



Giandonato Caggiano*

COVID-19. Competenze dell’Unione, libertà di circolazione e diritti umani in materia di controlli delle frontiere, misure restrittive della mobilità e protezione internazionale

PREFAZIONE: È difficile rendersi pienamente conto di quanto e come il mondo sia cambiato dal nostro ultimo incontro. In un batter d’occhio, un virus comparso dall’altro capo del mondo è diventato una pandemia letale dalle conseguenze catastrofiche anche qui in Europa. Da un giorno all’altro le nostre vite sono cambiate. Le strade si sono svuotate. Le porte si sono chiuse. E siamo passati dalla routine quotidiana alla battaglia per la vita. In questo periodo ci siamo resi conto della fragilità della vita. E abbiamo visto dilagare nel cuore dell’Europa una tragedia la cui portata era inimmaginabile solo qualche settimana fa. (Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione, discorso al Parlamento europeo, sessione straordinaria del 26 marzo 2020).

SOMMARIO: 1. La posizione delle istituzioni dell’Unione. - 2. Stato di eccezione, deroga CEDU e limiti ai diritti umani per motivi di salute. - 3. Le competenze dell’Unione e le basi giuridiche nelle materie. - 4. Natura ed effetti giuridici degli atti atipici della Commissione. - 5. Gli orientamenti sul controllo delle frontiere interne ed esterne. - 6. Gli orientamenti sulla libertà di circolazione delle persone per motivi di salute pubblica. - 7. Gli orientamenti sui viaggi non- essenziali verso l’Unione. - 8. Il trattamento dei cittadini degli Stati terzi alla frontiera esterna e gli orientamenti sulla gestione del pacchetto-asilo. - 9. Conclusioni e una postilla.

* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università Roma Tre.

1. Due decisioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) hanno segnato la prima fase della crisi sanitaria in corso: la dichiarazione della COVID-19 quale emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale (30 gennaio) e il suo riconoscimento quale pandemia (11 marzo)².

Il trasferimento del suo epicentro dalla Cina all'Europa ha indotto gli Stati dell'Area Schengen (d'ora in poi: Stati Schengen) a ricercare uno "scudo di protezione dai contagi" tramite l'introduzione di controlli alle frontiere, drastiche limitazioni alla mobilità interna e internazionale anche al costo della "compressione" della libera circolazione delle persone nel mercato interno e dell'esercizio dei diritti fondamentali/umani. Soprattutto il blocco delle frontiere esterne dell'Unione rappresenta un "perimetro di sicurezza" o "cordone sanitario" dal carattere fortemente simbolico, anche se di modesta efficacia³. In poche settimane, la diffusione delle misure restrittive è stata inarrestabile, così come quella della malattia. Oltre alla dimensione senza precedenti della crisi economica e sociale⁴, l'Unione europea si trova a dover fronteggiare anche la sospensione generalizzata del sistema Schengen, la deroga d'emergenza e i limiti ai diritti fondamentali, il rallentamento delle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale, rimpatrio e reinsediamento dei cittadini degli Stati terzi.

L'auspicio iniziale delle istituzioni è stato quello di un coordinamento fra gli Stati membri, accompagnato da preoccupazioni e dubbi sulla necessità

² Sulla base dei poteri conferiti al direttore generale dalla regolamentazione vigente, v. WHA58.3, Revision of the International Health Regulations, disponibile *online*. Per approfondimenti sul diritto internazionale delle crisi sanitarie, v. G.A. SPAGNOLO, *Contromisure dell'OMS come conseguenza di violazioni dei regolamenti sanitari internazionali in contesti epidemici*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017, p. 391 ss.; S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018; F. CASOLARI, *Il contributo delle organizzazioni internazionali e regionali alla gestione delle crisi sanitarie: il caso dell'epidemia di Ebola*, in E. CIMIOTTA, N. NAPOLETANO (a cura di), *Nazioni Unite e Organizzazioni regionali tra autonomia e subordinazione*, Bologna, 2019, p. 218 ss.; I. R. PAVONE, *La dichiarazione di pandemia di Covid-19 dell'Oms: implicazioni di governance sanitaria globale*, in *Biodiritto*, 27 marzo 2020, disponibile *online*.

³ Per un inquadramento, v. G. CAGGIANO, *Recenti sviluppi del regime delle frontiere esterne nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in A. DI STASI, L. S. ROSSI (a cura di), *Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

⁴ Solo per citare i primi atti della Commissione, v. COM(2020) 112 final, 13 marzo 2020, Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19; Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 (2020/C 91 I/01).

e proporzionalità del ripristino dei controlli alle frontiere interne⁵. Dalla cautela sulla efficacia delle restrizioni, la Commissione è poi passata ad una generale positiva valutazione della legittimità delle misure nazionali, pur ricordandone i parametri di compatibilità con il diritto dell'Unione. Il Consiglio riconosce che: “(...) l'efficacia delle misure nazionali adottate ai confini e ai punti di entrata dell'UE per tutelare la salute pubblica, comprese le misure già adottate dagli Stati membri nel contesto dell'epidemia di Covid-19, può essere migliorata ulteriormente rafforzando il coordinamento già esistente tra gli Stati membri e la Commissione, nel quadro delle raccomandazioni dell'OMS”⁶.

Il presidente della Commissione Ursula von der Leyen invita a difendere il sistema Schengen e il mercato unico: “La risposta europea avrà successo e potrà essere coordinata solo se il nostro mercato interno e il nostro spazio Schengen funzioneranno a dovere. Una crisi che non conosce confini non può essere risolta ergendo muri tra noi. Eppure questa è stata proprio la prima reazione di molti Stati europei. Non ha alcun senso. Perché non vi è alcuno Stato membro in grado di far fronte da solo alle proprie necessità di forniture e attrezzature mediche essenziali. Nemmeno uno”.

Nella sua risoluzione del 17 aprile 2020, il Parlamento europeo propone il rilancio della base giuridica dell'Unione in materia di salute pubblica, tramite una sua “semplificazione”, vale a dire che “la prestazione di servizi sanitari è anzitutto una competenza nazionale, mentre la sanità pubblica è una competenza concorrente degli Stati e dell'Unione”⁷; considera che “finora la risposta dell'UE alla pandemia di COVID-19 è stata caratterizzata da una mancanza di coordinamento tra gli Stati membri in termini di misure di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda le restrizioni imposte alla circolazione delle persone a livello nazionale e transfrontaliero e la sospensione di altri diritti e norme (...)”⁸, “(...) i controlli alle frontiere e le restrizioni alla circolazione devono rimanere proporzionati ed eccezionali e che occorre ripristinare tutte le libertà di circolazione non appena ciò sarà ritenuto possibile (...). Il Parlamento europeo sottolinea la necessità di

⁵ V. dichiarazioni dei commissari Lenarčič e Kyriakides sulla mobilitazione del sostegno finanziario dell'UE per aiutare la lotta globale contro l'epidemia di COVID-19, EU Audiovisual Service, LIVE EC Press Point, 24 February 2020.

⁶ Doc. 6038/20, conclusioni del Consiglio sulla Covid-19, riunione del 13 febbraio 2020, punto 15, lett. b). V. anche conclusioni del Presidente del Consiglio europeo del 17 marzo 2020 a seguito della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo sulla Covid-19.

⁷ Considerando lett. d), P9_TA-PROV (2020)0054, Risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze, lett. d): “considerando che la prestazione di servizi sanitari è anzitutto una competenza nazionale mentre la sanità pubblica è una competenza concorrente degli Stati e dell'Unione”.

⁸ *Ivi*, considerando lett. e).

tornare alla piena operatività dello spazio Schengen, senza controlli alle frontiere interne, quale parte di una strategia di uscita dalla crisi”⁹, lamentando al contempo “l’incapacità iniziale degli Stati membri di agire in modo collettivo e chiede che tutte le future azioni degli Stati membri siano guidate dal principio fondante dell’Unione di solidarietà e di leale cooperazione”¹⁰.

Il fenomeno della pandemia ha inciso su molti aspetti dell’integrazione europea¹¹. In definitiva, la radicale riduzione della mobilità delle persone in questa fase si deve non tanto alle misure nazionali che hanno reintrodotta i controlli alle frontiere interne, quanto a quelle di confinamento (*lockdown*) di cittadini e residenti dei singoli Stati membri all’interno del territorio nazionale e alla drastica riduzione dei trasporti internazionali, iniziata con il *travel ban* del presidente degli Stati Uniti dei voli con gli Stati Schengen¹².

2. Sul piano nazionale, le copiose modifiche introdotte alla legislazione ordinaria, per lo più dagli esecutivi tramite decretazione di urgenza, hanno riproposto il fenomeno ben noto della dottrina dello *stato di eccezione*¹³. La risposta dei sistemi giuridici nazionali alla crisi sanitaria è stata formulata all’interno di legislazioni speciali che, non sempre a seguito della proclamazione dello stato di emergenza¹⁴, formano comunque un diritto speciale considerato da molti governi l’opzione migliore per disporre della flessibilità necessaria per la protezione della comunità nazionale.

⁹ *Ivi*, par. 49.

¹⁰ *Ivi*, par. 5.

¹¹ Per prime riflessioni, v. G. FIENGO, *Le misure di contenimento della diffusione del COVID-19: la sospensione dell’accordo di Schengen*, in *DPCE online, Osservatorio Covid 19*, 4 aprile 2020; F. CASOLARI, *Prime considerazioni sull’azione dell’Unione ai tempi del Coronavirus*, in *rivista.eurojus.it*, 2020, p. 95 ss., spec. pp. 102-104; S. DOMINELLI, *COVID-19: riflessioni di diritto dell’Unione europea*, in L. CUOCOLO (cura di), *I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it - Osservatorio Covid-19*, p. 150 ss.; P. DE PASQUALE, *La pandemia di Covid-19: il coordinamento alla prova dei fatti* in *DPCE online, Osservatorio Covid-19*, aprile 2020.

¹² D. TRUMP, *Proclamation, Suspension of Entry as Immigrants and Nonimmigrants of Certain Additional Persons Who Pose a Risk of Transmitting 2019 Novel Coronavirus*, 11 March 2020.

