergenza e diritto costituzionale.

3.Emergenza, emergenze. I piani di lettura e i problemi aperti. Se quelli appena fatti emergere sono gli interrogativi che il giurista, ed in particolar modo il costituzionalista e il comparatista, sente più pressanti in questa stagione, Diritti Comparati, di fronte ai tantissimi percorsi di approfondimento potenzialmente emergenti dal tentativo appena fatto di "dissodare" la questione macroscopica del rapporto tra emergenza e diritto costituzionale, ha deciso di provare ad individuarne tre tra i più vicini al proprio *humus*. Che poi è quell'humus che dieci anni a questa parte ci porta a indagare le modalità di protezione (e di bilanciamento tra) dei diritti fondamentali in Europa. Visto il codice genetico originario del nostro laboratorio, quasi spontaneamente sono dunque emersi i tre percorsi di approfondimento privilegiati a cui si faceva prima riferimento.
In primo luogo, guardare all'emergenza per cosi dire istituzionale, sia sul fronte europeo che su quello interno.

In secondo luogo, concentrarsi su un altro tipo emergenza, non meno drammatica, ovvero quella sociale causata dall'impatto durissimo delle misure adottate sul tessuto economico e sociale del Paese. Un tessuto prossimo allo strappo.
In terzo luogo, approfondire il rapporto tra emergenza e tutela dei diritti e delle libertà, passando dalle restrizioni più evidenti nel contesto analogico, a quelle che incidono maggiormente su diritti, non meno reali, nel contesto digitale, con ovvio specifico riguardo alla protezione dei dati personali.

4.Il piano istituzionale e la sua crisi. L'Europa e l'Italia. Sul piano **sovranazionale**, Consiglio europeo, Eurogruppo e Commissione, per un verso, BCE e BEI, per altro, appaiono in particolare le istituzioni che sono chiamate a fronteggiare le sfide attuali e a comporre i dissidi tra i vari governi nazionali. Le vicende delle prossime settimane, pertanto, metteranno inevitabilmente alla prova l'equilibrio politico-istituzionale che ha preso forma dopo le elezioni europee del maggio 2019, con l'elezione di Ursula von der Leyen alla presidenza della Commissione e la successione alla presidenza della BCE.
Da un lato, con riferimento alle scelte di politica economica e monetaria che dovranno essere intraprese, come accaduto in occasione della crisi finanziaria, anche in questo caso sembra evidente il rischio che la pandemia si trasformi in una crisi del debito sovrano. Del resto, una delle principali debolezze del progetto di integrazione europea si può osservare proprio nella rigida distinzione tra politica economica e politica monetaria. Se, astrattamente, è possibile tracciare questa linea, in concreto molto più difficile è essere fedeli ai suoi presupposti.
Dall'altro lato, in merito alle implicazioni politiche, l'approccio per emergenze asimmetriche, che origina da una idea per cui condizionalità e solidarietà sono irrelate, sottovaluta la sua capacità di produrre nuove e minacciose "asimmetrie" sul piano del funzionamento democratico.
Tra questi due poli, in definitiva, sono chiamati a operare gli interventi della BCE, che, lungi dall'essere idonei a fondare una comunità di responsabilità, hanno negli ultimi anni, peraltro tra vari caveat e molteplici

limitazioni, consentito all'Unione e in particolare ad alcuni suoi stati di poter evitare il default. E tuttavia anche questi interventi devono comunque tenere conto della necessità di non favorire il moral hazard, evitando inoltre che nel perseguire l'obiettivo della stabilità dei prezzi o quello ad esso subordinato del sostegno alle politiche generali dell'Unione si avviino dinamiche di condivisione del rischio.

