

**CONFRONTO DI IDEE SU: LE DEROGHE ALLA LEGALITÀ
TRA EMERGENZA ATTUALE E STABILIZZAZIONE FUTURIBILE**

ANTONIO TARALLO*

**Interferenze e deroghe ai diritti umani per ragioni
di sanità pubblica:
Le linee guida del consiglio d'Europa delimitano il
"margine di apprezzamento" degli Stati Membri**

L'Autore passa in rassegna le linee guida fornite dal Consiglio d'Europa agli Stati Membri nel contesto della pandemia da Covid-19. Delineata la distinzione tra "interferenze" e "deroghe" ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali scolpite nella Convenzione, vengono esplorati i confini del "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati in tale ambito, con particolare riferimento al rispetto del "principio di legalità", alla salvaguardia dell'equilibrio tra i Poteri dello Stato, ai rapporti tra Autorità centrali e locali, alla libertà personale, al "giusto processo", al carattere "temporaneo" e "proporzionale" delle misure strettamente necessarie. L'Autore prefigura, poi, uno dei possibili scenari dell'immediato futuro, lanciando un segnale di allarme in ordine ai gravi potenziali pericoli incombenti sul "principio di non discriminazione" dall'applicazione su larga scala degli strumenti tecnologici e medico-scientifici, precisamente dall'eventuale rilascio delle c.d. "patenti d'immunità".

Interferences and derogations to human rights for public health reasons: the guidelines of the Council of Europe delimitate the Member States' "margin of appreciation"

The Author reviews the guidelines provided by the Council of Europe to the Member States in the framework of the Covid-19 pandemic. Once outlined the distinction between "interferences" and "derogations" to the human rights and fundamental freedoms enshrined within the Convention, the borders of the "margin of appreciation" granted to the States in such scope are explored, with particular regard to the respect of "rule of law", the safeguard of the balance between the branches of State powers, the relations between central and local Authorities, the right to liberty, the "fair" trial, the "temporary" and "proportional" character of the strictly necessary measures. The Author envisages, then, one of the possible scenarios foreseeable in the next future, alerting about the serious potential threats looming on the "principle of non-discrimination" as a result of the large-scale application of technological and medical-scientific instruments, notably of the expected release of the so-called "immunity licenses".

Essere preparati al peggio, ma sperare per il meglio

B. DISRAELI

SOMMARIO: 1. Il significato e le finalità del documento diramato dal Segretario Generale. - 2. I diritti e le libertà suscettibili di "interferenze" ordinarie. - 3. Le vere e proprie "deroghe" agli obblighi convenzionali degli Stati: i principi da rispettare anche in "stato di pubblica emergenza". - 4. Un inquietante possibile scenario: la "patente d'immunità" a fronte del divieto di discriminazione. - 5. Conclusioni.

1. Il significato e le finalità del documento diramato dal Segretario Generale.

* Magistrato distaccato presso il Consiglio d'Europa - Dipartimento per l'Esecuzione delle Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Si puntualizza che tutte le considerazioni, riflessioni e valutazioni contenute nella presente pubblicazione devono intendersi come espresse a titolo personale e non impegnano in alcun modo il Consiglio d'Europa e il Dipartimento per l'Esecuzione delle Sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ambito dell'espletamento del loro mandato istituzionale.

Il documento informativo trasmesso il 7 aprile scorso dal Segretario Generale del Consiglio d'Europa ai 47 Stati Membri, dal titolo *“Rispettare la democrazia, il principio di legalità e i diritti umani nel contesto della crisi sanitaria da Covid-19. Strumentario per gli Stati Membri”*, rappresenta il primo testo organico del Consiglio d'Europa concernente l'impatto della crisi mondiale da coronavirus sulle libertà fondamentali e i diritti umani riconosciuti nella Convenzione, nonché sui basilari principi ispiratori della stessa Istituzione sovranazionale.

Il Segretariato Generale del Consiglio interviene, quindi, nell'acquisita consapevolezza che l'attuale fase di emergenza planetaria sta comportando, in maniera ineluttabile anche se con modulazioni diverse a seconda delle singole realtà di riferimento, l'usurpazione dei diritti e delle libertà sinora riconosciute e garantite come necessarie nelle società democratiche ispirate allo Stato di Diritto².

Le misure di protezione adottate dagli Stati Membri per fronteggiare il propagarsi dell'epidemia - ivi compresa la “quarantena” prolungata - non possono che essere riconosciute e accettate anche nella prospettiva convenzionale³: la sfida, piuttosto, risiede nell'assicurare che siffatte iniziative draconiane siano proporzionate e limitate nel tempo.

Il Consiglio d'Europa, pertanto, lancia un monito agli Stati contraenti, individuando nella “proporzionalità” e “temporaneità” le caratteristiche distintive, ontologiche e legittimanti di tutte le attività realizzate e *realizzande* per ragioni di protezione del bene primario della salute pubblica⁴.

Soltanto attraverso il rispetto di tali principi generali potrà essere garantito lo

¹ *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, Information Documents SG/Inf(2020)11, 7 April 2020, in <https://tm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>.

² *Ibidem*, 2: «[...] the regular functioning of society cannot be maintained, particularly in the light of the main protective measure required to combat the virus, namely confinement. It is moreover accepted that the measures undertaken will inevitably encroach on rights and freedoms which are an integral and necessary part of a democratic society governed by the rule of law».

³ D'altro canto, gli Stati hanno l'obbligo “positivo” di adottare tutte le misure necessarie proprio al fine di salvaguardare, tra gli altri, il bene primario della vita, sicuramente messo a repentaglio dalla pandemia da coronavirus: cfr. CEDU, 30 novembre 2004, n. 48939/99, *Öneriyildiz c. Turchia*, § 90, in www.hudoc.echr.coe.int; in dottrina si veda, tra tanti, SUDRE, *Les 'obligations positive' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. Dr. homme*, 1995, 363 ss.

⁴ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., p. 2: «[...] It is precisely here that the Council of Europe must carry out its core mandate by providing, through its statutory organs and all its competent bodies and mechanisms, the forum for collectively ensuring that these measures remain proportional to the threat posed by the spread of the virus and be limited in time [...]».

scopo di mantenere intatto, durante e soprattutto dopo la crisi sanitaria, il tessuto democratico delle nostre società⁵.

2. *I diritti e le libertà suscettibili di “interferenze” ordinarie.* Il documento diramato dal Consiglio d'Europa affronta, nello specifico, l'eventualità - già in parte inverteasi e plausibilmente destinata a perpetuarsi in forme ulteriori e forse ancor più invasive - che “interferenze” e “deroghe” vengano apportate, in questa fase storica eccezionale, a diritti e libertà fondamentali riconosciute nella Convenzione.

A tale riguardo, occorre preliminarmente distinguere tra l'ipotesi ordinaria di “interferenza” e quella, ben diversa, di vera e propria “deroga” agli obblighi convenzionalmente assunti dagli Stati contraenti⁶.

Il primo caso riguarda, in particolare, alcune principali libertà fondamentali e diritti civili, quali la libertà personale (art. 5 § 1 lett. (e)), il diritto al rispetto per la vita privata e familiare (art. 8 § 2), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9 § 2), la libertà di espressione (art. 10 § 2), di assemblea e di associazione (art. 11 § 2), la libertà di movimento (art. 2 § 3 del Protocollo n. 4 alla Convenzione).

In tale ambito, si ammette che, tra le altre⁷, ragioni di “sanità pubblica” possano rappresentare un fine legittimo (*legitimate aim*) per consentire agli Stati Membri di “limitare” la sfera di applicazione dei diritti ivi scolpiti, sempreché ciò avvenga nel rispetto del “principio di legalità”, che si verta in un contesto di stretta “*necessità per una società democratica*” e di assenza di “*European consensus*” sulla materia (cioè in mancanza di un'ampia e condivisa interpre-

⁵ *Ibidem*, 9: «[...] The Council of Europe will continue to make every effort to assist its member states during the current crisis and its aftermath [...] to find the best and most sustainable responses to protect public health, maintain the democratic fabric of our societies and mitigate the social consequences of the crisis».

⁶ Per una generale introduzione al tema, negli specifici contesti emergenziali, si veda SOMMARIO, *Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and Their Use in Disaster Settings*, in *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, ZORZI GIUSTINIANI, SOMMARIO, CASOLARI, BARTOLINI (eds.), 2018, Routledge.

⁷ Ulteriori motivi che possono legittimare, sempreché le altre condizioni siano soddisfatte, “interferenze” in tali settori da parte degli Stati Membri sono la “sicurezza nazionale”, il “benessere economico della nazione”, il “mantenimento dell'ordine pubblico”, la “prevenzione dei reati”, la “protezione della morale pubblica”, la “tutela dei diritti e delle libertà di terzi”, l’“integrità territoriale”, la “protezione della reputazione o dei diritti dei terzi”, l’“impedimento della rivelazione d'informazioni riservate”, il “mantenimento dell'autorità e dell'imparzialità della magistratura”.

⁸ Su tale concetto, si veda HARRIS, O'BOYLE, BATES, BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, Oxford University Press, 512 ss.