¹³ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München-Leipzig, 1934; trad. it. *Teologia politica*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del ‘politico’*, Bologna, 1972; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003. Per approfondimenti, v. F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l’enigma costituente*, in *AIC, Materiali*, 30 aprile 2007, disponibile online; C. ACOCELLA, *L’epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali. Rileggendo La peste di Camus*, in *Diritti regionali, Rivista di diritto delle autonomie locali* 28 marzo 2020, disponibile online;

¹⁴ Al 30 marzo 2020, gli Stati membri che hanno dichiarato lo stato di emergenza erano sedici: Belgio, Bulgaria, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Ungheria.

Le misure adottate secondo i meccanismi costituzionali di ciascuno Stato membro sono soggetti a valutazione di compatibilità con i principi di necessità e di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea. In ogni caso, in tale contesto non sono derogabili i valori fondanti dell'Unione, comuni agli Stati membri, specie lo Stato di diritto (art. 2 TUE). Come ricordato dalla Corte di giustizia nel caso *Achmea*: "(...) ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Tale premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua"¹⁵.

Al riguardo, la Presidente Ursula von der Leyen ha reso noto una dichiarazione sullo Stato di diritto, garantendo un monitoraggio sul suo rispetto da parte degli Stati membri¹⁶. Nello stesso senso, un gruppo di Stati membri ha firmato una dichiarazione congiunta sull'esercizio del potere di adottare misure emergenziali nei limiti fissati dal principio di proporzionalità e dello Stato di diritto, della democrazia e dei diritti fondamentali¹⁷. La mancanza di espliciti riferimenti alla situazione dell'Ungheria da parte dei 19 Stati membri firmatari ha consentito la sua paradossale e provocatoria adesione alla dichiarazione in parola¹⁸.

In alcuni Stati membri dell'Unione, la decretazione di emergenza si inserisce in progetti politici che tendono a rivedere la divisione dei poteri come in Ungheria¹⁹ e Polonia²⁰. In relazione alle misure adottate dai due

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 34. Sullo Stato di diritto nel diritto dell'Unione europea, v., da ultimo, U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 1, p. 10 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁶ Statement 20/567 by President von der Leyen on emergency measures in Member States, 31 March 2020: "(...) it is of utmost importance that emergency measures are not at the expense of our fundamental principles and values as set out in the Treaties".

¹⁷ Statement by Belgium, Bulgaria, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Portugal, Romania, Spain, Sweden, Diplomatic statement, Government of the Netherlands, 1. 4. 2020. Tali Stati-membri "support the European Commission initiative to monitor the emergency measures and their application to ensure the fundamental values of the Union are upheld, and invite the General Affairs Council to take up the matter when appropriate".

¹⁸ V. F. CASOLARI, *La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?* in *SidiBlog*, 7 aprile 2020.

¹⁹ P. MORI, *COVID-19, Misure emergenziali e Stato di diritto*, in *I Post di AISDUE*, 2020, vol. II; n. 2, sezione "Coronavirus e diritto dell'Unione" 6 aprile 2020; S. BENVENUTI, *Sulla legge organica ungherese n. 12 del 30 marzo 2020 "sulla protezione contro il coronavirus"*, in *SidiBlog*, 7 aprile 2020; P. DE SENA, *Contrasto al Covid-19 e/o demolizione dello stato di diritto? le misure ungheresi e la convenzione europea*, *ivi*, 7 aprile 2020; F. CASOLARI, *La protezione dello Stato di diritto nell'Unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?*, *ivi*, 7 aprile 2020.

Paesi, il Parlamento europeo “(...) ritiene totalmente incompatibili con i valori europei sia la decisione del governo ungherese di prolungare lo stato di emergenza a tempo indeterminato, di autorizzare l'esecutivo a governare per decreto senza limiti di tempo e di indebolire la sorveglianza di emergenza del Parlamento (...)”²¹; “(...) sia le misure adottate dal governo polacco, ovvero la modifica del codice elettorale contrariamente alla pronuncia del Tribunale costituzionale e alle disposizioni di legge, al fine di svolgere le elezioni presidenziali nel mezzo di una pandemia, il che rischia di mettere in pericolo la vita dei cittadini polacchi e mina il concetto di elezioni libere ed eque, dirette e segrete, come sancito dalla Costituzione polacca”²².

La tutela internazionale dei diritti umani ha proprio il compito di tutelare gli individui nei confronti dei possibili abusi di potere del governo. Per quanto riguarda i diritti fondamentali protetti dalla Carta, appaiono necessarie garanzie che le misure nazionali adottate nel contesto dell'emergenza siano coerenti con il diritto alla salute (art. 35)²³. Nel titolo sulla Solidarietà è sancito il diritto di ogni persona “di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche”, alle condizioni stabilite da legislazioni e prassi nazionali con la garanzia di un “livello elevato di protezione della salute umana”. Tale norma, riconosce il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni fissate “dalle legislazioni e prassi nazionali”. Pertanto, resta affidato agli Stati membri il compito di organizzare i propri sistemi sanitari in termini di accessibilità e di prestazioni. Tale diritto fondamentale si configura come un vero e proprio diritto sociale, anche in riferimento alla salubrità dell'ambiente e sicurezza delle condizioni di lavoro. Il principio di proporzionalità (art. 52, par. 1) consente limitazioni ove necessarie e idonee

²⁰ Sulla situazione in Polonia, v. G. FIENGO, A. CIRCOLO, *Il rispetto della rule of law al tempo del COVID-19: gli inquietanti provvedimenti adottati in Ungheria e la nuova legge elettorale polacca*, in *comparativecovidlaw.it*, 10 aprile 2020; A. KUSTRA-ROGATKA, *The Constitution as a Bargaining Chip*, in *VerfassungBlog*, 21 aprile 2020.

²¹ Risoluzione, *ult cit.*, par. 46. Le autorità polacche hanno deciso di non proclamare lo “stato di catastrofe naturale” (uno dei tre *status* di emergenza previsti a livello costituzionale) che, in pendenza, impedirebbe qualsiasi modifica costituzionale. La legge adottata per la prevenzione e la lotta contro la COVID-19 contiene, invece, modifiche al codice elettorale, ivi compresa la decisione di introdurre il voto postale; decisione ritenuta molto rilevante ai fini del risultato elettorale delle elezioni presidenziali.

²² Per riferimenti e bibliografia, v. E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SidiBlog*, 27 marzo 2020; L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in itinere*, 28 marzo 2020.

²³ G. DI FEDERICO, *Commento all'art. 35*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 664 ss.

a soddisfare realmente obiettivi di interesse generale dell'Unione alla tutela dei diritti e le libertà altrui.

L'Agenzia dei diritti fondamentali (FRA) registra, cataloga e valuta l'impatto delle misure nazionali rispetto alla Carta dei diritti fondamentali nell'Unione²⁴. Ne deriva un quadro assai articolato che merita attenzione e cautela di giudizio. Le misure adottate per gestire la crisi della salute pubblica e prevenire il crollo dei sistemi sanitari hanno posto a rischio la parità di trattamento nelle cure e pari accesso all'assistenza sanitaria. Il diritto alla vita (art. 2), il diritto alla salute (art. 35), in combinazione con il divieto di discriminazione (art. 21) richiedono un'assistenza sanitaria preventiva e cure mediche disponibili per tutti. In alcuni casi, la limitatezza delle risorse di cura ha portato a "declassare la priorità" (*deprioritize*) di cura dei pazienti anziani colpiti dal virus, nonché dei gruppi vulnerabili (persone con disabilità, senzatetto, rom e i migranti) in ragione delle loro condizioni abitative e socioeconomiche svantaggiate.

La maggior parte degli Stati membri ha istituito misure obbligatorie di distanziamento sociale per l'intera popolazione, come la sospensione di ogni possibile assembramento, il soggiorno obbligato a casa, comprese le misure di quarantena, la chiusura di attività commerciali non-essenziali e degli spazi pubblici e, in generale, il distanziamento fisico e sociale. Tali misure incidono su molti diritti fondamentali garantiti dalla Carta, quali i diritti alla libertà e alla sicurezza (art. 6), rispetto vita privata e familiare (art. 7), libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 10), libertà di espressione e informazione, libertà di riunione e di associazione (art. 12), libertà delle arti e delle scienze (art.13) e libertà di movimento e di residenza (art.14). La maggior parte degli Stati membri ha introdotto sanzioni per violazioni delle misure restrittive sotto forma di sanzioni pecuniarie, ma in alcuni casi includono la possibilità di pene detentive. Le scuole sono state in gran parte chiuse con conseguenze diversificate a seconda di vari fattori, quali le condizioni socioeconomiche delle famiglie. Al riguardo occorre ricordare che, in base al principio del "miglior interesse del bambino" (art. 24 della Carta e al diritto all'istruzione (art. 14), ogni bambino ha diritto all'istruzione, che deve essere fornita senza discriminazioni (art. 21). In alcuni Stati membri, alcune le scuole sono rimaste aperte per i figli di lavoratori occupati nei servizi essenziali o per quelli senza disponibilità di assistenza.

Nel bilanciamento dell'interesse pubblico a proposito dei sistemi tecnologici indirizzati al controllo della diffusione dell'infezione, si può

²⁴ Per un quadro completo, v. FRA, Periodic updates/Series, Coronavirus pandemic in the EU, Fundamental Rights Implications, Bulletin 1 (1° February – 20 March 2020).

richiamare il regolamento generale sulla protezione dei dati del 2016, secondo cui il divieto di trattare dati relativi alla salute senza il consenso dell'interessato non si applica quando il trattamento “è necessario per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici, sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri che prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti e le libertà dell'interessato, in particolare il segreto professionale”²⁵.

