



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

Rivista giuridica di classe A

2021, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto Internazionale e dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaurò, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale[†]
Antonio Tizzano, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania - Giudice dell'ITLOS
Federico Casolari, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Ana C. Gallego Hernández, Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla
Pietro Gargiulo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Victor Luis Gutiérrez Castillo, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Marie Curie Fellow, European University Institute
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefano Montaldo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Professore Senior di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Michele Nino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Anna Oriolo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Santiago Ripol Carulla, Catedrático de Derecho internacional público, Universitat Pompeu Fabra Barcelona
Teresa Russo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Angel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista quadrimestrale on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2021, n. 3

Editoriale

La politica europea di cooperazione giudiziaria in materia civile e il suo impatto negli ordinamenti nazionali p. 1
Francesco Salerno

Saggi e Articoli

L'equilibrio nei rapporti tra Corti europee e Corti nazionali: un'autentica quadratura del cerchio possibile solo in prospettiva *de iure condendo* p. 9
Antonio Ruggeri

Brexit e accordi di riammissione dell'Unione europea p. 32
Giovanni Cellamare

Spazio europeo e clausole di deroga dei trattati internazionali in materia di diritti umani: spunti dalla nuova prassi relativa all'emergenza pandemica p. 43
Valeria Eboli

Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso *Repubblika* alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco p. 73
Angela Festa

La riforma della disciplina di recepimento del mandato d'arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna p. 95
Stefano Montaldo, Lorenzo Grossio

La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea p. 136
Claudia Morini

In search of *Ecocide* under EU Law. The international context and EU law perspectives p. 163
Alfredo Rizzo

Cooperazione internazionale in materia di sequestro e confisca e tutela dei diritti fondamentali: tre modelli nel sistema europeo *post* Brexit p. 197
Alessandro Rosanò



Commenti e Note

- Legal persons and cross-border crimes in the EU: current issues and prospects p. 223
Giulia Fabri, Vittoria Sveva Zilia Bonamini Pepoli
- Il “*green pass* esteso” nello spazio europeo *multilevel* di libertà, sicurezza e giustizia. p. 243
Riflessioni sull’eventuale introduzione dell’obbligatorietà vaccinale
Federica Grasselli, Valeria Tevere
- Pubblicazione e condivisione di foto sui social network: la tutela del minore fra diritto p. 282
all’immagine e protezione dei dati personali
Livio Scaffidi Runchella



SPAZIO EUROPEO E CLAUSOLE DI DEROGA DEI TRATTATI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI DIRITTI UMANI: SPUNTI DALLA NUOVA PRASSI RELATIVA ALL' EMERGENZA PANDEMICA

Valeria Eboli*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le clausole di deroga previste dai principali trattati. – 3. I presupposti per l'instaurazione del regime derogatorio. – 4. Le deroghe in relazione all'emergenza pandemica. – 5. Contenuti e fondatezza delle deroghe. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La nota emergenza pandemica correlata al SarS CoV 2 del 2020 ha indotto gli Stati ad agire prontamente per fare fronte a un evento imprevedibile e di straordinaria gravità. Sono emerse con forza esigenze di tutela della salute pubblica e di preservazione della vita stessa degli individui.

Le reazioni statali a tal fine sono state molteplici e di vario tipo ed hanno interessato Paesi di ogni parte del Pianeta. Talvolta le misure volte a fronteggiare la crisi sanitaria adottate dagli Stati hanno comportato flessioni alla tutela dei diritti umani ordinariamente garantiti.

Molti Stati hanno proclamato, sul piano interno, uno stato d'emergenza e, sul piano internazionale, si sono avvalsi della clausola di deroga per sospendere alcuni loro obblighi, come previsto nei principali trattati internazionali a tutela dei diritti umani¹.

Anche nel contesto dell'Unione europea, tale tema è stato oggetto di attenzione, tenuto conto dell'impatto di alcune misure emergenziali su talune garanzie tipiche dell'area di libertà, sicurezza e giustizia. Il Parlamento europeo ha, difatti, evidenziato che “anche in uno stato di emergenza pubblica, i principi fondamentali dello Stato di diritto, della democrazia e del rispetto dei diritti fondamentali devono prevalere e che

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Professore straordinario di Diritto internazionale, Accademia Navale di Livorno. Indirizzo e-mail: eboli.valeria@ddp.unipi.it.

¹ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – Reflections*, Strasburgo, 26 maggio 2020, CDL-PI(2020) 005rev, <https://rm.coe.int/respect-for-democracy-hu-man-rights-and-rule-of-law-during-states-of-e/16809e82c0>, p. 1.

tutte le misure di emergenza, le deroghe e le limitazioni sono soggette a tre condizioni generali, ovvero la necessità, la proporzionalità in senso stretto e la temporaneità”².

Il Parlamento ha evidenziato che le condizioni che regolano deroghe e limitazioni dei diritti, cui gli Stati sono chiamati ad attenersi, sono quelle “regolarmente applicate e interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) e di vari tribunali costituzionali (e di altro tipo) degli Stati membri”³.

Il suddetto scenario ha ravvivato il dibattito sulla ricerca di un equo bilanciamento tra le esigenze di tutela dello stato di diritto e le garanzie individuali⁴.

Pertanto, superate le prime riflessioni a caldo sull'invocazione delle clausole di deroga, dopo che è intervenuta per lo più la fine dei regimi derogatori instaurati, si possono proporre alcune riflessioni sull'uso che gli Stati hanno fatto in tale frangente delle clausole previste nei principali trattati a tutela dei diritti umani.

In particolare la disamina ha ad oggetto un'analisi della prassi emersa in tema di invocazione delle clausole in relazione all'emergenza pandemica determinata dal COVID 19. Premesse brevi note sui tratti essenziali delle clausole di deroga, l'attenzione sarà volta a verificare se l'emergenza sanitaria possa essere considerata un presupposto idoneo a giustificare l'instaurazione del regime emergenziale. Successivamente ci si soffermerà sulle deroghe effettuate, esaminandole sotto il profilo procedurale e nei contenuti per saggiarne la rispondenza o la difformità rispetto alla prassi pregressa.

2. Le clausole di deroga previste dai principali trattati sui diritti umani

I principali trattati a tutela dei diritti umani a carattere generale contengono, com'è ben noto, una clausola di deroga, che consente la sospensione di taluni obblighi in situazioni eccezionali⁵.

² Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali, P9_TA(2020)0307, p. 13.

³ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali, cit., p. 14; Relazione intermedia della Commissione di Venezia dell'8 ottobre 2020, (CDL-AD (2020) 018), <https://www.agensir.it/quotidiano/2020/10/9/coronavirus-covid-19-commissione-di-venezias-misure-adottate-da-paesi-ue-hanno-avuto-impatto-su-democrazia-stato-di-diritto-e-diritti-umani/>, paragrafi 19 e 21.

⁴ I. A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. emergenza e potere Legislativo*, in *Rivista AIC*, 2021, n.1, pp. 99-165.

⁵ V. J. ORAÀ, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992; J.M. FITZPATRICK, *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, Philadelphia, 1994; R.S.J. MACDONALD, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, n. 36, pp. 225-268; A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception. with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, The Hague, 1998; G. CATALDI, *Articolo 15*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 425-442, O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge,

In particolare l'art. 15 della Convenzione europea sui diritti umani e le libertà fondamentali (*infra* CEDU)⁶, l'art. 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (*infra* Patto o PIDCP)⁷, l'art. 27 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo (*infra* Convenzione americana)⁸ e l'art. 4 della Carta araba sui diritti umani (*infra* Carta araba)⁹ contengono clausole di siffatto tenore.

Si tratta di un meccanismo convenzionale a disposizione degli Stati per adattare, con flessibilità, la portata degli obblighi assunti ad altre esigenze fondamentali¹⁰.

Nel sistema europeo di tutela, la Corte di Strasburgo ha riaffermato a più riprese che si tratta di un meccanismo convenzionale e che il regime derogatorio emergenziale non può ritenersi automaticamente applicabile, senza una formale invocazione della rilevante clausola di deroga da parte dello Stato interessato¹¹.

Dal tenore letterale delle varie clausole si evince che i principali fattori di rischio sono individuati nel conflitto armato, *alias* guerra nella terminologia in uso all'epoca della negoziazione dei primi testi convenzionali, oppure in altre situazioni emergenziali, tali da determinare la proclamazione di uno stato d'emergenza nel diritto interno¹².

Non è rinvenibile una catalogazione di circostanze eccezionali idonee a fondare la deroga, nemmeno a titolo esemplificativo. Occorre quindi fare riferimento, a fini ricostruttivi, esclusivamente alla prassi applicativa e giurisprudenziale.

Gli Stati possono invocare la clausola quando è necessario proteggere altri interessi e nei limiti della stretta necessità e della proporzionalità. Molti Stati hanno ritenuto necessario adoperare tale strumento convenzionale per reagire alla pandemia da COVID 19.

2006; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, 2010; G. CATALDI, *Art. 15*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, pp. 555-564; E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, 2018.

⁶ Consiglio d'Europa, *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 Novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, *European Treaty Series (ETS)*, no.5.

⁷ Organizzazione delle Nazioni Unite, *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, adottato e aperto a firma, ratifica e accessione con risoluzione dell'Assemblea Generale 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966, entrato in vigore il 23 marzo 1976, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

⁸ Organizzazione degli Stati Americani, *Convenzione Americana sui diritti umani*, adottata nel corso della Conferenza interamericana sui diritti umani San José, Costa Rica, il 22 novembre 1969, entrata in vigore il 18 luglio 1978, <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>

⁹ Lega degli Stati Arabi, *Carta araba sui diritti umani*, aperta alla firma il 22 maggio 2004, entrata in vigore il 15 marzo 2008, <https://digitallibrary.un.org/record/551368>.

¹⁰ V. E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, cit., pp. 255 ss; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., pp. 43 ss.

¹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 6 luglio 2005, ricorso n. 57950/00, *Z.A. Isayeva c. Russia*, par. 191; Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 24 febbraio 2005, ricorsi n. 57942/00 *M.A. Khashiyev c. Russia* e n. 57945/00 *R.A. Akayeva c. Russia*, par. 170; Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza del 24 febbraio 2005, ricorsi n. 57947/00 *M.C. Isayeva c. Russia*, n. 57948 *Z.A. Yusopova c. Russia*, n. 57949/00 *L. Bazayeva c. Russia*, par. 171.

¹² Sugli aspetti costituzionali, v. *infra*.

I presupposti per l'invocazione della clausola sono specificati nei testi convenzionali¹³, che pongono enfasi sulla natura di eccezionalità dello strumento da un lato e sulla discrezionalità degli Stati¹⁴ relativa alla decisione di avvalersene dall'altro.

Pertanto può ben avvenire che, a fronte della stessa minaccia, diversi Stati compiano valutazioni differenti in ordine alla sua gravità ed alla resilienza del proprio sistema costituzionale interno rispetto alla medesima.

L'invocazione della clausola discende, quindi, da una combinazione di fattori oggettivi, dati dalla causa sottesa al pericolo per lo Stati, e soggettivi, discendenti dalla ponderazione del suo impatto sullo Stato fattane dai suoi competenti organi interni.

Al fine di meglio comprendere il fenomeno in oggetto, occorre distinguere la deroga dalle limitazioni dei diritti.

