

**queste istituzioni**

---

**Oriente ed Europa di fronte  
al Covid-19: stato d'eccezione e  
sorveglianza digitale**

**Gennaro Mastrangelo**

**Numero 1/2022**

**31 marzo 2022**

---



# Oriente ed Europa di fronte al Covid-19: stato d'eccezione e sorveglianza digitale

di Gennaro Mastrangelo\*

## Sintesi

L'articolo indaga la risposta giuridica alla pandemia sotto la lente delle differenze tra est e ovest del mondo dal punto di vista della dottrina sullo stato d'eccezione. La prospettiva è di riflessione sulle possibili conseguenze sistematiche nel rapporto tra Stato e cittadini nel godimento dei diritti umani, nei rapporti civili e nel ruolo della magistratura.

## Abstract

Which are the differences between East and West in terms of legal reaction to pandemic? The article shows that there are many differences between the far-eastern and the western way of thinking to law, human rights, and perspectives about the future of the relationship between State and citizens.

## Parole chiave

Covid19 e diritto; sovranità; stato d'eccezione; oriente e occidente.

*«Voi non avete quella malattia, ma potreste averla; l'avete, ma potreste esserne esente: chi è tornato dalla battaglia poteva morire sul campo: non sono morti tutti, ma tutti erano là per morire. E quindi non c'è ingiustizia: la legge giusta non è quella che ha il suo effetto su tutti, ma quella che è fatta per tutti: l'effetto su Tizio o su Caio non è che un accidente» (De Maistre, *Le serate di Pietroburgo*, ed. Paoline, Milano, 1960, p. 27)*

L'irrompere, veloce ed imprevisto, dell'epidemia da coronavirus nell'Europa ci ha costretti a riorganizzare ogni aspetto della vita, anche quelli solitamente assistiti da regole procedurali e cadenze temporali scandite con precisione come accade per l'attività giudiziaria. Si è però

---

\* Magistrato ordinario.

avviato anche un dibattito, più che altro filosofico, sulle diverse modalità di gestione dell'emergenza negli Stati asiatici ed europei – almeno all'inizio dell'emergenza – e sulle categorie politiche e giuridiche che stanno alla base delle diverse scelte di gestione di queste sfide.

Vorrei qui fare alcune brevi riflessioni su questi problemi e sull'occasione che essi danno specialmente agli operatori del diritto; un'occasione che mi pare di consapevolezza su problemi vecchi ma che riemergono in continuazione.

È stato il filosofo sudcoreano Byung-Chul Han, da tempo professore universitario in Germania, a mettere a paragone la “reazione europea” al virus con quella “asiatica”. Il collegamento con questo Paese europeo non è casuale, né per queste poche righe né per la riflessione del filosofo asiatico. Quella Nazione ha dato i natali a Carl Schmitt ed il maggior contributo teorico ai rapporti tra il singolo e la comunità – con termini specifici quali *Notstand*, stato di necessità o *Ausnahmezustand*, stato d'eccezione –; sia l'emergenza sanitaria che il pensiero di Byung-Chul fanno i conti col *tempo* e la *modernità*: un altro illustre filosofo tedesco, Heidegger, ha scritto che «il calcolo del tempo è cominciato nel momento in cui l'uomo pervenne improvvisamente all'inquietudine di non avere più tempo. Questo è l'inizio dell'epoca moderna»<sup>1</sup>.

Byung-Chul, da tempo studioso delle società occidentali<sup>2</sup>, in un articolo apparso il 7 aprile 2020 su “Avvenire”<sup>3</sup>, confronta la chiusura delle frontiere adottata da diversi Paesi europei, tra i quali l'Italia, con le potenti limitazioni alla libertà di movimento, unitamente ad una capillare “sorveglianza digitale”, scelti dalla Cina e da altri Stati asiatici. La strada sulla quale si sono avviati gli Stati europei, e l'Unione Europea, sarebbe una «*espressione disperata di sovranità*». La chiusura dei limiti esterni della comunità e del suo territorio rappresenterebbero una manifestazione dello stato di eccezione: «*Sovrano è chi chiude le frontiere*» secondo Byung-Chul, per Carl Schmitt sovrano è «*colui che decide sullo stato di eccezione*».