Nel quadro del Consiglio d'Europa²⁶, si pone la questione se ad una situazione emergenza sanitaria sia applicabile la clausola derogatoria dell'art. 15 CEDU prevista “in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”²⁷. Nell'attuale crisi sanitaria alcuni Stati contraenti hanno comunicato al Consiglio d'Europa di avvalersi della deroga in parola²⁸. In ogni caso, gli Stati contraenti che esercitano tale facoltà hanno l'obbligo di conformarsi ai relativi obblighi sostanziali e procedurali, come confermato dalla Corte di Strasburgo nelle sentenze *Altan e Alpay c. Turchia*²⁹. Pur riconoscendo che le emergenze nazionali richiedono

²⁵ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 sulla protezione dei dati, art. 9, Trattamento di categorie particolari di dati personali, comma 2, lettera i) e relativo considerando n. 54 ai sensi del quale in simili casi il trattamento potrebbe avere luogo “senza il consenso dell'interessato” purché nel rispetto di “misure appropriate e specifiche a tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche”; *ivi*, lett. h), sui trattamenti necessari a scopi di “diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei servizi o sistemi sanitari” e relativo considerando n. 53 ai sensi del quale nel trattamento di dati sensibili per finalità sanitarie, da un lato, “[i]l diritto dell'Unione o degli Stati membri dovrebbe prevedere misure specifiche e appropriate a protezione dei diritti fondamentali e dei dati personali” e, dall'altro, “gli Stati membri dovrebbero rimanere liberi di mantenere o introdurre ulteriori condizioni, fra cui limitazioni, con riguardo al trattamento di dati (...) relativi alla salute, senza tuttavia ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (...)”. V. European Data Protection Board, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak.

²⁶ Per un quadro generale, v. SG/Inf(2020)11, 7 April 2020, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states.

²⁷ List of Notifications under Article 15 of the Convention: Albania, 1 April 2020; Armenia, 20 March 2020, 17 April 2020; Estonia, 20 March 2020; Georgia, 23 March 2020; Latvia, 16 March 2020, 16 April 2020; North Macedonia, 2 April 2020; Moldova, 20 March 2020; Romania, 18 March 2020, 3 April 2020, 15 April 2020; San Marino, 14 April 2020; Serbia, 7 April 2020, disponibili online.

²⁸ Nelle precedenti sentenze in argomento, la Corte EDU aveva dichiarato inammissibili i ricorsi individuali per il non avvenuto esaurimento delle vie di ricorso interne, v. A. ADINOLFI, *Alcune riflessioni sulla reazione dell'Unione europea alle violazioni dei diritti umani in Turchia e sui possibili strumenti di contrasto*, in in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, 2017, p. 223 ss.

²⁹ V. Mehmet Hasan Altan v. Turkey Judgment, Concurring Opinion of Judge Spano, par. 4, il presidente della Corte europea dei diritti umani, Robert Spano, afferma: “Moreover, as flows directly from the language of Article 15 of the Convention, these principles apply

flessibilità, la clausola prevede solo determinati diritti come inderogabili: il diritto alla vita, il divieto di schiavitù e tortura e il diritto a non subire una legislazione retroattiva³⁰. Quando uno Stato contraente sospende i diritti durante una crisi, è obbligato a darne notifica. Al riguardo, non è prevista una scadenza, ma si richiede una notifica della conclusione della minaccia e del ripristino dell'impegno dello Stato contraente in materia di diritti individuali. Com'è noto, ad eccezione dei diritti inderogabili, gli altri sono sottoposti alla dottrina del “duplice margine di apprezzamento”. Il primo è lasciato agli Stati contraenti in relazione a quanto necessario in una società democratica per motivi di ordine pubblico, sicurezza, morale e sanità; il secondo margine è riservato al controllo giurisdizionale della Corte europea dei diritti umani.

Alcuni Stati membri hanno dichiarato a livello costituzionale lo stato di eccezione o di emergenza secondo meccanismi che differiscono nella portata e nella natura dei poteri esecutivi straordinari concessi all'esecutivo³¹. Per la decretazione di urgenza è stata prevista una base, legislativa “secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso”³².

equally where a State is confronted with a public emergency threatening the life of the nation. Such a situation does not give States carte blanche. In other words, a state of emergency is not an open invitation to member States to erode the foundations of a democratic society based on the rule of law and the protection of human rights. Only measures which are strictly required by the exigencies of the situation can be justified under the Convention, and it is ultimately for the Court to pass judgment at the European level on whether such justification has been adequately demonstrated on the facts”.

³⁰ Sulla clausola dell'art.15 CEDU, v. G. CATALDI, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in A. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, Padova, 2012, p. 555 ss. Sull'illegittimità della sospensione del Parlamento, v. M. STARITA, *Articolo 3, Primo Protocollo*, *ivi*, p. 832 ss.

³¹ C. BJØRNSKOV, S. VOIGT., *The State of Emergency Virus*, in *VerfassungBlog*, 19 aprile 2020. Per un quadro delle misure nazionali al 30 marzo 2020, v. S. CARRERA, N. CHUN LUK, *Love thy Neighbour? Coronavirus politics and their impact on EU freedoms and rule of law in the Schengen Area, Annex 1. Overview of EU member states and Schengen countries' measures in light of COVID-19 Pandemic*, in *CEPS Paper*, 3 April 2020; J. GROGAN, *Debate "Covid 19 and States of Emergency"*, *Introduction and List of Country Reports*, in *VerfassungBlog*, 6 April 2020; L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *federalismi.it*, cit., 2 aprile 2020.

³² Lo stato di emergenza è stato proclamato, ai sensi del Codice della Protezione civile (art. 7, comma 1, lett. c) del d.lgs n. 1 del 2018) con la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Per un'analisi del diritto dell'emergenza, specie in relazione agli aspetti del diritto penale, v. G. L. GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d. l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistema penale*, 26 marzo 2020; ID., *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema penale*, 2 aprile 2020; F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it - Osservatorio Covid-19*, 6 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema*

Un provvedimento adottato come deterrente dei salvataggi in mare da parte delle navi di ONG straniere è quello adottato, di recente, dal governo italiano tramite un atto amministrativo (decreto interministeriale del 7 aprile 2020) secondo cui, per l'intero periodo di durata dell'emergenza sanitaria, i porti italiani non assicurano i "necessari requisiti per la classificazione e definizione di *Place of Safety* (POS)" ai sensi delle convenzioni internazionali, limitatamente ai casi di soccorso effettuati da parte di navi straniere al di fuori dell'area SAR italiana³³.

3. Per quanto riguarda le limitate competenze dell'Unione in materia di salute pubblica occorre ricordare che, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche comuni, è garantito un livello elevato di protezione della salute umana; l'Unione deve tener conto, in tutte le sue azioni, delle esigenze connesse alla tutela (art. 9 TFUE)³⁴.

Nella crisi in corso, le istituzioni europee (salvo il Parlamento europeo) non hanno richiamato la base giuridica della salute pubblica (art. 168 TFUE). In materia coesistono nel diritto dell'Unione tre diverse categorie di competenze.

La prima categoria relativa a "tutela e miglioramento della salute umana" riguarda la competenza di coordinamento, completamento e sostegno dell'azione in cui l'Unione integra le politiche nazionali. Sono escluse misure di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (art. 2, par. 5 e art. 6, par. 5, lett. a), TFUE). All'interno di questa prima categoria, il trattato ribadisce il ruolo complementare dell'Unione nella "lotta contro (...) gravi minacce transfrontaliere alla salute", consentendo "di adottare misure di incentivazione volte a (...) combattere i principali flagelli sanitari

delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in *Rivista AIC*, 2020/2, 10 aprile 2020; F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge in federalismi.it - Osservatorio Covid-19*, 22 aprile 2020.

³³ F. MUNARI, *Il decreto interministeriale per gestire l'emergenza Covid-19 nell'ambito degli obblighi dell'Italia ai sensi della convenzione SAR: l'insostenibile "intermittenza" del luogo sicuro per i migranti diretti verso l'Italia*, in *SidiBlog*, 16 aprile 2020. Nel comunicato del 15 aprile 2020, disponibile *online*, l'ASGI chiede l'immediata revoca del decreto in parola, affermando che l'Italia resta sempre vincolata all'obbligo di fornire un porto sicuro alle persone salvate in mare.

³⁴ G. FARES, M. CAMPAGNA, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 325 ss.; M. MARLETTA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 1517 ss.; C. CATTABRIGA, *Commento all'art. 168 TFUE. Sanità pubblica*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione europea Operativo*, Napoli, 2012, p. 1374 ss. Per un quadro generale, v. G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute. Principi, azioni, diritti e standard qualitativi*, Milano, 2020.

transfrontalieri”³⁵. Infatti, le misure legislative di incentivazione dell’Unione (prevalentemente di tipo finanziario) dei comportamenti degli Stati membri rappresentano un *tertium genus* rispetto a quelle di coordinamento o armonizzazione.

La seconda categoria riguarda la competenza concorrente fra Stati membri e Unione per i “problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica”: a) misure sugli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario; c) misure sui medicinali e dei dispositivi di impiego medico (articoli 4, lett. *k*), e 168, par. 4). In questa ambito vale il principio di *pre-emption* o di svuotamento delle competenze nazionali quando l’Unione abbia adottato atti legislativi.

La terza categoria riguarda la politica sanitaria, l’organizzazione e la fornitura di servizi sanitari che spettano esclusivamente agli Stati membri (par. 7 dell’art. 168 TFUE). Al riguardo sarebbe una inaccettabile “forzatura” dell’interpretazione testuale e sistematica sostenere che tutti gli aspetti della salute pubblica (diversi dalla politica sanitaria, l’organizzazione e la fornitura di servizi sanitari) rientrano nell’ambito nella competenza concorrente.

A nostro avviso, una scelta corretta della base giuridica di nuovi atti legislativi per la gestione della pandemia dovrebbe essere quella che valorizza il mercato unico in quanto tale (art. 114 TFUE). Non v’è dubbio che una crisi sanitaria incide sulla dimensione economica e ambientale ed è idonea a compromettere la funzionalità del mercato unico e la libera circolazione di merci, persone e servizi. Al riguardo l’Unione, nell’adozione degli atti legislativi “in materia di sanità, sicurezza, protezione dell’ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici” (*ivi*, par. 3)³⁶.

Negli sviluppi della crisi, l’Unione europea potrebbe esercitare propri poteri normativi, ricorrendo alla base giuridica dell’art. 114 TFUE in combinato disposto con l’art. 168 TFUE, esercitando per questa via una competenza concorrente senza la frammentazione e i limiti derivanti dal ricorso alla sola base della salute pubblica³⁷. Non è difficile prevedere che,

³⁵ Art. 168, par. 5, TFUE.