¹³ In relazione all'emergenza pandemica, gli Stati sono stati a più riprese chiamati al loro rispetto. V. United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, *Emergency measures and COVID-19: Guidance*, 27 aprile 2020, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/COVID19Guidance.aspx>; UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, CCPR/C/128/2, 24 April 2020, https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf.

¹⁴ Per approfondimenti, si rimanda alla dottrina sul tema. *Ex multis*, v. T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 4, 1982, pp. 474-496; R.S.J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation*, in R.S.J. MACDONALD et al. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 83-124; 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, pp. 240-350; N. LAVENDER, *The Problem of the Margin of Appreciation*, in *European Human Rights Law Review*, vol. 4, 1997, 380; J.G.C. SCHOKKENBROEK, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, pp. 30-36; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, 843; M.R. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, p. 641; S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Files no. 17*, Strasbourg, 2000; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, 2002, p. 241; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, 2006, pp. 705-732; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden/Boston, 2009; J.H. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, vol. 17, 2011, pp. 80-120; J. KRATOCHVÍL, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, 2011, pp. 324-357; D. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, *CELS Working Paper*, 2012, at www.cels.law.cam.ac.uk; G. ITZCOVICH, *One, None and One Hundred Thousand Margins of Appreciations: The Lautsi Case*, in *Human Rights Law Review*, vol. 13, no. 2, 2013, 287-308; C.M. ZOETHOUT, *Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication*, in *European Public Law*, vol. 20, 2014, 309-330; J.H. GERARDS, *Diverging Fundamental Rights Standards and the Role of the European Court of Human Rights*, in M. CLAES, M. DE VISSER (eds.) *Constructing European Constitutional Law*, Oxford, 2015, M. SAUL, *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, vol. 15, 2015, pp. 745-774.

I trattati sui diritti umani contemplanò alcune ipotesi di limitazione dei diritti umani, ovvero la possibilità di ridurre l'intensità della tutela degli stessi¹⁵. In tal caso, non si verifica una sospensione dell'obbligo, ma una compressione dell'intensità dello stesso. Le limitazioni sono ammissibili secondo le condizioni espressamente previste dai testi convenzionali rilevanti¹⁶.

Occorre anche rilevare la relazione tra lo strumento convenzionale della deroga e lo stato di necessità. Mentre infatti la sospensione della tutela invocata tramite la procedura pattizia è operante *ex ante*, liberando gli Stati da talune obbligazioni, lo stato di necessità, che pure può ritenersi operante in presenza di situazioni analoghe a quelle poste a fondamento della deroga, opera invece *ex post*¹⁷.

Sotto il profilo giuridico, lo stato di necessità, nel diritto internazionale generale, è comunemente configurato come causa di esclusione dell'illecito, in presenza di un comportamento contrario ad un obbligo di diritto internazionale¹⁸. Una ricostruzione dell'istituto, così com'è generalmente inteso dalla dottrina prevalente, si rinviene nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, approvato dalla Commissione di diritto internazionale il 13 agosto 2001¹⁹. Lo stato di necessità esclude l'illiceità della violazione di un obbligo internazionale da parte dello Stato, se essa è funzionale alla preservazione di un interesse essenziale dello Stato o della Comunità internazionale, a fronte di un pericolo grave ed imminente²⁰.

¹⁵ V. A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception. with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, pp. 49 ss.

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ V. E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, cit., pp. 231 ss.; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., pp. 49 ss.

¹⁸ Sullo stato di necessità in generale, v. *ex multis*, v. A. PILLITU, *Lo stato di necessità nel diritto internazionale*, Perugia, 1981, G. SPERDUTI, *Introduzione allo studio delle funzioni della necessità nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1943, p. 19 ss.; P. LAMBERTI ZANARDI, voce *Necessità (dir. intern.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, p. 897 ss.; J. SALMON, *Faut-il codifier l'état de nécessité en droit international?*, in J. MACARCZYK (ed.), *Essays in International Law in Honour of Judge Lachs*, The Hague, 1984, pp. 235 ss. Cfr. Permanent Court of International Justice, *Judgement on the Case Oscar Chinn, Separate opinion of Judge Anzilotti*, 12 December 1934, PCIJ, series A/B, no. 63, p. 65 ss., 112-114, in cui si legge che "*necessity may excuse the non-observance of international obligations*".

¹⁹ L'art. 25 del Progetto, inserito nel Capitolo V dedicato alle cause di esclusione dell'illecito, riguarda infatti la "*Necessity*" ed è formulato nella maniera che segue:

"1. *Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:*

(a) *is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave imminent peril; and*
(b) *Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or the international community as a whole.*

2. *In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*

(a) *The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or*
(b) *The State has contributed to the situation of necessity*".

V. International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, 53th Session, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, art. 25; J. CRAWFORD, *State responsibility*, Cambridge 2013, pp. 274 ss., J. CRAWFORD, *Commentary on Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, Cambridge, 2002.

²⁰ Cfr. J. CRAWFORD, *Commentary on Draft articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts*, cit., p. 194. V. anche R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1978, pp. 1259 ss. L'articolo sullo stato di necessità era formulato in termini simili a quelli attuali anche nella

In dottrina è stata vagliata la possibilità di ricondurre la deroga allo stato di necessità.

Secondo talune ricostruzioni, la deroga è stata ricondotta *tout court* allo stato di necessità, ritenuto meramente codificato nei testi convenzionali a tutela dei diritti umani²¹. Secondo altre, si tratterebbe, piuttosto, di un adattamento della dottrina dello stato di necessità alla protezione dei diritti umani negli stati d'emergenza²².

Lo stato di necessità è determinato da un evento imprevedibile e grave che non consente allo Stato di reagire in nessun altro modo, se non tenendo un comportamento difforme da quello imposto da una norma internazionale.

Dall'analisi dei lavori preparatori della CEDU, emerge, invece, la volontà di inserire la clausola proprio per impedire agli Stati di sottrarsi ai loro obblighi convenzionali in situazioni eccezionali, invocando lo stato di necessità di diritto internazionale generale²³. Peraltro, qualora si accogliesse l'ipotesi dell'assimilazione, lo stato d'emergenza contemplato nelle clausole derogatorie non sarebbe altro che una riproduzione nei trattati di un istituto di diritto internazionale generale, corredato da alcune attenuazioni e correttivi.

Nel caso di applicazione delle clausole di deroga, la liceità del comportamento dello stato non dipende dalla combinazione del fatto illecito con una causa di esclusione della illiceità (nella specie, necessità). In tal caso gli Stati, in presenza di uno stato d'emergenza interno, sospendono la vigenza di taluni obblighi *a priori*, così che una volta invocata la deroga, lo Stato possa agire senza il vincolo degli stessi.

Quindi, come sopra osservato, l'invocazione di una clausola di deroga comporta una temporanea sospensione di taluni obblighi convenzionali.

È possibile individuare, in termini generali, taluni tratti caratterizzanti che connotano l'istituto.

precedente versione del Progetto. Rappresenta, attualmente, un elemento innovativo, il riferimento alla protezione di un interesse fondamentale della Comunità internazionale, come presupposto idoneo ai fini dell'invocazione della causa di giustificazione. Quanto alla minore importanza o urgenza, nel Rapporto Ago, è chiarito che essa deve essere intesa in senso relativo in quanto "*c'est une question de rapport, de proportion, plutôt que de valeur absolue*" (R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, cit., p. 1275).

²¹ R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruxelles, 1987, pp. 45 ss.; G. CATALDI, *La clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1983, pp. 3-22; F. OURGUERGOUZ, *La Clause de dérogation dans certains traits relatifs aux droits de l'homme: les réponses du droit international général*, in *Revue générale de droit int. public*, 1994, pp. 287-337.

²² J. ORAA, *The Protection of Human Rights in Emergency Situations*, cit., p. 435. Secondo l'A. alcuni principi che reggono lo stato d'emergenza, quali quello di proporzionalità, di eccezionalità del pericolo e di inderogabilità dei diritti fondamentali, corrispondono esattamente a quelli dello stato di necessità, mentre altri appaiono esclusivi dello stato d'emergenza. Ad esempio, il principio di non discriminazione e quelli di proclamazione e notificazione non caratterizzano lo stato di necessità di diritto internazionale generale, ma sono contemplati con riferimento allo stato d'emergenza. Si tratterebbe, pertanto di "*a particular application (or adaptation)*" dell'istituto dello stato di necessità nel campo dei diritti umani. *Ibidem*.

²³ V. *Conseil de l'Europe, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, The Hague, 1977, vol.III, p. 171, per la CEDU. Per il Patto, v. doc.ONU, E/CN.4/A.C.3/SRS, p.12. V. V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., p. 52. Nello stesso senso v. E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, cit., p. 236.

Oltre a quanto già rilevato a proposito dell'eccezionalità, della temporaneità e del carattere convenzionale del regime derogatorio, occorre evidenziare due aspetti ulteriori. In primo luogo tale facoltà esercitabile al livello internazionale è strettamente correlata a una formalizzazione dello stato d'eccezione nel diritto interno. La proclamazione ufficiale di uno stato d'emergenza sul piano costituzionale è, difatti, un presupposto imprescindibile al fine di poter attivare la procedura convenzionale e l'instaurazione del regime derogatorio²⁴. In secondo luogo, la possibilità di limitare gli obblighi convenzionali è ristretta, ovvero non può incidere sulla tutela di taluni diritti c.d. inderogabili²⁵.

In ognuna delle clausole è riportata un'elencazione²⁶ e nei vari sistemi convenzionali varia il novero dei diritti inderogabili, che vanno dal nucleo minimo rappresentato dal c.d. nocciolo duro dei diritti umani della CEDU²⁷ alle elencazioni più ampie del Patto²⁸ e della Convenzione americana²⁹ e della Carta araba³⁰.

La tutela del diritto alla vita, la libertà dalla tortura e dalla schiavitù e la salvaguardia offerta dal principio dell'irretroattività della legge penale sono considerate garanzie insopprimibili nell'ambito di tutte le clausole di deroga.

Alla luce di tali considerazioni appare chiaro che il carattere della deroga può essere soltanto temporaneo e parziale. Non è contemplata la possibilità di sospendere gli obblighi derivanti dalle rispettive convenzioni *in toto*, né per un tempo indeterminato.

²⁴ V., in particolare, Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 29, States of Emergency Article 4*), 31 agosto 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, par. 2 e 4.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ In tale catalogo minimo essenziale di diritti inderogabili figurano il diritto alla vita (art. 2 CEDU), il diritto a non subire tortura o altri trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU) o ad essere ridotti in schiavitù (art. 4 par. 1 CEDU), il diritto a non essere soggetti a condanne penali senza il rispetto del principio generale "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*" (art. 7 CEDU).

²⁸ L'art. 4 del Patto, in aggiunta ai diritti sopra esposti, contempla il diritto a non essere soggetti alla privazione della libertà personale per l'inadempimento di obbligazioni contrattuali, il diritto al riconoscimento della personalità giuridica, la libertà di pensiero, coscienza e religione (articoli 6, 7, 8 (paragrafi 1 e 2), 11, 15, 16 e 18 del Patto).

²⁹ L'art. 27 par. 2 della Convenzione Americana è così formulato: "*The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights*".