Al di là dei tecnicismi, pur assai rilevanti in questi casi, nella attuale implementazione della reazione economica alla crisi sanitaria sempre più appaiono evidenti le contraddizioni di un sistema che, così strutturato, non solo non è solidale, ma rischia di innescare paradossali meccanismi per cui alcuni stati membri finiscono per beneficiare della debolezza di altri. Da questo punto di vista, è certo che fuori dalle garanzie di stabilità che l'euro di per sé offre ai paesi in cui la moneta unica circola la soluzione non sarebbe comunque indolore. Di converso, sarebbe già possibile fare molto per eliminare alcuni evidenti cortocircuiti che le regole attuali innescano senza con ciò, almeno per il momento, puntare a rivoluzionare il sistema del debito sovrano per cui ogni stato è chiamato a rispondere del proprio. Qui le regole della solidarietà risponderebbero prima di tutto a una logica per cui si chiede ai vari stati membri di non beneficiare perlomeno della debolezza altrui, fosse anche solo dei differenziali di rendimento.

A tal proposito, sicuramente da sostenere è l'idea di rafforzare e orientare il bilancio europeo a sostegno di politiche anticicliche, funzionalizzando l'uso delle risorse comuni per contrastare i rischi dei contraccolpi economici della crisi. Ma soprattutto, il processo di integrazione ha senso, anche guardando ai valori inclusi nell'art. 2 TUE, solo se fa suoi e al contempo contribuisce a sostenere a livello statuale quei fondamentali connotati del costituzionalismo, puntando a rafforzare i processi di composizione tra libertà e uguaglianza. Per far ciò, occorre offrire un sostegno per presidiare le conquiste del welfare state e per governare il capitalismo. Va costruita in concreto una coesistenza fruttuosa con la democrazia rappresentativa nel nuovo ordine globale. Probabilmente, a tal fine, non è necessario costruire una statualità sovranazionale. È però vitale orientare l'azione delle istituzioni europee affinché esse operino

sinergicamente all'obiettivo di sostenere il processo di "liberazione nella libertà" che lo stato nazione, da solo, non è più in grado di garantire, almeno in Europa.
La soluzione pertanto non può che essere anche politica e qualitativamente nuova. La possibilità di ricorrere al credito nella sospensione delle regole del Patto di stabilità e crescita rischia, così come il MES con la sua rigorosa condizionalità, di frustrare l'esigenza di proteggere il corretto funzionamento della democrazia rappresentativa. E l'attivazione della clausola di sospensione svela finalmente i pericoli che si celano nel ricorso al credito.
Si impone allora di fare una scelta che, guardando al capitalismo democratico e al sostegno all'economia reale come prima di tutto qualcosa che deve essere funzionale a sostenere percorsi di crescita e liberazione, sia pur nel rispetto dei tratti fondamentali dell'economia di mercato, aiuti le varie comunità politiche nazionali a preservare i presupposti fondamentali del costituzionalismo novecentesco e, soprattutto, la coesistenza equilibrata di diritti e democrazia.

Con riferimento al fronte **nazionale** dell'emergenza, guardata da una prospettiva istituzionale, naturalmente ci si interroga sulle tensioni cui, in questo frangente, è sottoposta la dialettica legislativo-esecutivo che identifica gli ordinamenti liberal-democratici.
Da sempre, del resto, le problematiche che a vario titolo coinvolgono il *governo* nelle democrazie costituzionali implicano l'estenuante ricerca di un equilibrio tra principio di organizzazione e libertà, potere e garanzia. In tempi di emergenza, raggiungere e preservare tale equilibrio rappresenta una sfida esistenziale per ogni sistema liberal-democratico.
Nella vicenda che stiamo vivendo in queste settimane, tale equilibrio è stato messo alla prova innanzi tutto dall'esercizio di poteri normativi del Governo. Lo schema inizialmente previsto dal d.l. n. 6/2020 all'art. 1 prefigurava astrattamente le misure di contenimento da adottarsi per contrastare la diffusione del virus e all'art. 3 descriveva il meccanismo di adozione degli atti secondari, nella forma di DPCM, chiamati ad applicare le misure in reazione alla effettiva gravità dell'epidemia. La scelta di affidare l'adozione di tali misure – che vanno a incidere diritti

costituzionali in alcuni casi protetti da riserve assolute – ai DPCM non ha mancato di suscitare perplessità, anche perché questi, adattando alla situazione contingente la portata del d.l. che li legittimava, erano di fatto in larga misura innovativi. Le misure di contenimento contenute nei DPCM sono state successivamente trasferite, e quindi tipizzate, nel d.l. 19/2020, così andando incontro alle obiezioni di chi riteneva preferibile, per l'introduzione di siffatte limitazioni, la forma del d.l., più adatta – assunto il rango costituzionale dei diritti coinvolti – nonché sottoponibile al Parlamento in sede di conversione.