⁹ Per un'introduzione al tema dell’“*European consensus*”, si vedano KOVLER, ZAGREBELSKY, GARLICKY, SPIELMANN, JAEGER, LIDDELL, *The role of consensus in the System of the European Conven-*

tazione della precisa estensione dell'area operativa della norma convenzionale in questione)¹⁰.

La seconda ipotesi, ben diversa, attiene invece all'art. 15 della Convenzione, vale a dire alla "deroga" dagli obblighi discendenti dalla Convenzione in tempo di "guerra" o per ragioni di "emergenza di ordine pubblico compromettenti la vita della nazione"¹¹, in cui il sistema convenzionale consente non una semplice "interferenza" o limitazione del diritto convenzionalmente riconosciuto¹², bensì una sua vera e propria eccezione al sistema di protezione europeo¹³, la cui legittimità dovrà essere motivata dalla ricorrenza di situazioni fat-

tion on Human Rights, in *Dialogue between Judges*, 2008, Strasbourg, European Court of Human Rights, Council of Europe, 15 ss.; BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, 843 ss.

¹⁰ "Consensus" europeo e "margine di apprezzamento" rappresentano, quindi, concetti legati da un rapporto di proporzionalità inversa: più radicato il consenso in ordine all'ampiezza dei confini di un diritto o di una libertà convenzionalmente riconosciuta, più ristretto il "margine di apprezzamento" lasciato agli Stati Membri nell'individuare possibili ipotesi d'interferenza o limitazione di tali linee di confine; e viceversa.

Sul rapporto di proporzionalità inversa esistente tra i termini di tale relazione, si veda GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper No. 52/2011, 12-14: «The very uncertainty which surrounds the concept of the margin of appreciation was acknowledged by the Court in *Schalk & Kopf v Austria* where the Court said: "The scope of the Margin of Appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of Contracting States" [...] "[t]he area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of introduction of legislative changes".

La letteratura ha individuato, peraltro, ulteriori fattori di cui tenere conto al fine di determinare, in concreto, l'ampiezza del margine di apprezzamento, tra i quali la natura della previsione convenzionale invocata, gli interessi in gioco, lo scopo perseguito dall'allegata "interferenza", il contesto dell'"interferenza", l'impatto di un possibile "consensus" sulla materia, il grado di proporzionalità dell'interferenza e l'analisi comprensiva delle alte corti nazionali: per una sintetica rassegna, si veda SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *15 Camb. YB. Eur. Leg. St.*, University of Cambridge, CELS Working Paper Series, 29 February 2012, 394-411.

¹¹ Va osservato come la dottrina del "margine di apprezzamento" abbia, in verità, mosso i primi passi nell'ambito della disciplina della deroga ex art. 15, per poi fare progressivamente apparizione in pronunce aventi ad oggetto altre disposizioni convenzionali riguardanti i diritti di libertà e sicurezza personale (articolo 5), il rispetto della vita privata e familiare (articolo 8), la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (articolo 9), la libertà di espressione (articolo 10), di riunione e di associazione (articolo 11), il principio di non discriminazione (articolo 14) e il diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 1 del Protocollo n. 1.

¹² Per approfondimenti, si veda O'BOYLE, *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or principle?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 23.

¹³ L'evoluzione della dottrina del "margine di apprezzamento" dal quadro della giurisprudenza relativa all'art. 15 verso altri articoli della Convenzione ha comportato la conservazione di alcuni punti di contatto, ma anche lo sviluppo di rilevanti differenze. Va, anzitutto, messa in luce la struttura stessa delle

tuali di estrema gravità¹⁴.

La differenza tra “interferenze” e “deroghe” risiede sia nei presupposti, che nei limiti dell’intervento restrittivo dello Stato.

Quanto ai presupposti, si passa dalle specifiche ragioni di “sanità pubblica”, “sicurezza nazionale”, “benessere economico della nazione”¹⁵, “mantenimento dell’ordine pubblico”, “prevenzione dei reati”, “protezione della morale pubblica”, “tutela dei diritti e delle libertà di terzi”, “integrità territoriale”, “protezione della reputazione o dei diritti dei terzi”, “impedimento della rivelazione d’informazioni riservate”, “mantenimento dell’autorità e dell’imparzialità della magistratura”, a quelle, ben distinte, di “guerra” o altra “emergenza pubblica”¹⁶ che metta a repentaglio la vita della nazione¹⁷.

Quanto ai limiti della compressione dei diritti umani, il divario è tra il concetto di limiti “necessari in una società democratica” (confini delle “interferenze”) e quello di deroghe “strettamente richieste dalle esigenze della situazione” (unico argine alle “deroghe”).

In entrambe le ipotesi, ruolo cruciale è svolto dal controverso e dibattuto

norme interessate: se da un lato l’art. 15 prevede una generale norma di deroga per le ragioni e nei limiti ivi previste, gli altri articoli citati presentano la tipica architettura normativa adottata dai compilatori delle Carte dei diritti europee continentali, cioè la previsione di un particolare diritto, seguita dall’individuazione delle tassative possibilità di limitarne il godimento. Siamo quindi di fronte, in questi ultimi casi, a clausole di “interferenza”, piuttosto che a clausole di “deroga”, vale a dire alla possibilità per gli Stati Membri non di “derogare” integralmente ai diritti ed alle libertà ivi riconosciute, ma piuttosto di limitarne l’operatività, pur sempre nei confini del requisito di “necessità per una società democratica”, che si configura come limite generale alle clausole di “interferenza” nei diritti convenzionali.

¹⁴ Con particolare riguardo all’evoluzione della dottrina del “margine di apprezzamento” nell’ambito dell’art. 15, relativo alla possibilità per lo Stato contraente di derogare alle previsioni convenzionali qualora si verifichi una situazione di “guerra” o di “altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione”, si può in questa sede solo ricordare che tale ampia possibilità derogatoria è peraltro mitigata da una serie di limiti invalicabili, alcuni dei quali rappresentati proprio dall’inviolabilità assoluta di alcune disposizioni cardine, quali quelle di cui agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 § 1 (divieto di riduzione in schiavitù) e 7 della Convenzione (*nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege poenali*). Vedi *infra*, paragrafo 3.

¹⁵ Cfr. Artt. 5 § 1 lett. (e), 8 § 2, 9 § 2, 10 § 2, 11 § 2 della Convenzione, 2 § 3 del Protocollo n. 4 alla Convenzione.

¹⁶ Come anticipato, non paiono ravvisarsi particolari dubbi sul fatto che l’attuale pandemia possa legittimamente rientrare in tale nozione di emergenza, anche alla luce della qualificazione emergente dal dato letterale della Convenzione, centrato non tanto sulla “natura” del pericolo pubblico quanto sui suoi “effetti”, tali da minare la vita stessa del Paese; al riguardo, si vedano in dottrina FITZPATRICK, *Human rights in crisis: the international system for protecting rights during states of emergency*, 1994, University of Pennsylvania Press, 56; NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, 2018, Torino, 151.

¹⁷ Sempreché, beninteso, tali “deroghe” non risultino incompatibili con altri obblighi discendenti dal diritto internazionale; si veda SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, 2018, Torino, 72 ss.

concetto di “margine di apprezzamento”¹⁸.

Ed è proprio a quest’ultimo proposito che intervengono le linee guida del documento del Consiglio d’Europa in esame.

Non è certamente questa la sede per un approccio esaustivo e sistematico alla dottrina del margine di apprezzamento¹⁹, potendosi soltanto accennare ai tratti

¹⁸ Cfr. SPIELMANN, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and The National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, cit., 417: «Un autore ha scritto che ‘il margine di apprezzamento domestico è il “prodotto” più controverso della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo’. Criticato da alcuni come uno ‘scherzo della lingua’ o un ‘maldestro Gallicismo’, apprezzato da altri come un ‘legittimo principio di interpretazione della Convenzione’, il margine di apprezzamento è indubbiamente la dottrina più commentata negli scritti accademici. Una dottrina che ha certamente dei punti deboli: un grado di vaghezza, o persino di una certa incoerenza nell’affidamento della Corte sul margine di apprezzamento, un rischio di manipolazione dei parametri e fattori identificati e la conseguente - sebbene inevitabile - mancanza di certezza giuridica. Questa incertezza può essere imputata alla ricchezza e alla selettività nella scelta dei parametri, a una tentazione di ‘giocare con i margini’ (una tentazione sia per le Corti domestiche che per la Corte Europea) e all’adeguamento dell’ampiezza del margine alle circostanze del caso concreto».

Sull’intrinseca vaghezza e genericità del concetto si vedano anche, tra gli altri, BERNHARDT, *Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties, Protecting Human Rights: The European Dimension*, in MATSCHER & PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension*, 1988, 65-86: «[...] the limits of the margin of appreciation are incapable of an exact definition [...]»; nel medesimo senso, GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, cit., 10: «The very vagueness of the concept of margin of appreciation undermines its effectiveness as a protection against an overexpansive interpretation of the Convention»; sia anche consentito il richiamo a TARALLO, *Il “fine pena mai” di fronte al controllo CEDU: un “margine di apprezzamento” sempre più fluttuante e aleatorio*, in *Dirittifondamentali.it*, 91-120.