La teoria dello stato d'eccezione è propria della riflessione culturale tedesca, che ha un termine proprio, *Ausnahmezustand*, per designare il fenomeno, mentre altri ordinamenti di *civil law*, quali l'italiano ed il francese, utilizzano le espressioni “decreto di urgenza” e “stato di assedio”; nella dottrina anglosassone si usano i termini *martial law* e *emergency powers*. Al di fuori dell'ambito tedesco, dunque, già le espressioni linguistiche risentono di una minore precisione che, probabilmente, deriva da una meno progredita riflessione teorica sul tema.

---

<sup>1</sup> M. HEIDEGGER, *Che cosa significa pensare?*, Milano, Sugarco Edizioni, 1996, p. 93.

<sup>2</sup> Tra i molti libri dell'Autore tradotti in italiano, il più significativo mi pare *La società della stanchezza*, Granasso–Nottetempo, 2012.

<sup>3</sup> <https://www.avvenire.it/agora/pagine/byung-chul-han-filosofo-coronavirus-cina-corea-stato-di-polizia>

Carl Schmitt, in due sue opere fondamentali<sup>4</sup>, inquadra il problema dello stato di eccezione nel discorso giuridico, con particolare riferimento alla sovranità, affermando, come visto, che sovrano è «colui che decide sullo stato di eccezione».

Il problema della sua riflessione sta in quella che sembra una contraddizione insolubile dal momento che, se lo stato di eccezione è una sospensione dell'intero ordine giuridico, esso si sottrae, dunque, al diritto. Ne *“La dittatura”*, egli, a proposito della c.d. dittatura commissaria, osserva come essa sospenda la costituzione per difenderla, sfalsando i piani dell'applicazione concreta della legge e del suo vigore formale<sup>5</sup>. Nella *“Teologia politica”* utilizza la distinzione tra norma e decisione, elementi che nella fisiologia coesistono, con un vantaggio, potremmo dire quantitativo, a favore della prima, ma che nello stato d'eccezione entrano in tensione, a favore della seconda. «Nella decisione sullo stato di eccezione la norma è quasi del tutto annullata, a vantaggio della decisione, si realizza cioè uno stato di anomia che serve però, paradossalmente, a rendere possibile una normazione effettiva del reale. Si verifica insomma una situazione fattuale in cui la norma resta vigente, ma la sua attuazione è sospesa, e quindi l'elemento della norma non ha più alcun legame con la realtà concreta, semplicemente perché non si applica, è cioè privata della sua forza, e al suo posto sono prodotti dal potere sovrano altri atti (decreti e regolamenti emanati dall'esecutivo), che non hanno valore di legge, ma che tuttavia hanno la forza della legge, e si impongono con la stessa intensità ed efficacia di questa»<sup>6</sup>.

Questo peculiare rapporto tra norma – o meglio tra la forma principe di sua produzione – e decisione è noto all'ordinamento italiano, ad esempio nel caso dei decreti legge coi quali, paradigmaticamente, un atto, formalmente differente dalla legge per il modo di formazione, ciononostante obbliga immediatamente i cittadini. La conversione in legge recupera la centralità politica del Parlamento, mantenendo aperte tutte le ipotesi circa il contenuto dell'atto governativo. Nell'emergenza Covid si è assistito ad un fenomeno singolare: il reiterato esercizio di potestà normative regionali, spesso in contrasto con le decisioni assunte a livello centrale, con un palpabile disorientamento dei cittadini, e, secondo alcuni, con il travalicamento delle competenze delle autonomie locali<sup>7</sup>.