³⁰ Il testo dell'art. 4 par. 2 è il seguente: "*In exceptional situations of emergency, no derogation shall be made from the following articles: article 5, article 8, article 9, article 10, article 13, article 14, paragraph 6, article 15, article 18, article 19, article 20, article 22, article 27, article 28, article 29 and article 30. In addition, the judicial guarantees required for the protection of the aforementioned rights may not be suspended*". Nella Carta araba si sanziona l'inderogabilità delle norme relative al diritto alla vita, al diritto a non subire tortura o altri trattamenti inumani o degradanti né essere sottoposto ad esperimenti medici o scientifici contro la propria volontà, la libertà dalla schiavitù e altre forme di lavoro forzato, il diritto all'equo processo, il diritto all'accesso alla giustizia, ai privilegi derivanti dal principio dell'irretroattività della legge penale, il diritto a non subire la pena detentiva per il mancato pagamento di un debito, il diritto al rispetto del principio del *ne bis in idem*, alle garanzie giudiziarie, alla capacità giuridica, alla libertà di movimento, alla libertà di pensiero, coscienza e religione. Si precisa, inoltre, che non possono essere sospese le garanzie giudiziarie per la tutela dei predetti diritti.

Tali principi trovano una corrispondenza in concreto nelle modalità di formulazione della deroga, la cui relativa comunicazione deve contenere l'indicazione puntuale delle garanzie sospese, dell'orizzonte temporale della sospensione, dell'ambito territoriale al quale la deroga è riferita, dei presupposti che la rendono necessaria, oltre a fondarsi sul necessario presupposto dell'avvenuta proclamazione dello stato d'emergenza nell'ordinamento interno, come meglio si dirà in seguito.

Le modalità per la proclamazione dello stato d'emergenza sono individuate dal diritto interno di ogni Stato. Molte Costituzioni contengono previsioni riguardanti lo stato d'emergenza e la conseguente sospensione della tutela dei diritti, come, ad esempio, l'art. 16 della Costituzione francese³¹.

Nel contesto dell'Unione europea, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione di portata giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, non vi sono disposizioni specifiche in materia di deroghe³². Tuttavia assumono un rilievo quelle invocate nell'ambito del sistema europeo di protezione dei diritti umani in quanto l'instaurazione di un regime convenzionale derogatorio può incidere su talune garanzie tipiche dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

3. I presupposti per l'instaurazione del regime derogatorio

Nelle clausole di deroga, e nella relativa prassi applicativa, la tematica dei *presupposti legittimanti il regime derogatorio* è di importanza fondamentale.

Tale disamina assume un rilievo fondamentale in relazione all'emergenza pandemica, in quanto prima del 2020 simili circostanze di natura sanitaria non erano assunte al rango di cause legittimanti l'instaurazione di un regime derogatorio, se non occasionalmente.

Come rilevato, nessuna di tali clausole definisce o menziona a titolo esemplificativo circostanze concrete, potenzialmente idonee a giustificare l'invocazione della deroga, preferendo una formula aperta. Ciò implica principalmente due conseguenze. In primo luogo assume rilievo preponderante la potenziale incidenza di un fatto concreto sulla struttura istituzionale interna dello Stato, poiché lo stesso fatto contingente che minaccia la vita di uno Stato, potrebbe essere fronteggiato da un altro con mezzi ordinari, senza ricorrere all'instaurazione di un regime derogatorio. In secondo luogo, si lascia allo Stato la facoltà di decidere come reagire alle crisi interne.

Al riguardo gli organi di controllo di Strasburgo hanno elaborato la c.d. dottrina del margine di apprezzamento³³, che evidenzia come sia lo Stato, titolare della facoltà di

³¹ V. S. PLATON, *From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France*, in *Verfassungsblog*, 9 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/from-one-state-of-emergency-to-another-emergency-powers-in-france/>.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali, cit., p. 14.

³³ V. C. MORRISON, *Margin of Appreciation in European Human Rights Law*, in *Human Rights Journal*, 1973, pp. 263-86; CH. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague- Boston-London, 1996, pp. 15-20.

derogare, il soggetto più idoneo a valutare se sussistano o meno i presupposti per la proclamazione di uno stato d'emergenza e, conseguentemente, quali misure siano richieste per farvi fronte³⁴.

Riguardo ai limiti stabiliti nelle clausole pertinenti, affinché uno stato emergenziale interno rilevi nei sistemi pattizi internazionali, è necessario che il pericolo incombente sullo Stato sia connotato dai caratteri di *eccezionalità e gravità*³⁵.

Nell'interpretazione che della nozione di gravità hanno dato gli organi di controllo di Strasburgo in passato³⁶, si evince che il pericolo eccezionale deve riguardare la popolazione nel suo complesso, intesa come comunità organizzata democraticamente e, quindi, l'ordine democratico fondato sullo Stato di diritto in quanto tale³⁷.

Il ricorso allo stato d'emergenza deve essere inteso come una necessità affinché lo Stato possa preservare la propria stessa esistenza.

Come enucleato nella giurisprudenza di Strasburgo, il pericolo è da intendere come una minaccia alla vita organizzata della comunità, funzionale a garantire il benessere degli individui. Il riferimento alla popolazione nel suo complesso vale a definire l'entità e la gravità del pericolo, che non può essere circoscritto ad una sua parte, ma deve riguardarla, in tal senso, nel suo complesso. Ciò non significa che l'evento debba avere un'incidenza su tutto il territorio dello Stato. Esso potrebbe anche verificarsi in una zona limitata, ma avere effetti tali da riguardare le sorti della popolazione nel suo complesso³⁸.

Anche nel sistema del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, il requisito della gravità è stato interpretato in termini simili³⁹.

L'emergenza deve essere attuale o imminente; una crisi che riguarda soltanto una regione può avere una gravità tale da incidere sulla "vita dello Stato" nel suo insieme e fondare validamente l'invocazione della deroga⁴⁰. Non da ultimo, si evidenzia il requisito dell'eccezionalità, per cui il pericolo deve essere tale da non poter essere gestito facendo

³⁴ Per maggiori dettagli sul tema, v. *infra*.

³⁵ Cfr. N. QUESTIAUX, *Study of the Implication for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations known as States of Siege or Emergency*, Doc. E/CN.4/sub.2/1982/15 del 27 luglio 1982.

³⁶ Gli organi di controllo di Strasburgo, facendo riferimento al sistema europeo, hanno affermato che "*the meaning of the words "other public emergency threatening the life of the nation" is sufficiently clear; whereas they refer to an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the State is composed*". V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, sentenza del 1 luglio 1961, ricorso n. 332/57, *Lawless c. Irlanda*, par. 28.

³⁷ V. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – Reflections*, cit., par. 27 ss.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ V. J. FITZPATRICK, *Human Rights in Crisis. The International System for Protecting Rights During States of Emergency*, cit., pp. 82- 104; P. GHANDHI, *The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies*, in *German Yearbook of International Law*, 32, 1982, pp. 323-361, 327 ss.; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl-Strasbourg-Arlington, 2005, pp. 88 ss.; A. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception. with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, cit., pp. 217 ss.; J. HARTMAN, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, in *Harvard International Law Journal*, 22, 1981, pp. 1-52, spec. p. 29 ss.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, sentenza del 18 dicembre 1996, ricorso n. 21987/93, *Aksoy c. Turchia*, par. 70.

ricorso alla limitazioni ordinarie giustificate dall'esigenza di mantenere l'ordine pubblico, tutelare la salute o garantire la sicurezza⁴¹.

I motivi sottesi alla deroga possono essere correlati all'esistenza di "...war or other public emergency threatening the life of the nation...", usando la formulazione della CEDU, non dissimile da quella contenuta nelle altre clausole⁴². Il concetto di "guerra" è da intendersi correlato più in generale alla categoria del conflitto armato. La nozione di emergenza, più astratta, apre la strada a un'interpretazione più ampia da parte degli Stati⁴³. A tale proposito, come sopra evidenziato, gli organi di controllo di Strasburgo, hanno evidenziato la discrezionalità allo Stato in merito alla valutazione relativa all'esistenza dello stato d'emergenza e le misure eccezionali richieste, sulla base della c.d. dottrina del margine di apprezzamento⁴⁴. Peraltro, attualmente, lo stesso testo convenzionale, come emendato dal Protocollo n. 15 recentemente entrato in vigore, vi fa riferimento. Nel preambolo, come modificato, si legge che l'obbligo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella Convenzione e nei suoi protocolli è in capo agli Stati, che, nel fare ciò, godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁵.

In tale prospettiva, è demandata alle autorità nazionali la valutazione sull'esistenza del pericolo grave ed eccezionale legittimante l'invocazione della clausola di deroga. Gli Stati sono ritenuti i meglio posizionati rispetto alla situazione e i più idonei a saggiare tanto l'esistenza dell'emergenza quanto le misure necessarie per farvi fronte⁴⁶.

⁴¹ A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception. with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs*, pp. 52 ss.

⁴² "Public emergency which threatens the life of the nation" ex art. 4 del Patto; "war, public danger or emergency which threatens the independence or security of a State party" ex art. 27 della Convenzione americana; "exceptional situations of emergency which threaten the life of the nation" ex art. 4 della Carta araba. V. E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, cit., pp. 5 ss.; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, cit., pp. 10 ss.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ V. C. MORRISON, *Margin of Appreciation in European Human Rights Law*, cit., pp. 263-86; CH. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, cit., pp. 15-20.

⁴⁵ Consiglio d'Europa, Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, aperto alla firma a Strasburgo il 24 giugno 2013, entrato in vigore il 1° agosto 2021, ETS 213.

⁴⁶ Nel caso *Lawless*, la Corte ha ritenuto che competesse allo Stato interessato valutare l'esistenza dello stato d'emergenza, in quanto più vicino al pericolo e dunque maggiormente capace di accertarne la sussistenza e l'entità. Nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, è stato riaffermato quanto inizialmente ritenuto, nel caso *Lawless*, in ordine al *marge d'appréciation* dello Stato. È stato proprio in questo caso che la Corte ha meglio specificato questo aspetto. V. M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights*, Dordrecht -Boston- London, 1992, p. 23. Corte europea dei diritti dell'uomo, Camera, *Lawless*, cit., par. 29; Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, sentenza del 18 luglio 1978, ricorso n. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 207. Nel caso c.d. greco, al contrario, la Commissione europea dei diritti umani aveva affermato che l'onere della prova grava sullo Stato derogante, nonostante la discrezionalità di cui esso gode nel proclamare lo stato d'emergenza, privilegiando l'aspetto oggettivo. La Commissione ha valutato direttamente l'esistenza dello stato d'emergenza sulla base dei fatti provati dallo Stato, a differenza di quanto aveva fatto in occasione del caso *Lawless*, in cui si era limitata a ricostruire l'esattezza del ragionamento dello Stato e gli elementi da esso presi in considerazione per accertarne la fondatezza. Rapporto della Commissione europea dei diritti umani del 18 novembre 1969 sul caso

Tuttavia è stato enfatizzato dalla Corte che gli Stati godono di discrezionalità ma non di un arbitrio illimitato, in quanto compete agli organi di Strasburgo il controllo sull'esercizio della facoltà di deroga da parte dello Stato, verificandone i presupposti oggettivi. La discrezionalità riconosciuta agli Stati è, pertanto, controbilanciata da un meccanismo giurisdizionale che garantisce la valutazione della legittimità della deroga, attraverso la possibilità di un controllo *a posteriori*⁴⁷.