³⁶ Al riguardo, v. COM(2018) 651 final, 21 settembre 2018 sul funzionamento della direttiva 2011/24/UE concernente l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera. Per l’effetto dell’emergenza sul suo funzionamento, v. Decisione di esecuzione (UE) 2020/534 della Commissione del 16 aprile 2020 che sospende l’esame delle domande di adesione alle reti di riferimento europee esistenti.

³⁷ A tale duplice base giuridica si riferisce la direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2011 concernente l’applicazione dei diritti dei pazienti relativi all’assistenza sanitaria transfrontaliera, v. considerando 2: “L’articolo 114 TFUE costituisce

rispetto ai singoli atti da adottare, sarebbero spesso soddisfatti i criteri della sussidiarietà, vale a dire l'efficacia e la transnazionalità dell'azione dell'Unione.

Il TFUE nell'attribuire la competenza della sicurezza agli Stati membri (art. 72), conferma il ruolo dell'Unione contro il "malfunzionamento" del mercato, "nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico" (art. 347 TFUE). A maggior ragione questo ruolo dovrebbe essere riconosciuto in occasione di crisi sanitarie transnazionali.

Inoltre, occorre ricordare che la protezione della salute assume un particolare rilievo nell'ambito della libertà di circolazione delle merci. Salvo il divieto di restrizioni di carattere abusivo (discriminazioni di carattere arbitrario nei confronti di beni provenienti da altri Stati membri o in restrizioni dissimulate del commercio infra-comunitario), il Trattato consente espressamente agli Stati membri di apporre restrizioni per motivi di salute pubblica (art. 36 TFUE).

Gli atti legislativi dell'Unione in materia dovrebbero essere caratterizzati dal principio di precauzione sancito nella politica ambientale (art. 191, par. 2 TFUE) che è esteso nella prassi ai settori della salute e dell'alimentazione³⁸.

la base giuridica appropriata dato che la maggior parte delle disposizioni della presente direttiva hanno lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno e la libera circolazione di merci, persone e servizi. Dal momento che sono soddisfatte le condizioni per il ricorso, quale base giuridica, all'articolo 114 TFUE, la normativa dell'Unione deve basarsi su questa base giuridica anche nel caso in cui la protezione della sanità pubblica sia un elemento determinante delle scelte operate. (...)" In materia di sicurezza della salute e malattie trasmissibili dagli animali all'uomo (zoonosi), settore di probabile interesse per il coronavirus, il regolamento (UE) 2016/429 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 relativo alle malattie animali trasmissibili e che modifica e abroga taluni atti in materia di sanità animale, ha come base giuridica l'art. 114, oltre che gli articoli 168, par. 4, lett. b) e 43, par. 2 (politica agricola). La precedente (e ancora in vigore) direttiva 2003/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 novembre 2003 sulle misure di sorveglianza delle zoonosi e degli agenti zoonotici, recante modifica della decisione 90/424/CEE del Consiglio e che abroga la direttiva 92/117/CEE del Consiglio, è basata solo sull'art. 152, par. 4, lett. b) TCE (attuale art. 168 TFUE). Per questi ultimi strumenti giuridici, l'armonizzazione ha come base giuridica il medesimo art. 168 in quanto "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica", misure nei settori veterinario e fitosanitario (ivi, par. 4, lett. b)).

³⁸. Sui vari aspetti del principio nel diritto internazionale e del diritto dell'Unione, v. F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006; M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario; gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in A. BIANCHI, M. GESTRI (a cura di), *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006; S. DI BENEDETTO, *La funzione interpretativa del principio di precauzione in diritto internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, p. 321 ss.; J. ZANDER, *The application of the precautionary principle in practice: comparative dimensions*, Cambridge, 2010; B. BERTARINI *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016. Sulla valutazione del rischio, v. A. ALEMANNI, *EU Risk Regulation: Towards a European Government of Health, Safety and Environmental Risks*, London, 2016; S. PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, 2017; R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*,

Com'è noto, si tratta di un principio di azione anticipata in un contesto di rischio ed incertezza per l'ambiente e la salute pubblica, che impone alle autorità competenti di prendere misure protettive senza bisogno di attendere una prova scientifica della sussistenza e dell'entità del rischio. Il contesto della pandemia rappresenta un ambito di specifica declinazione del principio in parola anche per le difficoltà di acquisire dati scientifici sulle modalità di diffusione, sulla idoneità e durata delle potenzialità infettive, ecc. Il principio è stato richiamato già in passato per altre emergenze di sanità pubblica a giustificazione delle misure adottate dall'Unione. D'altronde, la diversa valutazione di tale principio alla base delle misure nazionali dimostra proprio la necessità dell'applicazione del principio di precauzione a livello dell'Unione in una crisi di così vasta portata materiale e ambito spaziale³⁹.

In materia si deve ricordare anche la competenza dell'Unione che deriva dalla "clausola di solidarietà" (art. 222 TFUE), secondo cui l'Unione e i suoi Stati membri agiscono congiuntamente quando uno di essi è oggetto di un attacco terroristico o vittima di un disastro naturale o causato dall'uomo⁴⁰, nonché l'istituzione di un meccanismo di protezione civile (art. 196 TFUE)⁴¹. Inoltre, dagli anni '90, l'Unione ha istituito una rete per garantire la sorveglianza epidemiologica delle malattie trasmissibili e un sistema di risposta tempestiva per la prevenzione e il controllo di tali malattie. A seguito delle precedenti epidemie, tale rete è stata potenziata in un quadro giuridico predisposto per l'azione dell'Unione europea sulla base della Decisione sulle minacce sanitarie transfrontaliere del 2013⁴². Tale decisione

Torino, 2018. Sul valore delle prove scientifiche, v. F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 131 ss.

³⁹ Sulle prospettive, v. 2020/C 126/01, 17 aprile 2020, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19.

⁴⁰ Decisione del Consiglio del 24 giugno 2014 relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà.

⁴¹ Decisione (UE) 2019/420 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 marzo 2019 che modifica la decisione n. 1313/2013/UE su un meccanismo unionale di protezione civile. In tale ambito è prevista la possibilità che gli Stati membri, anche grazie a sovvenzioni della Commissione, possano acquistare, noleggiare o affittare risorse operative *ad hoc* (denominate rescEU), da utilizzare prioritariamente per le operazioni di risposta nell'ambito del Meccanismo. V. inoltre, la decisione di esecuzione (UE) 2017/253 della Commissione del 13 febbraio 2017 che stabilisce le procedure per la notifica degli allarmi nell'ambito del sistema di allarme rapido e di reazione istituito in relazione a gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e per lo scambio delle informazioni, la consultazione e il coordinamento delle risposte a tali minacce a norma della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. In generale sulla gestione dei disastri naturali e antropici, v. M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

⁴² Decisione 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE. Coordinata dal 2001 dal Comitato per la sicurezza sanitaria (HSC) e composta

impone agli Stati membri e alla Commissione di consultarsi in seno al Comitato per la sicurezza sanitaria (HSC), al fine di coordinare le risposte della sanità pubblica degli Stati membri e la comunicazione pubblica sulla crisi.

4. Nella crisi sanitaria in corso, la *governance* europea è caratterizzata dall'attività di orientamento da parte della Commissione, che rappresenta un punto di riferimento per gli Stati e i cittadini, consentendo l'esame contestuale e sistematico della legalità e compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione, in particolare rispetto al parametro di proporzionalità.

Prima di esaminare le comunicazioni adottate dalla Commissione europea nei vari settori della crisi sanitaria occorre premettere qualche considerazione generale. Nel diritto dell'Unione, le comunicazioni svolgono varie funzioni istituzionali: proposta legislativa, monitoraggio dell'attuazione, interpretazione finalizzata all'applicazione di norme esistenti. Nello specifico settore delle competenze di coordinamento, sostegno e completamento dell'Unione, la prassi presenta vari atti di *soft law* che, in presenza del divieto di armonizzazione, cercano di "ridurre le divergenze" tra le normative nazionali⁴³. In questo ambito, (più che altrove), la prassi ha dato luogo all'eterogenea categoria degli "atti atipici" del diritto dell'Unione europea in assenza di specifiche previsioni nei Trattati⁴⁴. Diversi gli effetti e le denominazioni (note, orientamenti, comunicazioni, risoluzioni, conclusioni, comunicati stampa, linee guida, ecc.).

La prassi degli atti atipici suscita dubbi rispetto ai principi generali del diritto dell'Unione, quali la certezza del diritto e il principio di legalità. Gli atti in parola sollevano dubbi soprattutto rispetto alla loro idoneità a produrre effetti giuridici e alla garanzia di una tutela giudiziaria effettiva. Al riguardo, la Corte di giustizia ha dichiarato la loro annullabilità per violazione della competenza delle istituzioni legislative allorché non si limitano ad

da rappresentanti dei ministeri della salute, la rete si basa sul contributo scientifico del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie. Nel caso della COVID-19, è stato istituito un gruppo di esperti consultivi *ad hoc* (composto da epidemiologi e virologi di diversi Stati membri e presieduto dal presidente della Commissione europea) per formulare "orientamenti dell'UE su misure scientifiche e coordinate di gestione dei rischi".

⁴³ T. M. MOSCHETTA, *L'armonizzazione normativa mediante gli atti di soft law della Commissione europea: uno sviluppo ipotizzabile?*, in AA. VV., *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 297 ss.

⁴⁴ G. FIENGO, *Gli atti atipici della Comunità europea*, Napoli, 2008; P. DE LUCA, *Gli atti atipici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012; A. DI PASCALE, *Gli atti atipici nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea*, Milano, 2017.

interpretare norme esistenti ma oltrepassano questa funzione⁴⁵. La Corte ha precisato che sono considerati “atti impugnabili” ai sensi dell’art. 263 TFUE tutti i provvedimenti, a prescindere dalla loro forma, adottati dalle istituzioni e intesi alla produzione di effetti giuridici vincolanti. Quest’ultimi sono valutabili “in funzione di criteri obiettivi, come il contenuto dell’atto stesso, tenuto conto del contesto, nonché dei poteri dell’istituzione emanante”. In ogni caso, la Corte di giustizia ha ritenuto che tali atti possano essere sottoposti al rinvio di interpretazione pregiudiziale, quando ne ricorrano le condizioni e lo scopo⁴⁶.