Dopo la riflessione di Carl Schmitt, che è dei primi anni '20, la Storia ci consegna le dittature ed il periodo più triste per la democrazia. Tra il 1934 e la fine della Seconda guerra

---

<sup>4</sup> *La dittatura* del 1921 e *Teologia politica* del 1922.

<sup>5</sup> Il ragionamento di Schmitt sulla c.d. dittatura sovrana qui non interessa.

<sup>6</sup> R. SIMONCINI, *Un concetto di diritto pubblico: lo “stato di eccezione” secondo Giorgio Agamben*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 8/2008, p. 201.

<sup>7</sup> Tra i molti contributi G. L. GATTA, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in *Sistema Penale*, reperibile on line <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/diritti-fondamentali-coronavirus-necessaria-una-legge-sulla-quarantena-gian-luigi-gatta>; C. RUGA RIVA, *Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico*, in *Sistema Penale*, reperibile on line <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/ordinanze-mascherine-regioni-vs-governo>.

mondiale lo stato d'eccezione sembra esercitare un grande fascino sui giuristi<sup>8</sup>, sino alle teorie di C. L. Rossiter che, nel suo libro sulla dittatura costituzionale<sup>9</sup>, stacca la legalità formale dai suoi strumenti attuativi, subordinando, teoricamente, la norma alla decisione. Egli teorizza la necessità di un governo più forte, con minori diritti per i cittadini, come soluzione necessaria a neutralizzare i pericoli, osservando come questo paradigma sia adatto non solo al tempo di guerra, potendo diventare un'inevitabile conseguenza delle sfide della modernità.

Anche il tempo successivo alla guerra fredda, con le sue rinnovate sfide geopolitiche – in primis gli attentati terroristici – ripropone il problema, a dimostrazione della sua attualità: non si tratta di una questione libresco ma concreta. «Le democrazie liberali sembrano rispondere alle emergenze ed alle pressioni [...] irrigidendo la propria struttura politica attraverso un duplice sviluppo: riducono gli spazi di esercizio dello stato di diritto attraverso procedimenti legislativi speciali e non ordinari, favoriscono il momento esecutivo a fronte degli istituti legislativi rappresentativi e degli ambiti della partecipazione politica»<sup>10</sup>.

Giorgio Agamben, in una lettura personale e stimolante dello stato d'eccezione<sup>11</sup>, partendo dal *senatus consultum ultimum*, nota come «la creazione volontaria di uno stato di eccezione permanente [...] è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici» per cui esso si presenta come «una soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo». Per l'autore, contrariamente a Schmitt, non è possibile tenere insieme norme di diritto e norme di attuazione: «la forza-di-legge separata dalla legge. L'imperium fluttuante, la vigenza senza applicazione e, più in generale, l'idea di una sorta di 'grado zero' della legge<sup>12</sup>, sono altrettante finzioni attraverso le quali il diritto tenta di includere in sé la propria assenza e di appropriarsi dello stato di eccezione o, quanto meno, di assicurarsi una relazione con esso»<sup>13</sup>.

L'utilizzo del paradigma dello stato di eccezione, se è indubbiamente consono alla storia europea, secondo Byung-Chul si rivela meno efficace, da un punto di vista pratico, e forse antiquato, se riguardato da un punto di vista giuridico: «*Di quali vantaggi sistemici dispone l'Asia rispetto all'Europa, tali da fare la differenza nella lotta all'epidemia? Contro il virus, i paesi asiatici fanno massiccio ricorso alla sorveglianza digitale [...] Si potrebbe dire che in Asia le epidemie non vengono combattute solo da virologi o epidemiologi, ma anche e soprattutto da*

---

<sup>8</sup> Per una chiara e sintetica esposizione v. SIMONCINI, cit. p. 202 e 203.

<sup>9</sup> C.L. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Harcourt Brace, New York 1948.

