



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO
Curriculum Pubblicistico
Ciclo XXXVII

Tesi di dottorato

Emergenza e CEDU
Una ricerca sull'articolo 15 della Convenzione europea
dei diritti dell'uomo

Tutor:

Chiar.mi Professori:

Candidato:

Vincenzo Sciarabba

Marco Marazzini

Ilenia Massa Pinto

Presentazione

Nella notte del 3 dicembre 2024, in Corea del Sud, il Presidente Yoon Suk-yeol dichiarò la legge marziale in diretta televisiva. Nel suo discorso, Yoon accusava l'opposizione parlamentare di voler, in combutta con i nemici esterni dello Stato, rovesciare la liberal-democrazia, mettendo a suo avviso pretestuosamente sotto accusa i membri del suo gabinetto e bloccandone i piani di bilancio. In conformità agli ordini del Presidente, i militari tentarono di occupare il Parlamento e d'impedire l'ingresso dei deputati. Aiutati da una folla radunatasi spontaneamente, i parlamentari sudcoreani riuscirono però a entrare a forza nell'edificio e a deliberare la revoca della legge marziale, raggiungendo la maggioranza qualificata richiesta a questo scopo dall'Articolo 77 della Costituzione. Davanti all'insuccesso, ai militari venne dato l'ordine di ritirarsi, avviando una serie di eventi che avrebbero portato all'*impeachment* di Yoon e alla sua destituzione.

Quali domande suscita il breve racconto di questi eventi? Si deve condannare la Costituzione coreana per aver previsto una disposizione che si presta così facilmente agli abusi? Oppure lodarne la previsione dei correttivi che hanno evitato il peggio nel caso concreto?

Come si vede, il problema dell'uso e dell'abuso degli stati d'emergenza emerge molto bene da questo esempio, che viene dall'altra parte del mondo. Al contempo, avremmo potuto citarne moltissimi altri. Dalla guerra in Ucraina a quella in Medio Oriente, passando per conflitti meno conosciuti ed emergenze interne agli Stati, dalle violente sommosse nella Nuova Caledonia francese del 2024 al terremoto in Turchia del 2023 o all'invio della Guardia nazionale a Los Angeles da parte del Presidente degli Stati Uniti Donald Trump. La cronaca degli ultimi cinque anni non è parca di materiale. Tuttavia, è durante le ultime fasi dell'emergenza da Covid-19 che è nato in me l'interesse per il tema, forse anche perché è stata l'unica grande emergenza che tutti noi, in Italia, abbiamo vissuto in prima persona.

Il campo di studio degli stati d'emergenza è però di gran lunga troppo vasto per una ricerca d'ispirazione generale. Per questo motivo l'idea di occuparsene a partire da una specifica disposizione emergenziale, l'Articolo 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, era già presente nelle fasi iniziali del progetto. In ciò ha aiutato anche la fortuna di essermi potuto occupare fin da subito della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in quanto collaboratore della relativa rubrica per la Rivista scientifica *Consulta Online*.

Lo studio dell'Articolo 15 e della Convenzione è poi continuato nel corso di un soggiorno di ricerca a Strasburgo, dove ho avuto tra l'altro l'occasione di discutere con giudici e funzionari

della Corte europea dei diritti dell'uomo, toccando con mano la dimensione pratica del diritto che studiamo.

Nell'idea iniziale, il lavoro non si sarebbe però dovuto fermare all'Articolo 15 della Convenzione europea. In quest'ottica era stato pianificato e già organizzato un soggiorno presso il "Minerva Center for the Rule of Law under Extreme Conditions" dell'Università di Haifa. L'inizio della guerra in Medio Oriente ha fatto sì che il soggiorno non avesse luogo.

Si è invece avuto modo di trascorrere un secondo periodo di ricerca all'estero, presso l'Istituto per il federalismo dell'Università di Friburgo, in Svizzera. L'Istituto è parte della rete di ricerca del progetto LEGITIMULT-*"Legitimate crisis governance in multilevel system"*, cosa che ha portato a un proficuo scambio d'idee durante il mio soggiorno.

Tuttavia, il proposito d'inserire una sezione della tesi rivolta specificatamente alla gestione delle emergenze nell'ordinamento svizzero non ha trovato posto nella redazione finale. Chi scrive non può che dispiacersene, ma la mole di materiale raccolto avrebbe finito per rendere inorganico e troppo lungo il lavoro. Come si vedrà, alcuni riferimenti sono stati recuperati nell'analisi della giurisprudenza sul Covid della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte si è infatti occupata della gestione del Covid in Svizzera in alcune pronunce del 2022 e 2023, cosa che ha finito per incrociare in modo peculiare i due temi.

Concludendo, non posso che ringraziare i miei tutor nella redazione di questa ricerca, i Professori Vincenzo Sciarabba e Ilenia Massa Pinto, ringrazio inoltre i Professori Giorgio Grasso, Eva Maria Belser e Michele Graziadei per aver reso possibile i miei due soggiorni all'estero. Ringrazio infine la mia compagna Isabella e tutta la mia famiglia, per avermi sostenuto nel corso di questi anni.

Introduzione

Modelli e concetti degli stati d'emergenza

1. Metodo e uso dei modelli

Nelle pagine seguenti, descriveremo alcune costruzioni teoriche e alcuni termini ricorrenti nel corso della ricerca. Proprio perché ne faremo uso nelle parti successive, ci sembra opportuno procedere in via introduttiva, prima dell'analisi del diritto positivo, visto che quelle che seguono sono le chiavi di lettura che abbiamo usato per interpretarlo.

Chiariamo in primo luogo il senso attribuito ai termini “emergenza” e “stati d'emergenza”. Nel corso di questa ricerca, “emergenza” è usata per indicare un fenomeno sociale, attuale o imminente, che pone una minaccia concreta a un dato gruppo umano. L'emergenza attiene dunque al mondo dei fatti e a volte useremo come sinonimo l'espressione “fatto emergenziale”.

Gli “stati d'emergenza” sono invece un fenomeno giuridico, presente nel diritto positivo. Essi stanno a indicare l'applicazione di speciali regole per far fronte all'emergenza fattuale, regole che sostituiscono o integrano quelle vigenti in tempi ‘normali’.

Naturalmente, la prassi conosce una grande varietà di modi di far fronte all'emergenza, che differiscono notevolmente a seconda degli ordinamenti e delle tradizioni giuridiche. Nell'uso che ne faremo, fenomeni diversi tra loro come *martial law*, *état de siège*, *état d'urgence*, stato di necessità e dittatura costituzionale o commissaria rientrano tutti nella categoria degli stati d'emergenza. Allo stesso modo, vi rientrano le clausole emergenziali o derogatorie previste, dalla metà del secolo scorso, dai principali trattati internazionali sui diritti umani.

Nel trattare degli stati d'emergenza, ci richiamiamo inoltre ad alcune costruzioni teoriche, definibili come “modelli” emergenziali.

Questi modelli cercano di descrivere i diversi modi con i quali gli ordinamenti giuridici rispondono all'emergenza e d'individuare la soluzione migliore, procedendo per tipizzazione, cioè individuazione di tipi ideali.

Non si limitano però all'analisi del diritto positivo, anche se la comparazione svolge un ruolo importante in questo tipo di ricerche. Invece, i modelli emergenziali vengono elaborati anche

a partire da riflessioni che adottano un punto di vista esterno sul diritto. Vi troviamo perciò considerazioni provenienti dalla filosofia politica, dalla morale, dalla storia e dalla sociologia.

Inoltre, si tratta di modelli configurati molto spesso in termini normativi e non meramente descrittivi. Non estraneo a questo aspetto, gli autori che li elaborano hanno idee diverse, ma sono generalmente di lingua e cultura anglosassone. Anche a livello di periodizzazione, la tripartizione dei modelli risale agli anni successivi agli attentati dell'11 Settembre 2001. Ciò comunque non significa che tutti gli autori a vario modo riconducibili a un modello o a un altro provengano dagli Stati Uniti o da un paese anglofono. La tripartizione in modelli si dimostra anzi utile anche al di fuori di questo contesto e può venire senz'altro applicata ad altre tradizioni giuridiche¹.

2. Descrizione dei modelli

Il modello dualista o neo-romano

È un modello nel quale l'emergenza determina l'attivazione di un regime giuridico speciale e temporaneo, che si sostituisce in tutto o in parte alle norme applicabili in tempi ordinari. Per tale ragione possiamo parlare di dualismo emergenziale.

Storicamente, esso trova le sue radici nell'istituto della dittatura romana, sovente richiamata dagli autori ascrivibili al dualismo. Questo il motivo per cui il modello viene definito da alcuni, ad esempio il politologo Pasquale Pasquino, come neo-romano, ma vi rientrano anche le definizioni di dittatura costituzionale o commissaria, per riprendere la celebre formula usata dal giurista tedesco Carl Schmitt².

¹ Per un esempio d'applicazione dei modelli al di là dei confini statali, P. Villarreal, *Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19. Between the National and the International*, in R. Albert, Y. Roznai (curr.), *Constitutionalism Under Extreme Conditions*, Springer, Leiden, 2020, pp. 217 ss.

² Il termine "neo-romano" è usato in J. Ferejohn, P. Pasquino, *The law of the exception. A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210 ss. Ferejohn e Pasquino vedono proprio nel dualismo un tratto costante della tradizione giuridica occidentale moderna (o del liberalismo giuridico), riconducendo a questo modello sia la costruzione continentale dello stato d'assedio che quella anglosassone della *martial law*, ivi, p. 239. Una definizione di grande precisione analitica dei requisiti distintivi del modello si trova in E.W. Böckenförde, *The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances* [1978], trad. ing. di M. Künkler e T. Stein, in E.W. Böckenförde, *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, vol. I, Oxford University Press, London-New York, 2017, pp. 108 ss. Lo scritto è interessante anche per la reinterpretazione in chiave più moderata delle posizioni schmittiane operata dall'autore. In merito all'opera di Schmitt e alla celebre distinzione tra dittatura commissaria e dittatura sovrana, C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* [1921], trad. di A. Caracciolo, Edizioni Settimo Sigillo, Roma, 2006. Vedi anche l'applicazione di queste categorie al diritto positivo della Repubblica di Weimar, in Id., *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'articolo 48 della Costituzione di Weimar* [1924] in appendice a *La dittatura*, cit. Negli Stati Uniti, il tema della dittatura costituzionale è stato affrontato in chiave comparata da C. Rossiter, *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948.

Il sistema giuridico immaginato dai sostenitori del modello contiene al suo interno una forma di sotto-sistema di riserva, volto a fronteggiare i casi che sfuggono a un'ideale situazione di normalità. Lo scopo è quello di gestire in modo efficace la minaccia concreta e, al contempo, di preservare il regime ordinario dalle infiltrazioni di quello emergenziale, di cui si assicura la completa separazione. I cambiamenti apportati saranno dunque solo temporanei e finalizzati a conservare, non a innovare, l'ordinamento.

Anche il regime emergenziale è comunque disciplinato dal diritto, anche se da un diritto diverso e meno garantista di quello ordinario.

L'idea che muove il dualismo è dunque quella di 'scendere a patti' con le necessità dell'emergenza, in una prospettiva che si vuole realistica, senza però uscire dalla legalità. Ciò spiega perché nel dibattito americano si ricorra anche alla formula di *accomodation model*³.

Quando applicato all'ordinamento degli Stati a costituzione rigida, il dualismo comporta la previsione di clausole emergenziali sovra-legali, ma comunque parte di quella che alcuni autori chiamano una "costituzione dell'emergenza"⁴. I requisiti procedurali e sostanziali fondamentali dello stato d'emergenza sono in questi casi prefissati dalla costituzione, che dovrebbe determinare dunque le precondizioni per la sua attivazione, la competenza all'esercizio dei poteri, gli obiettivi e i limiti di quest'ultimi. Tutto ciò allo scopo d'assicurare la separazione tra normalità ed eccezione, che diventa dunque la caratteristica forse più importante del modello.

Seppure con profili parzialmente diversi, questa caratteristica rimane riscontrabile anche al di là del diritto costituzionale.

Il modello monista o del "business as usual"

Un modello nel quale è previsto si possa e si debba rispondere alle emergenze con gli strumenti giuridici prestabiliti, potenzialmente gli stessi messi a disposizione dall'ordinamento in tempi ordinari e senza cambiamenti radicali delle istituzioni e dei principi dello stato di

³ Per la definizione dell' "*accomodation model*", si veda un critico del modello dualista, O. Gross, *Chaos and Rules, Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Minnesota Public Law Research Paper*, 112, 2003, pp. 1043 ss.

