

L'emergenza Covid-19 "vista dall'alto". CEDU e Patto sui Diritti Civili e Politici: un prisma per orientarsi in una riflessione sull'emergenza Coronavirus nel contesto italiano

di Michele Di Bari

Abstract: The Covid-19 emergency "seen from the above". ECHR and ICCPR: a prism to orient in a reflection on the Coronavirus emergency in the Italian context – The Covid-19 pandemic has been putting an exceptional pressure on the Italian legal system. The severe limitations of fundamental freedoms, considered together with the exercise of a normative function based on this emergency, need to be examined by legal scholars. It is necessary to investigate on "what" can be limited in time of emergency, and "how" emergency measures should be adopted. This contribution, using the international system for the protection of human rights as a prism, attempts to verify, whether emergency powers and measures have respected international human rights standards, considering the obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention.

Keywords: human rights; emergency clause; ECHR; ICCPR; derogations; rule of law; constitutional emergency powers; Council of Europe.

2551

1. Alcune premesse introduttive

La dottrina giuridica italiana sembra dividersi – quasi spaccarsi – in due fronti contrapposti.

Da un lato, si posiziona chi ritiene l'attuale esercizio della funzione normativa, ordinanze, DPCM e decreti-legge¹, pienamente inserito in quei confini disegnati prima dal ossia il rincorrersi di Costituente, poi dall'evoluzione legislativa², ed infine dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale³. In quest'ottica, la sequenza dei provvedimenti sino ad ora adottati

¹ Dalla primissima Ordinanza del Ministro della salute 30 gennaio 2020, *Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 - nCoV)*, in GU Serie Generale n.26 del 01-02-2020, passando per una serie di DPCM e Decreti-legge, da ultimo il Decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, in GU Serie Generale n.111 del 30-04-2020.

² Dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225 e successive modifiche, sino al recente Decreto Legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, denominato *Codice della protezione civile*. Lo stato di emergenza, proclamato con la *Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020* è stato adottato proprio 'ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1'. Si veda, la *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in GU Serie Generale n.26 del 01-02-2020.

³ Come ci ricorda G. De Minico, l'assenza di una clausola espressa – *emergency clause* – nel nostro testo costituzionale, 'non ha precluso una interpretazione sistematica del testo costituzionale suscettibile di una pluralità di esiti'. Si veda, G. De Minico, *Costituzione ed Emergenza*, in

troverebbe fondamento in quegli immanenti principi del *primum vivere* e della *salus publica*⁴, che giustificherebbero l'attuata "catena normativa"⁵.

Il Governo, stante il perdurare del rapporto fiduciario con l'attuale maggioranza parlamentare, non starebbe dunque agendo oltre il perimetro riservatogli dalla Costituzione. Lo stesso dicasi per i provvedimenti limitativi delle libertà individuali e collettive dallo stesso adottati. Sarebbero infatti anch'essi legittimi, perché le garanzie costituzionalmente previste – si pensi alla riserva di legge di cui all'art. 16 Cost. – non sarebbero state violate durante lo stratificarsi di provvedimenti volti a contrastare l'emergenza sanitaria esplosa nella sua massima drammaticità alla fine di febbraio 2020.

Sull'opposto schieramento, si colloca chi ritiene che l'attuale emergenza rappresenti per l'odierno sistema delle fonti, e dunque per il nostro ordinamento costituzionale democratico nella sua interezza, uno *stress* tale da determinare il verificarsi di due possibili esiti.

Un primo esito, che si potrebbe identificare come "scenario dell'abuso", è quello che considera l'adozione di misure limitative delle libertà fondamentali – con atti normativi che, per loro natura e posizionamento all'interno gerarchia delle fonti, sono inidonei a produrre tale effetto – un evento patologico⁶. Se si propende per questa ipotesi, allora è normale ritenere che, già nel breve periodo, numerose potrebbero essere le declaratorie di incostituzionalità a seguito di impugnazione (regionale) o ricorso in via incidentale.

Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2, 2018, 2 ss; Sul dibattito in Assemblea Costituente rispetto al tema dell'emergenza, si veda sempre G. De Minico, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, 34 ss; Una preziosa ricostruzione in chiave comparata viene fornita da A. Vedaschi, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, 263 ss.

⁴ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n.2, 2020, 113. L'autore ci ricorda, richiamando le sentenze della Corte costituzionale n. 30/1971, n. 1146/1988, n. 238/2014, n. 115/2018, che la positivizzazione dell'emergenza si potrebbe rinvenire nel testo della Costituzione in più punti: '[dalla] *previsione dell'indivisibilità (art. 5 Cost.) [...] alla revisione costituzionale, al diritto sovranazionale e al diritto internazionale (artt. 7, 10, 11 e 139 Cost.)*'].

⁵ *Ibidem*, 111.

⁶ Come sostenuto da M. Cavino, '[anziché utilizzare i DPCM] *l'adozione di un atto avente forza di legge non avrebbe soddisfatto una mera esigenza di carattere formale; ma sarebbe avvenuta in ossequio ai valori costituzionali sottesi alla corretta applicazione del principio di legalità; quei valori che giustificano la riserva di legge a protezione delle libertà costituzionali, quale forma di manifestazione della sovranità popolare*'. M. Cavino, *Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020, 9. Pur differenziandosi, in questo posizionamento dottrinale troviamo numerosi autori. Si vedano, tra gli altri, U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020; G. Boggero, *Le "more" dell'adozione dei dpcm sono "ghiotte" per le Regioni. Prime osservazioni sull'intreccio di poteri normativi tra Stato e Regioni in tema di Covid-19*, in *Diritti Regionali*, n. 1/2020; M. De Nes, *Emergenza Covid-19 e bilanciamento di diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?*, in *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020; E. Falletti, *La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza Covid-19 in Italia*, in *Biolaw Journal*, 19 marzo 2020; A. Candido, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 10 marzo 2020; D. Trabucco, *Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2020; G. Tropea, *Il Covid-19, lo Stato di diritto, la pietas di Enea*, in *Federalismi.it*, 18 marzo 2020.

Un secondo esito – forse più dirompente – e che meno si focalizza sul rispetto della gerarchia delle fonti, è quello di chi sostiene che è *‘la dominanza del fattore-rischio che surroga il requisito del pericolo concreto quale presupposto idoneo a giustificare l'adozione di misure limitative delle libertà costituzionali’*⁷. L'emergenza Covid-19 starebbe, quindi, traghettandoci verso un sistema – parallelo – che si fonda su una sua specifica legge fondamentale (quella della necessità). Tale approccio sembra richiamare – pur con le dovute differenziazioni – le tesi di Santi Romano secondo cui l'emergenza *‘non ha legge, fa legge [...] il che vuol dire che è essa medesima una vera e propria fonte del diritto’*⁸.

Chi scrive, ritiene di non poter scegliere – ad oggi – una collocazione dottrinale, ed anzi considera indispensabile porre alcune premesse.

In effetti, una disamina dei poteri emergenziali, ossia un'analisi delle misure limitative delle libertà fondamentali che sta caratterizzando questo periodo di pandemia, impone, a chi desidera mantenere un approccio scientifico, alcune riflessioni preliminari.