¹⁹ Si vedano, per approfondimenti bibliografici: SPIELMANN, *En jouant sur les marges - La Cour européenne des droits de l’homme et la théorie de la marge d’appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen?*, in *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, n°10, 117-127; GARLICKI, *The European Court of Human Rights and the “Margin of Appreciation” Doctrine. How Much Discretion is Left to a State in Human Rights Matters?*, in *Administrative Regulation and Judicial Remedies*, Taipei, Taiwan, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, 2011, 53; ARIA-TAKASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp, Intersentia, 2002; GREER, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, 2010, UCL Human Rights Review; ROZAKIS, *Through the Looking Glass: An “Insider”’s View of the Margin of Appreciation*, in *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, 526; DE SALVIA, REMUS, *Ricorrere a Strasburgo: presupposti e procedura*, Milano, 2011, 14 ss.; DE SALVIA, *Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) émarginer à la marge d’appréciation?*, in *Protection des droits de l’Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 373; MACDONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Coll. Courses Ac. Eur. Rev.*, 1992, 103 ss.; MACDONALD, *The margin of appreciation*, in MACDONALD, MATSCHER, PETZOLD (eds.), *The European system for the protection of human rights*, The Hague, 1996, 83 ss.; MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 1 ss.; O’DONNELL, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human rights*, in *Hum. Rights Quart.*, 1982, 474 ss.; SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1991, 571 ss.; CALLEWAERT, *Quel avenir pour la marge d’appréciation?*, in

essenziali e caratterizzanti della poliedrica natura del concetto di “margin of appreciation” e della sua rilevanza nel campo della “giurisdizione” *stricto sensu* della CEDU ed in quello – diverso ma strettamente correlato al primo – dell’“esecuzione” delle pronunce definitive della Corte da parte degli Stati Membri²⁰.

Nella prima prospettiva - che in questa sede rileva - il “margine di apprezza-

Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 147-166; DELMAS-MARTY, IZORCHE, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 2000, 753-780; GREER, *La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme n°17, 2000; KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996; OLINGA, PICHERAL, *La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. Trim. Dr. homme*, 1995, 567-604; TULKENS, DONNAY, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, in *Rev. Sc. Cr. Dr. Pén. Comp.*, 2006, 3 ss.; WACHSMANN, *Une certaine marge d'appréciation- Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression*, in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, 1017-1042; VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'Homme: dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1988, 201-220; YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of european human rights jurisprudence*, The Hague, 1996, Kluwer Law International; SHUBHNE, *Margin of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law*, in *Eur. Law. Rev.*, 2009, 230 ss.; SWEENEY, *A «margin of appreciation» in the internal market: lessons from the European Court of Human Rights*, in *Leg. Iss. Ec. Int. Law*, 2007, 27 ss.; TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 149 ss.; RASILLA DEL MORAL, *The increasingly marginal appreciation of the Margin of appreciation doctrine*, in *Germl. Law jour.*, 2006, 611 ss.; LETSAS, *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxf. Jour. Legal St.*, 2006, 705 ss.; VAN DER MEERSCH, *Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, in MATSCHER AND PETZOLD (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension Studies in honour of de Gerard J. Wiarda*, Cologne, Heymanns, 1988, 201; VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Brussels, Bruylant and Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 483; LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, foreword by SPIELMANN, Oxford, ED. 2010, 80.

²⁰ Dal primo punto di vista, il riferimento al “margine di apprezzamento” si rinviene già nelle sentenze della Corte di Strasburgo risalenti alla fine degli anni '50, con particolare riguardo allo spazio lasciato agli Stati Membri ai fini dell'adozione di deroghe o interferenze rispetto alle previsioni della Carta convenzionale. In una seconda accezione riferita, invece, alla rilevanza del concetto di “margine di apprezzamento” nel campo della fase di esecuzione delle sentenze della CEDU, lo stesso identifica la libertà, riconosciuta allo Stato nei cui confronti sia stata riscontrata una violazione della Convenzione, di identificare i rimedi migliori al fine di implementare le decisioni di Strasburgo, sia con riferimento alle “misure individuali”, sia relativamente alle “misure generali” (c.d. “tailor made approach”).

mento” indica quel campo di azione e manovra che la Corte riconosce a ciascuno Stato contraente, prima di dichiarare che una determinata misura derogatoria, limitativa di (o d’interferenza in) uno dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione, costituisca una concreta violazione da parte dello Stato.

La principale questione sottesa al concetto risiede, invero, nella necessità di conciliare l’uniforme interpretazione della Convenzione con un parametro di relatività che rifletta le differenze giuridiche, culturali, sociali e politiche degli Stati Membri del Consiglio d’Europa²¹, nel pieno rispetto del “principio di sussidiarietà”²².

Lo scopo di garantire la sopravvivenza di tali caratteri distintivi può essere raggiunto solo riconoscendo ai singoli Stati la disponibilità di un certo “margine di apprezzamento”, che consenta loro di adattare la disciplina convenzionale alle proprie peculiarità locali²³.

Ciò premesso, le linee guida del Consiglio d’Europa tendono a fissare dei paletti, al di là dei quali il “margine di apprezzamento” assegnato agli Stati contraenti nell’individuare nuove forme di “interferenze” o “deroghe” per ragioni di “sanità pubblica” non può spingersi, neanche nel particolare scena-

²¹ La dottrina del “margine di apprezzamento” fisiologicamente nasce proprio allo scopo di rendere compatibile, da un lato, l’uniforme applicazione della Convenzione e, dall’altro, il rispetto delle diversità statali. Si pensi alle distanze di natura socio-culturale (ben evidenti ove si ponga mente alle radici storiche dei Paesi mediterranei e di quelli continentali), politica (abissali le distanze tra gli Stati a tradizione democratica e quelli dell’Est europeo, recentemente emancipatisi dai regimi socialisti), economica (ove si contrappongono il modello capitalista proprio dei Paesi occidentali e quello in fase di transizione dai regimi ad economia pianificata propri dell’area europea centro-orientale), religiosa (il perimetro del Consiglio d’Europa coinvolge Stati a confessione cattolica, protestante, ortodossa, musulmana), senza dimenticare, ovviamente, le diverse fisionomie giuridiche, emergendo in tutta la loro imponentza le diversità tra sistemi di *common law* e sistemi di *civil law*. Sul punto si rimanda all’interessante *excurus* di DONATI, MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa, Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, a cura di Falzea, Spadaro, Ventura, Torino, 2003, 72 ss.

²² Si esprime sul “margine di apprezzamento” in termini di corollario del “principio di sussidiarietà” GALLAGHER, *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, cit., 7: «This approach of the Court to the interpretation of Convention rights has been tempered to some extent by the Court’s recognition that the Contracting States enjoy a margin of appreciation. The central question however is whether this concept of “Margin of Appreciation” provides sufficient protection against an overexpansive interpretation of Convention rights. The concept derives from the fundamentally subsidiary role of the Convention and the fact that the national authorities have direct democratic legitimacy»; si veda anche HUTCHINSON, *The margin of appreciation doctrine in the European Court of Human Rights*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1999, 638 ss.

²³ GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1999, 744 ss.

rio attuale.

In dettaglio, con riferimento alla libertà personale (art. 5 § 1 lett. (e))²⁴, si fissa il principio secondo cui anche le forme di detenzione personale finalizzate al contenimento della diffusione dell'epidemia debbano in ogni caso rispondere al "principio di legalità", garantire la salvaguardia del diritto ad una tempestiva revisione giurisdizionale, all'accesso a un difensore, alle cure mediche e ad un primo contatto con un prossimo congiunto²⁵.

Con riguardo al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, coscienza, religione (art. 9) ed alla libertà di assemblea e di associazione (art. 11)²⁶, il Consiglio rimarca, ancora una volta, l'imprescindibilità dell'osservanza del "principio di legalità" *sub specie* di "riserva di legge"²⁷, evidenziando come ogni restrizione in tali campi debba necessariamente essere prevista in modo chiaro dalla legge e rimanere contenuta nell'ambito del principio di "proporzionalità", evidenziando, soprattutto, l'esigenza di un "rigoroso vaglio" circa l'effettiva opportunità d'introdurre sanzioni di natura "penale"²⁸ - da ritenersi *extrema ratio* - per il caso di violazione delle prescrizioni restrittive²⁹.

²⁴ L'art. 5 § 1 lett. (e) prevede espressamente, quale causa di legittima detenzione delle persone, tra le altre, la "prevenzione della diffusione di malattie infettive", sempreché tale misura sia necessaria alla protezione della sanità pubblica e rappresenti, comunque, una *extrema ratio* cui ricorrere in mancanza di altre misure contenitive altrettanto efficaci: cfr. CEDU, 25 gennaio 2005, n. 56529/00, *Enhorn c. Svezia*, § 44, in www.hudoc.echr.coe.int.

²⁵ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 6: «[...] However, the fundamental prohibition of detention without legal basis or timely judicial review, and the need to provide detainees with essential procedural safeguards, such as access to a doctor, a lawyer or next-of-kin, should in principle be observed in the present circumstances».