Durante la crisi sanitaria in corso, l’attività della Commissione è stata principalmente finalizzata alla trascrizione e interpretazione delle norme esistenti e della prassi con la finalità di consolidamento dell’interesse comune dell’Unione tra gli interessi nazionali⁴⁷. Per quanto riguarda l’attività di interpretazione e adattamento delle disposizioni legislative in vigore, si realizza così una sorta di codificazione con un forte intento di sviluppo progressivo⁴⁸. Questa copiosa produzione di atti di *soft law* tiene conto della competenza (primaria) degli Stati membri e di quella (limitata) di coordinamento, completamento e sostegno in materia di sanità pubblica dell’Unione (art.168 TFUE). In realtà, la prassi della Commissione svolge una funzione di sostituzione/surrogazione dell’attività dei legislatori dell’Unione per l’impossibilità di adottare nei tempi necessari una fonte legislativa in quelle materie disciplinate dal diritto dell’Unione (frontiere, libertà di circolazione, ecc.), considerata l’urgenza della crisi sanitaria.

5. In un “limbo giuridico”, si trova ormai il Codice Frontiere Schengen (CFS) che stabilisce le regole per l’attraversamento delle frontiere esterne e i requisiti per la gestione delle frontiere interne.⁴⁹

⁴⁵ V. ad es. sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997, causa C-57/95, *Francia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1997:164. Al riguardo, particolarmente chiare e rilevanti per la decisione della Corte le conclusioni dell’avvocato generale Tesouro presentate il 16 gennaio 1997, ECLI:EU:C:1997:15, spec. punti 19-20 in cui distingue, oltre alle comunicazioni dichiarative e interpretative, quelle decisorie, ad es. nel settore della concorrenza.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 2018, C-599/15 P, *Belgio c. Commissione*. ECLI:EU:C:2018:79, punti 31 e 32.

⁴⁷ A. RENDA, R. J. CASTRO, *Towards stronger EU governance of health threats after the COVID-19 pandemic*, in *European Journal of Risk*, 2020, p. 1 ss; A. M. PACCES, M. WEIMER, *From diversity to coordination: A European approach to Covid19*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-10*, 15 April 2020.

⁴⁸ Sulle varie accezioni e procedure della codificazione, v. E. TRIGGIANI, *La codificazione nell’Unione europea attraverso i principi di democrazia, efficacia e trasparenza*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2019, p. 557 ss.

⁴⁹ Tra i 180 casi di reintroduzione dei controlli alle frontiere interne (dal 2006), ben 57 sono quelle notificate a partire dal 13 marzo 2020, v. Member States’ notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the

Il Consiglio, oltre al potere di raccomandare la riapertura delle frontiere interne, potrebbe certamente dare indicazioni non-vincolanti sullo svolgimento dei controlli alle frontiere da parte degli Stati membri (art. 29 CFS). Nella crisi in corso, indicazioni sono contenute nelle linee guida della Commissione del 16 marzo 2020⁵⁰, volte a contenere la diffusione del contagio e a garantire la disponibilità di beni e servizi di prima necessità, che non solo includono raccomandazioni finalizzate ad un approccio integrato o coordinato, ma chiariscono anche i parametri di conformità al diritto dell'Unione delle misure nazionali.

Secondo la comunicazione in parola, gli Stati membri hanno la facoltà di reintrodurre i controlli alle frontiere interne, se giustificati da motivi di ordine pubblico o sicurezza nazionale, a patto che il ripristino sia motivato e notificato in conformità al CFS. Secondo le linee guida, i controlli sanitari consentiti possono essere effettuati da pattuglie di frontiera (*screening* primario) o da personale medico (*screening* secondario). I controlli dovrebbero essere limitati ai controlli sanitari sulle persone che attraversano le frontiere interne e non implicano la reintroduzione generalizzata dei controlli alle frontiere. Se i casi sospetti necessitano di isolamento immediato e/o cure mediche, le autorità dei due Stati frontalieri hanno l'obbligo di coordinarsi per decidere il luogo di svolgimento della quarantena e delle cure⁵¹.

Nell'ambito di questo contributo non rientra l'analisi comparata delle misure adottate a livello nazionale. Ci sembra comunque utile richiamarne qualche aspetto a testimonianza del carattere incoerente e unilaterale, che ha contraddistinto l'esercizio dei poteri degli Stati membri in materia. Le autorità competenti hanno chiuso alcuni aeroporti, conservando una sparuta attività di voli commerciali, o bloccando alcune destinazioni; in alcuni casi, limitando i trasporti aerei alle sole merci, ivi compresa persino la quarantena obbligatoria per i piloti in arrivo⁵². Per i trasporti su gomma, alcune autorità

Schengen Borders Code, disponibile *online*. Ai sensi dell'art. 25 CFS, Reintroduzioni temporanee dei controlli alle frontiere nel contesto di casi che richiedono un'azione immediata: Ungheria, Austria, Spagna, Estonia, Lituania, Islanda, Belgio, Polonia, Slovacchia, Germania, Portogallo, Svizzera, Repubblica Ceca; ai sensi dell'art. 28 CFS, Controlli alle frontiere ripristinati temporaneamente nel contesto di eventi prevedibili: Finlandia, Austria, Svezia, Danimarca, Francia, Norvegia.

⁵⁰ C(2020) 1753 final, 16 marzo 2020, COVID-19 Orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 86 I/01). Per un commento, v. D. THYM, *Travel Bans in Europe: A Legal Appraisal*, in *Verfassungblog*, 19 March 2020.

⁵¹ C(2020) 1753 final, cit, par. 11.

⁵² Dopo un breve tempo, è stato deciso di eliminare i "voli fantasma" che "giravano vuoti" solo per conservare le bande orarie acquisite dalle compagnie aeree da una stagione all'altra (slot), v. P9_TA(2020)0041, Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 marzo

nazionali hanno chiesto agli autotrasportatori un certificato medico recente rilasciabile solo a seguito di analisi cliniche. Qualche Stato ha consentito a far rientrare nel territorio nazionale gli stranieri regolarmente residenti, solo a seguito della sottoscrizione di un impegno alla quarantena volontaria; altri Stati hanno richiesto loro di dimostrare di avere anche assoluta necessità di rientrare. In Danimarca i confini sono stati blindati dall'esercito e l'ingresso è stato condizionato alla dimostrazione di un importante motivo di rientro. La Polonia consente il rientro solo dei cittadini e degli stranieri con permesso di lavoro e residenza legale, sempre con l'obbligo di quarantena; in Ungheria possono rientrare solo i cittadini nazionali.

Il sistema Schengen aveva già mostrato limiti e difficoltà in materia di immigrazione e asilo. L'impatto della pandemia sul ripristino delle frontiere interne è assai più grave e sistemico di quello determinato dai movimenti secondari dei profughi provenienti dalle rotte dei Balcani e del Mediterraneo centrale. Al momento dello scoppio dell'emergenza sanitaria, i controlli alle frontiere interne erano già stati introdotti in alcuni Paesi da più di tre anni (Germania, Austria, Danimarca, Norvegia, Svezia e Francia - quest'ultima con motivazioni collegate al terrorismo). Alle misure restrittive già esistenti si sono sovrapposte quelle di carattere sanitario. Nonostante l'impegno dell'Unione di "offrire ai suoi cittadini uno spazio (...) senza frontiere interne", i controlli sono stati reintrodotti negli ultimi cinque anni. La reintroduzione appare legittima poiché l'epidemia di coronavirus può essere considerata "una grave minaccia per l'ordine pubblico" quando un'epidemia colpisce in modo così radicale gli interessi fondamentali della società.

Com'è noto, le frontiere interne possono essere attraversate "senza che sia effettuata una verifica di frontiera sulle persone" (art. 22 CFS). Secondo il CFS, gli Stati membri mantengono il potere di effettuare verifiche all'interno delle frontiere interne tramite l'esercizio delle competenze di polizia in forza della legislazione nazionale (nella misura in cui l'esercizio di queste competenze non abbia effetto equivalente alle verifiche di frontiera); sono competenti per effettuare i controlli di polizia nei porti o aeroporti nello stesso modo in cui vengono effettuati all'interno del territorio di uno Stato membro⁵³. Tuttavia, agli Stati membri è consentito reintrodurre controlli alla frontiera per eventi prevedibili (articoli 25 e 26) in caso di minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna per un periodo di trenta giorni, eventualmente prorogabili, fino ad un massimo di sei mesi.

2020 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CEE) n. 95/93, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti.

⁵³ Art. 23 (a) (ii); (b) CFS.

In relazione alla pubblica sicurezza, la reintroduzione dei controlli alle frontiere interne può essere temporanea e immediata (art. 28 CFS) ove necessario a causa di una grave minaccia per l'ordine pubblico o interno, tra cui una "malattia contagiosa". Quando una minaccia grave per l'ordine pubblico o la sicurezza interna di uno Stato membro richiede un'azione immediata, lo Stato membro interessato ha la facoltà di ripristinare "eccezionalmente e immediatamente" il controllo alle frontiere interne con l'unico obbligo di informare gli altri Stati membri e la Commissione, che ha a sua volta la facoltà di consultare gli altri Stati membri (art. 28). Il Consiglio, su proposta della Commissione, può raccomandare quale *extrema ratio* a uno o più Stati membri, come misura volta a proteggere gli interessi comuni, di ripristinare il controllo di frontiera in tutto o in parte delle sue frontiere interne (art. 29). Quando, in presenza di circostanze eccezionali che mettono a rischio "il funzionamento globale dello spazio senza controllo alle frontiere interne", il Consiglio raccomanda il ripristino in parola, esso valuta anche se possa costituire una risposta adeguata alla minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza interna "nello spazio senza controllo alle frontiere interne" e verifica la proporzionalità della misura medesima (art. 30).

Come evidenziato in una raccomandazione del 2017, il ripristino temporaneo dei controlli di frontiera dovrebbe in particolare includere: la consultazione con largo anticipo di tutti gli Stati membri interessati; il mantenimento di una stretta e costante cooperazione per il riesame e l'adeguamento dei controlli; l'assistenza reciproca ai fini dell'attuazione efficace dei controlli alla frontiera⁵⁴. Inadeguato è stato il coordinamento delle decisioni nazionali rilevanti per Schengen con le misure di emergenza sanitaria nell'ambito della rete di collaborazione stabilita dalla Decisione n. 1082/2013 del 2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero⁵⁵.