Innanzitutto, nell'elaborazione di una analisi di questo tipo non si può dimenticare il «fattore tempo» unito al «fattore soggettivo» rispetto al contesto analizzato. Di fatto, se l'analisi deve tentare un inquadramento obiettivo, l'essere osservatori che subiscono in modo soggettivo gli effetti negativi di una limitazione della propria sfera di libertà, non aiuta certamente a svolgere serenamente né lo studio delle fattispecie prese in esame, né tantomeno i procedimenti formativi che hanno portato all'adozione delle stesse.

Il rischio, nemmeno troppo latente, è quello di estremizzare le proprie posizioni in risposta all'acutizzarsi dei provvedimenti adoperati per il contenimento della pandemia, ovvero cedere alla tentazione di contestare anziché riflettere nel perdurare di limitazioni così pesanti delle libertà individuali e collettive.

In ragione di questi presupposti che definirei di merito più che di metodo, questo contributo tenterà una analisi di contesto «decontestualizzata». Il gioco di parole è voluto, ed utile a sottolineare che in questa sede si tenterà, in chiave non critica ma dubitativa, di verificare se gli atti con cui sono state limitate le libertà fondamentali in ragione del Covid-19, possono considerarsi rispettosi degli obblighi internazionali derivanti dall'adesione dell'Italia ai trattati sui diritti umani.

L'assunto da cui si parte in questo contributo è quello di poter considerare il Covid-19 alla stregua di altri fenomeni che storicamente hanno messo in particolare *stress* gli ordinamenti democratici. Si pensi ai conflitti al terrorismo internazionale, alla criminalità organizzata, alla guerra.

Dunque, anche non cedendo alla tentazione – a cui taluni cedono – di considerare l'epidemia come una guerra, ed il virus come un nemico invisibile, si

⁷ V. Baldini, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza, Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020, 894.

⁸ S. Romano, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1909, ora in *Scritti Minori*, vol. 1, Milano, 1990, 362.

proverà ad usare paradigmi noti, con la consapevolezza che questi non possano essere perfettamente sovrapposti alla condizione pandemica.

Si proverà allora a proporre una visione «dall'alto», che si sganci momentaneamente dal contesto nazionale, abbracciando un'area più ampia – e comune a tutti gli ordinamenti europei – come è quella propria della Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU) e del Patto sui Diritti Civili e Politici (d'ora in poi, “il Patto”), per poi tornare sul piano domestico e tentare una riflessione ‘a distanza’.

Nella prima parte di questo contributo si andranno ad osservare, e dunque a delineare, i «confini» che sia la CEDU, sia il Patto pongono al contesto dell'emergenza. Saranno quindi forniti sia i cardini normativi sia l'elaborazione giurisprudenziale (Corte EDU) e l'interpretazione data dal Comitato dei diritti umani (Comitato DU), sulle *emergency clauses* dei rispettivi trattati.

Nella seconda parte di questa analisi, si proverà poi, in concreto, a discutere del tema della «forma» e della «sostanza» rispetto ai provvedimenti limitativi delle libertà costituzionalmente garantite sino ad oggi adottati in ragione della pandemia di Covid-19.

Quindi, si proverà a verificare se – alla luce degli obblighi di natura internazionale – il rispetto della gerarchia delle fonti sia davvero un elemento dirimente per definire una misura conforme o in violazione degli obblighi statali (considerando il riverbero che tale situazione potrebbe avere sul versante interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale), o se, per contro, la necessità, ossia il rispetto del principio di proporzionalità debbano essere gli unici punti di riferimento.

2. Le regole dell'emergenza nei trattati sui diritti fondamentali

Nella loro elaborazione in sede internazionale, i diritti umani hanno contribuito allo sviluppo di una nuova concezione delle relazioni internazionali, identificando un'inedita valorizzazione dei rapporti Stato-individuo, promuovendo quindi una più ampia dimensione di tutela per i diritti inviolabili. In un sempre più diffuso dialogo tra corti, i diritti umani rappresentano, oggi, quella base concettuale per la costruzione di un diritto costituzionale cosmopolita⁹.

Difatti, come più volte ribadito in dottrina, se in passato il tema inerente alla violazione dei diritti fondamentali veniva inteso principalmente come un problema “domestico”, l'odierno atteggiamento è quello di ritenere le *gross violations* come trasgressioni vere e proprie del diritto internazionale, e in taluni casi si arriva persino a subordinare – come avviene per l'Unione Europea – accordi commerciali al rispetto di questi principi¹⁰.

⁹ Come sottolinea Camerlengo, ‘*Through inter-court dialogue the potentialities of the common constitutional core are exploited to the utmost. In this way, courts promote the benefits of globalization as regards the protection of fundamental rights*’, in Q. Camerlengo, *Dialogue among Courts Towards a Cosmopolitan Constitutional Law*, Pavia, 2012, 57.

¹⁰ Nel 1995, la clausola sui diritti umani veniva inserita nell'art. 5 della IV Convenzione di Lomé, volta a regolare gli accordi di cooperazione dell'UE con il gruppo dei Paesi Africani, Caraibici e dell'area del Pacifico (ACP). Successivamente, la Convenzione di Cotonou del 2000,

Tale assunto, se si considera il contesto italiano, diviene ancora più importante alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale che ha riconosciuto alla CEDU un ruolo non secondario quale parametro interposto (cfr. sentt. 348-349 del 2007), stabilendo altresì la necessità – pur mantenendo un certo margine di apprezzamento ed adeguamento – di tenere conto dell'interpretazione delle disposizioni CEDU date dalla Corte di Strasburgo (cfr. sentt. 230 del 2012 236 e 303 del 2011 311 del 2009)¹¹.

Il Patto, pur non potendosi considerare alla stregua della CEDU, stante la mancata previsione nel trattato di un organo giurisdizionale *ad hoc*, deve necessariamente essere utilizzato come ulteriore parametro di riferimento normativo, giacché le sue norme – e l'interpretazione di esse da parte del Comitato – rientrano pienamente nell'obbligo previsto all'art. 15 (2) CEDU di evitare che misure derogatorie 'siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale'.

In aggiunta, come sottolineato da alcuni, la Corte EDU non è immune al c.d. processo di *cross fertilization*¹² che, attraverso una contaminazione tra diverse fonti,

modificò la Convenzione di Lomé e stabilì all'art. 9, par. 2, che «Il rispetto per diritti umani, i principi democratici e la *rule of law*, ispirano la partnership fra l'Unione e ACP, ispirano le politiche nazionali e internazionali delle Parti e costituiscono un elemento essenziale di questo accordo». Sulla questione, C. Pinelli, *Le clausole sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell'Unione*, in www.astrid-online.it, 2005; L. Bonanate, *Internazionalizzare la democrazia dei diritti umani*, in L. Ferrajoli (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 266 ss.

¹¹ La bibliografia in questo ambito di interesse scientifico è amplissima. Senza presunzione di esaustività, si vedano i contributi di, R. Romboli, *la influenza della CEDU e della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in Giurcost.org, 24 dicembre 2018; C. Padula, *La Corte EDU e i giudici Comuni nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in Giurcost.org, 23 agosto 2016; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Bologna, 2015; A. Cardone, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016; A. Schillaci, *La cooperazione nelle relazioni tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Aic*, fasc. 4, 2012; V. Zagrebelsky, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato*, in *Il Foro Italiano.*, 2012, V, col. 29; A. Guazzarotti, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, relazione al Seminario di studi "La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti" Università degli Studi di Perugia, 17 novembre 2011, in Diritticomparati.it, 2011; A. Ruggeri, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in Diritticomparati.it, 2011; E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione al Seminario "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, in www.cortecostituzionale.it; O. Pollicino, *I rapporti tra Corti in uno scenario ancora più complesso ed articolato dopo Lisbona*, in Diritticomparati.it, 2010; M. Cartabia, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, relazione su "La Costituzione italiana 60 anni dopo: i diritti fondamentali", convegno della Accademia dei Lincei, Roma, 28-29 febbraio 2008, in Astrid-online.it, 2008.