²⁶ Per approfondimenti, si vedano OVEY, *The margin of appreciation and article 8 of the Convention*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 10 ss.; PREBENSEN, *The margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 13 ss.; DE SALVIA, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, Terza edizione, 2001, 229 ss.

²⁷ Sul carattere essenziale della "riserva di legge" in ambito di libertà di circolazione, diritto di riunione, diritto all'istruzione, diritto di libertà religiosa e di iniziativa economica, nel contesto della crisi sanitaria in Italia, si veda BOVERO, *Lo stato d'emergenza può mettere a repentaglio la democrazia costituzionale?* (Intervista a cura di Unitonews), in *questa Rivista*, I, 2020, 2.

²⁸ Si veda, per un compiuto esame in chiave critica delle fattispecie incriminatrici introdotte in Italia dalla legislazione emergenziale da Covid-19, VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *questa Rivista*, I, 2020; si vedano anche CASTALDO, COPPOLA, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020 "Coronavirus": risolto il rebus delle sanzioni applicabili?*, in *questa Rivista*, I, 2020; PIVA, *Il diritto penale ai tempi del coronavirus: troppo su inosservanza e poco su carcere*, in *questa Rivista*, I, 2020; GATTA, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *Sistemapenale.it*.

²⁹ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework*

Con particolare riferimento al diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali, l'approccio dell'Istituzione internazionale è più elastico, ammettendosi che le nuove tecnologie di accesso e di trattamento dei dati personali possano rivelarsi decisive nel monitoraggio della pandemia, pur alertando le Autorità statali in ordine ai pericoli d'intrusione all'interno della vita privata degli individui, suggerendo di adottare le adeguate contromisure, con particolare riferimento alla garanzia di un assoluto "anonimato" dei dati processati³⁰. Per quanto concerne, infine, la libertà di espressione (art. 10) e, specularmente, di accesso alla libera informazione da parte dei cittadini, il documento incoraggia le Parti contraenti a garantire il pluralismo dell'informazione e la responsabilizzazione dei giornalisti con riguardo alla neutralizzazione della diffusione di *fake news* (da realizzare, comunque, attraverso risposte sanzionatorie *ex post* e giammai *ex ante*, onde evitare il rischio d'indebite censure governative), pur riconoscendo che le eccezionali circostanze attuali possano comportare, per i giornalisti, il divieto di divulgare informazioni destinate ad un uso ristretto e confidenziale, quali, ad esempio, quelle riguardanti l'esecuzione di future misure dirette ad attuare una politica d'isolamento più rigorosa³¹.

of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states, cit., 6 «[...] It is for the authorities to ensure that any such restriction, whether or not it is based on a derogation, is clearly established by law, in compliance with relevant constitutional guarantees and proportionate to the aim it pursues [...] harsh criminal sanctions give rise to concern and must be subject to a strict scrutiny. Exceptional situations should not lead to overstatement of criminal means».

³⁰ *Ibidem*, 7: «The new technologies of access to – and the processing of – personal data have the potential to contain and remedy the pandemic. Monitoring, tracking and anticipating are crucial steps of an epidemic surveillance. With the multiplication and over-abundance of available sophisticated digital technologies and tools (geolocation data, artificial intelligence, facial recognition, social media applications) such pandemic surveillance could be facilitated. At the same time, the intrusive potential of modern technologies must not be left unchecked and unbalanced against the need for respect for private life. [...] The Convention allows for exceptions to ordinary data-protection rules, for a limited period of time and with appropriate safeguards (eg anonymisation) [...]».

³¹ *Ibidem*, 6-7: «[...] Media and professional journalists, in particular public broadcasters [...] should adhere to the highest professional and ethical standards of responsible journalism [...] and refrain from publishing or amplifying unverified stories, let alone implausible or sensationalist materials. The exceptional circumstances may compel responsible journalists to refrain from disclosing government-held information intended for restricted use – such as, for example, information on future measures to implement a stricter isolation policy [...] At the same time, official communications cannot be the only information channel about the pandemic. This would lead to censorship and suppression of legitimate concerns».

Si vedano anche le linee guida già fornite dal Comitato dei Ministri del CoE nel 2007 sulla protezione della libertà di espressione e di informazione "in tempi di crisi": *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on protecting freedom of expression and information in times of crisis*, adottate dal Comitato dei Ministri il 26 settembre 2007 al 1005° meeting, in https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805ae60e, nonché la Dichiarazione

3. *Le vere e proprie “deroghe” agli obblighi convenzionali degli Stati: i principi da rispettare anche in “stato di pubblica emergenza”.* I diritti e le libertà appena passate sinteticamente in rassegna, oltre a poter essere oggetto di ordinarie “interferenze” da parte degli Stati Membri per ragioni di “sanità pubblica”, sempreché rispondano alla “riserva di legge” e siano “necessarie in una società democratica”, sono suscettibili - insieme a gran parte delle altre libertà e diritti - di vera e propria “deroga” ai sensi dell’art. 15 della Convenzione³². In termini meno astratti, è ancora una volta la nozione di “margine di apprezzamento” a venire in gioco con un ruolo discriminante: l’ampiezza della discrezionalità dell’intervento statale è, invero, assai più dilatata nelle ipotesi di “deroghe” piuttosto che in quelle di “interferenze”, ciò sia con riferimento alla verifica della sussistenza stessa della condizione legittimante della “pubblica emergenza che minacci la vita della nazione”³³, sia con riguardo alla natura e all’ambito operativo delle limitazioni “strettamente richieste” a fronteggiare la crisi³⁴.

zione del 21 marzo 2020 resa dal Comitato di esperti del Consiglio d’Europa sull’ambiente dei media e la riforma dei media (MSI-REF), in <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/statement-on-freedom-of-expression-and-information-in-times-of-crisis-by-the-council-of-europe-s-committee-of-experts-on-media-environment-and-reform-msi-ref>.

³² Si vedano, in dottrina, BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, ALLEGREZZA, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, Cedam, sub Art. 15, 555 ss.; 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*, 1998, Brill-Nijhoff, 590 ss.

³³ Volgendo uno sguardo ai precedenti, si riscontra che sinora la clausola di “deroga” ex art. 15 della Convenzione è stata attivata in contesti interni particolarmente traumatici dovuti a conflitti armati, fenomeni terroristici o disastri naturali, tra i quali le gravi epidemie, come avvenuto nel 2006 per la Georgia, nel quadro della grave afflizione di parte del proprio territorio dall’influenza aviaria; si veda sul punto, in dottrina, SOMMARIO, *Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and Their Use in Disaster Settings*, in *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, cit., 111-112.

³⁴ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 2: «[...] The Court has granted states a large margin of appreciation in this field: “It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 § 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation”». La citazione contenuta nel documento è, in particolare, alla Sentenza CEDU, 18 gennaio 1978, n. 5310/1971, *Irlanda c. Regno Unito*, § 207, in www.hudoc.echr.coe.int.

La Commissione di Venezia è, a sua volta, intervenuta negli ultimi anni per fornire dei criteri

Di qui l'esigenza, avvertita dal Consiglio d'Europa, di fornire in via preventiva alle Parti contraenti uno strumentario, che possa essere tenuto in debita considerazione nell'eventualità in cui esse dovessero determinarsi nei prossimi tempi, o si fossero già determinate, a "informare" il Segretario Generale ai sensi dell'art. 15 § 3 della Convenzione della volontà di avvalersi della clausola "derogatoria" per far fronte alla pandemia da coronavirus³⁵.

Prima di procedere ad esaminare, in dettaglio, le linee guida apprestate dall'Istituzione sovranazionale a tal riguardo, va preliminarmente tenuto conto che - come noto - in virtù di espresse previsioni del sistema convenzionale, vi sono alcune libertà e diritti insuscettibili di "deroga", neppure in tempo di "guerra" o di "pubblica emergenza potenzialmente fatale alla vita della nazione"³⁶. Si tratta, precisamente, del diritto alla vita (art. 2), del divieto di tortura o trattamenti o punizioni disumane o degradanti (art. 3), del divieto di schiavitù e servitù (art. 4 § 1), della "riserva di legge" in materia penale (*nullum crimen, nulla poena, sine proevia lege poenali*: art. 7), dell'abolizione della pena capitale (artt. 3 e 2, rispettivamente, dei Protocolli nn. 6 e 13 alla Convenzione) e del diritto a non essere processati o puniti due volte per lo stesso fatto (*ne bis in idem*: art. 4 § 3 del Protocollo n. 7 alla Convenzione). Da notare che, nell'elenco delle inderogabilità, non è presente il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione³⁷.

Ciò posto, lo "Stato di diritto" è il primo, vitale, principio cardine individuato dal Consiglio d'Europa come baluardo insopprimibile, neppure in "stato di

d'individuazione dello stato di "*public emergency threatening the life of the nation*" richiesto ai fini dell'attivazione della clausola di "deroga": cfr. la *Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations* adottata alla 66^a Sessione Plenaria del 17-18 marzo 2006, 4-6, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2006\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2006)015-e).

³⁵ Al 29 marzo 2020 - data di riferimento del documento - risultava che 22 Stati Contraenti si erano complessivamente avvalsi della clausola derogatoria (anche per ragioni, quindi, estranee all'attuale crisi sanitaria); cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 4, nota n. 7.