Nel sistema della Convenzione interamericana, il margine di apprezzamento degli Stati è stato inteso in maniera parzialmente differente, in quanto è di competenza degli organi di controllo la valutazione in ordine alla configurabilità della fattispecie sulla base di elementi oggettivi, che è onere dello Stato fornire. Anche nel sistema del Patto delle Nazioni Unite, emerge che in sede di controllo sono privilegiati parametri di ordine oggettivo in relazione all'esistenza dello stato d'emergenza⁴⁸.

Dal momento che lo scopo della deroga è di permettere agli stati di adottare tutte le misure necessarie, anche se implicanti una flessione nella tutela dei diritti fondamentali, per proteggere la propria popolazione da rischi più gravi, come il sovvertimento dello stato di diritto, occorre valutare l'esistenza dello stato d'emergenza con riferimento ai fatti sussistenti al momento della deroga.

Nel caso della pandemia da COVID 19, a fronte del diverso atteggiamento tenuto dagli Stati europei al riguardo, il Segretario Generale del Consiglio d'Europa ha rilevato che “[i]t is for each state to assess whether the measures it adopts warrant such a derogation, depending on the nature and extent of restrictions applied to the rights and freedoms protected by the Convention. The possibility for states to do so is an important feature of the system, permitting the continued application of the Convention and its supervisory machinery even in the most critical times”⁴⁹.

Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia (c.d. “Caso greco”), ricorsi n. 3321/67, *Danimarca c. Grecia*; n. 3322/67, *Norvegia c. Grecia*; n. 3323/67, *Svezia c. Grecia*; n. 3344 *Paesi Bassi c. Grecia*, in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 12, 1969, pp. 71-72.

⁴⁷ V. M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights*, cit., p.23.

Come precisato dalla Corte, “*the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency (...).article 15 par.1 leaves those authorities a wide margin of appreciation. (...) Nevertheless the States do not enjoy an unlimited power in this respect (...). The domestic margin of appreciation is accompanied by a European supervision*”. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Plenaria, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 207.

La stessa interpretazione è stata ribadita anche successivamente. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 26 maggio 1993, ricorsi n. 14553/89 and 14554/89, *Brannigan e Mc Bride c. Regno Unito*, par. 1. Cfr. E. CRYSLER, *Brannigan and McBride v. U.K.: a new direction on Article 15 Derogations under the European Convention on Human Rights?*, in *Revue belge de droit international*, 1994, pp. 603-631.

⁴⁸ Comunicazione del Comitato dei diritti umani, 12° sessione, 8 aprile 1981, n. 34/1978; U.N. Doc. CCPR/C/12/D/34/1978, *Jorge Landinelli Silva, Luis E. Echave Zas, Omar Patron Zeballos, Niurka Sala Fernandez And Rafael Guarga Ferro c. Uruguay*, par. 8. Nel caso di specie, il Comitato, dinanzi al quale alcuni cittadini uruguayani residenti in Messico lamentavano la privazione dei diritti politici, non ha ritenuto sussistente uno stato d'emergenza idoneo a giustificare la deroga. In termini generali il Comitato ha affermato che la valutazione di diritto interno relativa all'esistenza della situazione d'emergenza non è di per sé sufficiente a far dedurre il rispetto dei requisiti *ex art. 4 par. 1* del Patto.

⁴⁹ Consiglio d'Europa, *Information Document: Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis*, 7 aprile 2020, SG/Inf (2020)11, p. 2.

4. Le deroghe in relazione all'emergenza pandemica

Come premesso, in occasione dell'emergenza pandemica del 2020, si è registrata una nuova prassi relativa all'invocazione della clausola di deroga da parte degli Stati in relazione ad una situazione d'urgenza di tipo sanitario.

Molte delle misure emergenziali hanno inciso sulla libertà di circolazione, i controlli alle frontiere, le garanzie giudiziarie⁵⁰, avendo riflessi diretti sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo.

In ogni ambito convenzionale, da quello della CEDU a quello del Patto a quello della Convenzione americana, taluni Stati contraenti hanno ritenuto di avvalersi della facoltà di deroga per sospendere taluni obblighi convenzionali per fare fronte all'emergenza. Per inquadrare la portata del fenomeno, si può muovere dall'analisi di alcuni dati.

Nell'ambito del sistema regionale europeo di protezione dei diritti umani contemplato dalla CEDU, nella prima ondata emergenziale della pandemia, dieci stati si sono avvalsi della clausola di deroga. Al 9 aprile 2020, a circa un mese di proclamazione dell'emergenza globale da parte dell'Organizzazione mondiale della Sanità (OMS)⁵¹, Albania⁵², Armenia⁵³, Estonia⁵⁴, Georgia⁵⁵, Lettonia⁵⁶, Repubblica della Macedonia del Nord⁵⁷, Repubblica di Moldova⁵⁸, Romania⁵⁹, Serbia⁶⁰, San Marino⁶¹ avevano inoltrato una nota ufficiale al CoE comunicando l'instaurazione del regime emergenziale e i diritti sospesi⁶².

⁵⁰ V. *infra*.

⁵¹ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

⁵² Council of Europe, Albania, Note Verbale, Ref. No. JJ9020C Tr./005-231, 1 April 2020, <https://rm.coe.int/16809e0fe5>.

⁵³ Council of Europe, Armenia, Note Verbale, JJ9015C Tr./005-227, 20 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cf885>.

⁵⁴ Council of Europe, Estonia, Note Verbale, Ref. No. JJ9017C Tr./005-229, 20 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cfa87>.

⁵⁵ Council of Europe, Georgia, Note Verbale, Ref. No. JJ9018C Tr./005-230, 23 Marzo 2020, <https://rm.coe.int/16809cff20>.

⁵⁶ Council of Europe, Latvia, Note Verbale, Ref. No. JJ9012C Tr./005-225, 16 Marzo 2020, <https://rm.coe.int/16809ce9f2>.

⁵⁷ Council of Europe, Republic of North Macedonia, Note Verbale, Ref. No JJ9021C Tr./005-232, 2 April 2020, <https://rm.coe.int/16809e1288>.

⁵⁸ Council of Europe, Republic of Moldova, Note Verbale, Ref. No. JJ9016C Tr./005-228, 20 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cf9a2>.

⁵⁹ Council of Europe, Romania, Note Verbale, Ref. No. JJ9014C – Corrigendum Tr./005-226, 18 March 2020, <https://rm.coe.int/16809cee30>.

⁶⁰ Council of Europe, Serbia, Note Verbale, Ref. No. JJ9025C Tr./005-234, 7 April 2020, <https://rm.coe.int/16809e1d98>.

⁶¹ Council of Europe, San Marino, Note Verbale, Ref. No JJ9026C Tr./005-235, 14 April 2020, <https://rm.coe.int/16809e2770>.

⁶² Per una disamina nel dettaglio, v. *infra*.

Nel sistema del Patto, Colombia⁶³, Kyrgyzistan⁶⁴, Argentina⁶⁵ Armenia⁶⁶, Arzerbaijan⁶⁷, Cile⁶⁸, Repubblica Dominicana⁶⁹, Ecuador⁷⁰, El Salvador⁷¹, Estonia⁷², Ethiopia⁷³, Georgia⁷⁴, Guatemala⁷⁵, Lettonia⁷⁶, Paraguay⁷⁷, Peru⁷⁸, Repubblica di

⁶³ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Colombia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.131.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 25 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.131.2020-Eng.pdf>.

⁶⁴ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Kyrgyzistan: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.129.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 31 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.129.2020-Eng.pdf>.

⁶⁵ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Argentina: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.189.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 1 June 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.189.2020-Eng.pdf>.

⁶⁶ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Armenia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.114.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 16 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.114.2020-Eng.pdf>.

⁶⁷ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Azerbaijan: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.575.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 29 September 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.575.2020-Eng.pdf>.

⁶⁸ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Chili: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.128.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 25 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.128.2020-Eng.pdf>.

⁶⁹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Dominican Republic: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.327.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 31 July 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.327.2020-Eng.pdf>.

⁷⁰ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Ecuador: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.119.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 24 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.119.2020-Eng.pdf>.

⁷¹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *El Salvador: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.134.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 14 April 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.134.2020-Eng.pdf>.

⁷² International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Estonia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.113.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 20 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.113.2020-Eng.pdf>.

⁷³ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Ethiopia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N. 243.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 5 May 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.243.2020-Eng.pdf>.

⁷⁴ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Georgia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.125.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 21 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.125.2020-Eng.pdf>.

⁷⁵ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Guatemala: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.65.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 7 February 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.65.2020-Eng.pdf>.

⁷⁶ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Latvia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.105.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 16 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.105.2020-Eng.pdf>.

⁷⁷ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Paraguay: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.318.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 15 July 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.318.2020-Eng.pdf>.

⁷⁸ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Peru: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.123.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 20 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.123.2020-Eng.pdf>.

Moldova⁷⁹, Romania⁸⁰, San Marino⁸¹, Senegal⁸², Thailandia⁸³, Togo⁸⁴, Stato di Palestina⁸⁵, Namibia⁸⁶, Trinidad e Tobago⁸⁷, hanno invocato la clausola derogatoria del relativo art. 4.

Al riguardo si segnalano alcune particolarità, meglio approfondite in seguito. Quanto all'aspetto dei contenuti, alcune note sono state trasmesse *ex post*, dopo l'avvenuta instaurazione del regime emergenziale e la sospensione dei diritti e l'avvenuta cessazione dello stato d'emergenza nel diritto interno.

⁷⁹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Republic of Moldova: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.164.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 4 May 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.164.2020-Eng.pdf>.

⁸⁰ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Romania: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.121.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 20 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.121.2020-Eng.pdf>.

⁸¹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *San Marino: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.146.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 23 April 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.146.2020-Eng.pdf>.

⁸² International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Senegal: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.298.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 13 July 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.298.2020-Eng.pdf>.

⁸³ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Thailand: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.194.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 5 June 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.194.2020-Eng.pdf>.

⁸⁴ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Togo: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.151.2021.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 17 May 2021, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2021/CN.151.2021-Eng.pdf>.

⁸⁵ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *State of Palestine: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.127.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 30 March 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.127.2020-Eng.pdf>.

⁸⁶ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Namibia: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.303.2020.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 6 July 2020, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.303.2020-Eng.pdf>.

⁸⁷ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Trinidad and Tobago: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.214.2021.TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 30 June 2021, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2021/CN.214.2021-Eng.pdf>.

Nel sistema americano, Colombia⁸⁸, Argentina⁸⁹, Bolivia⁹⁰, Cile⁹¹, Repubblica Dominicana⁹², Ecuador⁹³, El Salvador⁹⁴, Guatemala⁹⁵, Honduras⁹⁶, Jamaica⁹⁷, Panama⁹⁸,

⁸⁸ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Colombia, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 377/2020, March 19, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Colombia_nota_No_377-2020.pdf.

⁸⁹ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Argentina, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 377/2020, March 19, 2020.

⁹⁰ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Bolivia, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. MPB-OEA-NV085-20, March 25, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Bolivia_nota_No_NV085-20.pdf.

⁹¹ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Chile, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights Note No. 032-2020, March 26, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Chile_nota_No_32-2020.pdf.