Per quanto riguarda le frontiere esterne, il principio di base è che le condotte in materia non devono essere discriminatorie e devono essere proporzionate, "gli Stati membri possono, tuttavia, adottare misure adeguate

⁵⁴ C(2017) 6560 def., raccomandazione della Commissione del 3 ottobre 2017 relativa all'attuazione delle disposizioni del Codice frontiere Schengen sul ripristino temporaneo dei controlli di frontiera alle frontiere interne dello spazio Schengen.

⁵⁵ Decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE; decisione di esecuzione (UE) 2018/945 della Commissione del 22 giugno 2018 relativa alle malattie trasmissibili e ai problemi sanitari speciali connessi da incorporare nella sorveglianza epidemiologica, nonché alle pertinenti definizioni di caso. V. anche COM(2015) 617 final/2, 22 dicembre 2015, Relazione sull'attuazione della decisione n. 1082/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero e che abroga la decisione n. 2119/98/CE.

come richiedere alle persone che entrano nel loro territorio di sottoporsi all'autoisolamento o misure simili al ritorno da una zona colpita da Covid-19 a condizione che impongano gli stessi requisiti applicati per i propri cittadini"⁵⁶. Gli Stati Schengen hanno la facoltà di rifiutare l'ingresso alle frontiere esterne ai "cittadini di paesi terzi non residenti se presentano sintomi compatibili con il virus o se sono stati particolarmente esposti al rischio di infezione e sono da considerarsi un rischio per la salute pubblica". "Una misura nazionale può essere considerata proporzionata a "condizione che sia stata adottata a seguito della consultazione delle autorità sanitarie e che sia stata considerata da loro adeguata e necessaria per conseguire l'obiettivo di sanità pubblica"⁵⁷. Le restrizioni nazionali attribuiscono alle guardie di frontiera e alle autorità di polizia (accompagnate da personale volontario) un ruolo di accertamento sanitario, con un rischio di discriminazione sulla base della provenienza geografica o del focolare di infezione con conseguente rischio di discriminazione. L'incertezza delle nozioni utilizzate e la "scala possibile" delle prove fattuali lasciano un alto grado di discrezionalità alle autorità nel decidere sull'autorizzazione all'ingresso e sul suo carattere essenziale o urgente.

In una successiva comunicazione del 30 marzo 2020, la Commissione ha raccomandato agli Stati membri la creazione di corsie preferenziali (*green lanes*) che consentano la circolazione agevolata delle merci nel territorio dell'Unione⁵⁸. Gli Stati sono tenuti a designare tempestivamente i punti di valico "di tipo preferenziale" delle frontiere interne della *rete transeuropea di trasporto* (TEN-T) per i veicoli di trasporto merci. Nell'attraversamento delle frontiere le procedure andrebbero ridotte al minimo strettamente necessario. I conducenti dei veicoli per il trasporto merci non dovrebbero in alcun caso subire discriminazioni per origine, destinazione, nazionalità o immatricolazione del veicolo. Inoltre, per facilitare la mobilità delle merci, gli Stati membri dovrebbero sospendere tutte le restrizioni di accesso alla rete stradale, come quelle del fine settimana, durante la notte o a carattere settoriale. La condizione prevista è quella al percorso designato e di effettuare le pause minime necessarie. Gli Stati membri dovrebbero garantire

⁵⁶ Linee guida per le misure di gestione delle frontiere per proteggere la salute, cit. IV. Frontiere esterne punto 9.

⁵⁷ *Ivi*, IV. Frontiere esterne, punto 4.

⁵⁸ Comunicazione della Commissione sull'attuazione delle corsie verdi ("*green lanes*") previste dagli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere destinate a tutelare la salute e garantire la disponibilità di beni e servizi essenziali (2020/C 96 I/01).

il funzionamento di almeno un aeroporto per consentire i voli di rimpatrio e di soccorso internazionale⁵⁹.

Secondo la Commissione, regole quali le restrizioni di viaggio e la quarantena obbligatoria per i lavoratori del settore dei trasporti che non presentano sintomi dovrebbero essere sospese, in particolare gli Stati membri non dovrebbero esigere alcun certificato medico.

6. Oltre che per le misure di controllo alle frontiere, anche per le restrizioni alla libertà di circolazione delle persone, gli Stati membri non sembrano aver condiviso l'approccio di massima condivisione derivante dall'obbligo di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE).

Le notifiche effettuate in questo periodo dagli Stati Schengen non forniscono informazioni riguardo alla mobilità dei cittadini nazionali e degli stranieri regolarmente residenti. In corrispondenza delle restrizioni in entrata e in uscita imposte da altri Stati Schengen, è evidente la legittima mobilità di cittadini nazionali, residenti regolari e altri cittadini dell'Unione, nonché delle loro famiglie. Fra le condizioni d'ingresso di un cittadino di Paesi terzi, il CFS fissa quella di non essere considerato una minaccia per l'ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o le relazioni internazionali di uno degli Stati membri (art. 6, par. 1, lettera e), oltre alla condizione di non essere segnalato nel SIS ai fini della non ammissione⁶⁰. Per i beneficiari del diritto alla libera circolazione ai sensi del diritto dell'Unione, è previsto l'obbligo di effettuare una valutazione individuale minima da considerare come limitata alla verifica dei documenti e alla consultazione delle banche-dati pertinenti (art. 8, par. 2).

Le misure restrittive hanno assunto forme e caratteristiche capaci di provocare duplicazioni o asimmetrie nelle richieste delle autorità di frontiera all'atto dell'attraversamento. Si sono spesso determinati percorsi ad ostacoli per le persone costrette a muoversi per motivi di lavoro o per tornare nello Stato di cittadinanza o di residenza. La formulazione delle misure restrittive ha sollevato, all'inizio, il sospetto che non fosse solo finalizzata al contenimento dell'epidemia ma soprattutto a bloccare l'accesso a cure mediche e ospedali da parte di malati dei Paesi vicini, almeno sino a che si sono chiarite le procedure per la mobilità dei pazienti al fine di evitare scompensi nella gestione operativa e finanziaria dei sistemi sanitari

⁵⁹ V. anche, orientamenti della Commissione europea: agevolare le operazioni di trasporto aereo di merci durante l'epidemia di Covid-19 (2020/C 100 I/01), 27 marzo 2020.

⁶⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2019, causa C-380/18, *E.P.*, ECLI:EU:C:2019:107. V. la prima decisione al riguardo, sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, ECLI:EU:C:2004:262, punti. 95-97.

nazionali⁶¹. In linea di massima, i movimenti di merci e di pendolari sono stati comunque garantiti.

Nel diritto dell'Unione, limitazioni del diritto d'ingresso e di soggiorno nel territorio di uno Stato membro possono essere invocate esclusivamente per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, alle cui deroghe gli Stati membri non possono tuttavia fare appello per fini economici (art. 27, par. 1, direttiva n. 2004/38/CE)⁶². Ai sensi dell'art. 29, “[l]e sole malattie che possono giustificare misure restrittive della libertà di circolazione sono quelle con potenziale epidemico, quali definite dai pertinenti strumenti dell'Organizzazione mondiale della Sanità, nonché altre malattie infettive o parassitarie contagiose, sempreché esse siano oggetto di disposizioni di protezione che si applicano ai cittadini dello Stato membro ospitante”. (*ivi*, art. 29). Tuttavia, tali restrizioni devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere soggette a una procedura di riesame in caso di ricorso - anche se le garanzie procedurali non comportano un diritto di essere ammessi a titolo provvisorio per coloro che sono respinti alla frontiera (art. 31).

Non vi è dubbio che i motivi di tutela della sanità pubblica in un'emergenza come quella della pandemia di COVID-19 sono assimilabili ai motivi di sicurezza pubblica che comportano le deroghe previste alla libertà di circolazione e la facoltà di ripristino dei controlli alle frontiere interne. La Corte di giustizia ha costantemente interpretato in modo restrittivo le deroghe alla libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico e sicurezza pubblica, considerate spesso in modo unitario. La loro portata non può però essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Le relative misure possono essere adottate esclusivamente solo dopo una valutazione caso per caso che il comportamento del soggetto in questione rappresenti realmente una minaccia effettiva e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società. Agli Stati membri spetta l'onere di provare in maniera circostanziata gli interessi essenziali coinvolti, dimostrando la necessità della loro tutela ai fini della sicurezza in rapporto alla gravità del pericolo e della minaccia e il grado di coercizione della misura da adottare.

⁶¹ C(2020) 2153 final, 3 Aprile 2020, Orientamenti sull'assistenza di emergenza dell'UE per quanto riguarda la cooperazione transfrontaliera nell'ambito dell'assistenza sanitaria legata alla crisi della Covid-19 (2020/C 111 I/01)

⁶² V. B. NASCIBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *Diritti di cittadinanza e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012; nonché i diversi contributi in P. KOUTRAKOS, N. N. SHUIBHNE, P. SYRPIS (eds.), *Exceptions from EU Free Movement Law: Derogation, Justification and Proportionality*, Oxford-Portland-Oregon, 2016.

La sicurezza pubblica nelle sue dimensioni interna ed esterna presenta un'accezione più ampia rispetto alla sicurezza nazionale, collegata con priorità allo Stato⁶³. La competenza esclusiva degli Stati membri in materia è oggetto di definizione da parte della Corte di giustizia, che ha fissato i criteri interpretativi circoscrivendo la discrezionalità degli Stati membri. I suoi ambiti di applicazione non sfuggono ai vincoli del diritto dell'Unione sulla base dell'intensità del collegamento con le misure nazionali, specie se si tratta di diritti o principi fondamentali⁶⁴. Pertanto, la tutela della sicurezza nazionale risponde non solo a un obiettivo di interesse generale ma contribuisce anche alla tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Un riferimento alla tutela della salute come giustificazione di una limitazione alla libera circolazione è contenuto anche nell'art. 2, prot. 4 CEDU⁶⁵. Le ragioni di salvaguardia della salute sono contemplate anche nella disposizione di cui all'art. 5, par. 1, lett. e), CEDU, che contempla l'ipotesi della "detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa". L'ipotesi della quarantena (e delle misure analoghe) rientra nel "diritto a presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della detenzione" (*ivi*, par. 4).