Da un aggiornamento effettuato al 14 aprile 2020, risulta che precisamente 10 Paesi abbiano sinora proceduto a dichiarare lo "stato di emergenza" per le specifiche ragioni legate alla pandemia da Covid-19 e a notificare conseguentemente al Segretario Generale ex art. 15 § 3 della Convenzione la volontà di avvalersi del diritto di "deroga" e, segnatamente: Lettonia, Romania, Armenia, Moldova, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Nord, Serbia e San Marino; cfr. <https://www.coe.int/en/web/conventions/notifications>.

³⁶ Per un'interessante indagine comparativa sulla nozione di "stato di emergenza" negli Stati Membri, si veda l'Analisi della Commissione d Venezia, *Emergency Powers - Science and technique of democracy No. 12 (1995)*, 3-23, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-STD\(1995\)012-e&lang=IT](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-STD(1995)012-e&lang=IT).

³⁷ Su cui vedi più diffusamente *infra*, paragrafo 4.

emergenza”³⁸.

Più precisamente, viene affermato che il “principio di legalità”³⁹, inteso in senso ampio come necessità che a copertura di qualsivoglia azione statale vi siano disposizioni normative di rango primario, di fonte parlamentare o governativa purché conforme agli assetti costituzionali (decreti)⁴⁰, dovrà essere rispettato da tutti gli Stati Membri per l’intero periodo di riferimento dell’“emergenza”⁴¹.

A quest’ultimo riguardo, poi, vengono scolpiti i fondamentali criteri di “temporaneità” e “delimitazione” dell’ambito operativo della legislazione di emergenza.

Sotto il primo profilo, si richiede espressamente che il regime di “emergenza”, così come le misure straordinarie, siano dotate di c.d. “clausole di tramonto” (testualmente: «sunset clauses»), vale a dire che contengano in sé un preciso limite di durata, eventualmente suscettibile di estensione solo per opera del Parlamento ed attraverso le procedure ordinarie⁴².

³⁸ Già si pronunciava per il carattere primordiale e irrinunciabile dello “Stato di diritto” e del “principio di legalità” la Commissione di Venezia nella summenzionata analisi comparativa *Emergency Powers - Science and technique of democracy No. 12 (1995)*, cit., 25: «The concept of emergency rule is founded on the assumption that in certain situations of political, military and economic emergency, the system of limitations of constitutional government has to give way before the increased power of the executive (including military power in a martial law). However, emergency rule is a legal regime governed by the principles of legality of administration, based on the rule of law. The rule of law means a system where governmental agencies must operate within the framework of law, and their actions are subject to review by independent courts. In other words, the legal security of individuals should be guaranteed».

La stessa Commissione di Venezia ha anche proceduto a stilare, nel 2016, una *checklist* su “Stato di diritto” e “principio di legalità” allo scopo di “mantenere il polso” del rispetto di tali valori cardine anche in “regime di emergenza”: cfr. *Rule of Law Checklist*, adottata alla 106^a Sessione Plenaria del 11-12 marzo 2016, 13-14, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e).

³⁹ Rimarca il valore predominante e «[...] non derogabile nemmeno in caso di grave emergenza sanitaria» del “principio di legalità” MAZZA, *Sospensioni di primavera: prescrizione e custodia cautelare al tempo della pandemia*, in *questa Rivista*, I, 2020, 2.

⁴⁰ Sulla tematica della distribuzione del potere normativo di rango primario tra Parlamento e Governo durante lo “stato di emergenza”, si veda la *checklist* della Commissione di Venezia *Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist*, adottata alla 119^a Sessione Plenaria del 21-22 giugno 2019, 24-25, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)015-e).

⁴¹ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 3: «Even in an emergency situation the rule of law must prevail. It is a fundamental principle of the rule of law that state action must be in accordance with the law. The “law” in this context includes not only acts of Parliament but also, for example, emergency decrees of the executive, provided that they have a constitutional basis [...]».

⁴² *Ibidem*, 3: «The main purpose of the state of emergency regime (or alike) is to contain the development of the crisis and return, as quickly as possible, to the normality. Prolongation of the state of emergency regime should be subject to the control of its necessity by parliament. An indefinite perpetuation of the general exceptional powers of the executive is impermissible. During the state of emergency, not

Sotto il secondo profilo, viene esplicitamente ribadito il circoscritto raggio di operatività della legislazione di emergenza, che dovrà trovare il proprio costante principio ispiratore e delimitatore nel criterio di “stretta necessità” di tutte le misure al solo fine di affrontare la crisi, in tal senso quindi escludendosi, in radice, la possibilità di adottare riforme legislative di carattere fondamentale, così come d’indire elezioni o referendum, pena la concretizzazione di rischi di abuso dei poteri di normazione emergenziale⁴³.

Affermata l’imprescindibilità del rispetto del “principio di legalità” anche in “stato di emergenza” e l’esigenza di limitazione, nel tempo e nelle materie d’intervento, della legislazione emergenziale, il Consiglio d’Europa apre la prospettiva di una maggiore elasticità riguardo all’assetto dei rapporti Autorità statali e locali e tra Poteri dello Stato⁴⁴ nella fase di crisi sanitaria.

In particolare, quanto ai rapporti tra Autorità centrali e regionali, si ammette espressamente che una differente ripartizione delle rispettive competenze possa essere consentita, allo scopo di meglio coordinare, modulare e differenziare i necessari interventi sul territorio⁴⁵.

only should the power of the government to legislate be limited by the duration of the state of emergency, but any legislation enacted during the state of emergency should also include clear time limits on the duration of these exceptional measures (like a “sunset clause”) [...]».

⁴³ *Ibidem*, 4: «The principle of necessity requires that emergency measures must be capable of achieving their purpose with minimal alteration of normal rules and procedures of democratic decision-making [...] Given the rapid and unpredictable development of the crisis, relatively broad legislative delegations may be needed, but should be formulated as narrowly as possible in the circumstances, in order to reduce any potential for abuse. As a general rule, fundamental legal reforms should be put on hold during the state of emergency [...] During the state of emergency, holding elections and referendums may be problematic, since the possibility of campaigning is extremely limited in times of crisis».

Sui limiti alla possibilità di riforme costituzionali durante lo stato di emergenza, si veda il *Report on Constitutional Amendment* adottato dalla Commissione di Venezia all’81° Sessione Plenaria dell’11-12 dicembre 2009, 12 e 44, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e). Con riferimento, poi, ad eventuali elezioni, si vedano la *Opinion on the Convention on the Standards of Democratic Elections, Electoral Rights and Freedoms in the Member States of the Commonwealth of Independent States* adottata dalla Commissione di Venezia alla 70° Sessione Plenaria del 16-17 marzo 2007, 8, § 42, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)007-e), nonché il *Report on choosing the date of an election*, adottato dal Consiglio per le Elezioni Democratiche alla 22° Riunione del 18 ottobre 2007 e dalla Commissione di Venezia alla 72° Sessione Plenaria del 19-20 ottobre 2007, 8, § 14, in [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2007\)037-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2007)037-e).

⁴⁴ Mette in guardia sulle ripercussioni dello «stato di emergenza» sull’«equilibrio dei poteri» BOVERO, *Lo stato d’emergenza può mettere a repentaglio la democrazia costituzionale?* (Intervista a cura di Unitonews), cit., 3.

⁴⁵ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 4: «The executive authorities should be able to act quickly and efficiently. [...] This may also involve, to the extent permitted by the constitution, bypassing the standard division of competences between local, regional and central authorities with

Per quanto concerne, più propriamente, i Poteri statali, il Consiglio preconizza la possibilità di modifiche all'equilibrio tra il Potere legislativo e quello esecutivo - a favore di quest'ultimo - sempreché tale eventualità sia espressamente riconosciuta dalle previsioni costituzionali degli Stati interessati e, preferibilmente, garantendo il controllo da parte delle Corti costituzionali in ordine alla legittimità di tali interventi "perturbativi"⁴⁶.

In ogni caso, si ribadisce l'insopprimibilità della conservazione, in capo al Parlamento, di adeguati poteri di controllo sull'attività svolta dal Governo, inclusi interventi modificativi o revocativi delle decisioni adottate dall'Esecutivo, nonché di verifica periodica⁴⁷ in ordine all'attualità dei presupposti giustificativi dello "stato di emergenza" e del nuovo assetto dei Poteri eventualmente derivatone⁴⁸.

Sul versante dei rapporti di forza tra Potere legislativo, esecutivo e giudiziario, l'Istituzione europea è categorica: anche in tempi di emergenza pandemica, il connotato ontologico dell'"indipendenza" della magistratura rappresenta una pietra miliare insuscettibile di alcuna "deroga" o "interferenza"⁴⁹, così come il

reference to certain specific, limited fields, to ensure a more co-ordinated response to the crisis and on the understanding that full rights of local and regional authorities shall be re-established as soon as the situation allows it».

⁴⁶ *Ibidem*, 3: «[...] Many constitutions provide for a special legal regime (or regimes) increasing the powers of the executive authorities in the case of a war or a major natural disaster or another calamity [...] Any new legislation of that sort should comply with the constitution and international standards and, where applicable, be subjected to review by the Constitutional Court. If parliament wants to authorise the government to deviate from special majority legislation (or the legislation adopted following another special procedure), this must be done by the majority required for the adoption of the legislation, or following the same special procedure».