⁹² Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Dominican Republic, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No MPRD-OEA 0300-2020, March 30, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Republica_Dominicana_nota_MPRD-OEA_0300-2020.pdf.

⁹³ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Ecuador, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 4-2-073/2020 March 17, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Ecuador_nota_No_4-2-073-2020.pdf.

⁹⁴ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from El Salvador, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. MPOEA-OEA-024/2020, April 1, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_El_Salvador_MPOEA-OEA-024-2020.pdf.

⁹⁵ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Guatemala, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. Ref. NV-OEA-M4-No.182-2020, March 23, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Guatemala_nota_No_182-2020.pdf.

⁹⁶ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Honduras, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, note no.056/MPHOEA/2020, March 26, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Honduras_nota_No_56-2020.pdf

⁹⁷ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Jamaica, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 6/80/216 July, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Jamaica_nota_No_6-80-216.pdf.

⁹⁸ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Panama, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. PANA-OEA-7-121, March 26, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Panama_nota_No_7-121-2020.pdf.

Paraguay⁹⁹, Perù¹⁰⁰, Suriname¹⁰¹, Venezuela¹⁰² si sono avvalsi dello strumento convenzionale.

In prima istanza si può notare come non vi sia esatta corrispondenza tra gli Stati che hanno invocato la deroga nel proprio sistema regionale di riferimento e in quello globale.

Alcuni Stati, anche se contraenti sia di uno strumento convenzionale di carattere regionale che universale, hanno optato per l'invocazione della clausola soltanto in uno di essi, per motivi non esplicitati. Per taluni altri Stati, invece vi è corrispondenza e la sospensione dei diritti è avvenuta con riferimento a più sistemi di tutela dei diritti umani.

Non tutti gli Stati che sul piano del diritto interno hanno fatto fronte all'emergenza con strumenti eccezionali hanno invocato la clausola di deroga per modificare i rispettivi obblighi internazionali.

Si procederà nel prosieguo ad esaminare le comunicazioni inviate per saggiarne la corrispondenza ai criteri consolidati nella prassi precedente o gli eventuali elementi di novità.

5. Contenuti e fondatezza delle deroghe

È opportuno *in primis* verificare se una crisi di carattere sanitario possa rientrare tra le fattispecie fondanti lo stato d'emergenza in base alle clausole in esame. Come esposto in precedenza, è rimesso all'apprezzamento dello Stato valutare, sulla base di presupposti oggettivi, se una certa situazione sia tale da rappresentare un pericolo grave ed eccezionale. Prima della pandemia da Sars Cov2, non si erano verificati casi in cui una emergenza di tipo sanitario fosse stata messa a fondamento di una deroga ai trattati sui diritti umani, salvo poche eccezioni. La Georgia nel 2006 si era avvalsa della deroga *ex art. 15* della CEDU in relazione all'emergenza causata dall'influenza aviaria¹⁰³.

⁹⁹ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Paraguay, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 292-20-MPP-OEA, May 8, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Paraguay_nota_292-20-MPP-OEA.pdf.

¹⁰⁰ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Peru, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. 377/2020, April 27, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Peru_nota_No_7-5-M-047-2020.pdf.

¹⁰¹ Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Suriname, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. PVOSA/SUR/191/20, May 4, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Suriname_nota_No_PVOSA-SUR-191-20.pdf.

¹⁰² Organization of America States, Note on the suspension of guaranties received from Bolivarian Republic of Venezuela, in accordance with article 27, paragraph 3 of the American Convention on Human Rights, Note No. MP-RBV/OEA 099-2020, June 8, 2020, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_suspension_garantias_Venezuela_nota_MP-RBV-OEA_099-2020.pdf.

¹⁰³ Council of Europe, Georgia, Note Verbale, Ref. No. JJ6239C, Tr./005-166, 13 marzo 2006.

In tale ipotesi, lo Stato aveva indicato la sospensione dell'art. 1 del I Protocollo e art. 2 del IV Protocollo della CEDU. Nel caso di specie la Georgia aveva limitato territorialmente la portata della deroga allo stato d'emergenza proclamato nella regione di Khelvachauri, per evitare il diffondersi dell'infezione nel resto del Paese.

In un'altra occasione, nel sistema del Patto, il Guatemala aveva invocato la clausola di deroga in relazione agli articoli 12, 19, 21 del Patto per i diritti civili e politici delle Nazioni Unite, per l'emergenza sanitaria determinata dall'epidemia di influenza suina del 2009¹⁰⁴.

Le notifiche relative alle deroghe sono state più copiose nel 2020 a fronte di un'emergenza globale.

Analizzando nei contenuti le notifiche pervenute agli organi convenzionali competenti, si rileva che nella maggior parte dei casi gli stati hanno instaurato il regime derogatorio per un tempo limitato, evidenziato l'eccezionalità della situazione e l'impossibilità di farvi fronte con i mezzi ordinari, fatto riferimento allo stato d'emergenza proclamato formalmente sul piano del diritto interno e indicato i diritti sospesi.

Quanto a quest'ultimo punto, tuttavia, molto spesso non vi è stata una puntuale indicazione delle disposizioni convenzionali cui si intendeva fare riferimento, ma un'indicazione aperta di possibili deroghe alle tutele previste¹⁰⁵, i cui contenuti erano ritenuti asseritamente imprevedibili, come imponderabile risultava, al momento della notifica, l'evolvere di una situazione eccezionalmente ignota e inattesa.

Sotto tale profilo si rileva una flessione rispetto alla prassi consueta che si ispira invece all'indicazione puntuale delle tutele sospese¹⁰⁶.

Quanto agli aspetti della gravità della situazione e della temporaneità non paiono emergere criticità o difformità rispetto alla prassi precedente relativa ad emergenze determinate da altre cause.

Analizzando notifiche di deroga depositate in relazione all'emergenza sanitaria nei vari sistemi convenzionali, si possono individuare talune particolarità, sia con riguardo ad aspetti squisitamente procedurali, sia attinenti ad aspetti più sostanziali.

Nell'ambito delle notifiche presentate nel sistema del Patto, alcuni Stati, ovvero Togo e Senegal, hanno notificato la deroga ad alcune previsioni del Patto *ex post*.

Il Togo ha presentato la stessa il 17 maggio 2021 con riferimento alle misure prese nell'anno precedente, nel periodo compreso inizialmente tra il 16 marzo 2020 e il 15 giugno dello stesso anno poi prorogate per ulteriori quarantacinque giorni. Nella notifica

¹⁰⁴ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Guatemala: Notification under Article 4 (3)*, Reference C.N.347.2009. TREATIES-IV.4 (Depositary Notification), 20 May 2009, <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2009/CN.347.2009-Eng.pdf> preventing and mitigating the effects of the influenza A (H1N1) epidemic. Cfr. E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, SIDI Blog del 27 marzo 2020, in *Quaderni SIDI Blog*, vol. 7, 2020, p. 71.

¹⁰⁵ V. *infra*.

¹⁰⁶ V. *infra*.

lo Stato indica puntualmente gli articoli su cui incidono le misure derogatorie e menziona l'avvenuto ricorso a poteri eccezionali per fronteggiare l'emergenza¹⁰⁷.

Si può osservare che la notifica contiene tutti gli elementi ordinariamente richiesti, ma si può dubitare della sua stessa idoneità a instaurare il regime derogatorio essendo intervenuta *ex post*. La prassi della deroga, fino al momento attuale, non ha conosciuto ipotesi di retroattività e, guardando all'interpretazione data al requisito temporale in altri sistemi convenzionali come quello europeo, gli organi di controllo sono stati netti nell'escludere che in assenza di una deroga preventiva i diritti tutelati possano considerarsi sospesi¹⁰⁸.

Peraltro, come rilevato in precedenza, l'instaurazione del regime derogatorio *convenzionale* richiede necessariamente l'espletamento della procedura formale prevista all'uopo dai trattati, per cui si può dubitare della bontà di una notifica intervenuta in un momento successivo. Conseguentemente, in caso di avvenute violazioni dei diritti tutelati, lo Stato difficilmente potrebbe invocare a sua difesa una sospensione vigente degli obblighi convenzionali.

Analoghe considerazioni possono essere formulate con riferimento alla notifica di deroga presentata dal Senegal¹⁰⁹, con riferimento al sistema del Patto ed ai sensi, anche in tal caso, del suo art. 4.

Detto Stato ha depositato la notifica il 6 luglio 2020, menzionando, *ex post* l'avvenuta instaurazione di un regime derogatorio nel periodo compreso tra il 23 marzo ed il 30 giugno 2020 con riferimento agli articoli 12 e 21 del Patto, relativi rispettivamente la libertà di movimento e di assemblea.

Lo stesso atto depositato contiene anche la comunicazione di avvenuto termine del regime derogatorio in data 30 giugno 2020. Secondo la prassi consueta, generalmente ciò forma oggetto di una successiva notifica autonoma rispetto a quella iniziale che annuncia la sospensione di taluni obblighi convenzionali. Peraltro, nella prassi usuale, anche ogni eventuale successiva proroga delle misure inizialmente imposte è oggetto di specifica comunicazione. Ciò consente un costante e aggiornato monitoraggio della appropriatezza della deroga da parte degli organi convenzionali.

Tale finalità risulta vanificata nel caso di notifiche *ex post*, in apparente contrasto con lo spirito sotteso alla clausola di deroga¹¹⁰.

¹⁰⁷ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Togo: Notification under Article 4 (3)*, cit., p. 1. Vi si legge "This state of emergency has allowed the Government to adopt exceptional health and police response measures that may affect individual and collective rights and freedoms recognized in the International Covenant on Civil and Political Rights, including liberty of movement (article 12), freedom of religion (article 18), the right to liberty of person (article 9), and the right of peaceful assembly (article 21)."

¹⁰⁸ V. *supra*.

¹⁰⁹ International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Senegal: Notification under Article 4 (3)*, cit.

¹¹⁰ Secondo il Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite: "Where measures derogating from the obligations of States parties under the Covenant are taken, the provisions derogated from and the reasons for the derogation must be communicated immediately to the other States parties through the Secretary-General. Notification by a State party must include full information about the derogating measures taken and a clear explanation of the reasons for taking them, with complete documentation of any laws adopted."

Pertanto, sembrano emergere alcune perplessità in ordine alle notifiche presentate da Togo e Senegal e, conseguentemente, sul fatto che effettivamente si possa ritenere che sia avvenuta l'instaurazione di un regime convenzionale derogatorio in questi due Stati.

Analizzando l'aspetto formale anche in relazione al sistema europeo, alcune notifiche appaiono, anche in questo contesto, formulate in modo difforme da quello consolidato sulla base della CEDU e della relativa prassi interpretativa, in merito ad alcuni aspetti.

In qualche caso gli Stati nella notifica non hanno specificato gli articoli derogati, come nel caso di Armenia¹¹¹, San Marino¹¹² o Serbia.

Tenuto conto delle indicazioni ribadite anche dal Comitato dei diritti umani¹¹³, le suddette notifiche difficilmente potrebbero considerarsi conformi ai canoni previsti, a meno di non voler considerare ammissibile un “*renvoi*” in bianco. Gli Stati menzionati richiamano i provvedimenti emergenziali interni e i loro contenuti e asseriscono che potrebbero implicare deroghe alla CEDU. Dal tenore letterale sembra che gli Stati demandino agli organi convenzionali di valutare se le misure emergenziali interne siano tali da richiedere l'instaurazione del regime convenzionale emergenziale. Inoltre, in tal caso, dovrebbero essere gli stessi organi convenzionali ad individuare anche sulla tutela di quali diritti esse incidano e quali siano gli articoli del Trattato da ritenere sospesi.