¹² Diversi autori hanno elaborato analisi in questo specifico contesto. Tra gli altri si rimanda a, K. Gavrysh, *Lo stato di emergenza e la dottrina del vacuum nella prassi della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 1, 2019, 85 ss.; J. Vidmar, *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?*, in E. De Wet, J. Vidmar (eds.), *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford, 2012; M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford,

evita da un lato la frammentazione del diritto internazionale dei diritti umani, dall'altro promuove una continua evoluzione degli *standards* di protezione.

Quindi, attraverso un esame comparato sia del testo della CEDU e del Patto, sia del significato ad essi attribuiti dai rispettivi organi di controllo, si cercherà di definire il significato delle clausole derogatorie.

Previsioni normative che, da un lato si fondano sulla legittima pretesa di rispondere ad una minaccia per la collettività con misure (anche) restrittive delle libertà individuali, d'altro lato non dimenticano che alla domanda di più sicurezza non può corrispondere una compromissione arbitraria nell'esercizio e del godimento delle libertà fondamentali¹³.

Proprio alla luce di questo assunto, le clausole derogatorie della CEDU e del Patto sono previste come congegni idonei a permettere – attraverso una serie di obblighi procedurali e sostanziali – il giusto grado di flessibilità che possa consentire allo stato contraente di derogare temporaneamente e limitatamente ai suoi obblighi internazionali per poi, velocemente, ritornare alla normalità.

Usando le parole della Corte EDU in relazione al pericolo terroristico – ossia un rischio imprevedibile ed altamente impattante per la collettività – *'the need [...] for a proper balance between the defence of the institutions of democracy in the common interest and the protection of individual rights'*¹⁴. Di conseguenza, la necessità è quella di operare un bilanciamento tra esigenze non contrapposte e teoricamente complementari: il dovere per le pubbliche autorità di contrastare un pericolo per la collettività e la premura di garantire un ritorno alla normalità, che permetta nuovamente il pieno godimento delle libertà fondamentali.

2.1 La notifica come atto necessario per definire i contorni dell'emergenza

Sia la CEDU (art. 15), sia il Patto (art. 4), al comma terzo dei rispettivi articoli concernenti la possibilità di derogare al trattato *'in case of emergency'*, prevedono la necessità di soddisfare un passaggio preliminare: la dichiarazione di emergenza. Tale atto è stato ritenuto un elemento necessario al fine di potersi considerare legittimo il regime derogatorio successivo¹⁵.

2010, 6 ss.; D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n. 2, 2006, 281 ss.

¹³ Si vedano, A. Vidaschi, *Has the balancing of rights given way to a hierarchy of values?*, in *Comparative Law Review*, vol. 1, n. 1, 2010, 15 ss.; P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn, L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Mortsel, 2006, 1055 ss.; C. Warbrick, *The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 5, 2004, 990 ss.

¹⁴ Corte EDU, sentenza del 30 agosto 1990, *Campbell and Hartley c. Regno Unito*, ricorso n. 12244/86; 12245/86; 12383/86.

¹⁵ I sistemi disegnati dal Patto e dalla CEDU non si discostano da quello previsto dalla Convenzione Americana dei Diritti Umani (CADU). Anzi, la Corte Interamericana dei diritti umani (Corte IDU), nel caso *Baena Ricardo v. Panama*, ha riscontrato una violazione dell'art. 27, comma 3 (disposizioni in materia di deroghe alla Convenzione) della CADU da parte del governo panamense dal momento che lo stesso aveva *de facto* sospeso le garanzie della convenzione senza aver provveduto alla comunicazione dello stato di emergenza all'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), quindi derogando in modo illegittimo dalla Convenzione. Nello specifico, la Corte concluse che *'[...] by virtue of the fact that a state of*

In particolare, il Comitato che presiede il Patto, in uno dei più noti *General Comment*¹⁶, ha sottolineato come esista un vero e proprio obbligo di proclamare ufficialmente, prima lo stato di emergenza internamente, e successivamente mandare tempestiva comunicazione all'organo di controllo.

In questo modo, secondo il Comitato, il rispetto del principio di legalità ed il principio della *rule of law*¹⁷ – irrinunciabili in un sistema vincolato al rispetto dei diritti umani – possono essere mantenuti proprio quando divengono ancor più indispensabili, ossia durante lo stato di emergenza¹⁸.

Recentemente, il Comitato ha ribadito tale posizione con uno *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, nel quale ribadisce come '*States parties of the requirements and conditions laid down in article 4 of the Covenant and explained in the Committee's General Comments, most notably in General Comment 29 on States of Emergency*'¹⁹.

In aggiunta, proprio con riferimento ai principi di legalità e della *rule of law*, prima la Commissione di Venezia nel 2006²⁰ e nel 2015²¹, e più di recente il Segretario Generale del Consiglio d'Europa (CoE)²² hanno sottolineato l'importanza di non affievolire il rispetto di questi principi durante i periodi emergenziali²³. A tal proposito, nel documento inviato il 7 aprile 2020 a tutti i 47 Stati membri del CoE dal Segretario Generale si legge

emergency in Panama, where some of the guarantees established in the American Convention would have been suspended, was not declared, this Court deems inappropriate the allegation by the State concerning the presumed existence of such state of emergency. Caso *Baena-Ricardo et al. v. Panama*, 2 febbraio 2001, para. 94.

¹⁶ Comitato DU, *General Comment n. 29*, 31 agosto 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

¹⁷ Sul concetto di *rule of law*, interessante il recente contributo di F. Mauri, *Un nuovo approccio alla rule of law. La Checklist della Commissione di Venezia*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 2, 2020. L'autrice ci ricordo come tale principio si sostanzia in quel sistema di regole e valori – comuni alle tradizioni costituzionali europee – che disciplinano il potere pubblico. Per ulteriori approfondimenti, si vedano G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia: Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2017, 95 ss.; G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012; T. Bingham, *The Rule of Law*, London, 2010; D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 21 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20 ss.

¹⁸ Riportando le parole del Comitato nel *General Comment 29*, para. 2, [...] *Before a State moves to invoke article 4, two fundamental conditions must be met: the situation must amount to a public emergency which threatens the life of the nation, and the State party must have officially proclaimed a state of emergency. The latter requirement is essential for the maintenance of the principles of legality and rule of law at times when they are most needed.*

¹⁹ Comitato DU, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, CCPR/C/128/2, 24 aprile 2020, para. 2.

²⁰ Commissione di Venezia, *Opinion on the protection of human rights in emergency situation*, CDL-AD(2006)015), para. 13.

²¹ Commissione di Venezia, *Rule of Law Checklist* (CDL-AD(2016)007), paras. 44 and 45.

²² *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, SG/Inf(2020)11. Il documento elaborato dal Segretario Generale è disponibile a questo indirizzo: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>.