⁴⁷ Sulla previsione da parte degli Stati contraenti di tali strumenti di verifica, anche di natura giurisdizionale, si veda lo studio comparativo della Commissione di Venezia, *Emergency Powers - Science and technique of democracy No. 12 (1995)*, cit., 26-29.

⁴⁸ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 3-4: «During the state of emergency, governments may receive a general power to issue decrees having the force of the law. This is acceptable, provided that those general powers are of a limited duration. [...] Prolongation of the state of emergency regime should be subject to the control of its necessity by parliament. An indefinite perpetuation of the general exceptional powers of the executive is impermissible [...] Parliaments, however, must keep the power to control executive action¹⁴ in particular by verifying, at reasonable intervals, whether the emergency powers of the executive are still justified, or by intervening on an ad hoc basis to modify or annul the decisions of the executive. Dissolution of parliaments during the states of emergency should not be possible, and indeed under many constitutions the parliament's mandate is prolonged until the end of the state of emergency».

⁴⁹ La stretta relazione esistente tra "indipendenza" della magistratura e condizioni di lavoro, ivi compreso lo status retributivo, pacificamente riconosciuta nel contesto internazionale, andrà tenuta in serio conto durante la gestione della crisi da parte degli Stati Membri: a questo riguardo, cfr. la *European Charter on the Statute for Judges* of 8-10 July 1998, in <https://www.icj.org/wp>

content/uploads/2014/06/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf, § 6.1: «Judges exercising judicial functions in a professional capacity are entitled to remuneration, the level of which is fixed so as to shield them from pressures aimed at influencing their decisions and more generally their behaviour within their jurisdiction, thereby impairing their independence and impartiality»; si veda anche il *Venice Commission Report on the independence of the judicial system*, part I, in [https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-e), part I, § 51: «[...] for judges a level of remuneration should be guaranteed by law in conformity with the dignity of their office and the scope of their duties. Bonuses and non-financial benefits, the distribution of which involves a discretionary element, should be phased out»; nonché le *Measures for the effective implementation of the Bangalore Principles of judicial conduct*, adottate dal *Judicial Integrity Group* al Meeting di Lusaka, Zambia, 21-22 gennaio 2010, in <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/08/JIG-Measures-effective-implementation-Bangalore-Principles-2010.pdf>, §§ 14.1 e 14.2: «The salaries, conditions of service and pensions of judges should be adequate, commensurate with the status, dignity and responsibilities of their office, and should be periodically reviewed for those purposes [...]. The salaries, conditions of service and pensions of judges should be guaranteed by law, and should not be altered to their disadvantage after appointment».

Sul riconoscimento delle relazioni e influenze tra livelli salariali e fenomeni corruttivi, si veda poi la *CCJE Opinion No. 21 (2018) on Preventing Corruption among judges*, adottata a Zagabria il 9 novembre 2018, in <https://rm.coe.int/ccje-2018-3e-avis-21-ccje-2018-prevent-corruption-amongst-judges/16808fd8dd>, *Point B) of Factors leading possibly to corruption among judges*: «Poor working conditions, which include insufficient salaries and social benefits, poor infrastructure and equipment, along with a heavily understaffed judiciary and the like, can motivate a judge to accept an improperly offered favour more easily»; conformemente, *Point G) of Conclusions and recommendations*: «Adequate salaries, retirement pensions and other social benefits, a manageable workload, a proper working infrastructure and job security for both judges and court staff are vital for the legitimacy and good reputation of a judicial system. These are also important safeguards against corruption in the judiciary».

A venire in gioco potrebbero astrattamente essere, in particolare, ipotesi di riduzioni salariali, in relazione alle quali svariati tentativi di abuso sono stati già perpetrati in passato, in molteplici contesti, al punto da indurre il Consiglio Consultivo dei Giudici Europei a esplicitare, nel “Rapporto sull’Indipendenza e l’Imparzialità della magistratura negli Stati Membri del Consiglio d’Europa del 2017”, che ogni ipotesi di riduzione dovrebbe essere approcciata con criteri di proporzionalità, evitando disparità di trattamento non soltanto tra diverse categorie di giudici o tra giudici e pubblici ministeri, ma anche tra magistrati e altre categorie di pubblici ufficiali di alto rango, ivi compresi i Parlamentari: cfr. *Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States in 2017*, preparato dal Bureau del CCJE, adottato a Strasburgo il 7 febbraio 2018, in <https://rm.coe.int/2017-report-situation-of-judges-in-member-states/1680786ae1>, §§ 36-37: «Even in times of economic crisis, the legislative and executive powers of various member States should understand that a significant reduction in judges’ salaries is a potential threat to judges’ independence and to the proper administration of justice, and may jeopardise (objectively and subjectively) judges’ work. Such measures, if necessary, should always be limited in time. 37. Some European countries facing an economic crisis have opted for a cut in the salaries of public officials, including judges. Regardless of the rationale behind such measures, judicial remuneration cannot be reduced by a greater proportion than that of other public officials. Otherwise this would violate the principle of equality established as a general principle of law and it would contradict Article 54 of Rec(2010)12». Sulla stessa lunghezza d’onda si pone anche la *Explanatory Note della CM Recommendation (2010) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on Judges: independence, efficiency and responsibilities*, adottata il 17 novembre 2010, in <https://rm.coe.int/16807096c1>, §§ 56-57: «Judges’ remuneration is an important element to address when dealing with independence and impartiality [...] An adequate level of remuneration is a key element in the fight against corruption of judges and aims at shielding them from any such attempts. [...] Public policies aiming at the general reduction of civil servants’ remuneration are not in contradic-

carattere “equo” del processo, da preservare in particolare attraverso la garanzia del diritto di accesso a un tribunale (da soddisfare anche attraverso nuove modalità, in ogni caso ossequiose dell’art. 6 della Convenzione)⁵⁰, il rispetto del principio di “parità delle armi”, di “presunzione d’innocenza”, di “legalità della detenzione” e del diritto della persona privata del bene primario della libertà personale ad avere accesso a un difensore e ad una tempestiva revisione giudiziaria del proprio *status detentionis*⁵¹.

A quest’ultimo riguardo, in particolare, si rileva che l’Istituzione internazionale sembra dimostrarsi alquanto possibilista in relazione all’eventualità che, nello stato di emergenza, sistemi di controllo giurisdizionale *a posteriori*⁵² della legalità della detenzione si sostituiscano ai meccanismi di controllo ordinari che operano *ex ante*, nonché con riferimento alla necessità di “rinvii”, di “corsie preferenziali” («fast-tracking») e di “trattamento di gruppo” («group treatment») di determinate categorie di casi⁵³.

tion with the requirement not to reduce specifically judges’ remuneration (Recommendation, paragraph 54)». Sul tema, nello specifico contesto della recente riforma del sistema giudiziario ucraino, sia consentito il richiamo a TARALLO, *Some reflections on independence, irremovability and separation of the branches of State powers, in the light of the recent Ukrainian judicial reform*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, I, 2020, 61-63.

⁵⁰ Non è questa la sede naturale per spingersi in un’analisi accurata delle previsioni domestiche riguardanti la celebrazione dei processi penali durante la crisi sanitaria da Covid-19. Molteplici perplessità sono state sinora espresse in dottrina da: MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *questa Rivista*, I, 2020; GAETA, *Relazione sulle novità processuali relative alla gestione dell’emergenza sanitaria da Coronavirus*, in *questa Rivista*, I, 2020.

⁵¹ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 6: «[...] Measures which aim at adapting modalities of access to courts should be designed in a way that is compatible with Article 6, not least in cases where special procedural diligence is required (vulnerable litigants, family and labour litigations, etc). Prolonged police custody or delayed judicial review of deprivation of liberty may lead to violations of Article 5 of the Convention. [...] the fundamental prohibition of detention without legal basis or timely judicial review, and the need to provide detainees with essential procedural safeguards, such as access to a doctor, a lawyer or next-of-kin, should in principle be observed in the present circumstances. States also remain under a general obligation to ensure that trials meet the fundamental requirement of fairness (such as equality of arms) and respect the presumption of innocence, and ensure that no steps are taken which would amount to an interference with the independence of judges or of courts».

⁵² Il richiamo alla mente ad un possibile ampliamento delle categorie domestiche delle misure “precautelari” (arresto in flagranza e fermo d’indiziato di delitto) è immediato, anche se, nello scenario sovranazionale, le forme di controllo giudiziario *ex post* già ricomprendono ipotesi ulteriori e dagli ambiti operativi più estesi. Al riguardo, si veda l’interessante spunto storico di FURFARO, *Autorità e libertà dopo il coronavirus*, in *questa Rivista*, I, 2020, 2, che mette in risalto il ripristino dell’istituto del fermo di polizia durante gli “anni di piombo” per fronteggiare l’“emergenza terrorismo” e, in generale, i seri pericoli di strascichi “liberticidi” della legislazione emergenziale nel periodo post-emergenza.