Si può dubitare della conformità di notifiche formulate in tal modo, che potrebbero definirsi “aperte” rispetto ai criteri consolidati sui criteri della notifica di deroga¹¹⁴. Risulta difficile ammetterne la conformità o quantomeno si può dubitare fortemente della rispondenza alle finalità stesse della deroga. L'indicazione puntuale delle disposizioni derogate appare un aspetto fondamentale per l'instaurazione del regime derogatorio in linea con i principi di proporzionalità e stretta necessità e la natura di *extrema ratio* dell'istituto della deroga.

Pertanto, stante la giurisprudenza sui poteri degli organi di controllo di Strasburgo e sul tipo di valutazione ad essi demandata¹¹⁵, non sembra che sia stata mai contemplata la

Further notification is required if the State party subsequently takes additional measures under article 4, for instance by extending the duration of a state of emergency. The requirement of immediate notification applies equally to the termination of the derogation. The Committee considers the implementation of the obligation of immediate notification essential for the discharge of its functions, as well as for the monitoring of the situation by other States parties and other stakeholders”. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic, adopted by the Committee on 24 April 2020. United Nations International Covenant on Civil and Political Rights CCPR/C/128/2, https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19.pdf, para. 2 (a), p. 1.

¹¹¹ “Measures taken during the state of emergency may include derogations from the obligations of the Republic of Armenia under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Therefore, the Permanent Representation kindly asks that this Note Verbale be considered as a notification in line with Article 15 of the Convention”. V. Council of Europe, Armenia, Note Verbale, JJ9015C, cit., p.1.

¹¹² V. Council of Europe, San Marino, Note Verbale, Ref. No JJ9026C, cit., p. 1. Vi si legge “Some of the measures taken in this context imply derogations from the obligations under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”.

¹¹³ V. UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic, cit. para. 2 (a).

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ V. *supra*.

possibilità di sostituirsi allo Stato nell'individuazione della necessità o meno di instaurare il regime convenzionale derogatorio.

Ove si ammettesse tale ipotesi, ciò probabilmente rappresenterebbe un *revirement* anche rispetto alla consolidata dottrina del margine di apprezzamento riservato agli Stati.

Pur accettando che gli Stati, nella loro autonomia, possano delegare tale facoltà all'Organizzazione, potrebbero comunque porsi dei dubbi sull'organo deputato a effettuare detta valutazione in luogo dello Stato. Alla luce di quanto esposto le suddette notifiche appaiono non conformi al dettato convenzionale e si può dubitare dell'effettiva instaurazione di un regime convenzionale emergenziale.

Merita un commento a sé stante il caso della Serbia.

La Serbia ha depositato la notifica il 7 aprile 2020 indicando di avere dichiarato uno stato d'emergenza il 15 marzo dello stesso anno e che *“the measures implemented by the Republic of Serbia have derogated from certain obligations provided for in the European Convention on Human Rights to the extent strictly required by the exigencies of the epidemiological situation and medical necessity. Measures undertaken have been constantly under review taking into account the epidemiological situation, recommendations of the World Health Organization and experiences in fighting this contagious disease”*¹¹⁶.

Da un lato, come nei casi precedentemente esposti, non vi è chiarezza sugli obblighi internazionali sospesi. Dall'altro appare che la notifica sia stata depositata *ex post*. Al riguardo valgono le medesime considerazioni espresse per casi simili verificatisi nel sistema del Patto delle Nazioni Unite¹¹⁷.

Nel sistema americano, la prassi relativa alle notifiche presentate si presenta molto variegata. Soltanto in un numero ristretto di casi, come, ad esempio, quello di Repubblica dominicana e Cile, gli Stati hanno indicato con precisione i diritti della Convenzione sospesi in relazione all'emergenza. Nella maggioranza dei casi, gli Stati hanno ritenuto adempiuto l'obbligo di notifica previsto dall'art. 27 c.3 della Convenzione americana limitandosi a trasmettere copia dei provvedimenti di diritto interno adottati. Talvolta si tratta di un mero invio dei testi normativi nazionali privi dell'indicazione dei diritti sospesi, come nel caso di Panama, Suriname, Guatemala, Honduras, Ecuador, Paraguay. In taluni casi sono menzionati i diritti costituzionali (e non della Convenzione americana) sospesi, come, ad esempio, nel caso di Perù¹¹⁸ e di El Salvador.

Similmente a quanto osservato con riferimento ad alcune notifiche presentate nel sistema europeo, sembrerebbe che anche in tal caso la valutazione sia rimessa all'Organizzazione internazionale di riferimento.

¹¹⁶ Council of Europe, Serbia, Note Verbale, Ref. No. JJ9025C, cit., p. 1.

¹¹⁷ V. *supra*.

¹¹⁸ V. International Covenant on Civil and Political Rights New York, 16 December 1966, *Peru: Notification under Article 4 (3)*, cit., p.1. Vi si legge: *“Durante el Estado de Emergencia Nacional se mantienen la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio, comprendidos en los incisos 9), 11), 12) y 24) apartado f) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú”*.

Si rileva anche nel contesto americano una certa difformità rispetto ai criteri generalmente previsti in relazione alla notifica.

Dall'analisi del contenuto delle notifiche, si possono, poi, formulare alcune considerazioni in ordine ai diritti derogati.

Una premessa imprescindibile attiene alla tematica interconnessa delle limitazioni dei diritti, previste come ordinariamente ammissibili in tutti i citati sistemi convenzionali¹¹⁹.

Previo soddisfacimento di taluni requisiti, gli Stati possono ridurre l'intensità della tutela accordata a tali diritti, anche a prescindere da una deroga connessa ad un'emergenza di gravità tale da "minacciare la vita della nazione"¹²⁰.

Le limitazioni sono ammissibili purché previste per legge, indirizzate al perseguimento di un fine legittimo; e necessarie a raggiungere il fine perseguito¹²¹. Le limitazioni sono generalmente ancorate a criteri di proporzionalità e necessità.

Nel contesto europeo molte misure emergenziali hanno comportato limitazioni dei diritti ordinariamente garantiti¹²². In relazione, nello specifico, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, giova ricordare gli articoli 27 e 29 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹²³, che giustificano restrizioni alla libertà di circolazione in caso di "diseases with epidemic potential", nel rispetto del criterio della proporzionalità¹²⁴.

¹¹⁹ V. *supra*.

¹²⁰ Come rilevato in dottrina, sia nel Patto che nella CEDU risultano suscettibili di limitazioni taluni diritti come il diritto al rispetto della vita privata e familiare (Art. 8 CEDU), la libertà di religione (Art. 9 CEDU e Art. 18 del Patto), la libertà di espressione (Art. 10 CEDU e art. 19 del Patto), la libertà di assemblea e associazione (Art. 11 CEDU e artt. 21-22 del Patto), la libertà di circolazione (Art. 2 del Protocollo no. 4 della CEDU e art. 12 del Patto). V. A. SPADARO, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?* March 16, 2020, <https://www.ejiltalk.org/do-the-containment-measures-taken-by-italy-in-relation-to-covid-19-comply-with-human-rights-law/>. Secondo l'Autore "both the ECHR and the ICCPR identify legitimate aims including national security, public safety, public order, public health or morals, as grounds for limiting – by law and when necessary and proportionate to such identified aims [some]rights". Inoltre, in certi casi, come l'art. 5 della CEDU sul diritto alla libertà e alla sicurezza personali, è ammessa come eccezione la «detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa» (art. 5, par.1, lett. e). Sul punto, v. E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, cit., p. 71.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Bollettino dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), n.1, aprile 2020, su *Coronavirus Pandemic In The Eu — Fundamental Rights Implications*, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-coronavirus-pandemic-eu-bulletin_en.pdf

¹²³ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, OJ L 158, 30.4.2004, p. 77–123, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32004L0038>.

¹²⁴ Al riguardo la Commissione europea ha sottolineato l'importanza di applicare tali misure anche nel rispetto del principio di non discriminazione. V. Commissione europea, 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, 16 marzo 2020, (2020/C 86 I/01) 16 March 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/It/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2020:086I:FULL&from=IT>.

Tanto premesso, si osserva che nel sistema del Patto, gli articoli 9, 12, 21 relativi rispettivamente a libertà personale, di circolazione, di riunione sono stati il principale oggetto delle sospensioni invocate¹²⁵.

Nel sistema europeo di tutela dei diritti umani, le deroghe hanno riguardato principalmente gli articoli 8, sul diritto al rispetto della vita private e familiare, e 11, su libertà di riunione pacifica e assemblea, della CEDU, l'art. 2 del Protocollo addizionale alla CEDU sul 1952¹²⁶ sul diritto all'istruzione, l'art. 2 del Protocollo n. 4¹²⁷ alla CEDU sulla libertà di circolazione. In qualche caso è stata invocata la deroga anche con riferimento all'art. 1 del Protocollo addizionale relativo al diritto di proprietà¹²⁸ o all'art. 5 CEDU sulle restrizioni alla libertà personale¹²⁹ o 9 della CEDU sulla libertà di pensiero, coscienza e religione (con riferimento alla manifestazione del sentire religioso).

Nel contesto americano, gli Stati hanno ritenuto di sospendere in particolare gli articoli 22, 15 e talvolta 16 della Convenzione, relativi rispettivamente alle libertà di circolazione, riunione e associazione.

A ben vedere, in molti dei casi sopra citati, si tratta di diritti di cui sono ammesse limitazioni, anche a prescindere dall'instaurazione di un regime derogatorio d'eccezione.

Come rilevato dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite “*States parties should not derogate from Covenant rights or rely on a derogation made when they are able to attain their public health or other public policy objectives by invoking the possibility to restrict certain rights, (...) or by invoking the possibility of introducing reasonable limitations on certain rights*”¹³⁰.

Con riferimento alla prima ipotesi il Comitato menziona espressamente gli articoli 12, sulla libertà di movimento, 19, sulla libertà di espressione, o 21, sul diritto di pacifica assemblea, facendo riferimento alle relative previsioni contenute nel Patto. Quanto alle ipotesi di introdurre limitazioni “ragionevoli”, sono richiamati, a titolo di esempio, gli articoli 9, sul diritto alla libertà personale e 17, sul diritto alla riservatezza¹³¹.

L'invocazione di una deroga con riferimento a diritti suscettibili di limitazioni ordinarie comporta non una mera modulazione e compressione dell'intensità della tutela accordata, ma una sospensione della vigenza dell'obbligo di garantirli.

¹²⁵ Per un'analisi, v. E. RICHARDSON, C. DEVINE, *Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, 2020, p. 105 ss.

¹²⁶ Consiglio d'Europa, Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, aperto alla firma a Parigi il 20 marzo 1952, entrato in vigore il 18 maggio 1954, ETS 45.

¹²⁷ Consiglio d'Europa, Protocollo n. 4 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, che riconosce alcuni diritti e libertà oltre quelli che già figurano nella Convenzione e nel Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, aperto alla firma a Strasburgo il 16 settembre 1963, entrato in vigore il 2 maggio 1968, ETS. 46.