²³ Sulla rilevanza di questo *statement*, si può osservare come ad esso si sia fatto riferimento in un recentissimo caso britannico che vedeva coinvolto un anziano malato di Alzheimer presso una struttura sanitaria – impossibilitato a ricevere visite stante la disciplina del *lockdown* – ed i suoi familiari desiderosi di riportarlo a casa. Il giudice. Sul punto si veda il caso *BP v. Surrey County Council & Anor*, [2020] EWCOP 17, del 25 marzo 2020.

‘[e]ven in an emergency situation the rule of law must prevail. It is a fundamental principle of the rule of law that state action must be in accordance with the law. The “law” in this context includes not only acts of Parliament but also, for example, emergency decrees of the executive, provided that they have a constitutional basis. [...] It is also possible for the legislature to adopt emergency laws specifically crafted for dealing with the current crisis, which go beyond the already existing legal rules. Any new legislation of that sort should comply with the constitution and international standards and, where applicable, be subjected to review by the Constitutional Court²⁴.

Quindi, il rispetto della legalità costituzionale (‘provided that they have a constitutional basis’) è inteso come certezza di un agire legittimo anche in momenti di fortissima pressione per l’ordinamento giuridico.

Di più, per il Comitato DU – al fine di garantire un pieno rispetto del principio di legalità – si ritiene indispensabile che nella notifica che accompagna la dichiarazione dello stato di emergenza, siano chiaramente indicate le procedure formali sottese alla dichiarazione stessa (norme costituzionali, *iter* parlamentari, etc.), e siano precisamente individuati quali diritti vadano incontro a deroga²⁵.

La Corte EDU, pur non essendosi mai soffermata con particolare enfasi sull’obbligatorietà di una tempestiva comunicazione²⁶ alla luce dell’art. 15 (3) CEDU, ha tuttavia considerato un eccessivo ritardo nella comunicazione al Segretario del CoE come elemento qualificante per potersi configurare una violazione della Convenzione. Se, infatti, la Corte di Strasburgo nel caso *Lawless*²⁷ non ritenne un ritardo eccessivo i dodici giorni trascorsi dalla dichiarazione dello stato di emergenza e la comunicazione ufficiale, non fu così per i quattro mesi di ritardo del governo greco nel *Greek case*²⁸, dove violazione *ex art.* 15(3) CEDU si ritenne manifesta.

Ancor più nello specifico, la comunicazione relativa alla necessità di derogare agli obblighi convenzionali deve prevedere: (a) una spiegazione delle ragioni che hanno determinato lo stato di emergenza; (b) l’area geografica coinvolta, ossia se la deroga viene invocata per alcune parti del territorio o per lo Stato nella sua

²⁴ *Ibidem*, 3.

²⁵ Comitato DU, *General Comment 29*, *cit.*, para. 4.

²⁶ Ad oggi, sul sito del CoE non è presente la comunicazione data dal Governo italiano relativamente alla dichiarazione dello stato di emergenza ed all’intenzione dello Stato italiano di derogare dalla Convenzione. Ciò nonostante, è possibile trovare le comunicazioni fatte da altri Paesi membri nelle quali viene specificato l’inizio e la possibile fine (se non prorogata) dello stato di emergenza, nonché i provvedimenti normativi adottati al fine di contrastare l’epidemia di Covid-19. La comunicazione inviata dalla Lettonia al CoE (*Notification - JJ9012C Tr./005-225*), ad esempio, fornisce una puntuale ricostruzione delle misure adottate e delle libertà che sono state limitate per far fronte all’emergenza. Questa documentazione è disponibile su https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=t8FwIhK0.

²⁷ Corte EDU, caso *Lawless v. Irlanda*, 1luglio 1961, ricorso n. 332/52, para.97

²⁸ *Greek case* (Report del 5 novembre 1969, Yearbook XII, 43). Sul punto, C. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006 (4th ed.), 449.

interezza²⁹; (c) l'ambito di operatività delle misure derogatorie in relazione all'emergenza che ci si trova ad affrontare³⁰.

Per quanto attiene il c.d. *territorial scope of application*, né il Patto né la CEDU indicano in modo esplicito una "dimensione geografica" dell'emergenza. Eppure, sia il Comitato DU, sia la Corte EDU hanno ricavato tale limitazione alle possibilità di deroga per via interpretativa³¹.

Il Comitato ha infatti stabilito che '[...] *measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation, [and this] requirement relates [also] to the geographical coverage of the state of emergency*'³².

Con maggiore precisione è intervenuto il giudice di Strasburgo allorché, in *Sakik*, ha affermato che '*the Court would be working against the object and purpose of that provision if, when assessing the territorial scope of the derogation concerned, it were to extend its effects to a part of Turkish territory not explicitly named in the notice of derogation*'³³.

Dunque, al fine di rendere minino il rischio di una impropria estensione dei poteri emergenziali, la limitazione spaziale nell'esercizio degli stessi diventa una solida garanzia rispetto a potenziali abusi. Ciò che può essere considerato conforme agli obblighi pattizi in una porzione del territorio, può quindi essere considerato illegittimo (sproporzionato) in un'altra area.

2.2 La discrezionalità degli Stati, il concetto di proporzionalità e diritti inderogabili

2559

Sul margine di discrezionalità di cui gli Stati possono godere nell'ambito della gestione emergenziale, il sistema CEDU differisce nella maniera più evidente dal sistema delineato dal Patto.

²⁹ La deroga presentata dal governo turco nel 1990 identificava chiaramente l'ambito territoriale cui la deroga doveva essere riferita. Il testo della deroga stabiliva che '*The threat to national security is predominantly occurring [sic] in provinces of South East Anatolia and partly also in adjacent provinces [Elazığ, Bingöl, Tunceli, Van, Diyarbakır, Mardin, Siirt, Hakkari, Batman, Sırnak]*', cfr. Corte EDU, caso *Aksoy v. Turchia*, 18 dicembre 1996, ricorso n. 21987/93, para. 31. Il testo completo della comunicazione relativo alle deroghe ex art. 15 CEDU è disponibile a: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations>.

³⁰ Di nuovo, è possibile fare riferimento al sito del CoE nella sezione relativa alle comunicazioni: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354>.

³¹ Nuovamente, è interessante notare come alle medesime conclusioni interpretative sia giunto anche il *monitoring body* che presiede la CADU. Precisamente, a riprova di questo *idem sentire*, si può ricordare come la Corte Inter-Americana dei diritti umani, nel caso *Zambrano*, sostenne che il Decreto-legge n. 86 del 5 settembre 1992 – con il quale il governo ecuadoriano autorizzava il ricorso alle forze armate sul territorio nazionale – non rispondeva ai limiti inseriti nell'art. 27 della CADU nella parte in cui non veniva specificato in che porzione di territorio avrebbe operato l'esercito. Corte IDU, caso *Zambrano Vélez et al v. Ecuador*, 4 luglio 2007, para. 48.

³² Comitato DU, *General Comment* n. 29, cit., para. 4, e *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., para. 2 (b).

³³ Corte EDU, caso *Sakik & Others v. Turchia*, 26 novembre 1997, ricorso n. 23878/94, para. 37-39.

In effetti, se da un lato il Comitato DU ha sino ad ora negato l'esistenza di un certo margine di flessibilità, stabilendo in modo perentorio che lo Stato è semplicemente e rigidamente 'duty-bound to give a sufficiently detailed account of the relevant facts when it invokes Art. 4'³⁴, la Corte EDU ha invece elaborato i contorni del margine di apprezzamento statale, lasciando una certa autonomia agli Stati membri del CoE.