<sup>10</sup> A. ARIENZO, *Il governo delle emergenze e la conservazione politica: ragion di Stato democratica e security governance internazionale*, reperibile on line [http://www.fedoa.unina.it/1211/1/articolo\\_ecezione.pdf](http://www.fedoa.unina.it/1211/1/articolo_ecezione.pdf).

<sup>11</sup> G. AGAMBEN, *Stato di Eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, in particolare p. 11 e ss dalle quali sono tratte le citazioni.

<sup>12</sup> Qui il riferimento è alle teorie di Santi Romano che concepiva nella necessità una fonte del potere, scaturigine dell'istituto giuridico per eccellenza, vale a dire lo Stato.

<sup>13</sup> G. AGAMBEN, cit., p. 66.

*informatici e specialisti di Big Data. Un cambio di paradigma che l'Europa non ha ancora preso in considerazione».*

La Storia, ed i suoi precipitati culturali, anche in ambito giuridico, pone i Paesi asiatici in una posizione molto peculiare rispetto alla tutela della riservatezza; mancando in quelle culture un forte individualismo, la coscienza critica nei confronti della sorveglianza digitale è molto bassa. Se si prede quale esempio il Confucianesimo, spiccano valori quali la lealtà verso l'autorità – familiare, statale, nella comunità lavorativa –, una marcata propensione al sacrificio della libertà personale per il bene della stabilità e del benessere sociale<sup>14</sup>. Confucio sostenne che “*quel che occorre è che non vi siano processi!*” e «il risultato fu il fiorire di numerose massime del tipo “*vinci una causa perdi un amico*”, “*miglior essere pestato a morte che addivenire ad una causa*”»<sup>15</sup>. In Cina i cittadini considerano «con molta freddezza la nostra idea del diritto [...] l'uomo non deve proclamare i suoi diritti, in quanto il dovere di ciascuno è di prestarsi alla conciliazione e di farsi da parte, se necessario, nell'interesse di tutti»<sup>16</sup>. Venendo più da vicino ai nostri giorni, all'epoca della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo molti Paesi, in particolare per voce dei primi ministri di Singapore e della Malesia – e talvolta per giustificare la permanenza di regimi autoritari –, avanzarono critiche verso quel documento, per mezzo della teoria degli “*Shared Values*” asiatici<sup>17</sup>, ritenuti in contrasto con quelli, eccessivamente legalistici, occidentali.

Con particolare riguardo alla strategia di Pechino, «a Wuhan sono state formate migliaia di squadre di investigazione digitale»<sup>18</sup> e, come riportato dai media di tutto il mondo, proprio il controllo, mediante le *app*, dei movimenti e delle abitudini dei cittadini sembra sia stata la carta vincente cinese e sudcoreana. Lo strumento utilizzato dalla Cina, in realtà, non è che lo sviluppo del *Chinese Social Credit System* (SCS), concepito per standardizzare la valutazione sulla reputazione sociale ed economica sia di persone che di imprese, mediante l'elaborazione di *big-data* di milioni di cittadini. Nato con lo scopo di implementare comportamenti osservanti delle leggi, prevede anche una *Black List* nella quale inserire le persone fisiche e giuridiche che hanno una cattiva condotta, con restrizioni delle provvidenze economiche per le imprese<sup>19</sup> e divieto di

---

<sup>14</sup> Mark R. THOMPSON, *Pacific Asia after 'Asian values': authoritarianism, democracy, and 'good governance'*, in *Third World Quarterly*, Volume 25, 2004 - Issue 6.

<sup>15</sup> Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. Fourth Edition*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2010; trad. It. *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 2011, p.510.

<sup>16</sup> R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, IV e. it., Padova, CEDAM, 1994, p. 452.