¹²⁸ V. Council of Europe, Georgia, Note Verbale, Ref. No. JJ9018C, cit., p. 1.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., para 2 (c).

¹³¹ *Ibidem*.

Ciò forse può essere di ausilio per spiegare come mai nel contesto europeo gli Stati parte abbiano adottato spesso misure restrittive simili, pur non ricorrendo tutti all'instaurazione del regime emergenziale convenzionale. Peraltro, oltre all'Italia¹³², proprio taluni Stati più avvezzi all'uso dello strumento offerto dalla clausola di deroga, come Francia¹³³ e Regno Unito¹³⁴ non se ne sono avvalsi.

Nell'ottica di una graduazione di gravità dell'emergenza e, contestualmente, delle misure emergenziali adottate, sembra che, nei casi di mancata invocazione della deroga, ci si trovi di fronte a Stati che hanno ritenuto di poter far fronte all'emergenza senza avvalersene, secondo il loro apprezzamento¹³⁵.

Probabilmente, sarebbe stato onere degli Stati monitorare costantemente le evoluzioni della situazione emergenziale e, a seconda del suo livello di severità, servirsi dello strumento delle limitazioni o della deroga, più idoneo a seconda delle esigenze dello specifico momento storico.

Sarà presumibilmente il Giudice di Strasburgo, dinanzi al quale già pendono alcuni casi correlati a presunte violazioni di diritti non sospesi della CEDU¹³⁶, a vagliare, caso per caso, le scelte statali effettuate.

Merita, infine, un cenno, la questione della preventiva proclamazione dello stato d'emergenza nell'ordinamento interno in occasione della pandemia da COVID 19.

È stato rilevato¹³⁷ che nell'ambito dell'Unione europea, nella prima fase dell'emergenza pandemica, soltanto dieci¹³⁸ dei diciassette stati il cui ordinamento interno contempla una clausola costituzionale sullo stato d'emergenza, ne hanno

¹³² Sullo stato d'emergenza in Italia, *ex multis*, v. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2020, pp. 109 ss., F.S. MARINI, *Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge*, in *Federalismi.it – Osservatorio Emergenza Covid-19*; G. BRUNELLI, *Democrazia e tutela dei diritti fondamentali ai tempi del coronavirus*, in *Diritto virale. Volume I, "Pandemia e mutazioni del diritto"*, 30.04.2020, A. FORMISANO, *Limiti e criticità dei sistemi costituzionali a fronte della emergenza Covid-19*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 2020, n. 1.

¹³³ V. D. PAMELIN, *La Francia e il Covid-19: la creazione del nuovo stato d'urgenza sanitaria*, in *Osservatorio Costituzionale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, 2 giugno 2020, 2020, n. 3, pp. 308 ss.

¹³⁴ V. *infra*.

¹³⁵ È stata ravvisata l'opportunità dell'invocazione della clausola anche da parte degli Stati che non se ne sono avvalsi, in ragione dell'incidenza sulla tutela dei diritti umani dei provvedimenti interni adottati V., A. GREENE, *States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic*, in *Strasbourg Observers*, 1 aprile 2020; A.J. PALMA, *Pandemia e diritti umani: l'Italia e lo stato di eccezione al tempo del coronavirus*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 303 ss.; M. ARGENTINI, *"Fase 1" di contrasto al COVID-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU*, in questa *Rivista*, 2020, p. 153 ss.; G.M. FARNELLI, *Proporzionalità ed emergenza sanitaria da COVID-19 nei parametri CEDU*, in *La comunità internazionale*, 2020, p. 97 ss. In senso contrario, v. M. SCHEININ, *COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate?*, *Opinio Juris*, 6 aprile 2020; K. DZEHTSIAROU, *COVID-19 and the European Convention on Human Rights*, in *Strasbourg Observers*, 27 marzo 2020.

¹³⁶ Corte europea dei diritti umani, *Factsheet COVID-19 health crisis.*, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Covid_ENG.pdf.

¹³⁷ European Parliament, European Parliamentary Research Service (EPRS), *States of emergency in response to the coronavirus crisis Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic*, December 2020, p.5.

¹³⁸ Bulgaria, Repubblica ceca, Estonia, Finlandia, Ungheria, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna. *Ibidem*.

usufruito. Gli altri sette¹³⁹, invece, hanno preferito non proclamare uno stato d'emergenza nel diritto interno, con la conseguenza di non potersi avvalere della clausola derogatoria sul piano internazionale.

Soltanto alcuni degli Stati che hanno instaurato il regime derogatorio sul piano del diritto interno hanno anche notificato la deroga agli organi convenzionali dei trattati sui diritti umani.

Gli Stati che non hanno proclamato lo stato di emergenza si sono comunque avvalsi di poteri eccezionali (“*Statutory regimes*”). Ciò è avvenuto in Bulgaria, Croazia, Francia, Germania, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, e Slovacchia, oltre che nel Regno Unito¹⁴⁰.

In alcuni Stati (Belgio, Grecia, Italia, Romania e Grecia)¹⁴¹, poi, tali poteri eccezionali sono stati esercitati dall'organo esecutivo, invece che dal legislativo.

In un ristrettissimo numero di casi, gli Stati hanno fatto fronte all'emergenza avvalendosi esclusivamente della legislazione ordinaria¹⁴².

L'intervento parlamentare, inoltre, è stato molto diversificato nei vari Paesi. In tutti gli Stati che hanno dichiarato formalmente uno stato d'emergenza, con l'eccezione di Estonia e Slovacchia, i Parlamenti nazionali hanno preso parte al processo decisionale al riguardo¹⁴³. In alcuni casi ciò si è verificato in quanto si trattava dell'organo costituzionalmente deputato a compiere tale atto, come in Bulgaria, in altri in quanto incaricato di autorizzare l'organo esecutivo¹⁴⁴, in altri ancora in sede di proroga dello stato d'emergenza già proclamato. Soltanto in cinque dei Paesi dell'Unione europea, tra cui l'Italia, il Parlamento è intervenuto soltanto *ex post*¹⁴⁵.

Pertanto nei vari ordinamenti costituzionali vi sono differenze significative sia relativamente alle modalità per la dichiarazione di uno stato d'emergenza che quanto ai

¹³⁹ Croazia, Germania, Lituania, Malta, Paesi Bassi, Polonia e Slovenia. *Ibidem*.

¹⁴⁰ *Ibidem*. Il riferimento allo stato d'emergenza è qui inteso come la misura più grave che comporta una sospensione delle garanzie costituzionali. Le misure eccezionali che non comportano tale sospensione dei diritti garantiti dalla fonte suprema sono riportate, invece, all'alveo dei c.d. *Statutory regimes*. Da tale punto di vista, anche se in Italia è stata utilizzata l'espressione “stato d'emergenza” per designare il regime eccezionale, esso sarebbe riconducibile sostanzialmente a uno “*Statutory regime*”, in quanto relativo a limitazioni ordinarie, non essendovi stata una sospensione delle garanzie costituzionali, né prevedendo la Costituzione italiana tale possibilità.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Danimarca, Irlanda, Paesi Bassi, Svezia. *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Finlandia, Portogallo and Romania, Repubblica ceca. *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ex multis*, v. U. VILLANI, *Le misure italiane di contrasto al COVID-19 e il rispetto dei diritti umani*, in *La comunità internazionale*, 2020, p. 165 ss.; C.M. PONTECORVO, *Il diritto internazionale ai tempi del (nuovo) Coronavirus: prime considerazioni sulla recente epidemia di 'COVID-19'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 195 ss.; A. SPADARO, *COVID-19: Testing the Limits of Human Rights*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, p. 317 ss. Sulla relazione tra CEDU e ordinamento italiano, v. A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2018, pp. 104-105; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano (2016-2020)*, Milano, 2020; A. DI STASI, *I rapporti tra l'ordinamento italiano e il sistema convenzionale*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e Ordinamento Italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Milano, 2016, in part. pp. 73 ss.

presupposti dello stesso¹⁴⁶. Si può, pertanto, rilevare, che vi è una stretta correlazione tra il diritto interno ed il diritto internazionale in proposito. Ove l'ordinamento interno non consenta la proclamazione dello stato d'emergenza sulla base di un certo presupposto, viene meno la possibilità di avvalersi della deroga sul piano internazionale.

Al riguardo può considerarsi emblematico il caso del Regno Unito.

Si tratta di uno Stato che si è avvalso in passato in più occasioni delle clausole di deroga della CEDU e del Patto in relazione a uno stato d'emergenza proclamato nel diritto interno¹⁴⁷.

Nell'ordinamento interno lo *Human Rights Act* del 1998 regola gli aspetti anche procedurali per potersi avvalere della deroga. In particolare le sezioni 14, 16 and 17 indicano i presupposti, il periodo di durata e le revisioni periodiche di eventuali deroghe¹⁴⁸.

In occasione dell'emergenza pandemica, il Regno Unito ha ritenuto di non instaurare il regime convenzionale derogatorio né di proclamare lo stato d'emergenza nel diritto interno, limitandosi a fare ricorso a “*emergency powers*”¹⁴⁹. Tale decisione è stata presa a seguito di un dibattito parlamentare, durante il quale a più voci era stata sollecitata la proclamazione dello stato d'emergenza. Tuttavia tale proposta non è stata accolta dalla maggioranza e ha prevalso l'orientamento governativo sul conferimento di poteri eccezionali all'esecutivo.

In carenza della proclamazione ufficiale dello stato d'emergenza manca uno dei presupposti previsti dai trattati per avvalersi delle clausole di deroga¹⁵⁰, per cui lo Stato in tali circostanze non avrebbe potuto invocarla.

Al contempo, senza l'instaurazione del regime emergenziale, restano vigenti nella loro integralità gli obblighi di tutela dei diritti umani previsti dai trattati, salvo le eventuali limitazioni ordinarie. Di conseguenza, lo Stato non derogante può essere chiamato a rispondere di eventuali violazioni, non essendo stata sospesa la vigenza degli obblighi convenzionali.

6. Conclusioni

L'analisi ha preso le mosse da una breve disamina, a titolo introduttivo, delle clausole di deroga inserite nei principali trattati a tutela dei diritti umani e dei loro tratti

¹⁴⁶ European Parliament, European Parliamentary Research Service (EPRS), *States of emergency in response to the coronavirus crisis Normative response and parliamentary oversight in EU Member States during the first wave of the pandemic*, cit., pp.17 ss.

¹⁴⁷ V. V. EBOLI, *La legislazione antiterrorismo britannica*, in *Giurisprudenza italiana*, Sez. Dottrina, 2005, pp. 2437 ss.

¹⁴⁸ *UK Human Rights Act 1998*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>

¹⁴⁹ V. HOUSE OF COMMONS AND HOUSE OF LORDS JOINT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS, *The Government's response to COVID-19: human rights implications*, Seventh Report of Session 2019–21, HC 265 HL Paper 125, 21 settembre 2020, <https://committees.parliament.uk/publications/2649/documents/26914/default/>

¹⁵⁰ Sul *favor* per lo stato d'emergenza *de jure* rispetto a quello *de facto* per una più idonea tutela dei diritti umani, V. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency – Reflections*, cit., par. 22 ss.

caratterizzanti. L'invocazione di un regime derogatorio da parte degli Stati membri dell'Unione, difatti, può avere significativi riflessi anche sulla tutela dei diritti nello spazio europeo¹⁵¹. In particolare ci si è soffermati sui presupposti per poter invocare le suddette clausole, emergenti anche dalla prassi, per valutare se un'emergenza sanitaria, come quella correlata alla pandemia da Sars COVID-19, possa giustificare l'instaurazione di un regime convenzionale emergenziale.