Sin dal caso *Irlanda c. Regno Unito*³⁵, poi confermato in *Aksoy c. Turchia*³⁶, in *Brannigan and McBride*³⁷ ed *A. and Others c. Regno Unito*³⁸, per la Corte EDU – alla luce del principio di sussidiarietà misto ad un certo pragmatismo giudiziario³⁹ – le autorità nazionali si considerano meglio equipaggiate per definire se una emergenza esiste, ed in caso, quali siano le misure necessarie per superarla⁴⁰. Ovviamente, affinché si possa invocare il regime derogatorio è necessario che si verifichino situazioni straordinarie⁴¹, ossia che ci si trovi in condizioni che mettano a repentaglio il normale svolgimento della vita pubblica⁴².

Come sottolineato in dottrina, il margine di apprezzamento può variare a seconda di quali siano i diritti coinvolti, ed a seconda dell'ordinamento oggetto

³⁴ Si vedano a tale proposito le *Views of the Human Rights Committee* dell'8 aprile 1980 successive alla Comunicazione n. 34/1978 *Jorge Landinelli Silva et al. against Uruguay* CCPR/C/12/D/34/1978, para. 8.3.

³⁵ Corte EDU, caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978, ricorso n. 5310/71.

³⁶ Corte EDU, caso *Aksoy c. Turchia*, 18 dicembre 1996, ricorso n. 21987/93.

³⁷ Corte EDU, caso *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, 23 maggio 1993, ricorso n. 14553/89.

³⁸ In questo ultimo caso, la Corte EDU conferma la sua posizione argomentando che '[...]it falls to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle better placed than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of the derogations necessary to avert it. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities. Corte EDU, caso *A. and Others c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, para. 173.

³⁹ G. Repetto, *Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, Cambridge, 2013, 167 ss.; J. A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, 2004, 113 ss.; Y. Arai, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1998, 41 ss.; E. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, 240 ss.; M. A. Case, *Community Standards and the Margin of Appreciation*, in *Human Rights Law Journal*, 2004, 10 ss.; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; T. A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, 474 ss.

⁴⁰ Ancora una volta, Corte EDU e Corte IDU si accostano idealmente, confermando una coerenza interpretativa tra Corti internazionali che presiedono alla tutela dei diritti umani. Nel caso *Zambrano* infatti, il giudice interamericano ha stabilito che 'It is the obligation of the state to determine the reasons and motives that lead the domestic authorities to declare a state of emergency and it is up to those authorities to exercise appropriate and effective control over the situation [aggiungendo che] it is up to the Inter-American system's organs to exercise an effective control in a subsidiary and complementary manner, within the framework of their respective competencies'. Corte IDU, caso *Zambrano Vélez et al v. Ecuador*, 4 luglio 2007, para 47 ss.

⁴¹ Si veda, D. O'Donnell, *Commentary by the Rapporteur on Derogation*, in *Human Rights Law Quarterly*, vol. 17, 1985, 23.

⁴² Sul punto, A. Mokhtar, *Human Rights Obligations v. Derogation: Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *International Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1, 2004, 68.

della sua supervisione. Quindi, la Corte EDU tende a lasciare più margine dove l'ordinamento preso in esame non presenta particolari criticità, meno laddove si ritenga sussistano elementi "problematici" di sistema che non garantivano – già prima della richiesta di deroga – il pieno rispetto dei vincoli CEDU⁴³.

Tale margine, anche se ampio, non deve però essere confuso con una sorta di autorizzazione in bianco⁴⁴. Anzi, il giudice dei diritti umani europeo ha più volte ribadito che, in ultima istanza, è a proprio a quest'organo che spetta esercitare la c.d. «*European supervision*».

All'interno di questo approccio interpretativo sono state elaborate le sentenze *Hasan Altan c. Turchia*⁴⁵, *Şahin Alpay c. Turchia*⁴⁶, e *Brannigan and McBride c. Regno Unito* che chiariscono in modo netto come gli Stati 'do not enjoy an unlimited discretion in this respect. The domestic margin of appreciation is [thus always] accompanied by European supervision'⁴⁷.

Una supervisione il cui compito è verificare da un lato il rispetto della sussistenza di una vera situazione di emergenza⁴⁸, dall'altro la proporzionalità delle misure adottate dalle autorità nazionali rispetto all'emergenza/minaccia con cui esse si sono trovate a misurarsi.

Peraltro, se è vero che le autorità nazionali sono in una *better position* per operare una corretta valutazione stante "l'esperienza diretta" con il fenomeno emergenziale, è altrettanto vero che gli organi internazionali di monitoraggio possono soffrire meno di quel fenomeno tipico dei momenti emergenziali, ossia la tradizionale deferenza del potere giudiziario (e legislativo) rispetto alle azioni intraprese dagli organi esecutivi per far fronte all'emergenza⁴⁹.

Utilizzare come parametro ermeneutico la proporzionalità significa spostare l'analisi (l'*international supervision*) dall'esame astratto delle intenzioni deducibili nelle dichiarazioni di emergenza, al concreto delle misure adottate.

⁴³ K. Gavrysh, *Lo stato di emergenza e la dottrina del vacuum nella prassi della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 81.

⁴⁴ Vedi, C. Zanghi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, 120 ss.

⁴⁵ Corte EDU, caso *Şahin Alpay c. Turchia*, 20 giugno 2018, ricorso n. 16538/17 para. 91.

⁴⁶ Corte EDU, caso *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, 28 febbraio, ricorso n. 13237/17, para. 75.

⁴⁷ Caso *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, cit., para. 43.

⁴⁸ Emergenza che nelle parole della Corte EDU si definisce '*an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed*'. Corte EDU, caso *Lawless v. Irlanda*, 1luglio 1961, ricorso n. 332/52, para. 28.

⁴⁹ Come osservato da Vedaschi, '*le Corti [...] hanno svolto un ruolo importante, anzi fondamentale nel riaffermare [...] il limite invalicabile oltre il quale la Law non può essere sacrificata all'order, anche nel frangente dell'emergenza*', in A. Vedaschi *À la guerre comme à la guerre?, La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, cit., 554. Ancora, sul punto, Donati osserva che, se è vero che l'adozione di misure emergenziali non esclude '*il funzionamento di tutti gli organi costituzionali durante l'emergenza e non escludono un controllo giurisdizionale sulle misure emergenziali [...]* Tale controllo è però spesso di fatto molto limitato, anche per una qualche deferenza o cautela del giudiziario ad interferire in materie che sono sentite come intimamente «politiche» e connesse con quella che in passato veniva definita la «ragione di Stato», in F. Donati, *Corte europea dei diritti dell'uomo e poteri di emergenziali*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, 35. Anche Benazzo ha sottolineato come, '*nel caso britannico esaminato 'nemmeno il meccanismo tipicamente anglosassone del judicial review è riuscito a costituire un efficace contrappeso rispetto al potere emergenziale esercitato dal governo*', in A. Benazzo, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, 2004, 64.

Perciò, sono gli atti normativi emanati che vengono in rilievo nella “valutazione di proporzionalità” rispetto alla minaccia reale o presunta tale. Tale valutazione, storicamente, è stata fornita sia dal Comitato DU, sia dalla Corte EDU, tenendo conto di una serie differenziata di criteri.