⁴ Si veda la proposta di una "*emergency constitution*" formulata dal costituzionalista americano Bruce Ackerman, la cui idea si basa su una serie di maggioranze qualificate, crescenti nel tempo, necessarie al legislativo per rinnovare i poteri emergenziali dell'esecutivo, in deroga ad alcuni degli stessi diritti costituzionali. B. Ackerman, *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo* [2004], trad. it. di A. Ferrara, Meltemi, Roma, 2005 e, più diffusamente, Id., *Prima del prossimo attacco. Preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale* [2006], trad. it. di A. Quarenghi, prefazione di R. Bin, Vita e Pensiero, Milano, 2008.

diritto, per quanto temporanei essi possano essere. L'emergenza diviene in questo caso la mera indicazione di una circostanza di fatto o di un discorso comunicativo, ma non giuridico.

È un modello monista, laddove il monismo deriva dalla duplice negazione dell'esistenza di un ordinamento speciale o 'di riserva' per i casi emergenziali e della contrapposizione tra stato di normalità e stato d'emergenza. Il modello tende dunque a presentare l'ordinamento giuridico come intrinsecamente unitario, ovviamente anche in chiave prescrittiva, come emerge bene, ad esempio, dalle posizioni del teorico del diritto canadese David Dyzenhaus.

Nel dibattito anglosassone, ci si riferisce spesso a questo modello come *rule of law model* o, con sfumature critiche, *business as usual model*, rispettivamente a risaltarne il nucleo normativo, consistente nel non abdicare mai al governo delle leggi in favore di quello degli uomini, o a indicare la supposta ingenuità del suo concedere il meno possibile ai dettami dell'emergenza⁵. La critica è infatti che il carattere anti-dualista del modello non lo esponga solo al pericolo di violazioni esplicite nelle emergenze più gravi, ma anche a quello di continui aggiustamenti interpretativi volti a piegare in senso emergenziale il diritto ordinario⁶.

Il modello extra-legale

Rispecchia la posizione di chi concede che le risposte alle emergenze più gravi non possono essere regolate *ex ante* né sempre ricondotte alla legalità, in conformità con la massima per cui *necessitas non habet legem*.

Tra chi aderisce a questo approccio, vi sono in primo luogo i sostenitori di posizioni tese a sottolineare il ruolo guida svolto dal potere esecutivo, in quanto rappresentante di un'unità

⁵ L'autore più esemplificativo di quello che egli stesso identifica come *rule of law model* è David Dyzenhaus, che molto si è occupato della dottrina giuridica di lingua tedesca del periodo weimariano. Di quest'autore, si veda in particolare *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, New York, 2006, ma anche Id., *The state of emergency in legal theory* in V. Ramraj, M. Hor, K. Roach (curr.), *Global anti-terrorism law and policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 69 ss. Per la definizione del modello nei termini di *business as usual*, O. Gross, *Chaos and Rules*, cit., in seguito ricorrente in dottrina anche senza accezioni negative.

⁶ Esempio pratico del modello sono i sistemi normativi, tipicamente quelli costituzionali, sprovvisti di disposizioni specifiche sui casi d'emergenza. Molti degli autori prendono come esempio la Costituzione degli Stati Uniti, nell'interpretazione datane dalla Corte Suprema nel caso *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866). Tuttavia, nulla vieta che ordinamenti privi di stati d'emergenza costituzionali si dotino di legislazioni emergenziali e che queste vengano a formare dei veri e propri sotto-sistemi emergenziali permanenti. Può porsi il caso che essi diventino stabili, comprimano i diritti in modo sostanziale e siano esaminati in modo deferente dalle corti. In tale evenienza, anche queste soluzioni si pongono in contrasto con le versioni più rigorose del *rule of law model*, come quella di Dyzenhaus.

politica intesa spesso in senso sostanziale e verso cui, nei momenti di emergenza, gli altri poteri costituzionali dovrebbero mantenere un atteggiamento deferente⁷.

Tuttavia, vi sono anche alcuni autori che, nell'elaborare una variante del modello definita come extra-legale, mirano in realtà a preservare la purezza del moderno Stato di diritto rispetto agli effetti dell'emergenza, identificata come un fattore che deve rimanere estraneo all'ordinamento. Proprio per questo, ammettere che i casi eccezionali possano essere fronteggiati con misure esplicitamente illegali dovrebbe frenare i decisori politici dall'adottarle fuori dalle situazioni di reale necessità. Nelle intenzioni di questi autori, ciò dovrebbe inoltre obbligarli ad assumersi pubblicamente la piena responsabilità legale e politica per quelle che vanno comunque inquadrare nei termini di specifiche violazioni del diritto, e non sue sospensioni generalizzate.

Nell'ottica sopra indicata, propria ad esempio del giurista americano d'origine israeliana Oren Gross, vi deve essere una scissione tra il momento della decisione circa l'infrazione del diritto, che grava sul pubblico ufficiale responsabile e che può estendersi alla stessa costituzione, e il successivo giudizio retrospettivo della comunità politica sull'opportunità di tale infrazione, da cui potrà derivare una sanzione, un'astensione dal punire o una ricompensa. L'incertezza che deriverebbe al decisore politico da questa situazione (che Gross estende peraltro all'ordinamento internazionale) viene vista come una forma di garanzia preferibile al rischio d'un abuso degli stati d'emergenza legalmente stabili. Al contempo, si ritiene realisticamente impossibile chiedere all'organo esecutivo di astenersi dal fare tutto quanto in suo potere per rispondere a una situazione percepita come di reale pericolo per la collettività⁸.

⁷ Vedi le posizioni dei giuristi conservatori statunitensi W. Rehnquist, *All the laws but one. Civil liberties in wartime*, New York, 1998; E. Posner, A. Vermeule, *Accommodating Emergencies*, in M. Tushnet (cur.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham (USA), 2005, pp. 55 ss. e Id., *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007. Molti di questi autori si rifanno esplicitamente a Carl Schmitt. In realtà, la posizione di Schmitt è più sfumata, alla luce della distinzione tra dittatura commissaria e sovrana e dell'evoluzione che segue ai testi degli anni '20. Per questo si ritiene di ricondurlo al modello neo-romano, per quanto a una sua versione radicale e chiaramente incentrata sul potere esecutivo.

⁸ O. Gross, *Chaos and Rules*, cit.; Id. e, più diffusamente, O. Gross, F. Ní Aoláin, *Law in times of crisis. Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, New York, 2006. Professoressa nord-irlandese di diritto internazionale dei diritti umani, tra il 2017 e il 2023 Fionnuala Ní Aoláin è stata *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism* su incarico del Consiglio per i Diritti Umani delle Nazioni Unite. Un'altra variante dell'approccio extra-legale è quella del giurista americano ed esponente dei *critical legal studies* M. Tushnet, *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in Tushnet M. (cur.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham (USA), 2005, pp. 124 ss.

3. Il dualismo: un modello basato sulla separazione

Tra i modelli degli stati d'emergenza, c'interessa principalmente quello definibile come dualista o neo-romano. Crediamo infatti che a questo idealtipo sia riconducibile la clausola emergenziale presente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quantomeno nel modo con cui è stata a lungo interpretata. In questi termini vanno anche le interpretazioni di due autori che si sono occupati della Convenzione nei loro studi sull'emergenza, Oren Gross e Alan Greene, pur se da posizioni contrapposte⁹.

Forme di dualismo

Nel tornare al modello neo-romano, occorre però prima restringerne il campo d'applicazione, per poi precisarne alcune componenti.

Il fatto è che questo modello appare come quello assolutamente dominante, stando alle indagini fatte a livello comparato e quantitativo¹⁰. In realtà, questo è dovuto in parte alla flessibilità delle definizioni adottate, che portano ad allargare o restringere i confini della categoria. Ad esempio, nella rappresentazione del modello offerta da Oren Gross questo arriva a ricomprendere non solo le disposizioni inserite nelle costituzioni, ma anche la legislazione emergenziale e le forme di *accomodation* di tipo interpretativo delle corti, almeno quando assumono carattere stabile¹¹.

Tale divisione è utile come bersaglio polemico per il modello extra-legale dell'autore, che può porsi così come eccezione a una regola di cui si mostrano i difetti. Al contempo, però, ciascuna delle sottocategorie indicate presenta le sue specificità. La distinzione è particolarmente

⁹ Alan Greene è uno studioso irlandese che attualmente insegna all'Università di Birmingham. Si occupa sia di diritto costituzionale che di diritti umani e adotta un approccio dualista all'emergenza. A. Greene, *Separating Normalcy from Emergency. The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1764 ss. e soprattutto Id., *Permanent States of Emergency and the Rule of Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018. Si sono già citati i contributi teorici di Gross, sulla CEDU vedi O. Gross, *Once More unto the Breach. The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *Yale Journal of International Law*, 23, 1998, pp. 437 ss. e O. Gross, F. Nì Aolain, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 23, 2001, pp. 625 ss. Il tema ritorna in *Law in times of crisis*, cit., pp. 245 ss.

¹⁰ Un'ampia ricognizione comparativa si trova ivi, nel corso dell'intero volume. Per un'analisi quantitativa, vedi L. Camp Keith, S. Poe, *Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration*, in *Human Rights Quarterly*, 26, 2004, pp. 1071 ss.

¹¹ O. Gross, F. Nì Aolain, *Law in times of crisis*, cit., pp. 17 ss., dove si fa riferimento ai "classical models of accommodation" (dittatura romana, stato d'assedio, *martial law*) e poi alle forme di *accommodation* costituzionali, legislative o interpretative.

rilevante negli ordinamenti statali, dove c'è una reale differenza tra la previsione di uno stato d'emergenza a livello costituzionale o soltanto legislativo. Naturalmente, ulteriori differenziazioni derivano dal rapporto tra legge e costituzione nell'ordinamento di riferimento, ma proprio la preoccupazione di distinguere le misure emergenziali dallo strumento legislativo costituisce di per sé un elemento caratterizzante.

Sotto un diverso punto di vista, ci sono ricerche e approcci che mirano a dimostrare come il dualismo o la separazione sia fondamentalmente un elemento connaturato al pensiero liberale e alla sua concreta manifestazione nello sviluppo storico dell'Occidente. Queste teorie, definibili come 'critiche', legano in maniera inscindibile il dualismo emergenziale all'espansione coloniale degli Stati europei e alla successiva categoria del 'post-coloniale'. In questo contesto, il dualismo non è mai soltanto emergenziale, ma è il regime normale applicato nei contesti non europei o a determinati gruppi sociali in Europa¹².

Queste critiche hanno un loro fondamento per quanto riguarda l'origine storica di molti tra gli stati d'emergenza positivi, fortemente legati al diritto e al contesto coloniale. Da tale punto di vista possono risultare utili, ma si spingono comunque molto al di là degli obiettivi di questo lavoro. Non intendiamo infatti fare una ricerca nella storia delle idee e dei contesti sociali che le hanno generate.

La generalità insita nelle teorie critiche, che allargano il dualismo all'intero pensiero giuridico occidentale, è inoltre di scarsa utilità se vogliamo estrarre i caratteri fondamentali dei modelli emergenziali, allo scopo di farne non una critica, ma un'applicazione al diritto positivo.

Proprio il diritto positivo offre una possibile risposta per restringere il campo del dualismo. Si tratta cioè di ricomprendere nell'uso che faremo del concetto solo i casi dove ci sia una disposizione scritta che introduce una netta distinzione tra normalità ed emergenza.

Nel corso del lavoro non ci occuperemo di una disposizione costituzionale, ma appartenente alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questo fa sì che la distinzione tra dualismo legislativo e costituzionale abbia in realtà scarsa rilevanza, pur concedendo che è ovvio che parliamo in questo caso di fenomeni diversi tra loro.

¹² Una bibliografia di questo approccio critico sarebbe molto vasta, ci limitiamo a citare un recente volume della costituzionalista e politologa francese Eugénie Mérieau, che espone molto chiaramente questa posizione. E. Mérieau, *Géopolitique de l'État d'exception. Les mondialisations de l'état d'urgence*, Le Cavalier Bleu, Paris, 2025.

La separazione le sue garanzie nel modello dualista

Così ristretto il campo d'applicazione del modello, quali sono i caratteri più importanti del dualismo, utili ai fini della nostra ricerca?

Rispondiamo che sono quelli della separazione tra normalità ed emergenza ed i meccanismi previsti per mantenerla. Possiamo parlare al riguardo d'un vero e proprio 'modello della separazione'.

L'aver fallito nell'assicurare tale separazione è anche la critica mossa più spesso al modello neo-romano. L'abuso degli stati d'emergenza davanti a circostanze non emergenziali o che cessano di essere tali genera infatti i cosiddetti “*entranced*” o “*permanent state of emergency*”¹³.