Si è pervenuti ad una risposta affermativa, tenuto conto che le convenzioni pongono l'attenzione non tanto sulla causa che genera il pericolo eccezionale, ma sull'effetto che lo stesso può produrre sullo Stato.

La gravità della minaccia determinata dal coronavirus e la sua comparsa improvvisa hanno generato quel pericolo grave ed eccezionale per la vita dello Stato, che assurge a presupposto per sospendere gli obblighi di tutela dei diritti umani in vari sistemi convenzionali.

Le clausole di deroga non contengono disposizioni su quale debba essere l'origine della minaccia che incombe sullo Stato. Nella prassi passata le ragioni di carattere politico, come quelle determinate dal terrorismo, interno o internazionale, erano state predominanti. Tuttavia, ciò non esclude che anche pericolo di altra natura possano essere rilevanti. La prassi recente ha dimostrato quanto sia duttile e adeguato lo strumento della clausola di deroga per consentire agli Stati contraenti di adattare, a seconda delle circostanze, gli obblighi assunti ad altre proprie esigenze preponderanti.

Successivamente sono state prese in esame le deroghe degli Stati correlate all'emergenza pandemica del 2020, complessivamente piuttosto numerose, al fine di rilevare se si ponessero in continuità con la prassi pregressa o vi fossero elementi di novità significativi.

A tal fine sono stati esaminati tanto i profili procedurali che quelli sostanziali. Sotto il primo profilo è stato riscontrato che in un significativo numero di casi le notifiche si sono discostate dai criteri formali generalmente previsti. In taluni casi sono intervenute *ex post* e non *ex ante*. In altri casi non vi è stata la puntuale indicazione dei diritti sospesi, ma contenuti di carattere piuttosto generico.

In relazione a tali ipotesi, stante il rilievo attribuito all'aspetto procedurale in sede convenzionale, sono state espresse perplessità in merito alla bontà delle stesse e alla loro idoneità a instaurare un regime derogatorio con conseguente sospensione di taluni obblighi convenzionali.

Quanto al profilo sostanziale, dall'analisi delle deroghe è emerso che esse hanno inciso per lo più su diritti limitabili, per cui ci si è interrogati sull'adeguatezza dell'uso dello strumento della deroga in luogo delle limitazioni ordinarie. Tale quesito non si presta a una risposta unitaria, uniforme per tutti gli Stati validamente deroganti.

Dal momento che entrambi gli strumenti sono nella disponibilità degli Stati, secondo la loro discrezionalità ovvero il loro margine di apprezzamento, è presumibile che ciascuno di essi abbia compiuto una scelta ponderata in base alle circostanze e alla propria

¹⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali, cit., p. 14.

resilienza rispetto all'impatto dell'emergenza. Nella prospettiva di flessibilità che connota la tutela dei diritti, gli Stati hanno a disposizione vari strumenti proprio per poter graduare la compressione della tutela e limitarla alla misura minore possibile. Pertanto a seconda delle fasi, la reazione può ben essere consistita in una limitazione ovvero in una deroga.

Pertanto, prendendo in considerazione taluni Stati che non si sono avvalsi della deroga, è stato analizzato il presupposto della preventiva proclamazione dello stato d'emergenza nel diritto interno al fine di poter invocare la deroga, guardando all'ordinamento interno degli Stati. Al riguardo è emerso che talvolta l'uso di poteri emergenziali sul piano interno non era corrispondente alla proclamazione di stato d'emergenza di estrema gravità, richiesto come presupposto fondante per poter invocare la clausola di deroga. Pertanto sarebbe mancato, in tali casi, un presupposto imprescindibile per poter procedere all'instaurazione del regime derogatorio convenzionale.

Comparando la prassi relativa alla recente emergenza sanitaria con quella pregressa, si possono effettuare alcune valutazioni.

Esaminando nel merito la prassi relativa all'emergenza pandemica, si osserva, in primo luogo, che un buon numero delle notifiche presentate non contiene tutti gli elementi ordinariamente previsti. Dal nostro punto di vista, la carenza di taluni elementi fondamentali¹⁵² può comportare la non idoneità delle stesse a produrre effetti e quindi il regime derogatorio non è da considerarsi correttamente instaurato, con la conseguente mancata sospensione degli obblighi convenzionali.

La comunicazione intervenuta successivamente dell'avvenuta proclamazione di uno stato d'emergenza interno e dell'avvenuta deroga di taluni obblighi, ad esempio, contrasta con il fine stesso della clausola di deroga e non è, pertanto, funzionale a realizzare lo scopo cui sono deputate le clausole in oggetto. Come chiarito in precedenza, si tratta di una facoltà conferita agli Stati per consentire loro di sospendere alcuni obblighi per fare fronte a una crisi di eccezionale gravità. La mera comunicazione *ex post* non pare idonea a tal fine. Peraltro, il meccanismo di pubblicità, tramite l'immediata comunicazione della proclamazione dello stato d'emergenza interno agli organi convenzionali, previsto in tutte le clausole, serve a consentire un monitoraggio della situazione. Tramite la notifica, la questione è portata da un piano di rilevanza meramente interna al livello internazionale, rendendo partecipi anche gli altri Stati parte del Trattato.

Il mancato rispetto di tali procedure appare di rilievo significativo, in quanto esse sono di importanza essenziale. Se si muove dal presupposto, accolto in precedenza, che la clausola di deroga è un meccanismo pattizio diverso dallo stato di necessità¹⁵³, non si tratta di una circostanza da invocare *ex post*, ma occorre che sia attivato appena interviene la proclamazione dello stato d'emergenza e si rende necessaria la deroga degli obblighi convenzionali.

¹⁵² United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, *Emergency measures and COVID-19: Guidance*, cit., p. 2; UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic*, cit., p. 1.

¹⁵³ V. *supra*.

Parimenti, l'esatta individuazione degli obblighi sospesi è da considerarsi un elemento essenziale ai fini dell'instaurazione del regime derogatorio. Ciò emerge da una prassi pressoché costante e univoca, supportata dal conforto dell'interpretazione datane dagli organi di controllo dei vari sistemi convenzionali¹⁵⁴.

Anche in tal caso si pone una questione di compatibilità con lo scopo stesso delle clausole. Come chiarito a più riprese, tenendo conto anche della dottrina del margine di apprezzamento¹⁵⁵, lo Stato è nella migliore posizione per decidere se lo stato d'emergenza richieda una deroga agli obblighi convenzionali e a quali di essi. In nessuno dei testi convenzionali è contemplata la possibilità di una delega di tale facoltà e gli organi convenzionali sono deputati a un controllo, di legittimità o di merito, delle scelte statali. Verrebbe vanificato il senso di tali previsioni se la valutazione da controllare fosse presa dagli stessi organi di controllo.

L'instaurazione del regime convenzionale derogatorio sulla base di notifiche di tale tenore può, quindi, essere parimenti discutibile.

Quanto al fatto che oggetto delle deroghe siano stati per lo più diritti limitabili, ciò non pare in contrasto con le previsioni convenzionali. In base alla gravità della situazione è consentito allo Stato effettuare la scelta di sospendere in radice la vigenza di un obbligo, piuttosto che ricorrere allo strumento delle limitazioni. Eventualmente in sede di verifica da parte degli organi di controllo, potrà essere appurato se fosse necessario o fossero, invece, sufficienti misure ordinarie¹⁵⁶.

Tenendo conto della discrezionalità degli Stati, in tali ipotesi si può presumere che il regime convenzionale derogatorio sia stato correttamente instaurato¹⁵⁷.

Dalle suesposte considerazioni, sembra potersi dedurre che, nonostante la copiosa quantità di notifiche, forse non in tutti i casi esse possono ritenersi idonee all'effettiva instaurazione del regime convenzionale derogatorio. I casi pendenti a Strasburgo su asserite violazioni occorse indurranno presumibilmente anche la Corte europea sui diritti umani a pronunciarsi sulle scelte effettuate da ciascuno degli Stati convenuti.

In tale contesto la Corte presumibilmente si pronuncerà sulla qualificazione della pandemia come emergenza sanitaria idonea a fondare la deroga e gli Stati avranno l'onere di dimostrare la necessità delle misure straordinarie adottate per fronteggiarla e la loro idoneità ad assicurare una risposta adeguata e proporzionata alla situazione. Talune misure restrittive, come il *lockdown*, potrebbero risultare adeguate, al vaglio della Corte, in certi frangenti e non in altri. Ogni valutazione non può non tenere conto di un attento bilanciamento dei contrapposti interessi di tutela dell'interesse pubblico da una parte e garanzia dei diritti individuali dall'altra.

¹⁵⁴ V. E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, cit., p.88, p. 154, p. 212. L'A. prospetta la possibilità di *nullità* della deroga in certi casi di incompletezza dell'atto di notifica (p. 90).

¹⁵⁵ C. MORRISON, *Margin of Appreciation in European Human Rights Law*, cit., pp. 263-86; CH. YOURROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, cit., pp. 15-20.

¹⁵⁶ United Nations, Human Rights Office of the High Commissioner, *Emergency measures and COVID-19: Guidance*, cit., p. 3.

¹⁵⁷ V. M. DELMAS-MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights*, cit., p. 23.

ABSTRACT: L'emergenza CoVID-19 ha messo in evidenza una nuova prassi, mai verificatasi in passato, per cui gli Stati si sono avvalsi dello strumento convenzionale della clausola di deroga per sospendere alcuni loro obblighi di tutela dei diritti umani fondamentali. La disamina riguarda la prassi emersa dall'invocazione delle clausole in relazione all'emergenza pandemica determinata dal COVID-19. Premesse brevi note sui tratti essenziali delle clausole di deroga, l'attenzione è volta a verificare se l'emergenza sanitaria è un presupposto idoneo a giustificare l'instaurazione del regime emergenziale. Successivamente ci si sofferma sulle deroghe effettuate, esaminandole sotto il profilo procedurale e nei contenuti per saggiarne la rispondenza o la difformità rispetto alla prassi pregressa.

KEYWORDS: clausole di deroga – sospensione dei diritti – pandemia – emergenza – diritti umani.

EUROPEAN SPACE AND DEROGATION CLAUSES OF HUMAN RIGHTS TREATIES: REFLECTIONS ARISING FROM THE NEW PRACTICE RELATED TO THE PANDEMIC EMERGENCY

ABSTRACT: The paper seeks to analyze the impact of the pandemic on the practice of the States about the proclamation of a state of emergency and their related obligations arising from the main human rights treaties in this regard. In particular, the analysis focuses on how far such a situation may be used to invoke a derogation clause, such as those contained in Art. 15 of the European Human Rights Convention, Article 4 of the International Covenant on civil and political rights, Article 27 of the American Convention on Human Rights or Art. 4 of the Arab Charter of Human Rights. The paper will review the state practice related to the derogations invoked to deal with COVID 19, in order to assess whether it is in line with past practice or significant novelties have emerged.

KEYWORDS: derogation clause – suspension of rights – pandemic – emergency – Human rights.