Se per il Comitato DU un elemento rilevante risiede nella temporaneità delle misure adottate⁵⁰, dovendosi ritenere che “[extraordinary] measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation [and this] requirement relates to the duration [...] of the state of emergency”⁵¹, per la Corte EDU la temporaneità è elemento che va considerato congiuntamente alle circostanze del caso ed alla natura dei diritti che vengono derogati⁵².

Tuttavia, come già sottolineato in dottrina, nella determinazione di una violazione *ex art. 15 CEDU*, la Corte non ha mai dato molto peso, nelle sue numerose sentenze, alla durata – anche prolungata – dello stato di emergenza invocato⁵³.

La proporzionalità è stata dunque maggiormente identificata nel contesto della “stretta necessità” rispetto alla minaccia posta.

Il Comitato DU nel suo recentissimo *Statement* relativo all’emergenza Covid-19 ha sottolineato l’importanza, laddove possibile, di sostituire misure fortemente restrittive per le libertà fondamentali, con ‘less restrictive measures that allow such activities to take place, while subjecting them to necessary public health requirements such as physical distancing’⁵⁴.

In una elaborazione giurisprudenziale ormai consolidata, dal caso *Lawless* sino al più recente *Şahin Alpay*, la Corte EDU ha anch’essa ribadito che le misure limitative delle libertà fondamentali garantite dalla Convenzione sono legittime solo se ‘such measures are strictly proportionate to the exigencies of the situation’⁵⁵.

Congiuntamente alla ‘strict necessity’ non meno significativo è il posto riservato al principio di non discriminazione. Anche su questo versante, il Comitato DU ha ritenuto necessario ricordare che ‘States parties cannot resort to emergency powers or implement derogating measures in a manner that is discriminatory’⁵⁶.

⁵⁰ Il Comitato DU si è attestato sulle posizioni espresse nei c.d. Principi di Siracusa secondo cui ‘il principio di stretta necessità deve essere rispettato in modo oggettivo. Ogni misura deve essere diretta a contrastare un imminente e chiaro pericolo, non già imposta per un mero potenziale pericolo’. *Siracusa Principles on the limitation derogation of provisions in the international Covenant on Civil and Political Rights*, UN Economic and Social Council, UN Doc., E/CN.4/1985/4 (1985), Annex, para. 54.

⁵¹ Comitato DU, *General Comment* n. 29, cit., para. 4.

⁵² In *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, la Corte ha ritenuto che ‘in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation’ (para. 43).

⁵³ T. Mariniello, *Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System*, in *German Law Journal*, vol. 20, n. 1, 2019, 69.

⁵⁴ Comitato DU, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., para. 2(b).

⁵⁵ Corte EDU, caso *Şahin Alpay c. Turchia*, cit., para. 74.

⁵⁶ Comitato DU, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., para. 2(d).

Infatti, il giudice europeo dei diritti umani, in *A & Others c. Regno Unito* ha riconosciuto che '*derogating measures were disproportionate in that they discriminated unjustifiably between nationals and non-nationals*'⁵⁷.

Dunque, volendo riassumere, l'esame del giudice (o del Comitato DU) deve stabilire, caso per caso, se il bene giuridico da tutelare (sicurezza collettiva) giustifica o meno la lesione di un altro bene giuridico, e che tale lesione non sia orientata in senso discriminatorio solamente verso un gruppo sociale specifico.

Passando ora alla definizione dei diritti inderogabili, sia il Patto (art. 4, co.2), sia la CEDU (art. 15, co.2) prevedono che nessun affievolimento possa essere legittimato, nemmeno dall'emergenza più catastrofica, per alcuni diritti. I c.d. *core rights* – diritto alla vita, divieto di tortura, trattamenti inumani e degradanti, nonché il divieto di ridurre in schiavitù – sono garantiti in ogni tempo, unitamente al rispetto del principio di non discriminazione ed al principio di *nullum crimen sine lege*.

Si tratta di un catalogo chiuso, che dunque circoscrive la non derogabilità in modo chiaro e preciso ad un numero ridotto di libertà fondamentali. Quindi, solamente per questi diritti non vale la c.d. *claw-back clause*, ossia la possibilità di un certo margine di discrezionalità lasciato al legislatore domestico rispetto a possibili restrizioni ai diritti fondamentali.

Non volendo in questa sede dilungarsi troppo sul tema della non derogabilità, si tenga però presente che la Corte EDU – in particolare nei casi riguardanti il divieto di trattamenti inumani e degradanti unitamente alla privazione della libertà personale – si è spesso trovata ad affrontare questo tipo di violazione, in particolare, in relazione ai fenomeni di terrorismo⁵⁸, repressione di

⁵⁷ Corte EDU, caso *A & Others c. Regno Unito*, cit., para.190. Interessante notare come il giudice di Straburgo al fine di enfatizzare con forza il principio di non-discriminazione abbia indicato quali essenziali riferimenti i seguenti documenti: The United Nations Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Concluding Observations on the United Kingdom, CERD/C/63/CO/11, 10 Dicembre 2003; Council of Europe Parliamentary Assembly Resolution 1271, Doc 9331, 6th sitting (2002); The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation 1534, Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism, 11 luglio 2002, 804th meeting of the Ministers deputies; The European Commission against Racism and Intolerance, General Policy Recommendation no. 8 on Combating Racism while Fighting Terrorism, adottata il 17 marzo del 2004.

⁵⁸ I già citati *Lawless* (1961), *Irlanda c. Regno Unito* (1978), *Brannigan and McBride* (1993), *Aksoy* (1996), *Sakik* (1997), *A. & Others v. Regno Unito* (2009). In questo ultimo caso, la Corte EDU ha ribadito che '*the Court is acutely conscious of the difficulties faced by States in protecting their populations from terrorist violence. [however] Even in the most difficult of circumstances, such as the fight against terrorism, and irrespective of the conduct of the person concerned, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment and punishment*' (para. 126). Per un approfondimento sulla recente casistica della Corte EDU in materia di lotta al terrorismo, si faccia riferimento a A. Vidaschi, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Rei Publicae*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 66, n. 4, 2018, 892 ss.

manifestazioni violente⁵⁹, lotta alla criminalità organizzata⁶⁰. Ciò significa che il giudice di Strasburgo ha elaborato una consistente *case law*, che sarà certamente la base teleologica da cui partire, per valutare i ricorsi – relativi a possibili abusi perpetrati dagli Stati durante l'emergenza Covid-19 – che probabilmente giungeranno alla Corte.

Infine, pur non includendo la libertà di stampa e di espressione tra diritti inderogabili, il Comitato DU ha tuttavia ritenuto indispensabile sottolineare come in un contesto emergenziale come quello determinato dal Covid-19, *'Freedom of expression, access to information and a civic space where a public debate can be held constitute important safeguards for ensuring that States parties resorting to emergency powers [...] comply with their obligations under the Covenant'*⁶¹.

3. Provando una riflessione sul contesto italiano

Come già detto in premessa, una “analisi dell’alto” può agevolare una riflessione di tipo “dubitativo” rispetto al caso italiano, permettendo un approccio meno polarizzato criticamente e più orientato ad aprire un dibattito anziché chiuderlo.

Una delle prime questioni che chi scrive sente di dover sollevare è quella attinente al concetto di “stretta necessità”.

Seguendo tale impostazione, a fronte di un pericolo concreto per la comunità statale, lo Stato è legittimato a porre in essere misure restrittive delle libertà fondamentali se tale decisione è *strictly required by the exigencies of the situation*⁶² (Comitato DU, General Comment 29) nonché *strictly proportionate to the exigencies of the situation* (Corte EDU, in *Sahin*⁶³).