Agli occhi di molti l'adozione dei DPCM avrebbe costituito un rischioso precedente in direzione della marginalizzazione sia del Parlamento che del Capo dello Stato. Il d.l. 19/2020 è intervenuto nel senso di un maggiore coinvolgimento del Parlamento, introducendo un ulteriore passaggio (art. 2, co. 5) nel loro procedimento di adozione, consistente nella trasmissione immediata ai Presidenti delle Camere e nell'obbligo per il Presidente del Consiglio o per un Ministro da lui delegato di riferire ogni quindici giorni alle Camere sulle misure adottate. Il Parlamento, il cui numero di sedute è stato ridotto in modo da concentrare i lavori ai fini della conversione dei d.l., nonché convocato dai Presidenti per approvare una risoluzione che autorizzasse lo scostamento e l'aggiornamento del piano di rientro verso l'obiettivo di medio termine, ha visto limitare l'accesso alla maggioranza assoluta dei membri sia della Camera che del Senato. Quanto al voto elettronico, sulla cui introduzione si è pur discusso, al momento sembra una soluzione assai difficilmente praticabile, oltre che probabilmente poco opportuna. Nel corso dell'informativa alle Camere del Presidente del Consiglio, questi ha affermato la disponibilità del governo al confronto con le opposizioni, con alcuni esponenti delle quali ci sarebbero già stati degli incontri, demandando tuttavia al Ministro dei rapporti con il Parlamento di elaborare un ulteriore percorso in modo da acquisirne più puntualmente le valutazioni. Per quanto riguarda invece il rischio di esautoramento del Capo dello Stato, questo è stato in un certo qual modo "neutralizzato", seppur in via di fatto, da più interventi del Presidente Mattarella, che, ricorrendo agli strumenti che lo caratterizzano in quanto organo di garanzia, ha avallato l'operato del governo esortando i cittadini

ad osservarne i provvedimenti.
Modifiche assai significative si possono registrare, in questa fase, sul fronte degli attori coinvolti nell'azione governativa. Da un lato, è evidente la formazione di un *gabinetto ristretto* formato dal gruppo di esperti sanitari del Governo, dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai ministri competenti, con il coinvolgimento dei Presidenti delle Regioni, sia singolarmente che attraverso la Conferenza Stato-Regioni. Questa nuova e inedita dislocazione dell'azione governativa non pare incompatibile con i principi di funzionamento dell'organo governativo, tradizionalmente associato in Italia a strutture debolmente tipizzate. Dall'altro lato, assai significativo è il fronte dei rapporti con le Regioni, cui, dopo una fase di confusione istituzionale, è stata attribuita da ultimo la possibilità di inasprire le misure dettate a livello nazionale attraverso propri provvedimenti (pur entro limiti che vanno attentamente presidiati).
Allo stato, non resta quindi che osservare gli svolgimenti futuri di questo percorso che si regge su quattro tipologie di fonti poste su ranghi diversi (decreto-legge, decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze e circolari ministeriali, ordinanze dei Presidenti di Regione), che al di là delle problematiche di gerarchia delle fonti si muove sul filo dei principi fondamentali di organizzazione della nostra comunità politica, primo fra tutti il principio di legalità.

5.Il piano dell'emergenza sociale. Muovendo ora, come anticipato in apertura, al secondo dei percorsi di approfondimento prima richiamati, non si può non prendere atto che a segnare un tratto distintivo di questa crisi sia il suo deflagrare soprattutto sul piano sociale e sulla tenuta dei relativi equilibri.
L'esigenza di contenere la diffusione del virus, che la massima parte dei Governi nazionali sta perseguendo con misure drastiche per il loro impatto su diritti e libertà, deve equilibrarsi, anzitutto, con la preservazione dei valori fondamentali della nostra civiltà, fondata su uguaglianza e solidarietà, nella consapevolezza che la fondazione "sul lavoro" della nostra Repubblica implica una vocazione alla tutela della dignità sociale di ciascuno e un impegno incessante alla solidarietà.