Va da sé che non si contano gli esempi pratici di questi abusi nel corso della storia, riconosciuti anche dai sostenitori delle clausole emergenziali. È proprio questo in effetti il punto principale di ogni critica degli altri modelli a quello neo-romano, accusato di creare i presupposti per l'eversione dell'ordinamento che dovrebbe difendere. Un diritto insomma solo in senso formale, che sostanzialmente legittima l'arbitrio dandogli una parvenza di legalità¹⁴.

La tendenza al venir meno della separazione è strettamente collegata al problema di decidere cosa sia un'emergenza, quando essa si verifichi e quando finisca. Diversi modelli teorici e diverse forme esistenti di stati d'emergenza offrono a questi problemi risposte che possono variare molto tra loro. A livello costituzionale, è frequente ad esempio che la titolarità della scelta sull'inizio e la gravità dell'emergenza sia conferita al potere esecutivo, con varie forme possibili di controllo parlamentare successivo. In altri casi è il parlamento l'organo deputato a dichiarare lo stato d'emergenza in prima istanza.

Sia nella teoria che nella pratica, l'ammissibilità di una supervisione giudiziaria è più recente ed è spesso limitata a un controllo di proporzionalità sulle singole misure eccezionali, che non coinvolge l'atto di proclamazione dell'emergenza e la valutazione ad esso sottesa. Molto spesso, anche quando il diritto non osta a un pieno controllo del fatto emergenziale, sono i

¹³ Da cui il titolo di A. Greene, *Permanent States of Emergency*, cit. In questo paragrafo, ci basiamo soprattutto sulle tesi di questo autore.

¹⁴ La creazione di zone formalmente o sostanzialmente sottratte al diritto è ben rappresentata dai concetti di “*black*” o “*grey hole*” a cui si riferisce D. Dyzenhaus, *The Constitution*, cit., p. 3. In concreto, questo e altri autori pensano a luoghi come la base militare americana di Guantanamo Bay.

giudici stessi a mostrarsi deferenti verso le valutazioni degli altri poteri in materia emergenziale, con una tendenza tanto più forte tanto più si è temporalmente vicini agli eventi.

In dottrina, questa forma limitata di supervisione è stata fortemente criticata da Alan Greene, in un tentativo di difendere il dualismo dai suoi critici. Le riflessioni dell'autore si basano soprattutto sull'idea dell'insufficienza di un controllo basato sul solo test di proporzionalità degli atti emergenziali, oltre che sull'insufficienza di una supervisione lasciata ai soli organi politici.

Queste considerazioni sono tanto più interessanti perché estese da Greene alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma colgono un punto importante soprattutto nel collegare la separazione che contraddistingue il dualismo all'analisi del fatto emergenziale¹⁵.

L'affermazione secondo cui le corti tendono ad auto-limitarsi nell'esame del fatto appare verosimile, ed è in varia misura condivisa da gran parte della letteratura consultata, a volte con approvazione, a volte come circostanza inevitabile.

Vedremo nell'esame della giurisprudenza se questo è il caso anche della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dalle analisi di Greene riprendiamo però il concetto che un'autentica separazione, se si vuole mantenere il modello neo-romano, non possa prescindere da un controllo sul fatto emergenziale.

4. Dogmatica dell'emergenza

I modelli idealtipici ai quali abbiamo fatto finora riferimento contengono elementi di filosofia del diritto e di teoria politica e talvolta, specie negli autori americani, anche analisi di tipo quantitativo. Si può però esaminare il problema dell'emergenza anche da un altro punto di vista teorico, quello dogmatico.

Usiamo il termine dogmatica giuridica nel senso d'elaborazione e uso di concetti intesi come autosufficienti da considerazioni extra-giuridiche, in contrapposizione alla modellistica vista prima e come metodo tipicamente riferibile al contesto della cultura giuridica europeo-continentale¹⁶. Non lo intendiamo invece come concettualizzazione rigorosamente limitata al

¹⁵ A. Greene, *Permanent States of Emergency*, cit., pp. 11 e 132 ss.

¹⁶ Chi scrive è consapevole di trovarsi di fronte a un termine dai molteplici significati. Per una panoramica si veda R. Guastini, *Dogmatica giuridica* in *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. VII, UTET, Torino, 1992, pp. 8 ss. (estratto), dove sono offerte tre possibili accezioni, considerando però come prevalente dal secondo dopoguerra quella, più generica, di dogmatica come studio dottrinale del diritto, distinto dunque a sua volta da una teoria del diritto positivo, intesa nel senso della filosofia analitica. Sulla storia del concetto di dogmatica, L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 25 ss.

solo diritto positivo, né così mostrano peraltro d'intenderlo gli autori dei testi che citeremo, i quali per la maggior parte trattano di questi concetti anche al di fuori di una logica strettamente deduttiva¹⁷. Certamente gli stessi autori, sovente negli stessi testi, compiono anche un'analisi del diritto vigente, nel loro o in un altro ordinamento. In questa sede, si tratta d'un profilo secondario e non vi ci soffermeremo, limitandoci a una selezione delle concettualizzazioni di carattere generale¹⁸.

Per quanto riguarda invece il problema dell'applicazione di dottrine e termini di diritto pubblico interno all'interpretazione del diritto convenzionale, lo si affronterà più avanti. In queste righe si vuole fare un'analisi prettamente teorica, preliminare alla questione della trasponibilità dei concetti e dei modelli emergenziali alla CEDU.

Rottura, deroga

La distinzione tra i concetti di rottura o deroga e quello di sospensione è storicamente presente soprattutto nella dottrina costituzionalistica tedesca e italiana del '900. Rappresentativi sono ad esempio due autori come Carl Schmitt e Costantino Mortati, dove il primo preferisce il termine "rottura" e il secondo usa indistintamente "rottura" e "deroga" alla costituzione¹⁹.

Entrambi i concetti indicano un'eccezione alla regola generale, che, nonostante la sfumatura negativa assunta da "rottura" in italiano, viene prevista dalla stessa costituzione o dal testo normativo di riferimento, che ne può dettare anche forme e procedimento. Rottura o deroga sono perciò equivalenti a un'eccezione alla regola generale, eccezione che però non presenta

¹⁷ Come esempio d'adozione del termine proprio in relazione all'emergenza e in senso rigorosamente ancorato al solo diritto positivo, si veda Tomaso Perassi, il quale definiva la dogmatica o dommatica come un punto di vista che parte e torna a ordinamento giuridico dato, in un procedimento inteso come deduttivo. T. Perassi, *Necessità e stato di necessità nelle teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, ora anche in *Scritti giuridici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1958. Perassi, padre costituente e giudice costituzionale, è peraltro un esempio di studioso che si occupò sia di diritto internazionale che di diritto pubblico interno.

¹⁸ In senso opposto, nulla vieta che gli stessi autori abbiano anche affrontato l'emergenza da un punto di vista più generale, riconducibile in senso lato alla filosofia del diritto, questo è ad esempio il caso di Carl Schmitt.

¹⁹ Il riferimento è in particolare a C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 141 ss. e *La dittatura del Presidente del Reich secondo l'articolo 48 della Costituzione di Weimar*, in appendice a *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. di A. Caracciolo, Edizioni Settimo Sigillo, Roma, 2006. Per la dottrina italiana vedi Mortati C., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, parr. 35-36 e *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, 9^a ed., 1975-76, pp. 700 ss. Per una panoramica del pensiero di Mortati sul punto, L. Carllassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno (Quaderni fiorentini)*, 33, 1988, pp. 479 ss. Posizioni simili a quelle di Mortati nei presupposti, anche se non negli esiti, si trovano negli scritti di Franco Modugno degli anni '70, ad esempio la voce *Stato d'assedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970-1971. Per una trattazione più recente e di segno parzialmente diverso, V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1986. Le pagine degli autori citati offrono al loro interno ulteriori riferimenti alle principali posizioni della dottrina italiana, tedesca e francese. Su quella francese si vedano comunque le considerazioni fatte più avanti.

carattere necessariamente temporaneo e può dunque rivelarsi permanente per il caso o il gruppo di casi che disciplina. Inoltre, il fine di questa eccezione deve sempre essere conservativo dell'ordinamento, inteso nel suo nucleo di fini o valori fondamentali²⁰.

Fuori da questo terreno comune, una differenza c'è tra chi individua il carattere distintivo della rottura nel suo riguardare solo casi individuali o concreti e chi non ritiene essenziale questo aspetto, ammettendo anche deroghe di carattere generale, valide per un numero indeterminato di situazioni²¹. Nonostante ciò, è evidente che nel parlare d'eccezione, deroga o rottura si fa riferimento, se non a casi concreti, a singole fattispecie e norme.

Sospensione

La sospensione è invece un'ipotesi di natura chiaramente generale, anche se la sua estensione varia a ricomprendere la sospensione di singole disposizioni, settori o persino dell'intero ordinamento. La sua caratteristica essenziale rimane però la temporaneità, individuata da tutti gli autori citati come tratto distintivo che la differenzia dalla deroga.

Al di là delle diverse previsioni del diritto positivo, la sospensione è sempre configurata come un'ipotesi riservata per i casi d'emergenza grave e serio pericolo per l'esistenza stessa dell'ordinamento. È appunto in tali evenienze che si concede la possibilità di sospendere in tutto o in parte la costituzione, che resta però valida e destinata a riespandersi, nella sua applicazione ordinaria, una volta finita l'emergenza²².

L'altro elemento caratteristico è dunque il fine conservativo della sospensione, che mira esclusivamente a restaurare l'ordinamento minacciato e non a cambiarlo in modo permanente, a differenza dei distinti concetti di rivoluzione e colpo di Stato. Per questa ragione troviamo spesso una valorizzazione del concetto di sospensione nelle dottrine che sposano un'idea

²⁰ Così Mortati, che pensa alle disposizioni sull'esilio di Casa Savoia o la proscrizione del Partito fascista, definisce le rotture nei termini di modifiche alla costituzione nelle forme prescritte, ma rivolte a derogare solo a singole fattispecie e per determinate norme, le quali rimangono in vigore continuando a regolare tutti gli altri casi. C. Mortati, *Costituzione*, cit., p. 191. Il modello che ha in mente Schmitt è invece la prima previsione del co.2 dell'Art. 48 della Costituzione di Weimar, che, nella sua interpretazione, legittimava il Presidente del Reich a prendere tutti i provvedimenti necessari al ristabilimento dell'ordine nei casi concreti, in deroga alla costituzione e alle sue garanzie. C. Schmitt, *Dottrina*, cit., p. 156.

²¹ Storicamente, il contrasto riflette quello tra le categorie di leggi e misure concrete, a seconda si attribuisca o meno carattere necessario al requisito della generalità delle leggi. Schmitt ad esempio lo fa, Mortati no.

²² In proposito per alcuni autori si può parlare in questo caso di un'abrogazione temporanea, che incide sulla vigenza ma lascia inalterata la validità delle disposizioni toccate. Così C. Schmitt, *Dottrina*, cit., p. 141. Per altri, le disposizioni sospese perdono efficacia nei confronti del potere su cui grava il compito di ristabilire l'ordine costituzionale, ma a restare inalterate sono sia la vigenza che la validità. C. Mortati, *Costituzione*, cit., p. 192. Se non diversamente specificato, si rimanda a questi e agli altri autori citati nel paragrafo precedente anche per le osservazioni che seguono.

sostanziale o materiale di costituzione, intesa come insieme di valori, fini o decisioni politiche fondamentali. In questi casi si ammette spesso la possibilità di sospendere in tutto o in parte la costituzione scritta, anche in mancanza di previsioni esplicite nel testo, purché ciò serva a salvarne i contenuti sostanziali, a loro volta sottratti a ogni ipotesi di sospensione.

In dottrina, è al riguardo ben individuabile il divario con gli autori che negano invece questa possibilità, quando non prevista dal diritto positivo. Un dibattito dalle profonde radici storiche e che si configura diversamente a seconda del diverso diritto vigente in un dato contesto, ma che presenta dei punti in comune con le critiche dei modelli extra-legali²³. A livello teorico e nella prospettiva di una possibile applicazione di questi concetti alla nostra ricerca, il problema della configurabilità della sospensione in ordinamenti che non la prevedono esplicitamente non è però particolarmente rilevante, visto che già abbiamo individuato la presenza di una specifica disposizione emergenziale. Problema distinto è se essa comporti o meno una vera e propria sospensione.

La sospensione è la chiave di lettura anche dello stato d'assedio francese, istituto che ha storicamente rappresentato il primo modo continentale di concepire la legalizzazione degli stati d'emergenza. Dalla Rivoluzione francese a oggi, troviamo il riferimento a una sospensione dei diritti in tutte le leggi sullo stato d'assedio e nei loro antecedenti rivoluzionari, peraltro considerando che l'istituto è stato positivizzato in Francia anche a livello costituzionale. La lettura di queste disposizioni è quantomai istruttiva per la comprensione del concetto di sospensione²⁴.