⁵³ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 4: «[...] It is important that judges may examine the most serious limitations of human rights introduced by the emergency legislation. Ad-

In ogni caso, il Consiglio d'Europa ripone estrema importanza nella funzione fondamentale del sistema giudiziario, ivi ricomprendendovi le Corti Costituzionali⁵⁴, soprattutto durante la vigenza dello “stato di emergenza” da Covid-19, rimarcando il ruolo essenziale delle Corti domestiche ed auspicando che queste possano continuare ad esercitare la propria giurisdizione sulle più serie limitazioni dei diritti umani - introdotte proprio dalla normazione emergenziale - nonché a fornire una tempestiva ed efficace risposta, in ambito penale, nei settori che già si stanno manifestando come particolarmente vulnerabili, quali la violenza domestica, sessuale, di genere, il traffico di esseri umani, la falsificazione dei medicinali e degli strumenti di protezione sanitaria⁵⁵, i reati del cyberspazio⁵⁶ (truffe via internet, campagne massive di *phishing*, disseminazione di *malware*, adescamento di minorenni)⁵⁷.

jourments, “fast-tracking” or group treatment of certain categories of cases may be permitted, and preliminary judicial authorisation in some instances may be replaced with ex post judicial review [...]».

Se da un lato il riferimento agli «adjournments» ed al “fast-tracking” appaiono chiari, meno univoca sembra la menzione della possibilità di «group treatment of certain categories of cases»: qualunque sia l'estensione dell'accezione intesa nel documento, va in ogni caso ribadito che, nel settore penale, ogni ipotesi di superamento del “principio di personalità della responsabilità penale” non potrebbe che comportare gravissime criticità in termini di “equità” del processo.

⁵⁴ *Ibidem*, 4: «The core function of the judiciary – in particular the constitutional courts, where they exist – should be maintained. It is important that judges may examine the most serious limitations of human rights introduced by the emergency legislation [...]».

⁵⁵ Cfr., in proposito, i molteplici documenti informativi pubblicati dall'*European Police Office* (EUROPOL) sulle variegate e inedite forme di sfruttamento criminale della pandemia da Covid-19, in <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/pandemic-profitee%09ring-how-criminals-exploit-covid-19-crisis%20%5beuropol.europa.eu%5d>.

⁵⁶ Cfr., al riguardo, le specifiche linee guida in materia di *cybercrime* nel contesto della crisi sanitaria da Covid-19 diramate il 26 marzo 2020 dall'*International Criminal Police Organization* (INTERPOL), *Covid-19 Pandemic Guidelines for Law Enforcement*, 15-19, in <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2020/INTERPOL-issues-international-guidelines-to-support-law-enforcement-response-to-COVID-19>.

⁵⁷ Cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 8: «Incidents and evidence are increasingly reported showing that the policy of isolation and confinement leads to increased levels of domestic, sexual and gender-based violence – and therefore to a heightened need of protection against this. [...] Victims of human trafficking can find themselves in an even more vulnerable position, as a result of limited capacities of law enforcement and services supporting them, such as shelters. As modern societies rely more than ever on computer systems, in times of crisis malicious actors may even more so exploit this reliance to their advantage (fraud schemes, phishing campaigns and malware distribution through seemingly genuine websites of information or advice on COVID-19 are used to infect computers, extract user credentials or fraudulent payments). Children are no exception to risks in cyberspace and with the closure of schools, their increased use of the internet and social media affects their security. Furthermore, the coronavirus outbreak has regrettably offered new opportunities for criminals to take advantage of the increased demand for medical, personal protection and hygiene products. These include fake medicines or fake medical devices, such as COVID-19 testing kits, which are being made available both online and offline [...]».

4. *Un inquietante possibile scenario: la “patente d’immunità” a fronte del divieto di discriminazione.* Il Consiglio d’Europa ha correttamente evidenziato come la rilevazione e il tracciamento dei dati sensibili delle persone - percorsi di spostamento, luoghi e individui frequentati, condizione di positività alla patologia Covid-19 - possano rappresentare un mezzo ineguagliabile di gestione della pandemia, consentendo una sorveglianza di massa finalizzata alla tutela del bene primario della vita e della salute pubblica.

Screening di massa (“*mass testing*”) e tracciamento delle persone risultate “positive” attraverso appositi software (“*mass tracking*”) sono misure già adottate in alcuni Paesi (tra i quali Cina, Corea del sud, Israele, Singapore, Taiwan) e, nonostante le perplessità sollevate in ragione del loro elevato grado d’intrusività, paiono aver dimostrato una certa efficacia⁵⁸.

In Cina, inoltre, i movimenti delle persone risultate positive possono essere rilevati anche “in tempo reale” grazie a specifiche *app*, consentendo alle persone circostanti di adottare gli opportuni “gesti barriera”.

Nel contesto dello stato di emergenza da coronavirus, i rischi e le opportunità maggiori sembrano venire proprio dagli strumenti tecnologici e medico-scientifici.

I Paesi europei (e non solo) stanno seriamente vagliando in queste ore la possibilità d’introdurre, su vasta scala, in forma volontaria od obbligatoria, applicativi di tale natura anche sui loro territori, pure attraverso l’ausilio dell’intelligenza artificiale⁵⁹ e delle tecniche di riconoscimento facciale, beninteso garantendo, anche in virtù di adeguati sistemi di crittografia, l’anonimato dei dati acquisiti e la loro distruzione a crisi superata⁶⁰.

⁵⁸ Tali applicazioni permettono, sostanzialmente, attraverso i sistemi di geo-localizzazione dei cellulari, il tracciamento del percorso fatto da una persona risultata positiva al Covid-19 negli ultimi 14 giorni e l’invito tramite un messaggio, inviato a tutte le persone che sono entrate in contatto con lei, ad andare in quarantena.

⁵⁹ Sul poliedrico ruolo dell’“intelligenza artificiale” nella pandemia da Covid-19, spaziante dall’aiuto nella ricerca della cura alla condivisione delle conoscenze, dalle previsioni sull’evoluzione della pandemia all’assistenza del personale medico, dal controllo della popolazione alla futura gestione del dopo-crisi, si vedano gli spunti contenuti nella panoramica realizzata dal Segretariato del “Comitato *ad hoc* sull’Intelligenza Artificiale” - *Ad hoc Committee on Artificial Intelligence (“CAHAI”), AI and control of Covid-19 coronavirus*, in <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/ai-and-control-of-covid-19-coronavirus>.

⁶⁰ Linee guida in materia di protezione dei dati personali, di trattamento dei dati relativi allo stato di salute, di trattamento dei dati su larga scala (anche da parte dei datori di lavoro), nonché dei dati informatici contenuti nei computer e nei dispositivi mobili, nello specifico contesto della pandemia da coronavirus, sono descritte nella dichiarazione congiunta del Presidente del “Comitato della Convenzione 108” e del Commissario per la Protezione dei dati del Consiglio d’Europa del 30 marzo 2020 *on the*

È evidente che misure quali il monitoraggio permanente dello stato biologico e il tracciamento degli spostamenti (quando consentiti) degli individui - considerate, fino a un paio di mesi fa, assolutamente distopiche - sono ora in grado d'infrangere come uno *tsunami* le barriere innalzate dallo Stato di diritto a beni fondamentali quali la privacy, la riservatezza e la protezione dei dati personali.

La suggestione, però, è che questi ultimi non siano gli unici valori in gioco, soprattutto ove si lanci lo sguardo verso un orizzonte temporale di lungo periodo dell'emergenza.

Ad essere gravemente minacciato dalla crisi sanitaria potrebbe essere, soprattutto, il “divieto di discriminazione” tra esseri umani per ragioni legate ad una loro particolare “condizione” (art. 14 della Convenzione)⁶¹.

Le perplessità maggiori sorgono, a questo proposito, non tanto dai test di massa volti all'individuazione dei casi “positivi”, ovvero di quelli “negativi”, quanto, piuttosto, dagli screening massivi finalizzati all'identificazione delle persone che, avendo già contratto il virus, lo abbiano superato riuscendo a sviluppare una reazione anticorpale tale da renderle “immuni” da possibili ricadute⁶².

Ove una tale eventualità fosse in astratto realizzabile e venisse, concretamente, attuata da alcuni degli Stati Membri, il pericolo di serie ripercussioni sul “principio di non discriminazione” sarebbe elevato.

In tale ipotesi, infatti, il tracciamento non sarebbe semplicemente orientato alla ricerca delle persone affette dal virus, allo scopo di curarle e di “distanziarle socialmente” dalle altre per limitare la propagazione della pandemia, ovvero all'individuazione delle persone non - ancora - colpite dal virus, al fine di consentire loro di innalzare i “gesti barriera” nei riguardi delle persone malate. Quest'ultimo sfondo potrebbe, ancora, trovare un bacino di legittimità nella necessità - discendente quale “obbligo positivo” in capo agli Stati - di tutelare la vita e la salute delle persone, pur adottando i dovuti accorgimenti

right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic, in <https://www.coe.int/en/web/data-protection/statement-by-alessandra-pierucci-and-jean-philippe-walter>.

⁶¹ Come noto, l'art. 14 della CEDU testualmente reca: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Di contenuto analogo l'art. 1 del Protocollo n. 12, art. e), della Carta Sociale Europea.