Le scene delle rivolte nei supermercati che i telegiornali hanno portato nelle nostre case raccontano storie di disagio personale e familiare che ci feriscono nel profondo, tanto quanto le immagini delle bare di Bergamo. "Stare a casa" è necessario, ma acuisce le disuguaglianze e le spaccature della nostra società: per chi vive in condizioni di disagio e precarietà, senza le tutele garantite da un'occupazione stabile, ma anche persone disabili e con malattie gravi che contano sui servizi pubblici di assistenza, le restrizioni imposte possono rivelarsi dei sacrifici intollerabili.
I provvedimenti introdotti dal Governo dapprima con il decreto-legge n. 18/2020 e poi con il d.p.c.m. del 28 marzo sono mossi dall'intento di ricucire questa spaccatura: la disponibilità di risorse per la cassa integrazione in deroga, estesa a tutte le attività economiche indipendentemente dal numero degli occupati, così come le misure per lavoratori autonomi e reddito di emergenza per chi versa in condizioni estreme di precarietà, manifestano il doveroso impegno dello stato alla solidarietà sociale; e di grande significato è anche il supporto agli imprenditori in difficoltà, a partire dalla moratoria sui debiti finanziari e dalla sospensione dei versamenti fiscali e contributi previdenziali. A queste misure emergenziali dovranno seguire risposte credibili per favorire una robusta ripresa economica, se non vogliamo che la società che ci aspetta domani, uscendo dalle nostre case, sia dominata dalla disoccupazione, dalla precarietà e dalla povertà.
La crisi economica in cui siamo immersi ha dunque squarciato il fragile velo che nascondeva l'insostenibilità delle politiche neoliberiste, che negli ultimi anni hanno scavato profonde disuguaglianze nella società, indebolendone le strutture portanti. La crisi può rivelarsi un'opportunità per rimettere al centro delle relazioni economiche i valori fondativi del nostro patto costituzionale, tornati prepotentemente attuali, a partire dalla dignità del lavoro. Il lavoro, in tutte le sue forme – dipendente, autonomo o imprenditoriale – deve tornare al centro dell'agenda politica per il nostro futuro, estendendo le tutele tipiche del lavoro dipendente alle innumerevole nuove realtà professionali che caratterizzano la nostra società, sviluppando forme mutualistiche per l'erogazione di prestazioni sanitarie e di welfare, combattendo il lavoro nero e distribuendo la

contribuzione fiscale in ragione delle capacità reddituali di ciascuno, con scelte coraggiose.
Sono obiettivi impegnativi, che potrebbero sembrare contradditori con la direzione verso cui sono dirette da anni le liberaldemocrazie, impegnate in una competizione economica su scala globale che le fa sembrare inadeguate. Eppure, sono proprio queste risorse di solidarietà sociale che fanno la differenza nei momenti di profonda crisi, e che determinano il destino della comunità politica.

6.Il piano dei diritti e delle libertà: fronti di crisi e problemi aperti. Ultimo fronte, come accennato in apertura, su cui Diritti Comparati non può, in questo frangente, quasi geneticamente, non riflettere, è il rapporto tra emergenza e tutela delle libertà e dei diritti fondamentali. Missione fondamentale del costituzionalismo è reagire agli abusi di potere per porre solide basi su cui diritti fondamentali possano, nel futuro, essere tutelati e garantiti. Tanto nel momento della fisiologia del sistema, quanto in quello della patologia dello stesso. Ed è difficile nella nostra storia repubblicana pensare a qualcosa, in tutti i sensi, di più patologico rispetto alla pandemia in atto: le misure di contenimento del Governo ci hanno proiettati nella più vasta e massiccia esperienza di limitazione delle libertà che sia mai avvenuta nella storia d'Italia. Sono sottoposte a restrizioni severe la libertà personale e di circolazione, la libertà religiosa e il diritto all'educazione, la privacy e le libertà associative, la libertà economica. Un'emergenza, quindi, che consente e anzi impone limitazioni anche invasive alle libertà fondamentali, senza però poterne svuotare il contenuto essenziale.
A fronte di ciò, ci si vuole concentrare, in particolare, sulla valutazione delle limitazioni apportate alla **libertà di circolazione** e su quelle che potrebbero incidere sulla **protezione della privacy e dei dati personali**.