In assenza di giurisprudenza in materia di deroghe all'ingresso per motivi di salute è difficile stabilire se sia giustificabile un diverso trattamento fra cittadini dell'Unione (e i loro familiari) e i cittadini dei Paesi terzi con visto o esonerati dall'obbligo di visto. Per quanto riguarda l'ordine pubblico, la Corte di giustizia ha stabilito che una diversa valutazione può essere legittima. Nella recente sentenza *EP* ha stabilito la legittimità del rimpatrio per un cittadino di uno Stato terzo, esente dall'obbligo di visto, anche se il suo comportamento non rappresenta "una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società affinché tale persona possa essere considerata una minaccia per l'ordine pubblico", come richiesto invece della direttiva 2004/38 (art. 27, par. 2).

7. Nella Comunicazione sulla restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'Unione e nelle successive linee guida⁶⁶, la Commissione

⁶³ F. FERRARO, *Brevi note sulla competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale*, in AA. VV., *Annali AISDUE*, vol I, Bari, 2020, p. 117 ss.

⁶⁴ M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, p. 224 ss.

⁶⁵ Art. 2, par. 3: "L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla (...) protezione della salute (...) o alla protezione dei diritti e libertà altrui".

⁶⁶ Comunicazione della Commissione, C(2020)115, COVID-19: restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, 16 marzo 2020; COVID-19, Linee guida concernenti l'attuazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE, la facilitazione

fornisce orientamenti su vari aspetti: l'introduzione di una restrizione temporanea dei viaggi applicabile a tutti gli spostamenti non essenziali da Paesi terzi verso l'Unione; la facilitazione delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE e dei loro familiari bloccati in Paesi terzi; il servizio dei consolati per il trattamento delle domande di visto; e il trattamento dei soggiorni fuori-termine causati da restrizioni dei viaggi, anche per i cittadini di Paesi terzi esenti dall'obbligo del visto.

La frontiera esterna dell'UE dovrebbe fungere da perimetro di sicurezza: gli Stati Schengen possono rifiutare l'ingresso alle frontiere esterne ai "cittadini di Paesi terzi non residenti se presentano sintomi compatibili con il virus o se sono stati particolarmente esposti al rischio di infezione e sono da considerarsi un rischio per la salute pubblica". Il divieto temporaneo in entrata nell'area Schengen per i cittadini di Paesi terzi non riguarda i cittadini degli Stati membri e i loro familiari, nonché i cittadini di Paesi terzi in possesso di visto di soggiorno di lungo termine. Le eccezioni al divieto riguardano anche alcune categorie: operatori sanitari, ricercatori e professionisti dell'assistenza agli anziani; lavoratori frontalieri; personale addetto al trasporto merci; diplomatici, militari e operatori umanitari; passeggeri in transito e che viaggiano per motivi familiari; persone bisognose di protezione internazionale o umanitaria. Inoltre, la Commissione chiede agli Stati Schengen di agevolare l'attraversamento delle frontiere dei lavoratori che svolgono lavori essenziali, in particolare nei settori dell'assistenza sanitaria e alimentare, o che siano prestatori di altri servizi essenziali (ad esempio gli operatori sanitari, gli addetti all'assistenza delle persone, i produttori di alimenti e i lavoratori stagionali).

La Commissione europea e il Servizio europeo per l'azione esterna hanno contribuito a rimpatriare i cittadini dell'Unione bloccati all'estero. Secondo il diritto dell'Unione, i cittadini nazionali hanno avuto il diritto di chiedere aiuto all'ambasciata o al consolato di altri Stati-membri quando le autorità nazionali di cittadinanza non siano stati in grado di assisterli.

La Corte di giustizia ha sempre confermato che la libera circolazione dei lavoratori è un principio fondamentale e ha richiesto che le deroghe siano interpretate in modo restrittivo. Gli Stati membri dovrebbero quindi consentire ai lavoratori frontalieri e ad altre persone economicamente attive di entrare nel Paese per lavorare alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali. Naturalmente, possono essere effettuati controlli sanitari

delle modalità di transito per il rimpatrio dei cittadini dell'UE, gli effetti sulla politica in materia di visti (2020/C 102 I/02), 30 marzo 2020; COM(2020) 148 finale, 8.4.2020, Valutazione dell'applicazione della restrizione temporanea dei viaggi non essenziali verso l'UE.

individuali, ma per chiudere ermeticamente la frontiera ai lavoratori frontalieri si dovrebbe modificare profondamente il mercato unico. L'ingresso e il transito devono essere consentiti e facilitati ai lavoratori frontalieri (in particolare a coloro che garantiscano servizi essenziali, quali: lavoratori e ricercatori del settore sanitario; personale addetto al trasporto di merci; personale diplomatico, militare e di aiuto umanitario, inclusi i membri di organizzazioni internazionali). La priorità per i lavoratori transfrontalieri e per determinate professioni ha però messo in secondo piano le esigenze di unità familiare.

8. Una specifica trattazione merita la situazione giuridica dei cittadini degli Stati terzi e, in particolare, di quelli bisognosi di protezione internazionale⁶⁷.

Nelle linee guida del 16 marzo 2020, la Commissione si è espressa sulla situazione dei soggiorni fuori-termine (*overstayer*) causati dalle restrizioni di viaggio introdotte per la pandemia. La raccomandazione agli Stati membri riguarda l'estensione della durata del soggiorno dei titolari di visto che si trovano nello spazio Schengen e che non possono partire entro la data di scadenza del visto (sino a un massimo di tre/sei mesi). Se i titolari di visto dovessero essere costretti a soggiornare al di là di tale proroga, le autorità nazionali dovrebbero rilasciare un visto nazionale per soggiorno di lunga durata o un permesso di soggiorno temporaneo. In ogni caso, si raccomanda agli Stati membri di non applicare sanzioni o penalità amministrative ai cittadini di Paesi terzi che si trovino in tale condizione. Successivamente, nel trattamento delle domande di visto non si dovrebbe valutare come un elemento negativo l'attuale situazione non imputabile al cittadino dello Stato terzo ma ad un caso di forza maggiore.

Nei confronti del pacchetto-asilo, del rimpatrio e del reinsediamento, le linee-guida della Commissione del 16 aprile 2020 valutano l'impatto dell'emergenza sanitaria⁶⁸. L'accesso al territorio è parte integrante del diritto all'asilo, per cui gli Stati devono evitare di sottoporre i richiedenti a condizioni non necessarie. Vale la pena di ricordare che il "rifiuto alla frontiera" di un potenziale richiedente-asilo rappresenta una violazione del diritto dell'Unione perché deve essere consentito al richiedente di completare la procedura per il riconoscimento della protezione

⁶⁷ Sulle misure nazionali relative all'asilo e alla migrazione introdotte per la crisi sanitaria in Europa, v. ECRE, Information Sheet, 23 aprile 2020: Covid-19 measures related to asylum and migration across Europe, disponibile *online*.

⁶⁸ Comunicazione Covid-19: Linee guida sull'attuazione delle disposizioni dell'UE nel settore delle procedure di asilo e di rimpatrio e sul reinsediamento (2020/C 126/02).

internazionale. Le misure restrittive degli Stati membri per ragioni sanitarie possono determinare violazioni del principio di *non-refoulement* (articoli 78, par. 1, TFUE e 18 e 19 della Carta). Ai sensi degli articoli 3 e 4 CFS, le autorità di controllo delle frontiere devono rispettare i diritti dei rifugiati e gli obblighi di protezione internazionale. In generale, le misure nazionali per limitare l'interazione interpersonale, specie con le autorità pubbliche e giudiziarie possono avere un forte impatto; pertanto, devono essere "ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie"⁶⁹.

La Commissione raccomanda flessibilità nell'applicazione delle direttive procedura e accoglienza. Sulla base della direttiva 2013/32/UE, l'accesso alle procedure deve essere garantito, insieme alla registrazione e al trattamento delle domande. Gli Stati membri dovrebbe sfruttare la flessibilità consentita dalla normativa dell'Unione, specie per i quanto riguarda i termini e la durata. Per la proroga dei termini, l'attuale situazione di blocco di alcune attività amministrative è paragonabile alla fattispecie (prevista nel testo della direttiva) della presentazione simultanea di un numero elevato di domande⁷⁰. Secondo la Commissione, ove vi siano indizi che il richiedente possa aver contratto la malattia, si potrebbe omettere il colloquio personale che non pregiudica la decisione dell'autorità accertante⁷¹, nonché effettuare l'esame preliminare dell'ammissibilità di una domanda reiterata basandosi unicamente sulle osservazioni scritte⁷². In tali casi, si dovrebbe consentire al richiedente di fornire ulteriori informazioni. Per quanto riguarda la direttiva 2013/33/UE, gli Stati membri possono stabilire, in casi giustificati come quello della crisi in corso, modalità diverse di accoglienza rispetto a quelle normali⁷³, purché siano garantite le esigenze essenziali, compresa l'assistenza sanitaria. L'eventuale ritardo nella registrazione della domanda non dovrebbe comportare, in nessun caso, una mancata applicazione delle condizioni di accoglienza.

Le questioni più complesse sono quelle che riguardano i rapporti bilaterali fra gli Stati destinatari dei movimenti secondari e quelli competenti (in massima parte perché di primo ingresso dei richiedenti asilo) nell'attuazione del regolamento Dublino III. La Commissione ritiene non sia

⁶⁹ Nelle linee-guida si legge: "Per prevenire e contenere la diffusione della Covid-19, le misure di salute pubblica quali lo screening medico, il distanziamento interpersonale, la quarantena e l'isolamento dovrebbero essere applicate, ove necessario, ai cittadini di paesi terzi, compresi i richiedenti protezione internazionale, le persone reinsediate e i cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nell'Unione è irregolare, purché tali misure siano ragionevoli, proporzionate e non discriminatorie".

⁷⁰ Art. 31, par. 3, lett. b) direttiva 2013/32/UE.

⁷¹ Art. 14, par. 2, lett. b) direttiva 2013/32/UE.

⁷² Art. 42, par. 2, lett. b) direttiva 2013/32/UE.