Una condizione che sembra essersi realizzata in seguito alla pandemia di Covid-19 e che dunque sembra inserirsi perfettamente nella fattispecie derogatoria *ex art. 15 CEDU* ed *art. 4 del Patto*⁶⁴.

⁵⁹ Si pensi al famoso *affaire Cestaro c. Italia* (Corte EUD, 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11), o al più recente *Bartesaghi Gallo e altri c. l'Italia* (Corte EUD, 22 giugno 2017, ricorsi nn. 12131/13 e 43390/13). Sul punto, relativamente a *Cestaro* si veda, F. Zacché, *Caso Cestaro c. Italia: dalla prima condanna della Corte EDU sull'irruzione alla Diaz l'obbligo di introdurre il delitto di tortura*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2015, 462 ss.; per il caso *Bartesaghi Gallo e altri* si veda, F. Cancellaro, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, vol. 6, 2017, 322 ss.

⁶⁰ Noto per le numerose polemiche, soprattutto sui mass media, il caso *Marcello Viola c. Italia* (2), Corte EDU, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16. Sul punto, F. Viggiani, *Viola n. 2: la mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell'ergastolano ostativo*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 3, 2019, 646 ss.

⁶¹ Comitato DU, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., para. 2 (f).

⁶² Comitato DU, *General Comment* n. 29, cit., para. 4.

⁶³ Corte EDU, *Sahin*, cit., para. 74.

⁶⁴ È necessario tuttavia ricordare che, ad oggi, il Governo italiano non ha inviato alcuna comunicazione *ex art. 15(3) CEDU*, ed *ex art. 4 (3) ICCPR*. In altre parole, salvo future – ed intempestive – comunicazioni, il Governo non avrebbe azionato il regime derogatorio previsto dai trattati. Ne consegue che, ove ci si trovasse, ad esempio, di fronte ad un giudizio di fronte alla Corte di Strasburgo, quest'ultima dovrebbe considerare la disciplina emergenziale non già come derogatoria, ma come rientrante nella discrezionalità lasciata al legislatore nazionale.

Tuttavia, se si considerano alcune delle libertà che hanno subito un notevole affievolimento, ossia la libertà di circolazione e di soggiorno, la libertà di riunione, la libertà religiosa, in particolare nella sua dimensione collettiva, non si può non tentare alcuni distinguo di tipo per così dire "temporale" che attengono sia alla forma, che alla sostanza dei provvedimenti.

Quanto al primo aspetto, ossia la forma, va ricordato – come già osservato all'interno del presente contributo – che non si possono eludere i principi di legalità e della *rule of law*; il Segretario Generale del CoE ha chiaramente parlato della necessità di una *constitutional basis*⁶⁵ per le misure derogatorie. Un richiamo che ricollega lo stato di necessità alla legalità costituzionale. Una legalità che si sostanzia nell'unità della *concatenazione produttiva*⁶⁶.

Da un lato – come ampiamente sostenuto in dottrina – si potrebbe sostenere che la Costituzione italiana prevede implicitamente questa '*constitutional basis*' attraverso quei principi immanenti volti alla autoconservazione del sistema, ossia, pur in assenza di disposizioni costituzionali precise, non ci si trova di fronte ad una sorta '*mutismo costituzionale*'⁶⁷. Non solo, potremmo agevolmente ritrovare in articoli come il 16 (cfr. Corte Cost., sent. 2/1956) quella "*basis*" idonea a legittimare restrizioni, anche profonde, delle libertà fondamentali⁶⁸.

D'altro canto, non si può dimenticare il "peso" della riserva di legge, che la Costituzione prevede, in chiave garantista, proprio per tutelare le libertà dall'arbitrio di autorità che, dotate di potestà regolamentare, hanno l'obbligo di agire nel perimetro disegnato dalla legge.

Perciò, al fine di potersi dire soddisfatto il rispetto della '*constitutional basis*', ovvero della *rule of law*, l'unica fonte idonea a disciplinare l'ambito delle limitazioni alle libertà fondamentali rimane la fonte primaria, sia essa la legge o decreto-legge, posto che quest'ultimo resta vincolato alla necessaria legge conversione.

In altre parole, una fonte secondaria – ci si riferisce ovviamente ai numerosi DPCM – non parrebbe affatto in linea con questa impostazione, salvo che non si possano identificare con chiarezza quelle coordinate normative tipizzate in una fonte primaria, che permettano alla fonte secondaria di concorrere – in una riserva relativa – alla disciplina dell'emergenza.

Peraltro, tale opinione sembra essere stata condivisa anche dal Governo con l'adozione del Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, in cui pare potersi ravvisare un ritorno alla normalità nella gerarchia delle fonti⁶⁹.

⁶⁵ *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, cit, nota 22.

⁶⁶ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), traduzione italiana *Le dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1961, 81.

⁶⁷ M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., 110 ss.

⁶⁸ Come sottolineato da M. Specchia, ulteriori profili di incostituzionalità si potrebbero ricavare dall'analisi disposizioni del d.l. n. 19 del 2020 relative al regime moratorio introdotto dall'art. 3, comma 1, laddove alle Regioni viene concesso di introdurre misure ancora più restrittive al fine di fronteggiare la diffusione del Covid-19. Si veda, M. Calamo Specchia, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 3, 2020, 10

⁶⁹ L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19, la reazione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, 15; M. Belletti, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione*

Dunque, anche volendo aderire alla tesi di coloro che ritengono la “necessità” una fonte di per sé idonea a legittimare gli atti normativi prodotti a ridosso dello scoppio dell'emergenza, in una seconda fase (“la c.d. fase 2”) non pare – a chi scrive – che si possa ancora parlare di eccezionalità, ma semmai di stabilizzazione di una condizione nuova con cui – si è detto più volte – si dovrà convivere per qualche tempo.

Lo scorrere del tempo, ovvero quella temporaneità dell'eccezione che il Comitato DU ritiene fondamentale al fine di valutare la *compliance* agli obblighi del Patto, non può essere trascurato in una analisi che voglia distinguere il ‘ciò che è stato fatto’ dal ‘come è stato fatto’.

In aggiunta, come questa analisi tenta di dimostrare, anche se la Corte EDU non ha mai fatto realmente perno sul concetto di temporaneità nel valutare la legittimità delle misure emergenziali, essa ha però più volte ribadito il concetto di *exigencies of the situation*, sottolineando, quindi, come ogni deroga è legata ad un momento specifico che, proprio perché “momento” (fase 1) deve distinguersi dalla gestione della stabilizzazione (fasi 2, 3, ect.) di un fenomeno sociale (anche molto complesso) come la diffusione di un nuovo virus.

Passando poi dal “fattore tempo” al “fattore spazio”, cioè considerando il c.d. ‘*territorial scope*’, anche in questo contesto si potrebbe sollevare qualche dubbio.

In primo luogo, se nella prima fase emergenziale era ragionevole ritenere *strictly required by exigencies of the situation* l'adozione a livello nazionale e senza distinguo di provvedimenti fortemente restrittivi, allo scopo di impedire una ulteriore diffusione del Covid-19, nella c.d. “fase 2” – mantenendo fisso il divieto di spostamento interregionale – ci si sarebbe potuti aspettare una certa gradualità nelle restrizioni, modulata sulla reale incidenza del virus nei diversi territori.