Con riguardo al **primo profilo**, la situazione di emergenza sanitaria che stiamo vivendo in queste settimane ha nuovamente richiamato l'attenzione (così come le recenti varie crisi dei migranti e dei rifugiati, che pagano il loro prezzo al Covid-19 nel pressoché totale silenzio delle fonti

di informazione) sulla persistenza delle frontiere, siano esse interne o esterne al territorio dell'Unione europea, e sulla irresistibile tentazione degli Stati membri a chiuderle.
Del resto, seppur attraverso lo strumento atipico della comunicazione e delle linee guida, e dopo un'originaria posizione tesa a difendere la solidità del sistema dei controlli ai confini, la stessa Commissione europea (unitamente al Consiglio) ha imboccato la strada della restrizione: dai c.d. "Viaggi essenziali" al divieto di ingresso per gli stranieri provenienti da Paesi terzi nel territorio europeo.
Certamente, esiste una chiara differenza – non solo pratica – tra restrizioni di viaggio e l'accertamento individuale ai confini. Questi ultimi sono comportamenti che gli Stati possono intraprendere e che, in qualche misura, sono coperti da una lettura coordinata e congiunta degli artt. 25 e 28 del Codice Schengen, ammettendo che l'attuale situazione di emergenza da Covid-19 rientri nei casi relativi alla sicurezza e all'ordine pubblico degli Stati membri. Diverso è invece il regime applicabile alle restrizioni di viaggio che, seppur contingentate sulla scorta del bisogno di risposta all'attacco pandemico, devono restare incardinate all'interno di un quadro giuridico che impone un delicato bilanciamento di interessi (quelli dei cittadini europei, in primis) e un'adeguata proporzionalità nell'adozione dei singoli divieti. Esercitando la loro potestà, gli Stati possono ricorrere a strumenti eccezionali, ma sono pur sempre soggetti – almeno per questi temi – al regime giuridico europeo. In tal senso, l'art. 29 della Direttiva 2004/38/CE stabilisce chiaramente che la restrizione al passaggio dei confini tra Stati membri può (e deve) essere applicata in casi di malattie dal "potenziale epidemico", ma anche che tali misure devono essere proporzionali al rischio e soggette ad eventuali reclami, anche se non sospensivi del diniego all'ingresso.
Una prima analisi degli eventi in corso ci restituisce un quadro con diverse tinte, frutto di un'azione asincrona degli Stati membri: da un lato, abbiamo le chiusure pressoché totali di alcuni Paesi (tra cui l'Italia), che sono accompagnati da una speculare rigidità negli spostamenti interni; dall'altro lato, sussistono al momento politiche di restrizione più rigide nell'ingresso dall'esterno o – peggio ancora, sulla scorta del Paese di