<sup>17</sup> Liu QINGXUE, *Understanding Different Cultural Patterns or Orientations Between East and West*, 2003; v. in [https://www.researchgate.net/publication/228764307\\_Understanding\\_Different\\_Cultural\\_Patterns\\_or\\_Orientations\\_Between\\_East\\_and\\_West](https://www.researchgate.net/publication/228764307_Understanding_Different_Cultural_Patterns_or_Orientations_Between_East_and_West).

<sup>18</sup> Sempre Byung-Chul Han nell'articolo su “*Avvenire*”.

<sup>19</sup> <https://www.china-briefing.com/news/social-credit-system-chiave-di-valutazione-delle-imprese/>.

espatrio per le persone fisiche<sup>20</sup>. Questi Paesi, dunque, avrebbero dimostrato una nuova forma di sovranità, con una cifra moderna; potremmo dire che «*Sovrano è chi dispone dei dati*».

Sovranità, stato di eccezione, sorveglianza digitale, sono concetti che si situano sulla soglia tra la politica ed il diritto, ma proprio per questo, in un momento come quello che stiamo vivendo, sembra che non possano sfuggire alla riflessione di noi tutti.

Ritornando al paragone di Byung-Chul tra le scelte asiatiche e quelle europee, potremmo fare alcune considerazioni, qui proposte come stimolo e senza alcuna pretesa di originalità o, tantomeno, di soluzione ai problemi.

Da un punto di vista pratico entrambe hanno a che fare con strumenti eccezionali, in quanto sia la chiusura delle frontiere che una spinta limitazione della *privacy* costituiscono potenti e considerevoli contenimenti a quelle che appaiono, in una situazione ordinaria, espressioni di diritti fondamentali. Da un punto di vista filosofico, entrambe costituiscono manifestazione della sovranità, inteso il sovrano alla maniera di Schmitt, come «colui che decide sullo stato di eccezione».

Un'osservazione ulteriore, anche per introdurre il resto del ragionamento: la maggiore sensibilità al problema, dimostrata dalla ricchezza della analisi europea e dal dibattito culturale generale che anima non solo l'Italia in questi giorni, è un diretto precipitato della cultura europea. Quanto questa cultura sarà in grado di accettare e mettere in pratica le limitazioni che, pur in via ordinaria, si sono fatte realtà? Mi riferisco anche a cose meno stringenti della sorveglianza digitale: distanziamento, uso dei dispositivi di protezione, zone rosse, limitazioni alla libertà di movimento, obblighi vaccinali, *green-pass*. Quanto della cultura del “bene comune”, che pure ha una lunga tradizione nel cristianesimo, è rimasto nella cultura occidentale, anche giuridica? La valutazione di Byung-Chul sulla efficacia dei metodi scelti dai Paesi asiatici, che pure non ne è una apologia, deve confrontarsi con la maggiore eterogeneità delle culture occidentali, dove la *pluralità* delle *situazioni soggettive* genera *più comandi* e da ciò, inevitabilmente, una *minore efficacia dell'azione pubblica*<sup>21</sup>. Dall'altro lato il legislatore deve fare i conti con un dato esperienziale, messo in luce, dalla dottrina comparatistica<sup>22</sup>, con riferimento all'idea di fonte del diritto ma valevole anche per la sua applicazione: la percezione del destinatario del comando circa la legittimità di chi pone il comando e circa la “giustizia” del precetto stesso.

---

<sup>20</sup> <https://thediplomat.com/2020/01/exporting-chinas-social-credit-system-to-central-asia/>.

<sup>21</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, pp. 309 ss, p. 125, affermava che lo Stato pluriclasse, con la sua “eterogeneità di comandi”, si atteggiava a generatore di disfunzioni.

<sup>22</sup> P. GLENN, cit., p. 226: «invero, occorre in primo luogo insinuare l'idea di fonte del diritto nel modo in cui la gente ritiene che debbano essere governate le loro vite, e ciò richiede un processo graduale; non si possono semplicemente creare le fonti del diritto in quanto tali: verrebbero viste come illegittime».