²³ Si vedano ad esempio le critiche di T. Perassi, *Necessità*, cit., p. 226 e soprattutto R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol I, CNRS, Paris, 1920-1922, pp. 683-684 e 610, nota n. 24. Entrambe le posizioni sono rivolte contro l'ammissibilità giuridica di sospensioni e rotture in ordinamenti il cui diritto positivo non le preveda, se non nelle forme eventuali d'una revisione costituzionale. Si noti però come entrambi gli autori non escludono l'opportunità di procedervi in via di fatto, in circostanze eccezionali quali quelle della Grande Guerra, soltanto contestano si possa attribuire carattere giuridico alla cosa. Da qui la parziale vicinanza alle posizioni extra-legali critiche del dualismo.

²⁴ Il rimando costituzionale è presente all'Art. 36 della Costituzione francese del 1958, che pure non offre definizioni dello stato d'assedio. Per il susseguirsi storico delle definizioni in relazione al concetto di sospensione, vedi invece:

- Costituzione del 1799 (anno VIII). Titolo VII - Disposizioni generali, Art. 92

“*Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution*”.

- Legge del 9 agosto 1849 sullo stato assedio, Art. 11

“*Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la constitution, dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents.*”

- Codice della difesa del 2004 (*Code de la défense*), in vigore, Titolo II: *état de siège*, Art. 8

“*Nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue de s'exercer, lorsque leur jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents.*”

Quest'ultimo presenta però alcune differenze dal punto di vista delle elaborazioni dottrinali. Infatti tra gli autori di lingua francese, rispetto ai tedeschi e agli italiani, non si ritrova una chiara distinzione tra i concetti di rottura o deroga e di sospensione. Al di là della terminologia usata, la sostanza viene però recuperata nel senso di distinguere una sospensione parziale, come quella prevista appunto dallo stato d'assedio, e una sospensione generale, alla quale la dottrina francese si è storicamente opposta²⁵. Il concetto è dunque presente, indipendentemente da ulteriori teorie e modelli presenti in quella tradizione, di matrice giurisprudenziale o previsti dal diritto positivo, di rango legislativo o costituzionale²⁶.

Eccezione

Riprendendo quanto scritto prima, l'eccezione non è altro che una deroga o rottura dell'ordinamento. Inteso in questo modo, il termine è perciò un sinonimo di deroga ed è in questo senso che lo useremo anche noi, nel corso della presente ricerca. Tuttavia, la parola "eccezione" ha acquisito anche altri significati, anche non strettamente dogmatici, di cui occorre dare brevemente conto, in modo da non creare confusione.

La prima possibilità di confusione deriva dalla celebre formula dello "stato d'eccezione", usata da Carl Schmitt nel suo saggio *Teologia politica* del 1922²⁷.

In questo senso, l'eccezione rimanda al concetto di potere costituente. La decisione politica su quando ci si trovi effettivamente in tale stato consente d'identificare chi sia il titolare ultimo di questo potere²⁸. Lo stato d'eccezione conduce all'istaurazione di un nuovo ordine

La legislazione citata è disponibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/>, per la Costituzione del 1799 vedi l'indirizzo <https://www.conseil-constitutionnel.fr/rubrique-principale/les-constitutions-dans-l-histoire>.

²⁵ Si fa riferimento in particolare ai grandi autori della prima metà del '900, quali J. Barthélemy, *Le droit public en temps de guerre*, in *Revue de Droit Public*, 23, 1915, Parte II, pp. 136 ss. e *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1932, p. 361. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1929, pp. 448 ss. e 704-705, sulle sospensioni delle garanzie (cioè dei diritti) costituzionali. Infine L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, *La Théorie générale de l'Etat*, Boccard, Paris, 1928, pp. 699 ss. Tutti i testi citati sono liberamente consultabili all'indirizzo <https://gallica.bnf.fr/accueil/fr/html/accueil-fr>.

²⁶ Il riferimento alla matrice giurisprudenziale è alla teoria delle circostanze eccezionali, elaborata durante la Prima Guerra Mondiale e rivolta a giustificare le rotture concrete del principio di legalità da parte dell'amministrazione. Il duraturo contributo della IV Repubblica francese al diritto dell'emergenza è la legge sull'*état d'urgence* del 1955, mentre l'Art. 16 della Costituzione del 1958 rappresenta forse l'esempio più perfetto di dittatura costituzionale, più ancora dell'Art. 48 della Costituzione di Weimar. Offrire una bibliografia completa sarebbe impossibile in questa sede, ma sull'evoluzione storica vedi F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, PUF, Paris, 2001, dove si riconduce inoltre a unità il concetto francese di *états d'exception*, da intendersi nel senso di stati d'emergenza. Vedi anche gli interventi raccolti in P. Ardant, O. Duhamel O. (curr.), *Les pouvoirs de crise*, in *Pouvoirs*, numero speciale, PUF, Paris, 10, 1979.

²⁷ C. Schmitt, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* [1922], trad. it. di P. Schiera, in C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972. È in questo saggio che si fa uso della celebre frase secondo cui "Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione".

²⁸ In proposito, si deve tenere presente che Schmitt distingue sempre il potere costituente da quello di revisione costituzionale.

costituzionale e politico, non solo a una modifica dell'esistente. È dunque evidente che non ha una natura conservativa ma rivoluzionaria. Da questo punto di vista, esso mostra una stretta correlazione con il concetto di dittatura sovrana o costituente. Questo termine viene usato dallo stesso Schmitt, nel 1921, per distinguere le tipologie di dittatura che hanno come obiettivo la creazione di un nuovo ordine politico da quelle che mirano a difendere l'esistente, pur con il ricorso a mezzi straordinari²⁹.

Negli sviluppi successivi del pensiero di Schmitt la distinzione tra i due tipi di dittatura non rimane sempre chiara, ma si può comunque affermare che gli stati d'emergenza rimandano a quelle che erano, nella concezione originaria dell'autore, ipotesi di dittatura commissaria e, di conseguenza, a un modello dualista o neo-romano di gestione dell'emergenza. Certamente, si tratta di una forma neo-romana radicale, che vede con ostilità il tentativo di delimitare e stabilire in anticipo i mezzi a disposizione del commissario incaricato di ristabilire l'ordine violato. Schmitt pare inoltre favorire la concentrazione sia del potere di decidere sull'esistenza della minaccia che quello d'intervenire in capo a un unico organo, come del resto prevedeva il diritto positivo che il giurista tedesco commentava, ossia l'Articolo 48 della Costituzione di Weimar (ma oggi si potrebbe ben citare l'Articolo 16 della Costituzione francese). In ogni caso, è sbagliato pensare che ogni emergenza equivalga per Schmitt a un'eccezione, a una zona sottratta al diritto o a una situazione che deve per forza condurre all'istaurazione di un nuovo ordinamento. Il fatto che sovente gli stati d'eccezione si verifichino insieme a situazioni straordinarie non toglie che essi siano concettualmente indipendenti dall'emergenza, in quanto manifestazioni di un momento costituente di un determinato popolo o gruppo politico.

Quest'interpretazione del pensiero di Schmitt, basata sulla distinzione tra stato d'emergenza e stato d'eccezione, è quella seguita dalla maggior parte degli studiosi italiani³⁰. Tuttavia, la distinzione è molto meno chiara all'estero, dove spesso si c'è la tendenza a sovrapporre i due stati e a leggere l'intero pensiero di Schmitt alla luce dell'eccezione o del dominio della dimensione politica su quella giuridica. Questo avviene specialmente nel dibattito americano, dove dai primi anni '2000 il pensiero di Schmitt ha riscontrato un ampio successo, venendo

²⁹ L'obbiettivo polemico dello Schmitt del 1921 erano le ideologie rivoluzionarie, in specie la dittatura del proletariato sovietico e quella rivoluzionaria della Francia giacobina. Schmitt mirava a mostrare la differenza tra questi tipi di dittatura e quella di stampo 'romano' o commissario.

³⁰ Ad esempio, si vedano C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bologna, 1996 e, più di recente, M. Luciani, *Salus*, Mucchi, Modena, 2021. Fortemente critici della categoria dello stato d'eccezione entro lo stesso pensiero schmittiano sono anche M. Croce, A. Salvatore, *Cos'è lo stato di eccezione*, Nottetempo, Milano, 2022.

ripreso, con propositi di critica o adesione, da quasi tutti gli autori che si occupano di stati d'emergenza e che abbiamo citato nel descrivere i vari modelli ³¹.

Ai nostri fini, basti comunque tenere presente che non trattiamo in questa tesi di stati d'eccezione e non rimandiamo a questo concetto nell'uso del termine eccezione.

Non allo stato d'eccezione schmittiano, ma agli stati d'emergenza giuridicamente intesi rimanda invece l'espressione francese "*état d'exception*"³². Per non causare confusione, essa sarà dunque tradotta come stato o stati d'eccezione e, quando non tradotta, la si dovrà intendere come tale.

Il riferimento alle "eccezioni" assume infine un significato a sé stante nell'ambito della CEDU. Nell'ordinamento convenzionale esso indica infatti che certe azioni sono escluse dall'ambito protetto dai diritti umani se vengono adottate durante un'emergenza. In questo senso sono eccezioni a un diritto della Convenzione.

Ad esempio, l'Articolo 4(3) lettera c) CEDU stabilisce che il divieto del lavoro forzato o obbligatorio, previsto dal secondo paragrafo dello stesso Articolo, non si estende ai servizi richiesti nel caso di un'emergenza o di una calamità che minacci la vita o il benessere della collettività³³. A di fuori dell'emergenza, sono eccezioni anche quelle tipizzate per i tempi 'normali' dall'Articolo 5(1) CEDU.

5. Applicabilità al sistema convenzionale

Rimane il problema dei limiti entro cui è possibile applicare i principi esposti sopra, quasi tutti provenienti dal diritto costituzionale, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (da

³¹ L'uso spesso impreciso di Schmitt nella dottrina anglosassone è in parte dovuto a una lettura, a nostro avviso semplicistica, delle tesi del filosofo italiano G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer II*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003. Agamben è infatti quasi sempre citato da questi autori, specie da quelli ascrivibili a correnti teoriche definibili come 'critiche'. Ci sono comunque anche delle eccezioni, ad esempio ampia conoscenza di Schmitt dimostra David Dyzenhaus, i cui studi in materia precedono del resto il successo del pensiero schmittiano e lo stesso dibattito sugli stati d'eccezione negli Stati Uniti.

³² Vedi ad esempio F. Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, cit.

³³ Ripendo la definizione e l'esempio dal documento della Commissione di Venezia (CDL), CDL-AD(2020)014, *Study*, 19 giugno 2020, *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency. Reflections*, par. 39. Nello stesso documento, uno stato d'emergenza o *state of emergency* viene invece definito come "[...] a - temporary - situation in which exceptional powers are granted to the executive and exceptional rules apply in response to and with a view to overcoming an extraordinary situation posing a fundamental threat to a country." Ivi, par. 5. Come si vede, ad essere "eccezionali" sono in questo caso i poteri conferiti alle autorità o le regole che entrano in vigore, in chiara ottica dualista.

ora anche CEDU o Convenzione)³⁴. A ben vedere, la questione si pone anche al di fuori delle costruzioni dogmatiche e rispetto alla modellistica. Nella maggior parte dei casi, i modelli che abbiamo descritto nei paragrafi iniziali sono stati infatti elaborati soprattutto in riferimento al diritto pubblico interno degli Stati³⁵.

Affronteremo qua il problema in via preliminare, per vedere se preclude o no a un'analisi dell'Articolo 15 CEDU. Si tratta cioè di capire se è astrattamente possibile e metodologicamente corretto fare uso degli strumenti teorici prima descritti. L'eventuale ammissibilità non esclude che essi possano poi rivelarsi parzialmente o del tutto insoddisfacenti al termine dell'analisi della disposizione. Torneremo perciò ancora sul punto nella prossima parte e nella conclusione della tesi.

In via preliminare, il problema della distinzione tra stati d'emergenza interni e internazionali è stato posto in modo esplicito da due studiosi, Kushtrim Istrefi e Stefan Salomon, che individuano la differenza come fondamentalmente irriducibile, contestando i fraintendimenti che ne derivano nei casi d'emergenze prolungate³⁶.