provenienza del soggetto – alle quali corrispondono azioni alquanto permissive relativamente agli spostamenti sul territorio dello Stato.
Il necessario ricorso alla proporzionalità, d'altronde, è stato ribadito anche dalla Corte di Giustizia che, in più occasioni, ha richiamato gli Stati ad operare una valutazione individuale, che consideri ogni caso separatamente. Un approccio ragionato e ponderato consentirebbe ai Paesi membri, secondo il grado di necessità, di individuare specifiche misure commisurate alle diverse situazioni. Non si dimentichi che, all'interno della platea di beneficiari della libera circolazione, vi sono innumerevoli soggettività (dagli studenti ai lavoratori transfrontalieri) per i quali una prolungata situazione emergenziale potrebbe risultare non solo nociva, bensì lesiva di un diritto che si considera oggi come fondamentale.
Infine, va rammentato che la frontiera è anche uno dei luoghi in cui – ai sensi dell'art. 3 della Direttiva "Procedure" e dell'art. 3 del Reg. Dublino III – i richiedenti protezione internazionale possono e devono essere autorizzati ad entrare temporaneamente, per finalizzare eventualmente una procedura di asilo o rifugio alla frontiera. È indubbio che gli Stati membri hanno l'obbligo di mantenere la prosecuzione di queste pratiche e assicurare che infauste prassi amministrative prendano il sopravvento sulla tutela di un diritto e di un'azione solidaristica.
La distanza sociale e la chiusura dei confini, infatti, non devono far dimenticare l'aspetto solidaristico che è proprio del processo di integrazione europea, dove sussulti asimmetrici di ritorno alla *Fortress Europe* non hanno ragion d'essere. Da qui, l'auspicio a che la Commissione coordini, come certamente può fare, una risposta unitaria ed efficiente anche sul piano dei limiti territoriali, sostenendo le buone prassi tra gli Stati membri. Tutto questo risulterebbe utile alle istituzioni europee per stabilire un quadro comune, fatta salva la specialità degli eventi, sulle diverse categorie di viaggi, i controlli ammissibili e i requisiti richiesti, dando così una rapida risposta ad una crisi che mette in serio pericolo i vincoli solidaristici che sono (almeno a considerare il testo dei Trattati) uno dei principi costituzionali sottesi al processo di integrazione europea.

Con riguardo, invece, al secondo dei profili prima evocati con riferimento alle restrizioni delle libertà fondamentali nella stagione dell'emergenza,

dibattuto è, in questi giorni, è in particolare il tema delle possibili limitazioni al **diritto alla privacy** determinate dal tracciamento dei nostri spostamenti. Limitazioni che potrebbero essere assai utili per riannodare la catena epidemiologica del virus e, dunque, poter apprestare una reazione più efficace e mirata. Occorre tuttavia domandarsi fino a che punto tali attività di *contact tracing* possano spingersi. La risposta a questa domanda passa inevitabilmente per il confronto non solo con il quadro normativo interno, ma anche con quello europeo.

Prima ancora di cimentarsi con la normativa positiva di riferimento, rappresentata – come è noto dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali (GDPR) – è opportuno guardare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove a ben vedere si ritrovano molte delle risposte agli interrogativi odierni.

Da un lato, l'art. 8 della Carta di Nizza sancisce il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali: dall'altro, l'art. 52 ci dice che i diritti fondamentali tutelati dalla Carta non sono assoluti, ma possono essere limitati per realizzare finalità di interesse generale (e la tutela della salute lo è più che mai) a patto che ciò avvenga tramite di misure proporzionate e che non si intacchi il loro contenuto essenziale.

Con questo in mente, per rispondere alla domanda posta in precedenza bisogna distinguere due passaggi concettuali.

In primo luogo: cosa è fattibile tecnologicamente per poter realizzare nel modo più chirurgico possibile quella mappa del contagio di cui tanto si discute in questi giorni?

In secondo luogo: quali soluzioni è lecito adottare in un ordinamento come il nostro che, a differenza della Cina, di Singapore e della pur democratica Corea del Sud, deve muoversi nel solco del costituzionalismo europeo, che come visto individua nella protezione dei dati un diritto fondamentale?

Quanto alla prima domanda, la tecnologia in questione può permettere di monitorare e intrecciare diverse informazioni attinenti alla vita quotidiana e personale degli individui con il supporto, per esempio, di compagnie telefoniche o istituti finanziari. Il risultato è una mappa molto dettagliata del virus e dei suoi vettori sul territorio.