Se la scelta “minima” dei Paesi europei, mi riferisco alle frontiere, è parsa quella più facile, sia praticamente che giuridicamente, in quanto più accettabile anche dai cittadini, probabilmente, nel futuro prossimo ed anche più in là, la globalizzazione e i suoi riflessi, non tutti positivi come è ormai noto, ci costringeranno a limitazioni più “raffinate”, specifiche, ma, proprio per questo, con maggiori rischi. La disponibilità a condividere i dati generati dagli apparecchi cellulari, così come il loro utilizzo per usufruire dei mezzi pubblici o per giustificare l’allontanamento dal domicilio va discussa nel dibattito culturale e giuridico. Anzitutto la condivisione volontaria dei *big data* è già una realtà: la profilazione delle scelte di acquisto ogni volta che entriamo su internet, per fare solo un esempio, è già utilizzata da soggetti “politicamente irresponsabili”. Ma le limitazioni della libertà appena descritte appaiono, allo stato, un metodo efficace per prevenire altre perdite, umane ed economiche<sup>23</sup>, con il riemergere dei beni giuridici di rango costituzionale appropriati – diritto alla vita, alla salute, alla libertà di impresa –.

Questi problemi, attuali anche nel dibattito italiano, sono lasciati anzitutto alla discussione politica ma, come sembra emergere da quanto detto prima, i concetti implicati sono di confine, tra il politico ed il giuridico. Anche la Magistratura può coi mezzi, anche culturali, che le sono propri, fornire il suo contributo dal momento che assume un valore centrale – anche culturalmente – l’interpretazione della legge: «il travaglio dell’interprete è ben lungi dall’essere un’arida e incolore vicenda»<sup>24</sup>. L’applicazione della legge, insomma, richiama anche ad una responsabilità maggiore, quale garante della legalità costituzionale, se non si vorrà seguire l’assuefazione di Rossiter sulla via dello stato di eccezione: «i fatti appartengono ad un piano, le norme ad un altro: non ne bastano mille, tecnicamente perfette, a garantire un singolo fatto; niente esclude uno scadimento del costume pubblico; appena saltino le resistenze indotte da abitudini virtuose, l’imperium merum erompe dall’inconscio collettivo [...] *Le leggi contano fino a un dato punto: anche perfette, restano sulla carta quando nelle midolla pubbliche esplodano appetiti, deliri, fobie*»<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Per non dire della vaccinazione di massa, che sembrerebbe efficace solo se estesa al maggior numero possibile di persone, dunque da rendere obbligatoria, oppure degli accertamenti medici – quali i tamponi orofaringei ed i test sierologici con prelievo ematico –, che richiamano altri dibattiti, mai del tutto sopiti, su fino a che punto sono consentite limitazioni della libertà personale per ragioni di salute pubblica e profilassi. Qui non è possibile affrontare il tema né dare indicazioni bibliografiche; sembrano interessanti, però, perché attinenti più specificamente alla materia penale, che pure reca un preminente interesse pubblico, Corte Cost., sentenza n. 238 del 9.7.1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 2142 ss. e, per la differenza tra atto coercitivo ed atto invasivo GIALUZ, *L’accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Sclafati, Giappichelli, 2014.

<sup>24</sup> B. PETROCELLI, *L’antigiuridicità. Corso di lezioni universitarie. Parte I*, Padova, CEDAM, 1947, p. 99, che così prosegue: «mentre, sia nel rifare mentalmente il cammino del legislatore, riaccendendo i motivi e gli scopi umani da cui trasse ispirazione la sua coscienza e forza il suo volere, sia nel guardare alla concreta e vivente realtà dell’oggi per confrontarla agli schemi di quelle volontà, un’alta missione di vita è compiuta dall’interprete, che i limiti della norma valgono a rendere più austera e pensosa, non già a svuotare di contenuto e di sostanza».

<sup>25</sup> F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1985, p. 97.