Il punto centrale dell'argomentazione è che gli stati d'emergenza possano riguardare due elementi distinti, i diritti o l'organizzazione dei poteri. Secondo gli autori, la preoccupazione principale che muove la disciplina e la teoria degli stati d'emergenza interni è quella di preservare la ripartizione dei poteri, di solito mirando a controllare eventuali sconfinamenti dell'esecutivo. Invece, la sola tutela dei diritti interessa alle disposizioni emergenziali presenti nei trattati sui diritti umani, tra cui ovviamente l'Articolo 15 CEDU. Senza dilungarsi sulla struttura e l'ordinamento del Consiglio d'Europa, è evidente infatti che non ci troviamo in questo caso di fronte a una modificazione emergenziale dei poteri, non prevista dall'Articolo 15 e che peraltro inciderebbe su un ordinamento fondamentalmente diverso da quelli nazionali, almeno sotto tale punto di vista.

Implicito in questa descrizione è che, dal punto di vista storico, la disciplina e le contromisure inserite nelle costituzioni nazionali che prevedono stati d'emergenza si siano sviluppate in primo luogo per tutelare la divisione dei poteri e, solo in subordine, per la tutela dei diritti

³⁴ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* o Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, STE no. 005 (sottoscritta il 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953).

³⁵ Pur se troviamo dei casi in cui invece si nomina esplicitamente la CEDU, come gli scritti di Oren Gross e Alan Greene.

³⁶ K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations*, in *Austrian Review of International and European Law*, 22, 2017, specie pp. 14 ss. Entrambi gli studiosi insegnano nei Paesi Bassi, Istrefi è anche *substitute member* della Commissione di Venezia.

fondamentali. Esplicita è invece la conseguenza che la temporaneità degli stati d'emergenza sia un requisito davvero fondamentale solo a livello interno, mentre è meno importante a livello convenzionale, posto che sia comunque assicurata una supervisione sul fronte della garanzia dei diritti.

Evidentemente quest'ultimo punto mira a giustificare un fenomeno storico reale nella prassi della clausola di deroga CEDU, ossia la sua applicazione per periodi anche molto prolungati, giustificata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In quanto fenomeno attinente alla prassi degli Stati membri e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, lasciamolo per ora da parte.

Nel rispondere alle posizioni espresse da autori come Istrefi e Salomon, si può innanzitutto sollevare qualche dubbio sull'assoluta prevalenza dei profili organizzativi rispetto alla garanzia dei diritti, anche a livello di storia costituzionale. Certamente, in epoca premoderna il primo aspetto prevale, ad esempio nel modello romano come storicamente esistito. È anche vero che gli autori dei secoli XIX e XX dedicano molto spazio alle norme d'organizzazione, ma non si può dire che il problema della sospensione o limitazione dei diritti in emergenza sia assente da queste riflessioni o dal diritto positivo che le precede, se si legge ad esempio la già citata legislazione sullo stato d'assedio³⁷.

Il punto centrale è però un altro, ossia che ogni modifica dei poteri è idonea a retroagire indirettamente anche sui diritti e specialmente sulle concrete garanzie di cui godono in un dato ordinamento. Questo spiega innanzitutto perché le riflessioni teoriche nate nei contesti statali siano utili anche al di là di questi, anche quando non si occupano prioritariamente di diritti.

Bisogna poi considerare che ogni stato d'emergenza convenzionale in senso proprio, cioè con applicazione dell'Articolo 15, s'innesta sempre su uno stato d'emergenza nazionale. Talvolta anzi vedremo il caso di stati d'emergenza attivati solo internamente, senza parallelo ricorso alla clausola derogatoria della CEDU. Questo significa che la situazione concreta che si pone davanti all'interprete, quando l'emergenza tocca la Convenzione, non può mai essere del tutto scissa dal diritto nazionale rilevante. Questo vede quasi sempre l'applicazione di stati d'emergenza, costituzionali o legislativi, e di categorie di diritto interno, usate in relazione alla restrizione dei diritti.

³⁷ Per quanto riguarda la dottrina e le categorie della dogmatica, certamente la centralità del tema dei diritti cresce dopo la metà del XX secolo, con l'adozione delle costituzioni rigide e pluraliste nella maggior parte degli Stati dell'Europa occidentale. Già in questi termini formulava ad esempio la questione G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milano, 1965.

Un'altra considerazione è poi di tipo storico o genealogico, e la riprendiamo da un autore che ricorrerà spesso nella prossima parte della tesi, Rusen Ergéc. Studioso d'origine turca naturalizzato belga, a lungo docente di diritto pubblico e diritto internazionale dei diritti umani all'Università libera di Bruxelles e in quella del Lussemburgo, Ergéc è l'autore di una monografia risalente ma ancora oggi molto utile sull'Articolo 15, scritta in lingua francese³⁸.

Lo studioso vi sostiene la derivazione delle clausole derogatorie dei trattati internazionali sui diritti umani del secondo dopoguerra dalle disposizioni sugli stati d'emergenza nazionali, a esse anteriori³⁹. Al termine della ricerca, ci sembra che questa influenza debba essere confermata, anche se forse Ergéc sottostimava il peso avuto pure dal diritto e dalla pratica coloniale degli Stati europei, come studi successivi hanno messo in luce⁴⁰.

L'analisi di Ergéc è anche una dimostrazione della possibilità d'applicare costruzioni dogmatiche di diritto pubblico interno all'interpretazione della Convenzione, cosa che l'autore fa partendo dai presupposti e dalla terminologia tipici della dottrina francofona, salvo unirli a un'approfondita analisi comparata⁴¹. È in questo senso che ritiene di poter accostare gli stati d'emergenza nazionali, da lui ricondotti a categoria fondamentalmente unitaria nei loro caratteri essenziali, a quello previsto dalla Convenzione, con specifico riferimento ai diritti derogati in circostanze emergenziali. L'approccio è evidentemente riconducibile a un modello emergenziale neo-romano, applicato alla Convenzione europea.

Al precedente di Ergéc dunque ci rifacciamo, nei limiti delle nostre capacità, per giustificare almeno il tentativo di usare le categorie dogmatiche descritte. Vedremo in seguito quanto e in che misura queste categorie, utilizzabili in astratto, reggano anche a un'applicazione in concreto al testo dell'Articolo 15 e alla prassi sviluppatasi a partire da esso.

³⁸ R. Ergéc, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 1987. Il volume è disponibile online all'indirizzo <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/boeken/ergéc-droitshommeexceptionnels-1987.pdf>.

³⁹ R. Ergéc, *Les droits*, cit., pp. 12-13. Anche l'idea che una modifica sui poteri retroagisca sempre sui diritti è espressa dall'autore, ivi, p. 83. Ergéc indica anche uno specifico precedente a livello di diritto internazionale, pur se di carattere settoriale. Si tratta delle prime Convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL o ILO), che, fra il 1919 e il 1949, prevedevano un diritto di deroga in caso di guerra o altra emergenza. Ivi, p. 10. L'influenza del diritto pubblico interno rimane comunque quella per lui prevalente.

⁴⁰ Un aspetto sul quale si tornerà nell'analisi dell'origine della disposizione, ma che è evidenziato in modo convincente da E. Mérieau, *Géopolitique*, cit., pp. 96 ss.

⁴¹ R. Ergéc, *Les droits*, cit., pp. 61-96.

ARTICOLO 15 CEDU

Testo inglese:

Derogation in time of emergency

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

Testo francese:

Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

Traduzione italiana⁴²

Deroga in caso di stato di urgenza

1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 par. 1 e 7.

3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

⁴² Traduzione italiana a cura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, disponibile all'indirizzo https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_15_ita.

PARTE I

Origini, struttura e funzione dell'Articolo 15 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Capitolo I

Ragioni d'interesse e origini dell'Articolo 15

1.1 Perché studiare l'ordinamento del Consiglio d'Europa?

Nell'Introduzione si è cercato di offrire una panoramica di alcuni modelli teorici sotto i quali dare ordine ai molti e diversi fenomeni identificabili come “emergenze”.

Continuando a utilizzare la terminologia acquisita, e dunque distinguendo l'emergenza come fenomeno sociale dagli stati d'emergenza come categoria giuridica, si tratta ora d'analizzare un ordinamento specifico, vale a dire quello del Consiglio d'Europa (Council of Europe e da ora anche CoE). Seppure situandolo in un contesto più ampio, l'analisi proposta si soffermerà inoltre soprattutto su una specifica disposizione o ‘dispositivo’ emergenziale, cioè l'Articolo 15 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sulla prassi applicativa sviluppatasi a partire da esso, in particolare quella giurisprudenziale.

Resta da chiarire perché si è scelto di studiare il Consiglio d'Europa in quest'ambito, cioè nell'occuparsi di stati d'emergenza.

Una parte della risposta la si è già accennata. Lo studio degli strumenti giuridici utilizzati per gestire le emergenze nell'ordinamento del CoE ha un punto di particolare interesse in una specifica disposizione, l'Articolo 15, a sua volta parte del sub-sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ma che cosa nell'Articolo 15 risulta così interessante?

Vi sono diverse risposte possibili. Dovendo scegliere secondo un ordine d'importanza, che deriva direttamente dalla struttura di questo lavoro e dalle sue premesse teoriche, si può individuare nell'Articolo 15 CEDU un esempio d'applicazione del modello indicato come “dualista”, “neo-romano” o di una “costituzione dell'emergenza”.

In sintonia con questo modello, l'Articolo 15 è inoltre una disposizione emergenziale generale o ‘aspecifica’, astrattamente idonea a essere applicata a qualsiasi tipo d'emergenza, per quanto quest'ultima debba rispettare i requisiti che si andranno a vedere in seguito, in specie sul piano della gravità della minaccia.

Un altro fattore d'interesse è la presenza nel sistema della Convenzione di un 'giudice dell'emergenza' dotato di grande importanza e prestigio, nonché della capacità d'influenzare direttamente l'interpretazione dei giudici degli Stati membri del CoE, ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo (da ora anche Corte EDU o la Corte).

Certamente, anche la funzione di altri attori istituzionali entro il sistema del Consiglio d'Europa non va sottovalutata. In particolare, quella degli organi statutari in senso proprio del CoE, ossia il Comitato dei Ministri (CM) e l'Assemblea Parlamentare (Parliamentary Assembly of the Council of Europe o PACE), ma anche del Segretario Generale e della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto o Commissione di Venezia (o Venice Commission, da ora anche VC).

Tuttavia, il ruolo della Corte resta centrale e alla sua giurisprudenza sull'Articolo 15 e, più in generale, sull'emergenza, sarà dedicata gran parte di questa ricerca. Non è soltanto la prospettiva del giurista a richiedere tale centralità del momento applicativo-giurisprudenziale su quello politico, né la consapevolezza, molte volte evocata, che la Convenzione vive attraverso l'interpretazione della Corte, in quanto "*living instrument*"¹.

Certamente si tratta di considerazioni vere, ma lo è altrettanto il fatto che se si alza lo sguardo dal solo Articolo 15 e lo si rivolge oltre la Convenzione, si può notare come molti di più siano in realtà gli strumenti giuridici, e gli attori istituzionali, coinvolti nelle numerose crisi ed emergenze che hanno contrassegnato da subito la storia del Consiglio d'Europa.

Proprio a partire da quanto scritto sopra, risulta però evidente che, se il proposito col quale ci si avvicina a questo ordinamento nel nostro studio è quello di considerarlo alla luce del modello dualista, l'Articolo 15 e la Convenzione EDU devono occupare un posto centrale, così come l'organo che fa evolvere con la propria interpretazione questi testi normativi.

C'è inoltre un altro motivo per studiare il fenomeno dell'emergenza soprattutto dalla prospettiva della Convenzione e della sua clausola di deroga, rappresentato dalla straordinaria casistica che ciò ci offre. Lo si vedrà nei prossimi paragrafi, ma la storia delle deroghe (o delle mancate deroghe) alla CEDU permette di passare in rassegna tutte le crisi e i rivolgimenti che hanno coinvolto gli Stati membri del CoE, dalla decolonizzazione all'invasione russa dell'Ucraina, passando per le molte varietà di minacce terroristiche o di varia altra natura sperimentate dal nostro Continente, e non solo, negli ultimi settantacinque anni.

¹ Definizione usata per la prima volta nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito* (5856/72), del 25 aprile 1978, par. 31 e in seguito sempre ripresa.

Considerata la vastità del materiale, l'utilità di concentrare lo sguardo sulla Corte EDU e sulla sua giurisprudenza (come già su quella della Commissione europea dei diritti dell'uomo) è anche quella di 'filtrare' la vastità di eventi storici e casi individuali legati alle deroghe emergenziali degli Stati membri, disseminati su di un arco temporale così lungo. Infatti, la giurisprudenza sull'Articolo 15 resta tutto sommato limitata da un punto di vista quantitativo, almeno in rapporto ad altre disposizioni convenzionali e nonostante un aumento delle pronunce sul 15 in tempi recenti. Proprio per questo essa è idonea a svolgere questa funzione di 'filtro' chiarificatore.