Posto che durante la gestione emergenziale si dovrebbe sempre valutare se le ‘*measures are strictly proportionate to the exigencies of the situation*’, talune libertà, si pensi ad esempio alla libertà religiosa nella sua dimensione collettiva, sempre rispettando le dovute misure di distanziamento fisico tra le persone, avrebbe potuto cominciare a tornare nell'alveo della normalità in quei territori dove non si registrano casi di contagio⁷⁰.

Nella cornice disegnata sia dalla CEDU che dal Patto, il concetto “*strictly proportionate*” è collegato a quello di “stretta necessità”. Quindi, usando un gioco di parole, non si può sfuggire alla necessità di ridurre al minimo le possibili limitazioni delle libertà fondamentali, pena il rischio di non riuscire a passare indenni lo *strict scrutiny* che potrà e dovrà essere effettuato dalla Corte EDU o dal Comitato DU in sede di *international supervision*.

Un ulteriore elemento di riflessione è rappresentato dal principio di non discriminazione. In questo ambito, ne è convinto chi scrive, si dovranno forse concentrare gli sforzi della dottrina.

dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 3, 2020, 19.

⁷⁰ Corte EDU, caso *Şahin Alpay c. Turchia*, cit., para. 74.

Se, come stabilito dalla giurisprudenza europea di Strasburgo, le misure afflittive delle libertà fondamentali sono da considerarsi *disproportionate*⁷¹ nel momento in cui distinguono in modo irragionevole tra individui, allora pare lecito domandarsi in che modo può ritenersi ragionevole la distinzione operata nel DPCM del 26 aprile 2020⁷² tra cittadini che possono recarsi a visitare i “congiunti” e cittadini che, pur nutrendo affetti stabili non rientrando in questa categoria, non hanno diritto a visitare i loro cari.

Come già notato da alcuni, se si possono ben comprendere le ragioni del distanziamento fisico imposto ai cittadini, definire cos'è o non è affetto stabile degno di tutela ‘è compito tutt'altro che semplice e non spetta alla regolamentazione dell'emergenza occuparsene’⁷³.

Se poi tale distinzione, formulata in modo confuso, viene deferita ad una valutazione caso per caso delle pubbliche autorità, allora non pare azzardato prospettare una violazione sia della Costituzione – si pensi all'art. 2 Cost. che tutela le formazioni sociali ove l'individuo svolge la sua personalità – sia degli obblighi imposti dalla CEDU e del Patto in termini di non discriminazione.

Venendo ora all'esame dei diritti inderogabili, anche su questo versante pare opportuno sottolineare due profili: le scelte compiute dal decisore politico durante l'emergenza e le scelte che potrebbero essere compiute (da alcuni già paventate).

Quanto al primo aspetto, ci si riferisce alla decisione di alcuni organi regionali di governo – peraltro già oggetto di indagine – di collocare persone affette da Covid-19 in strutture per anziani, le c.d. RSA. Una scelta che sembrerebbe aver determinato una diffusione dell'epidemia proprio tra quei soggetti che maggiormente sono esposti alla malattia, con un conseguente drastico aumento delle vittime. Sia il Patto, sia la CEDU considerano il diritto non derogabile alla vita come una *positive obligation*, ossia pongono in capo allo Stato l'onere di adottare *all reasonable steps*⁷⁴ per evitare che le autorità pubbliche pongano in essere provvedimenti lesivi di questo diritto inderogabile.

Quanto al secondo aspetto, legato indissolubilmente al primo, rientra tra gli obblighi internazionali quello di investigare sulle cause che possono aver determinato *wrongful death*. Ipotizzare “scudi penali”, parlare di “momento inopportuno” per svolgere indagini giudiziarie⁷⁵, pare porsi al di fuori di quegli obblighi sottoscritti con la CEDU e con il Patto, in particolare se si considera – tra gli altri – il caso *Sakvarelidze*⁷⁶. dove la Corte EDU ha stabilito che un ritardo

⁷¹ Corte EDU, caso *A & Others c. Regno Unito*, cit., para.190.

⁷² DPCM del 26 aprile 2020, *Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale*, in GU 108 del 27 aprile 2020.

⁷³ D. Amram, *“Incontrare i congiunti” ai tempi del COVID-19*, in *Articolo29.it*, 28 aprile 2020.

⁷⁴ Sul punto, B. Moriarty, E. Massa, *Human Rights Law*, Oxford, 2012, 202 ss.; A. Mowbray, *Case and Material on the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, 77 ss.

⁷⁵ Su queste posizioni si sono collocati alcuni esponenti politici all'indomani dell'apertura delle inchieste in Lombardia ed Emilia-Romagna.

⁷⁶ Corte EDU, caso *Sakvarelidze c. Georgia*, 6 febbraio 2020, ricorso n. 40394/10. In questa sentenza, la Corte chiarisce che, ‘at the outset, that Article 2 covers not only intentional killing but also situations where death may result as an unintended outcome [...] The first sentence of Article 2 of the Convention requires the States, amongst other obligations, to put in place a legislative and

nelle indagini può di per sé configurare una lesione dell'art. 2 CEDU sotto il profilo sia procedurale che sostanziale.

4. Una brevissima nota conclusiva ed un auspicio

Questo contributo ha cercato di affrontare la complessità, in termini giuridici, della realtà venutasi a creare nel nostro ordinamento dopo l'esplosione dell'epidemia del Covid-19, utilizzando, in una prospettiva che fa perno sul concetto di tutela multilivello dei diritti umani. A questo scopo sono stati utilizzati come parametri di riferimento sia la Convenzione Europea, sia il Patto sui Diritti Civili e Politici.

L'analisi ha mostrato come nell'elaborazione dei *monitoring bodies* lo stato di emergenza sia stato più volte sottoposto ad *international supervision*. Ecco che, proprio perché inserito in questo sistema, l'ordinamento giuridico italiano, in particolare la Corte costituzionale, non potrà non tenere conto di quei principi che sono stati elaborati in sede internazionale.

Sebbene l'emergenza Covid-19 sia un evento dotato di una eccezionalità senza paragoni, non si deve dimenticare che questa emergenza avrà un termine ed in quel momento, in particolare noi giuristi, dovremo non solo saper tornare alla normalità, ma saremo chiamati a riflettere a lungo sulla necessità di predisporre nuovi, più flessibili ed efficienti mezzi per garantire che i poteri emergenziali non si traducono in una eccessiva (sproporzionata) limitazione delle libertà fondamentali.

Infine, come sottolineato da Azzariti,

Se il trauma di questa vicenda dovesse insegnarci a prestare maggiore attenzione alla tutela della salute, all'ambiente che ci circonda, alla necessità di garantire un servizio sanitario nazionale in grado di assicurare il diritto fondamentale alla salute e le cure a tutti non soltanto nei casi eccezionali, ma nelle emergenze di tutti i giorni, tutto ciò sarebbe sicuramente una conseguenza positiva rispetto a questa tragedia⁷⁷.

Michele Di Bari

Dip.to di Sc. pol., giur. e St. internaz.
Università degli Studi di Padova
michele.dibari@unipd.it

administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life in the context of any activity, whether public or not, in which the right to life may be at stake [...] In the case of a life-threatening injury or death, the above obligation calls for an effective independent judicial system to ensure enforcement of the aforementioned legislative framework by providing appropriate redress' (para. 49 ss.)

⁷⁷ G. Azzariti, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questionegiustizia.it*, 27 marzo 2020.