⁶² Considerata la recente scoperta del virus Covid-19 e la fase ancora primordiale del suo studio, la stessa possibilità di sviluppare tale “immunità” e, soprattutto, la sua durata temporale, è al centro di ampia discussione nella Comunità scientifica, che non ha ancora raggiunto una veduta uniforme in merito.

opportunamente delineati nel documento diramato dal Consiglio d'Europa⁶³. Diversamente, lo scenario rappresentato dalla selezione massiva delle persone immunizzate (i c.d. "test sierologici"), potrebbe fatalmente condurre al rilascio in loro favore di una sorta di "patente d'immunità", le cui ripercussioni nel campo sociale, professionale, economico, personale, non devono essere sin da ora trascurate, soprattutto nella sciagurata ipotesi in cui gli interrogativi sull'*an*, sul *quando* e sul *quomodo* del vaccino e delle cure terapeutiche non siano destinati a sciogliersi nel breve periodo.

Se l'orizzonte temporale dello stato di emergenza sanitaria si dilatasse nel tempo, apparirebbe legittimo e doveroso porsi, in via precauzionale, i seguenti interrogativi: a chi e a quali condizioni sarà concessa la ripresa di un'ordinaria vita sociale? A chi e su quali presupposti sarà permesso di ricominciare l'attività lavorativa sinora paralizzata? Quali attività produttive potranno ripartire e chi potrà prendervi parte? Chi potrà tornare a sposarsi, a viaggiare, a godersi una giornata in riva al mare, a coltivare un qualsivoglia interesse personale mortificato in periodo di *confinement*?

Appare davvero arduo pensare che, a differenza delle persone catalogate semplicemente nelle categorie "positive" o "negative" al virus all'esito dell'ipotizzato test di massa, gli individui provvisti, invece, della paventata "patente d'immunità" non possano avvantaggiarsi (anche non necessariamente in virtù di provvedimenti autoritativi, ma semplicemente di fatto) in tutti i settori summenzionati, di un poderoso privilegio in forza del loro peculiare "status", destinato peraltro a giocare un forte fattore distorsivo della "concorrenza"⁶⁴.

A poter venire in considerazione, allora, sarebbe proprio il "divieto di discriminazione", stavolta non fondato su ragioni di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche, origine nazionale o sociale, appartenenza a una

⁶³ Nel "*Toolkit*" diramato dal Segretariato Generale del CoE, particolare attenzione è rivolta, sotto tale aspetto, ai pericoli di discriminazione derivanti dalla gestione della crisi da coronavirus in materia di "diritto all'educazione" (art. 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione e art. 17 della Carta Sociale Europea) e di tutela delle minoranze: cfr. Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., p. 8: «[...] The exceptional measures taken today in the framework of the fight against the spread of the virus are likely to raise questions as to their potential discriminatory consequences. For example, the right to education as enshrined in the Convention (Article 2 of Protocol No1) and the European Social Charter (Article 17) should in principle be secured, even though the ways in which it is ensured require adaptation. Particular attention must be paid however to make sure that members of vulnerable groups continue to benefit from the right to education and have equal access to education means and materials in times of confinement. A detailed study of difficulties and risks faced by Roma, migrants, persons belonging to national minorities and LGBTI persons [...] is under preparation».

⁶⁴ I precedenti storici non sembrano, purtroppo, essere rassicuranti e consentire facili ottimismo a questo proposito: basti porre mente, *mutatis mutandis*, all'esperienza dei "monatti".

minoranza nazionale, ricchezza o nascita, bensì sul particolare «*other status*» di “immunità biologica”.

Un “divieto di discriminazione” che, testualmente, non rientra nell’elenco dei diritti, libertà e valori fondamentali insuscettibili di “deroga” ai sensi dell’art. 15 della Convenzione, a meno che la forma discriminatoria non assurga, in concreto, al rango di “trattamento disumano o degradante” coperto dalla previsione di cui all’art. 3, espressamente prevista come non “derogabile”⁶⁵.

Al di fuori di tali casi estremi, quindi, una siffatta forma discriminatoria basata sullo “status di immunità” potrebbe non essere ritenuta “inderogabilmente” vietata agli Stati contraenti che abbiano deciso di avvalersi della clausola di cui all’art. 15 per fronteggiare lo stato di emergenza sanitaria da Covid-19⁶⁶.

Quest’ultimo aspetto della vicenda apparirebbe meritevole, quanto meno in via precauzionale, di un’attenta e profonda riflessione, dal momento che ove dovessero realizzarsi le condizioni di tale scenario - accertabilità scientifica della condizione di “immunità”, concreta realizzabilità di test di massa e persistenza della crisi sanitaria - l’impatto sul “principio di eguaglianza” sarebbe potenzialmente esplosivo.

5. Conclusioni. La pandemia da Covid-19 avrà portato via, all’esito del suo passaggio ferale, un numero di vite umane enorme.

Agli Stati Membri del Consiglio d’Europa spetta certamente, in primo luogo, il compito di effettuare ogni sforzo per contenere questa cifra infausta.

Ma non solo.

⁶⁵ Cfr. CEDU [GC], 10 maggio 2001, n. 25781/94, *Cipro c. Turchia*, §§ 312-315 «[...] pattern of restrictions and pressures which constituted the policy of ethnic cleansing in the Karpas region; the respondent State's policy of demographic homogeneity; the continuing violations of Greek-Cypriots' property rights as a consequence of the systematic implantation of settlers; the restrictions on the movement of displaced Greek Cypriots as a facet of ethnic exclusiveness; the transfer of possession of the property of displaced Greek Cypriots forced to leave the Karpas region to Turkish settlers; and the continued deprivation of possessions of Greek Cypriots located within the Turkish-occupied area [...]». Il precedente si riferisce, a ben vedere, a restrizioni gravi, invasive e protratte nel tempo, la cui assimilabilità alla fattispecie ipotizzata sembrerebbe quanto meno dubbia.

⁶⁶ Va rilevato, in proposito, che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha affermato, in un precedente di Grande Camera, che la condizione della “stretta necessità” della misura adottata in regime derogatorio al fine di fronteggiare lo “stato di emergenza” debba comunque rispondere ad un principio di “ragionevolezza”, in cui può venire in rilievo anche il parametro dell’“ingiustificata discriminazione”: cfr. CEDU [GC], 19 febbraio 2009, n. 3455/05, *A. e altri c. Regno Unito*, §§ 182-190; il precedente è citato nel Documento Informativo *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, cit., 7. La problematica che si porrebbe nell’ipotizzato scenario è, però, sensibilmente diversa, in quanto la “discriminazione” potrebbe discendere non direttamente dall’adozione di misure statali dirette a combattere l’epidemia, bensì dagli effetti *de facto* scaturenti del conseguimento della c.d. “patente d’immunità”.

È compito delle Parti contraenti far sì che la fisionomia degli Stati che verrà a delinearci durante e all'esito dello stato di emergenza non risulti snaturata rispetto a quei tratti comuni che esse stesse hanno deciso di assegnarsi e preservare attraverso l'adesione alla Convenzione.

Si tratta di una sfida enorme, che mette in gioco alcuni tra i valori basilari, i diritti e le libertà fondamentali scolpite nella Convenzione, destinata fatalmente a subire un periodo di compressione, nelle forme e nei modi migliori che le singole Autorità statali, *better positioned* in virtù della loro vicinanza alle specifiche realtà locali, potranno individuare facendo saggio utilizzo del “margine di apprezzamento” loro riconosciuto, al fine d'introdurre quelle nuove “interferenze” e “deroghe” che si renderanno “strettamente necessarie” per ragioni di sanità pubblica.

Nei primi tre paragrafi del contributo si è spiegato che si tratta di un “margine di apprezzamento” sulla cui ampiezza il Consiglio d'Europa, attraverso l'alta carica del Segretariato Generale, è tempestivamente intervenuto, indicando le coordinate del percorso da seguire e barrando la strada a derive antidemocratiche, refrattarie al principio di legalità e allo Stato di diritto.

Le congetture contenute nel paragrafo 4 si fondano, piuttosto che sul contenuto del documento diramato dall'Istituzione sovranazionale, su riflessioni personali formulate secondo un approccio altamente “prudenziale”, vale a dire immaginando lo scenario peggiore, con i comportamenti e le interrelazioni peggiori da parte degli agenti coinvolti, allo scopo d'individuare possibili pericoli e minimizzarne i rischi di concretizzazione⁶⁷.

La suggestione che ne risulta è che - date determinate condizioni - ad essere messo maggiormente a repentaglio durante lo stato di emergenza potrebbe essere il “principio di non discriminazione”, che tra quelli passati in rassegna, alla luce delle potenzialità degli strumenti tecnologici e medico-scientifici che si apprestano ad essere utilizzati su larga scala, pare risultare quello - *de facto* e *de iure* - principalmente e più agevolmente attingibile.

⁶⁷ «I am prepared for the worst, but hope for the best» (“Essere preparati al peggio, ma sperare per il meglio”), B. DISRAELI, *The Wondrous Tale of Alroy*, 1833, Saunders and Otley, cap. 3.