Concludendo l'elenco delle ragioni che rendono meritevole uno studio del soggetto, si deve menzionare che la pandemia da Covid-19 ha visto il maggior numero di deroghe simultanee *ex* Articolo 15 nella storia del CoE. Questo significa che, pur andando ben oltre le ambizioni del presente lavoro il tentare uno studio comparato sulla gestione della pandemia nei vari ordinamenti europei, in una certa misura una prospettiva incentrata sull'Articolo 15 e il rapporto tra pandemia e CEDU consente una visione più ampia, per quanto parziale, sul come si è reagito a una specifica emergenza entro un sistema di (allora) ben 47 Stati.

Ormai inizia inoltre a formarsi una giurisprudenza della Corte sulla tutela dei diritti convenzionali nella pandemia e tale giurisprudenza peraltro s'innesta su alcuni cambiamenti già rilevabili nell'ultimo decennio, in punto di stati d'emergenza.

Se quindi non mancano delle valide ragioni per occuparsi della Convenzione europea e del Consiglio d'Europa in uno studio sull'emergenza, restano comunque alcuni problemi aperti, di merito e metodo.

Facendo ancora riferimento alle categorie dell'Introduzione, si vedrà ad esempio che, se è vero che l'Articolo 15 pare facilmente raffrontabile al modello teorico neo-romano di gestione dell'emergenza, è invece più difficile inquadrare questa disposizione entro categorie propriamente dogmatiche, nel senso 'continentale' del termine. Se a prima vista simili preoccupazioni possono apparire un po' astratte, questi problemi non sono in realtà privi d'effetti pratici sull'interpretazione della clausola.

Restando sul piano del metodo e delle categorie usate, non sfuggirà inoltre che ci si muove su un terreno al confine tra diritto internazionale e costituzionale.

In primo luogo, si è già notata l'influenza delle disposizioni sugli stati d'emergenza nazionali nella genesi e nella formulazione dell'Articolo 15, disposizione all'epoca della sua creazione ancora tutto sommato inedita nel diritto internazionale. Resta aperta oggi la questione di questo rapporto fra stati d'emergenza interni e convenzionali, anche considerando che nel mentre

disposizioni come quella dell'Articolo 15 sono diventate parte di molti altri testi del diritto internazionale dei diritti umani².

In secondo luogo, lo stesso ordinamento del Consiglio d'Europa presenta alcuni caratteri misti, ai quali di solito si fa riferimento adottando la categoria dell'ordinamento sovranazionale. Senza poter in questa sede soffermarsi sull'uso di tale categoria, gli elementi 'misti' del sistema appaiono tanto più evidenti se lo si studia dal punto di vista del problema dell'emergenza. Per fare un esempio, la fase dell'applicazione o *compliance*, che riguardi le decisioni della Corte o le risoluzioni del Comitato dei Ministri, presenta tuttora aspetti marcatamente internazionalistici, quali la ricerca del consenso dello Stato interessato per superare il problema della scarsa effettività. Nell'ambito qui studiato, l'analisi dei casi legati allo stato d'emergenza turco dopo il 2016 costituisce un esempio piuttosto chiaro di quanto sopra e della difficoltà per le istituzioni del CoE di rendere effettive le decisioni della Corte.

Imponendosi comunque una scelta di 'prospettiva', chi scrive adotterà inevitabilmente un punto di vista più vicino a quello del costituzionalista, pur facendo riferimento quando occorre anche alle categorie del diritto internazionale. In riferimento all'Articolo 15 CEDU, si preferirà inoltre l'uso dei termini "modello-neo romano" o "dualista" a quello di "costituzione dell'emergenza", nella consapevolezza di non trovarsi di fronte a un ordinamento propriamente costituzionale³.

Sul piano dei contenuti sostanziali, un'ultima precisazione è che, naturalmente, non tutte le emergenze che hanno coinvolto gli Stati del CoE sono state gestite tramite l'Articolo 15 CEDU. Ad esempio, nella maggioranza degli ordinamenti ciò non è avvenuto nel caso della pandemia. Pur ponendo la clausola di deroga al centro della trattazione, vedremo che tale fenomeno viene inquadrato, nel linguaggio della Commissione di Venezia, sotto la categoria di emergenze di fatto ("*de facto emergencies*") e che il problema del non uso della deroga, o la possibilità di

² Oltre che all'Articolo 15 CEDU, il riferimento è all'Art. 4 dell'*International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) o Patto internazionale sui diritti civili e politici (sottoscritto il 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976). Si veda anche l'Art. 27 dell'Art. dell'*American Convention on Human Rights* o Convenzione americana dei diritti umani o "Patto di San José", (sottoscritta il 22 novembre 1969, in vigore dal 18 luglio 1978). Nell'ambito del CoE, vedi anche la *derogation clause* in Parte V, Art. F dell'*European Social Charter (Revised)* o Carta sociale europea (riveduta), STE n. 163, (sottoscritta il 3 marzo 1996, in vigore dal 1 luglio 1999). Peraltro la Carta sociale europea prevede anche una clausola di limitazione generale nella Parte V, Art. G. Per un confronto tra questi testi D. Kretzmer, *Emergency, State of*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law* (MPIL), ottobre 2021, si vedano anche E. Sommario, *Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and their Use in Disaster Settings*, in F. Casolari, F. Zorzi Giustiniani, E. Sommario, G. Bartolini (curr.), *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 98 ss e Id., *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2018, sull'Art. 15 CEDU specie pp. 25 ss.

³ Per un'esauriente trattazione degli stessi problemi da una prospettiva internazionalistica ed estesa alle principali Carte dei diritti, si veda in italiano E. Sommario, *Stati d'emergenza*, cit.

deroghe ‘implicite’ e interpretazioni ‘emergenziali’ fuori deroga, ha costantemente accompagnato lo sviluppo della Convenzione fino ad oggi⁴.

Struttura della ricerca

Avendo introdotto i punti d’interesse e i problemi preliminari della ricerca, nei prossimi paragrafi si procederà ad esaminare brevemente l’origine storica dell’Articolo 15 CEDU, per poi esporre nel dettaglio la struttura e i caratteri di questa disposizione, nei suoi vari elementi costitutivi. Vedremo in particolare le sue condizioni d’attivazione, i modi d’esercizio, gli oneri procedurali e i meccanismi di controllo della deroga. Dall’esame del testo preso isolatamente, si cercherà poi d’inserire la disposizione nel più ampio contesto della Convenzione, esaminandone così la possibile funzione in rapporto al sistema della CEDU e mettendo in evidenza alcuni profili problematici dell’Articolo 15. Questa parte dell’analisi apre la porta a differenti ipotesi ricostruttive e si ricollega ad alcune questioni viste nell’Introduzione e che riprenderemo ulteriormente nel corso della tesi.

Aprire invece la seconda parte una panoramica sulla prassi degli Stati membri. Un argomento potenzialmente assai ampio, che si è scelto di ordinare secondo un criterio cronologico, al fine di renderlo più ‘maneggevole’ e fungere da premessa ai capitoli successivi. Quest’ultimi sono infatti dedicati in gran parte alla giurisprudenza della Corte e, per i casi precedenti al 1998, anche della Commissione europea dei diritti dell’uomo (da ora la Commissione). L’introduzione al contesto storico di fondo risulta per questo utile a inquadrare le diverse vicende portate di fronte a questi due organi, la cui giurisprudenza è anche in questo caso esaminata in ordine cronologico, secondo una distinzione per ‘fasi’ che, a giudizio personale di chi scrive, marcano dei punti d’evoluzione rilevanti nell’attività della Corte (e della Commissione, che fino agli anni ‘90 si trova sempre ad esaminare in prima e talvolta esclusiva istanza i casi esaminati).

In conclusione della medesima parte della ricerca, ci si concentrerà sull’emergenza costituita dalla pandemia da Covid-19, sia per quanto riguarda la prassi degli Stati che le prime pronunce della Corte. Si tratta infatti di una giurisprudenza che, visti i tempi fisiologici di Strasburgo, si

⁴ Per la distinzione tra emergenze “*de jure*” e “*de facto*” usata dalla Commissione di Venezia, CDL-AD(2020)014, *Study, 19 June 2020, Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency. Reflections*, par. 23. Il termine viene ripreso dal c.d. “rapporto Questiaux”, redatto negli anni ‘80 dalla politica e giurista francese Nicole Questiaux, in quanto Relatrice speciale per il Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite. N. Questiaux, *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, *UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, 27 luglio 1982.

deve ancora sviluppare in modo compiuto, e che, del resto, dev'essere inserita nel contesto dei poco precedenti cambiamenti già avvenuti nell'interpretazione dell'Articolo 15 CEDU.

Nelle pagine conclusive, si tenterà di fornire una risposta ai problemi teorici e pratici sollevati.

1.2 Genesi dell'Articolo 15

Non vi è traccia di una disposizione sospensiva (o derogatoria) dei diritti come quella dell'attuale Articolo 15 nelle prime versioni della Convenzione. Non in quella elaborata dal Movimento europeista nel luglio 1949, non nelle proposte discusse entro la Commissione per le questioni legali e amministrative dell'Assemblea consultiva (anche "*Legal Committee*" o LC) e neanche nella prima versione del testo su cui lavorò il Comitato d'esperti (*Expert Committee*) nominato dal Comitato dei Ministri⁵.

Un'analisi dei lavori preparatori mostra anzi come solo in un momento successivo, presso il Comitato di esperti, il rappresentante britannico Sir Oscar Dowson presentasse un emendamento al testo chiaramente identificabile come la base dell'attuale Articolo 15 e che ritornerà poi nelle successive revisioni, sostanzialmente invariato nella sua struttura generale⁶.

In realtà, il problema di come fare convivere la garanzia dei diritti con le necessità dell'emergenza non era stato ignorato neanche prima dell'intervento inglese. Lo testimoniano

⁵ Il riferimento per i testi consultati nel paragrafo, tra cui i lavori preparatori della Convenzione, è quello della raccolta curata ad opera della Corte per ogni Articolo, si veda ECHR, *Travaux Préparatoires* (TP), ART15-CDH(77)5, *Bilingual text, Information documents prepared by the ECtHR Registry*, 27 gennaio 1977 (da ora ART15-CDH(77)5). Per la proposta del Movimento federalista europeo, priva di una clausola derogatoria ma contenente invece una limitazione generale ai diritti, si veda doc. INF/5/E/R, p. 7, citato in ART15-CDH(77)5, p. 1, nota n. 1. L'Assemblea consultiva del CoE, oggi Assemblea parlamentare, aveva deferito la questione dei diritti umani al proprio *Legal Committee* al termine del dibattito generale del 19 agosto 1949, mentre al lavoro dell'Assemblea avrebbe fatto seguito quello entro il Comitato dei Ministri a partire dal febbraio 1950. ART15-CDH(77)5, pp. 1 e 7 ss. La Commissione per le questioni legali e amministrative dell'Assemblea consultiva, indicata anche come *Legal Committee*, corrisponde oggi al *Committee on Legal Affairs and Human Rights*. Per un resoconto storico generale sull'origine del Consiglio d'Europa e i rapporti tra i progetti dei federalisti europei, dell'Assemblea e dei Governi, si è fatto riferimento a B. Wassenberg, *History of the Council of Europe. 75 years of European co-operation*, Council of Europe Publishing/Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2024, pp. 12 ss. In italiano si veda anche U. Tulli, *L'Europa dei diritti. Nascita ed evoluzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Contemporanea", XXVII, 2024, pp. 559-582. Due volumi che invece inseriscono la storia delle origini del CoE in ricerche più specifiche e che saranno spesso citati sono B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, OUP, Oxford-New York, 2001, dove lo storico e giurista inglese esamina il ruolo dell'Impero britannico in rapporto al nascente sistema dei diritti umani e ai problemi della decolonizzazione e M. Duranti, *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2017, il quale inquadra la nascita del CoE e della CEDU anche nei termini di un'elaborazione del pensiero conservatore e anti-statalista dell'élite europee, di fronte all'avanzata delle ideologie e dei partiti socialisti e comunisti.

⁶ TP, III, pp. 188 e 190, in ART15-CDH(77)5, pp. 9, 14. La prima data di proposizione dell'emendamento è il 4 febbraio 1950.

ad esempio gli interventi preoccupati dei rappresentanti turco e greco all'Assemblea consultiva, questi ultimi entrambi provenienti da Paesi allora fortemente coinvolti nella repressione anticomunista e dalle garanzie democratiche ancora piuttosto incerte. La preoccupazione che emerge in entrambi i casi è che i diritti della Convenzione vengano usati a fini eversivi da movimenti politici interni allo Stato⁷. Gli interventi in questione non avanzano vere e proprie proposte di emendamento alla Convenzione, ma di certo esprimono un punto di vista condiviso tra la maggioranza degli Stati contraenti, in primo luogo quello dell'anticomunismo e in secondo l'esigenza di una compressione emergenziale dei diritti⁸.