⁷³ Art.18 direttiva 2013/33/UE.

possibile derogare, anche nella attuale situazione sanitaria, al principio dell'inversione della competenza fra lo Stato richiedente la ripresa in carico e lo Stato competente (art. 29, par. 2). Per questo motivo, le Autorità tedesche hanno sospeso le richieste di trasferimento, temendo la situazione di blocco delle attività amministrative. Con una metafora, si potrebbe dire ... cercare di evitare di perdere al gioco del cerino, se non si trattasse di migliaia di persone e delle loro famiglie⁷⁴. La Commissione ritiene però che la decisione di sospendere per il periodo della crisi sanitaria ogni richiesta di trasferimento rappresenti una violazione del diritto dell'Unione, in quanto impedisce i ricongiungimenti familiari che, invece, dovrebbero continuare pur se con forme adeguate di precauzione. Alle Autorità tedesche non piace invece l'ipotesi alternativa secondo cui, dopo la ripresa a pieno titolo del sistema Dublino, si ricominci a far decorrere i termini ai fini del periodo di tempo che determina l'inversione della competenza a decidere sulla domanda di asilo. Non solo richiederebbe un accordo, caso per caso, fra gli Stati membri interessati ma soprattutto sarebbe comunque sottoposto al consenso della persona coinvolta nel trasferimento (art. 17, par. 2).

Un altro punto interessante della Comunicazione riguarda la resilienza dei criteri di competenza del regolamento Dublino IV in questa fase. Uno Stato membro può, prima che sia adottata una decisione sul merito, chiedere a un altro Stato membro di prendere in carico il richiedente al fine di procedere al ricongiungimento di persone per ragioni umanitarie fondate, in particolare, su motivi familiari o culturali, pur se il secondo Stato membro non è in linea di principio competente all'esame della domanda (art. 17, par. 2). Secondo la Commissione, tale norma dovrebbe applicarsi anche nei casi in cui i criteri relativi al ricongiungimento familiare siano applicabili ma l'impossibilità di effettuare il trasferimento sia dovuta alla scadenza dei termini per il blocco dovuto alla crisi sanitaria.

Per quanto riguarda la sospensione delle operazioni di rimpatrio, la crisi sanitaria ha lasciato in situazione irregolare un numero significativo di migranti, alcuni dei quali in strutture chiuse di detenzione/trattenimento in attesa di allontanamento. La Commissione ricorda che, secondo la direttiva-rimpatri 2008/115/CE, i cittadini di Paesi terzi devono avere accesso alle

⁷⁴ Durante la crisi sanitaria, per effetto della sospensione dei termini, i profughi presenti in territorio tedesco non rischiano di essere espulsi sino alla scadenza (sei o diciotto mesi) allorché avranno titolo per fare domanda di asilo in Germania. Tuttavia, il Ministero degli interni ha deciso di applicare agli accordi di attuazione del regolamento di Dublino una norma sui contratti edilizi (o ad altre simili fattispecie) secondo cui una scadenza può essere congelata quando ci siano dei processi in corso. Nella lettera che molti profughi hanno ricevuto si avverte che tale periodo è congelato, v. L. TORNABUONI, *Berlino, il cavillo per respingere i profughi verso l'Italia*, in *Repubblica online*, 26 aprile 2020

prestazioni sanitarie di urgenza e al trattamento essenziale delle malattie⁷⁵. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per i “rimpatriandi”. Secondo la Commissione, le restrizioni introdotte dagli Stati membri e dai Paesi terzi di origine per prevenire e contenere il contagio non comportano l’esclusione di ogni prospettiva di allontanamento; diversi dovrebbero essere invece gli elementi da considerare per una tale conclusione (art. 15, par. 4). Nel caso in cui il rimpatrio non sia più realizzabile, la detenzione/trattenimento cessa di essere giustificabile con conseguente immediato rilascio.

La variegata prassi degli Stati membri presenta limitazioni e, persino, rifiuti alla frontiera⁷⁶. Ad es., la Grecia giustifica sulla base all’emergenza sanitaria la sospensione dell’accettazione delle domande di asilo dei flussi provenienti dalla Siria e convogliati dai militari turchi. Non v’è dubbio che al confine greco-turco è stato messo in discussione il regime europeo della protezione internazionale, il cui cardine è costituito dal principio inderogabile di *non refoulement*. L’Alto Commissario esorta gli Stati membri a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità enunciati negli orientamenti, della Commissione in linea con il diritto primario e derivato dell’Unione⁷⁷.

Infine, la pandemia ha innescato un aumento di atti razzisti e xenofobi nei confronti di persone di origine cinese o asiatica, ivi compresi inclusi insulti, molestie, discriminazioni nell’accesso alle merci e servizi, ai servizi sanitari e all’istruzione, incitamento all’odio *online*. Occorre ricordare che gli atti di discriminazione motivati dai pregiudizi contrastano l’art. 21 della Carta dei diritti e devono essere oggetto di sanzioni nel campo di applicazione dalla decisione quadro del Consiglio 2008/913 /GAI sulla lotta contro alcune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia⁷⁸.

⁷⁵ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini.

⁷⁶ Information Sheet 23 april 2020: Covid-19 measures related to asylum and migration across Europe, disponibile *online*, Emergenza Covid-19.

⁷⁷ Secondo l’UNHCR, le persone bisognose di protezione internazionale devono essere esentate dalle restrizioni alle frontiere, anche se possono essere utilizzate misure alternative, come l’isolamento e la quarantena, v. UNHCR, Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response, 16 March 2020; UNHCR Legal Considerations with regard to the EU Commission’s Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services, 18 March 2020.

⁷⁸ Il divieto di discriminazione è sancito dall’articolo 14 della CEDU, che garantisce la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella Convenzione. Il protocollo n. 12 (2000) alla CEDU, ratificato solo da pochi Stati membri (Cipro, Finlandia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna), amplia la portata del divieto di discriminazione garantendo la parità di trattamento nel godimento di ogni diritto (compresi i

9. Nel passaggio alla “fase due” della crisi sanitaria, in cui si prevede l’allentamento delle misure restrittive degli Stati membri, l’Unione dovrà di certo svolgere un ruolo di forza centripeta dell’impegno degli individui, delle imprese e degli Stati membri per la ripresa economico-sociale. Un ruolo certamente diverso da quello sinora esercitato sotto l’impulso dell’urgenza delle decisioni da prendere a tutti i livelli. Il coordinamento a livello europeo delle decisioni degli Stati membri sarà determinante per l’individuazione di un percorso comune sostenibile in considerazione delle specifiche situazioni epidemiologiche, dell’organizzazione territoriale delle autorità pubbliche, della resilienza dei servizi sanitari, della diversità di concentrazione della popolazione e delle dinamiche della ripresa produttiva.

Secondo la Commissione europea “[o]ccorre un approccio graduale all’apertura delle frontiere interne ed esterne per arrivare in seguito a ripristinare il normale funzionamento dello spazio Schengen. I controlli alle frontiere interne dovrebbero essere revocati in modo coordinato”⁷⁹. Per la progressiva riapertura delle frontiere si dovrà dare precedenza ai lavoratori transfrontalieri e stagionali, evitando ogni discriminazione nei confronti dei lavoratori mobili dell’Unione⁸⁰. Gli Stati membri confinanti dovrebbero mantenersi in stretto contatto per facilitare tale processo in stretto coordinamento con la Commissione.

Una postilla a questo articolo merita l’istituzione del sistema informatico ETIAS (Sistema Europeo di Informazione e Autorizzazione ai Viaggi)⁸¹. Fra un paio d’anni, tale sistema stabilirà se il viaggio di un cittadino di uno Stato terzo esente da visto (da circa 60 Stati) rappresenti un rischio per la sicurezza, di immigrazione illegale o un alto rischio epidemico. Il possesso di un’autorizzazione sarà una condizione per l’ingresso nel territorio degli Stati membri. Il mero possesso di un’autorizzazione ai viaggi non conferisce

diritti previsti dalla legislazione nazionale), v. Chart of signatures and ratifications of Treaty 177, Protocol No. 12, al 12 aprile 2020.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione, Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della COVID-19 (2020/C 126/01)

⁸⁰ La Commissione ha emesso orientamenti relativi all’esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di Covid-19 (C(2020) 2051 final).

⁸¹ Regolamento (UE) 2018/1240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, che istituisce un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS) e che modifica i regolamenti (UE) n. 1077/2011, (UE) n. 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 e (UE) 2017/2226; Regolamento (UE) 2018/1241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 settembre 2018, recante modifica del regolamento (UE) 2016/794 ai fini dell’istituzione di un sistema europeo di informazione e autorizzazione ai viaggi (ETIAS).

un diritto automatico d'ingresso⁸². Per viaggiare verso gli Stati Schengen, la richiesta dovrà comprendere, quali requisiti di ammissibilità: dati epidemiologici, informazioni relative al tempo speso in zone di guerre, eventuali espulsioni e precedenti penali. Il sistema sarà connesso alle altre banche-dati in base al principio di interoperabilità.

⁸² Per un quadro dei principi e del funzionamento, v. G. CAGGIANO, *L'interoperabilità fra le banche-dati dell'Unione sui cittadini degli Stati terzi*, in *Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 565 ss.

ABSTRACT

*COVID-19. EU competences, free movement and human rights
Temporary reintroduction of borders, restrictive measures of mobility and
international protection*

The article focuses on: the limited competence of the Union in the field of public health and the lack of legislative changes in the area of freedom, security and justice; the derogation of the ECHR and the “margin of appreciation” of fundamental rights; the impact of the European Commission’s soft-law documents, as guide-lines of State’s conduct, interpreting the applicable rules; as well as the compatibility of national measures with Union law.

*COVID-19. Competenze dell'Unione, libera circolazione e diritti umani
in materia di controlli alle frontiere, misure restrittive della mobilità e
protezione internazionale*

L’oggetto di questo contributo riguarda la limitata competenza dell’Unione in materia di salute pubblica e il mancato ricorso a modifiche legislative nell’ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; la “compressione” dei diritti delle persone nello Stato di eccezione o di deroga CEDU; l’impatto dei documenti di *soft law* della Commissione europea, finalizzati all’orientamento della prassi e all’interpretazione delle norme applicabili; nonché la compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell’Unione.