La seconda domanda. Questo risultato sarebbe compatibile con il quadro europeo e domestico di riferimento, ispirato a una logica in cui i diritti tra loro in conflitto non si annullano, bensì si bilanciano?
La risposta può essere positiva a patto che si rispettino alcune condizioni che non sono state soddisfatte, al contrario, in esperienze in cui la privacy non è, come invece in Europa, un diritto fondamentale. Per questo i modelli spesso evocati in questi giorni, apparentemente efficaci nei paesi in cui sono stati sperimentati, potrebbero andare incontro a un elevato rischio di rigetto se trapiantati pedissequamente in ambito europeo.
Ciò non significa e non implica, a ben vedere, che la privacy divenga un ostacolo insuperabile alla tutela della salute, anche con il ricorso a nuove tecnologie. Al contrario, si impone che le misure adoperate siano rispettose di un criterio di proporzionalità.
Due esempi, uno particolare e uno generale, possono chiarire il senso di questa affermazione, provando a declinarlo in pratica. Il primo riguardo l'utilizzo dei dati relativi alla geolocalizzazione, e dunque all'ubicazione: il nostro ordinamento ne consente il trattamento, ma entro certi limiti: a condizione che le informazioni siano anonimizzate o che gli interessati abbiano prestato il loro consenso. Questo esempio testimonia, peraltro, la smentita di un altro luogo comune diffuso: il trattamento di dati è possibile anche quando non vi sia il consenso, quando sussistano finalità di interesse generale che legittimano l'uso dei dati a prescindere dalla volontà dell'interessato. Segno tangibile che il controllo degli individui sui dati non è assoluto, ma può risultare "recessivo" al cospetto di esigenze di pari rango definite dal legislatore. Il secondo esempio illustra più in dettaglio questo punto. In Italia, il legislatore ha adottato con l'art. 14 del decreto-legge n. 14/2020 una norma che autorizza l'interscambio e la comunicazione dei dati relativi alla salute da parte delle autorità che rientrano nel sistema di protezione civile. Ebbene, una norma di questo tipo, di carattere generale, non pare in grado di poter giustificare un'intrusione nella vita privata degli individui come quella che si ipotizzerebbe di realizzare mediante l'implementazione di sistemi di tracciamento a distanza. Serve, invece, una base giuridica specifica che preveda tutto il corredo di garanzie necessarie, a cominciare da

proporzionalità, adeguatezza, e temporaneità delle misure in questione. In altre parole, si possono certamente restringere le libertà fondamentali nella stagione dell'emergenza: la privacy non è la sola, come ben evidente a tutti, a subire delle limitazioni. Ma tali restrizioni, specialmente per quei diritti che affondano le loro radici nell'humus del costituzionalismo europeo, non possono condurre a uno svuotamento del nucleo essenziale del diritto in gioco, perché in questo modo sarebbe calpestato non solo quest'ultimo, ma anche il DNA del nostro ordinamento europeo.
Le costituzioni e le carte dei diritti fondamentali si scrivono, come si diceva in apertura, per reagire ad abusi di potere del passato. È vero, ma anche perché i diritti "ritrovati" non siano più radicalmente limitati, nell'avvenire, specialmente nei momenti più bui. E questo è un momento estremamente buio in cui l'attenzione alle lesioni irreversibili dei nostri diritti deve essere massima.

7.Per un invito al dibattito. Le riflessioni che, come direttori e membri della redazione di Diritti comparati, abbiamo affidato alle pagine precedenti sono state guidate non dal bisogno di offrire risposte, ma dalla necessità di porci le giuste domande, adeguate a una situazione di emergenza non prevista né prevedibile, che sta mettendo in dubbio le certezze intorno ai principi di fondo del nostro sistema costituzionale, così come le fondamenta e le ragioni d'essere dell'edificio europeo.
In questo frangente, e di fronte alle sfide che ci aspettano nei prossimi mesi (nella speranza, prima di ogni altra cosa, di un'attenuazione più rapida possibile del contagio), vogliamo sollecitare colleghi, amici e studiosi a riflettere con noi sui problemi che hanno sollevato e che solleveranno le misure di contrasto all'emergenza da Covid-19, anche tenendo conto dei filoni di riflessione toccati in questo Editoriale.
Il *Blog* e la *Rivista* di Diritti Comparati sono quindi a disposizione per pubblicare contributi in argomento, inviti alla riflessione e al confronto, nello spirito di condivisione franco e informale che contraddistingue sin dalle origini la nostra avventura editoriale.
Anche per questo, riteniamo inevitabile dedicare a questo tema, secondo le modalità e i dettagli che saranno comunicati più avanti, l'ormai abituale

Convegno annuale di Diritti comparati, destinato a tenersi nel prossimo inverno.