Una risposta giuridica a questi problemi si ritrova invece nella proposta presentata già entro il *Legal Committee* dell'Assemblea dal politico e giurista francese Pierre Henri Teitgen, uno dei 'padri nobili' della Convenzione⁹. Tale proposta era ricompresa peraltro ancora nel testo della bozza di raccomandazione sottoposta all'Assemblea dal *Legal Committee* e poi recepita nella Raccomandazione n. 38 del 8 settembre 1949 al Comitato dei Ministri, la quale doveva servire da stimolo e base di partenza per la redazione della Convenzione da parte dei rappresentanti dei Governi¹⁰.

L'Articolo 6 della Raccomandazione, in larga parte corrispondente all'iniziale proposta Teitgen, si poneva come una clausola generale di limitazione ai diritti e alle libertà, contenente quella che nel linguaggio costituzionalistico italiano indicheremmo come una riserva di legge rinforzata per contenuto, dal momento che le sole limitazioni ammissibili, da stabilirsi appunto

⁷ Per le obiezioni greche e soprattutto turche in Assemblea, nel 1949, TP, II, p. 28 in ART15-CDH(77)5, pp. 4-5. Si noti che il timore di un'insurrezione comunista ritornerà nelle preoccupazioni dei rappresentanti ellenici anche davanti al 'nuovo' testo dell'Articolo 15, presentato in Assemblea dopo l'adozione da parte del CM e prima della sottoscrizione della Convenzione. *Collected edition of the Travaux Préparatoires*, IV, p. 914, in ART15-CDH(77)5, p. 17.

⁸ A indicare l'anticomunismo come una delle forze politiche e culturali principali, benché non esclusive, dietro la creazione della Convenzione, della Corte e dello stesso Consiglio d'Europa, sono ad esempio lo storico italo-americano M. Duranti, *The Conservative*, cit., specie pp. 169, 173 e 331 ss., fra i giuristi, E. Demir-Gürsel, *For the sake of unity: the drafting history of the European Convention on Human Rights and its current relevance*, in (curr.) H.P. Aust, E. Demir-Gürsel, *The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2021, pp. 120 ss.

⁹ La proposta di Teitgen risale al 29 agosto 1949, TP, pp. 168, in ART15-CDH(77)5, pp. 2-3, dove sono riportati anche i successivi emendamenti entro il LC. Vi è una somiglianza marcata con la bozza del Movimento federalista europeo, dovuta alla redazione da parte dello stesso Pierre-Henri Teitgen.

Quest'ultimo ebbe un ruolo propulsivo decisivo nella nascita della Convenzione e della Corte EDU, anche contro le resistenze del CM. Su tale aspetto e in generale sulla figura di Teitgen, giurista e politico di orientamento cattolico, eroe della resistenza francese ai nazisti e animatore del movimento federalista europeo, al contempo esponente di una famiglia di politici e alti funzionari dello Stato francese, si vedano B. Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 671 ss., e M. Duranti, *The Conservative*, cit., pp. 4, 241 e 302 e ss., il quale ne fa la figura simbolo della classe politica liberal-conservatrice secondo lui alla base della Convenzione. Teitgen sarà anche nominato giudice della Corte EDU nel 1976.

¹⁰ TP, I, pp. 222, 224 e 230, in ART15-CDH(77)5, pp. 4-5.

per legge, erano quelle dovute al rispetto dei diritti altrui e alla protezione della morale e dell'ordine pubblici "in una società democratica"¹¹.

Questa tecnica, chiaramente indicata da Teitgen come una risposta adeguata alle preoccupazioni di alcuni Stati prima accennate, si pone evidentemente come diversa ed alternativa a quella della *derogation clause* emergenziale che troviamo oggi nell'Art. 15 CEDU, ma anche nell'Art. 4 ICCPR¹².

La successiva ricezione della proposta britannica nella fase successiva, avvenuta a livello inter-governativo, ha evidentemente introdotto una certa discrasia nel testo definitivo della Convenzione, che contiene una clausola di deroga *straordinaria*, ma continua a presentare un modello di limitazione dei diritti, simile nella struttura a quello proposto *in via generale* da Teitgen, per i soli articoli dal numero 8 al numero 11 della CEDU¹³.

Va peraltro ricordato che i lavori preparatori ci restituiscono anche una terza posizione emersa entro l'Assemblea consultiva, che si può forse accostare al modello che nella letteratura anglosassone si definisce talvolta come "*business as usual*". Si tratta dell'intervento di un parlamentare democristiano italiano, Lodovico Benvenuti, membro del movimento federalista europeo e futuro Segretario Generale del Consiglio d'Europa. Con un linguaggio molto esplicito, Benvenuti metteva in guardia dalla strumentalizzazione delle restrizioni ai diritti per come previste nell'Articolo 6 della bozza di raccomandazione (la 'proposta Teitgen'), in quanto avrebbero offerto una scusa troppo facile a ogni Stato intenzionato a violare le garanzie della futura Convenzione, adducendo ragioni d'interesse generale. Chiaro era il riferimento alle esperienze totalitarie nell'intervento del politico italiano, che però offriva anche una risposta alternativa, nella forma di "una legislazione costituzionale uniforme" tra gli Stati membri del CoE, in materia di diritti e libertà. Non si trattava di una mera statuizione retorica, visto che Benvenuti presentò anche un emendamento alla raccomandazione in cui si chiedeva di

¹¹ Il testo dell'Art. 6, invariato nella bozza prodotta dal LC e nella versione definitiva della Raccomandazione, stabiliva che: "*In the exercise of these rights, and in the enjoyment of the freedoms guaranteed by the Convention, no limitations shall be imposed except those established by the law [fr. établies par la loi], with the sole object of ensuring the recognition and respect for the rights and freedoms of others, or with the purpose of satisfying the just requirements of public morality, order and security in a democratic society*". TP, I, pp. 222, 224 e 230, ivi, p. 4. Utile per capire il punto di vista di Teitgen è anche la spiegazione da lui data dell'articolo di fronte alle critiche ricevute nella seduta plenaria del 7 settembre 1949, ivi, p. 5.

¹² Non sono invece previste deroghe nella Carta Africana, che contiene solo restrizioni specifiche ai diritti (ad es. i diritti di riunione e d'emigrazione) e quella che può essere interpretata come una clausola di limitazione generale all'Articolo 27, paragrafo 2, dove si prevede che "*The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest*". *African Charter on Human and Peoples' Rights* o Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (sottoscritta il 27 giugno 1981, in vigore dal 21 ottobre 1986).

¹³ Su una potenziale discrasia come effetto dell'intervento britannico e di una successiva redazione definita come tecnicamente poco avvertita, se non del tutto inconsapevole, su questo problema, vedi il giudizio di B. Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 873-874.

annettere alla futura Convenzione una seconda “convenzione particolare” dove si stabilisse “una legislazione uniforme fra gli Stati membri per ciò che concerne l’organizzazione e la protezione delle libertà fondamentali che costituiscono la condizione di funzionamento della democrazia”¹⁴. Benvenuti ritirò tuttavia il proprio emendamento su domanda proprio di Pierre-Henri Teitgen, suo compagno nel Movimento federalista europeo¹⁵.

È peraltro un sintomo della distanza fra i lavori preparatori della Convenzione e quelli di un documento costituzionale il fatto che questo tutto sommato ridotto scambio di vedute che ci è riportato sia uno dei pochi significativi, sul piano dei contenuti discussi, per quanto riguarda il rapporto tra emergenza e diritti.

La successiva fase intergovernativa, prima nel Comitato d’Esperti nominato e poi nella *Conference of Senior Officials on Human Rights* entro il Comitato dei Ministri, fornisce ancora meno informazioni di quella assembleare nello spiegare il perchè del prevalere dell’approccio britannico al problema.

Come si è già accennato, la proposta di una clausola derogatoria fa la sua comparsa in un emendamento del rappresentante inglese nel corso della prima sessione dell’*Expert Committee*. Ciò mentre ancora poco tempo prima, nel suo *Preparatory Report*, l’Ufficio del Segretariato Generale riteneva che il già visto Articolo 6 rendesse superfluo inserire nella Convenzione una disposizione modellata sull’Articolo 4 dell’allora in discussione ICCPR, dove peraltro la *derogation clause* era stata ugualmente proposta dai britannici¹⁶. Ugualmente, ci è riferito negli stessi Lavori preparatori di un’opposizione franco-italiana all’iniziativa di Dawson, proprio in virtù della presenza della limitazione generale ai diritti ideata da Teitgen¹⁷. Tuttavia, quello che diverrà l’Articolo 15 CEDU ritorna nella seconda sessione del Comitato d’esperti ed è presente come Articolo 8 nella bozza del testo della Convenzione presentata al Comitato dei Ministri nel marzo 1950. L’Articolo 8 diventerà poi l’Articolo 14 e infine 15 (perchè spostato dopo i diritti enumerati) nella versione licenziata dalla *Conference of Senior Officials* e adottata dal CM, dopo un ulteriore passaggio all’Assemblea consultiva, la quale peraltro non adottò raccomandazioni in merito al nuovo articolo¹⁸.

¹⁴ TP, II, p. 7, in ART15-CDH(77)5, p. 7, testo originale in francese, mia traduzione.

¹⁵ *Ibidem*, nota n. 1.

¹⁶ TP, III, p. 28, riportato *ivi*, p. 8.

¹⁷ *Report of the Committee of Experts to the Committee of Ministers*, in *ivi*, p. 14. Ugualmente possiamo dedurre questa opposizione dal fatto che la versione preliminare prodotta dal Comitato non facesse menzione della proposta britannica, pur a fronte di una precedente opinione favorevole del Sotto-comitato preposto a dare un primo giudizio sugli emendamenti degli Stati membri. *Ivi*, p. 10.

¹⁸ Per questi passaggi si veda sempre *ivi*, pp. 14-19.

Resta allora da chiedersi perchè la proposta avanzata dal Governo britannico sia stata accettata e, ancora prima, perchè sia stata proposta, non solo nella sede del Consiglio d'Europa ma, già prima, nel corso delle trattative alle Nazioni Unite sul Patto Internazionale (che predatano quelle sulla CEDU ma si concluderanno solo nel 1966).

Le indagini della storiografia fanno pensare che la ragione vada ricercata nel contesto ancora coloniale o, meglio, di declino degli imperi coloniali, in cui s'inseriscono cronologicamente le vicende appena viste, nonché nell'approccio peculiare seguito dal Regno Unito nell'applicare la Convenzione alle colonie e ai mandati¹⁹.

Va premesso infatti che la Convenzione presentava diverse clausole appositamente pensate per gli Stati firmatari ancora in possesso di colonie, protettorati o mandati, i quali avevano la possibilità di non applicare la Convenzione sui territori, o parti di essi, di cui "curavano le relazioni internazionali" o di applicarla tenendo comunque in considerazione le "necessità locali"²⁰.

Nonostante tale possibilità, il Regno Unito scelse di dichiarare l'applicazione della Convenzione in tutti i propri possedimenti d'oltremare, con un'opposizione fra il *Foreign* e il *Colonial Office* su cui la monumentale ricerca del giurista e storico inglese Samuel Simpson ci fornisce uno spaccato assai interessante²¹. A dire il vero, neanche Simpson sa dare una risposta sulla genesi esatta di quella specifica disposizione che è l'Articolo 15 da parte britannica, e anzi si può dubitare con lui sul fatto che problemi come quello del rapporto fra la clausola di deroga e quelle di limitazione ai diritti abbiano costituito oggetto di riflessione entro l'amministrazione di Sua Maestà²². Tuttavia, la sua analisi è convincente nel mostrare il 'nesso coloniale', in primo luogo perché rivela come la struttura dell'Articolo 15 condivida alcuni tratti con la legislazione applicata dagli inglesi nelle colonie e, in secondo luogo, perché pone

¹⁹ Sul punto essenziale è la ricerca di Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 824 ss., visto che l'autore adotta una prospettiva di ricerca basata proprio sul rapporto tra diritti umani e gestione dell'impero, analizzando moltissimi documenti d'archivio dell'amministrazione britannica. Sul rapporto tra CEDU e interessi coloniali, E. Demir-Gürsel, *For the sake of unity*, pp. 124-125 e l'ampia bibliografia ivi riportata. Il problema è presente anche in M. Duranti, *The Conservative*, cit., 202, 210. Per un contesto generale sul rapporto tra prospettiva coloniale (e decoloniale) e diritti umani, si vedano i saggi raccolti in Moses D., Duranti M., Burke R. (curr.), *Decolonization, Self-Determination, and the Rise of Global Human Rights Politics*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2020.

²⁰ Art. 63 CEDU, Art. 56 nel testo vigente. Gli Stati coloniali includevano nel 1950 il Belgio, la Danimarca, la Francia, i Paesi Bassi e il Regno Unito.

²¹ B., Simpson, cit., *Human Rights*, pp. 838-840. Tuttavia, si noti che nonostante quello che può apparire un rifiuto della *colonial clause*, il Regno Unito non accettò il diritto al ricorso individuale e la giurisdizione obbligatoria della Corte EDU fino al 1966, quando l'Impero coloniale era già stato in larga parte smantellato. Le due vicende appaiono dunque collegate fra loro. Peraltro una potenza coloniale come la Francia non avrebbe ratificato la CEDU fino al 1974 e avrebbe accettato il diritto di ricorso individuale solo nel 1981. E. Demir-Gürsel, *For the sake of unity*, p. 112

²² B. Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 873-874.

in relazione la *derogation clause* con la scelta britannica di non avvalersi della clausola di non applicazione coloniale della CEDU²³.

Pur nella generale scarsità d'informazioni restituiteci dai Lavori preparatori, si può allora concludere che, complice il clima della Guerra Fredda, la necessità di una clausola emergenziale e il timore di un abuso dei diritti della futura Convenzione fosse ampiamente condivisa dalla gran parte degli Stati, alcuni dei quali peraltro erano appena usciti da un'aperta guerra civile (è il caso della Grecia). Questa è probabilmente la ragione di fondo per la quale essi non ebbero difficoltà ad accettare il testo dell'Articolo 15, il quale, con l'Articolo 17 CEDU e il divieto d'abuso del diritto, riflette appunto questa preoccupazione²⁴.

Nella sua formulazione di clausola di deroga straordinaria, l'Articolo 15 trova però la propria origine genetica nel mondo coloniale, come prova il suo inserimento su impulso di quello che allora era ancora il più grande impero coloniale della Terra, seppure in fase di declino. Non a caso, come si vedrà più avanti, sarà proprio nel contesto delle guerre di decolonizzazione che avverranno le prime deroghe, nei possedimenti britannici e soprattutto a Cipro, anche se la prassi successiva riguarderà piuttosto altre emergenze, tra le quali rimarrà comunque stabilmente per lunghi anni la questione nord-irlandese, a metà fra la questione (de)coloniale, le guerre di autodeterminazione nazionale e i fenomeni terroristici.

²³ Ivi, Capitolo II, *The Mechanism of Repression*, pp. 54 ss. e specie 78 ss., dove Simpson sviluppa la sua analisi dell'evoluzione del diritto emergenziale inglese nell'Impero tra XIX e XX secolo. Quest'ultima corrisponde al passaggio dalla costruzione della *martial law* (come parte della *common law*) a una legislazione emergenziale (*Emergency codes*) che, pur variando nei diversi contesti, unisce a una delegazione di poteri a vantaggio dell'esecutivo e dei suoi rappresentanti nelle colonie quella che si può qualificare come una vera e propria sospensione dei diritti e delle loro garanzie ordinarie. Sulla legislazione emergenziale inglese come fonte dell'Art. 15 CEDU, vedi anche J.F. Hartman, *Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies. A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, in *Harvard International Law Journal*, n. 1/1981, pp. 14 e ss. il quale ritiene che: "It was the practical desire to present government flexibility to apply this and similar legislation in emergency situations that most strongly prompted the insertion of the derogation articles, rather than any intent to codify or develop rules of international law".

²⁴ Certamente le esperienze delle due Guerre Mondiali e dell'ascesa del totalitarismo in Europa occidentale possono anch'esse aver svolto un ruolo, seppure proprio la citata obiezione di Benvenuti ci ricordi come le stesse disposizioni emergenziali, e non solo i diritti, possano ben essere utilizzate dalle stesse forze sovvertitrici del sistema costituzionale, come insegna il caso dell'Articolo 48 della Costituzione di Weimar.

Capitolo II

Struttura e funzione dell'Articolo 15

Nelle pagine che seguono, si esporranno requisiti e gli elementi caratterizzanti l'Articolo 15 CEDU. Come per tutte le disposizioni della Convenzione, tali contenuti sono stati precisati e arricchiti dalla giurisprudenza della Corte e della Commissione, oltre che dalla pratica degli Stati. In questi paragrafi, dedicati a un'analisi descrittiva o 'statica' dell'Articolo 15, si darà però conto di tali elementi 'dinamici' o evolutivi solo per sommi capi, ritenendoli per il resto 'incorporati' nel testo della disposizione e rinviando alla Parte II per un'analisi sistematica e diacronica della giurisprudenza.

2.1 Le condizioni di esercizio

Le condizioni di fatto poste dalla Convenzione per l'applicazione dell'Articolo 15 sono i casi di guerra o ogni altra minaccia alla vita della nazione.

L'uso di questi termini richiede da subito un chiarimento e al riguardo pare più opportuno riferirsi direttamente al testo originale della Convenzione, preferibilmente nella sua versione inglese, visto che si è spiegato come britannica sia l'origine dell'Articolo.

Guerra

Cominciando dalla prima condizione, vale a dire la guerra ("*war/guerre*"), questa descrive un fenomeno fattuale e un'emergenza specifica, probabilmente assunta dai redattori del testo a situazione tipica richiedente misure straordinarie.

Al contempo, il termine presenta però un significato meno chiaro per quanto riguarda la sua qualificazione giuridica, visto il declinare non tanto del fenomeno fattuale della guerra di per sé, quanto del regime giuridico ad essa ricollegato e comprendente elementi quali la

dichiarazione di guerra e il fatto che quest'ultima intercorra tra due Stati. Infatti, alla categoria della guerra nel diritto internazionale odierno si preferisce oggi quella dei conflitti armati, internazionali o non internazionali, ad indicare un numero più ampio di fenomeni, come, nel secondo caso, i conflitti che non oppongono le forze armate di due Stati o che, nel primo, pur vedendo opporsi due Stati, non sono preceduti da una formale dichiarazione di guerra, intesa come manifestazione di volontà (*animus bellandi*), istituto peraltro ormai caduto largamente in desuetudine dopo la Seconda Guerra Mondiale¹.

Ci si chiede, perciò, se il termine ‘guerra’ nell’Articolo 15 non vada letto alla luce dell’evoluzione del diritto internazionale dei conflitti armati, con la quale peraltro anche la casistica offerta dagli Stati membri del Consiglio d’Europa si mostra perfettamente allineata². In dottrina la risposta è generalmente positiva, ma si deve tenere conto che la presenza di una seconda condizione di carattere generale e a cui sono collegati gli stessi effetti della guerra (“*other public emergency threatening the life of the nation*”) fa sì che questo problema abbia scarsa importanza pratica nel diritto convenzionale, a differenza di quanto avviene ad esempio nel diritto costituzionale italiano, dove una lettura estensiva o meno del termine ‘guerra’ di cui all’Articolo 78 della Costituzione può rivestire una grande importanza³.

¹ Sulla distinzione tra le tipologie di conflitto e la desuetudine della categoria giuridica della “guerra”, N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2011 [4^a ed.], pp. 135-141; A. Clapham, *War*, OUP, Oxford, 2021, pp. 30-34, 47-50 e 234 ss. Le fonti normative internazionali rilevanti sono in particolare, per i conflitti internazionali, l’Art. 2 della Prima Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna, Ginevra, 12 agosto 1949 e, per i conflitti non internazionali, l’Art. 3 della medesima Convenzione e l’Art. 1, par. 4, del Primo Protocollo aggiuntivo, Ginevra, 8 giugno 1977. Per un commento a queste disposizioni e un elenco di casi esemplificativi delle definizioni usate, si vedano anche *International Committee of the Red Cross (ICRC), Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, disponibile in linea su <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016#44> e le informazioni riportate dallo *United Nations Office for Disaster Risk Reduction (UNDRR), Terminology Framework*, su <https://www.undrr.org/understanding-disaster-risk/terminology/hips/so0001>.

² Ci si riferisce al fatto che i conflitti armati internazionali che hanno coinvolto gli Stati del CoE non hanno visto dichiarazioni di guerra. Esempi che si possono fare sono quello dell’invasione turca di Cipro del 1974 o delle guerre che hanno visto coinvolta la Federazione Russa, dalla guerra in Georgia, nel 2008, all’invasione dell’Ucraina nel 2022. Un conflitto armato non internazionale di particolare gravità è quello avvenuto nelle regioni curde della Turchia, che ha causato milioni di sfollati dagli anni ‘80 del secolo scorso.

³ Favorevole alla tesi dell’‘assorbimento’ della guerra nella condizione generale dell’emergenza straordinaria è R. Ergéc, *Le Droits*, cit., pp. 128-129. Per una tassonomia delle diverse tipologie di guerra, in relazione all’Art. 15 CEDU, e sul problema dell’estensione ai conflitti armati internazionali del termine ‘guerra’ della disposizione, ivi, pp. 124 ss. Sempre sul problema dell’estensione, si vedano anche Harris D., O’Boyle M., Warbrick C. (curr.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2023 [5^a ed.], p. 820, il commentario alla Convenzione a cui più si è guardato nella stesura di queste pagine. Proprio per via della citata scarsa rilevanza pratica del problema, oltre che per ragioni contingenti, la giurisprudenza della Corte non offre risposte definitive sulla corretta interpretazione del termine “guerra” dell’Art. 15. Come riportato dalla Cancelleria della Corte nella *Guide on Article 15 of the Convention – Derogation in time of emergency*, ultimo aggiornamento del 31 agosto 2024, disponibile a <https://ks.echr.coe.int>, par. 8: “*The Court has not been required to interpret the meaning of “war” in Article 15 par. 1; in any case, any substantial violence or unrest short of war is likely to fall within the scope of the second limb of Article 15 par. 1, a “public emergency threatening the life of the nation”*”. Inoltre, spesso gli Stati che hanno condotto conflitti armati internazionali non hanno derogato. Si possono citare i casi della Russia, già nel conflitto con la Georgia del 2008, ma in precedenza, pur in conflitti

Tornando alla Convenzione, pare preferibile dunque leggere la seconda condizione prevista dall'Articolo 15 come il requisito principale e generale, tale in effetti da assorbire il primo, facendone semmai un caso tipico dell'emergenza che minacci "la vita della nazione".

Seguendo questa interpretazione si ricava però che anche per i conflitti armati di entità relativamente minore dovrebbe valere l'ulteriore requisito della minaccia alla sopravvivenza della nazione, mentre una lettura disgiunta delle due condizioni porterebbe a pensare che ogni caso di guerra consenta in teoria una deroga⁴.

A ben pensare, questa seconda interpretazione restituirebbe valore proprio alla distinzione tra "guerra" e conflitto armato, dal momento che se riesce difficile concepire una guerra, nel senso proprio del diritto internazionale, che non raggiunga il livello di gravità della "minaccia alla vita della nazione", si potrebbe forse immaginare il caso di un conflitto armato internazionale la cui entità resti al di sotto di tale livello, ad esempio nel caso di schermaglie minori e relativamente controllate dai contendenti su territori di confine⁵.

Nella pratica, la giurisprudenza della Corte ha tuttavia reso scarsamente utile anche quest'ipotesi di distinzione dei due requisiti, in quanto, come si vedrà, essa ha di molto relativizzato lo stesso carattere apparentemente 'esistenziale' della minaccia che legittima il potere di deroga, confermando del resto la prassi degli Stati su questo punto.

Emergenza

Venendo alla condizione generale della "*public emergency threatening the life of the nation*", il termine tipicamente anglosassone "*emergency*", di cui si specifica naturalmente la natura pubblica, non presenta particolari difficoltà, pur restando le diverse sfumature rispetto al francese "*urgence*". Meno immediato è invece il significato d'attribuire al termine della "minaccia all'esistenza o vita della nazione". In primo luogo, l'uso del termine 'nazione' può apparire a prima vista impreciso e lascia aperta la questione se il pericolo debba riguardare necessariamente i membri di una specifica collettività umana, quale la nazione in senso politico o sociologico, o possa essere riferito anche alle sole istituzioni dello Stato (da una prospettiva

condotti contro Stati esterni al CoE, anche il Regno Unito, prima nella Guerra delle Falkland-Malvinas e poi in Iraq. La Turchia, nel corso dell'operazione condotta nel Nord di Cipro negli anni '70, derogò solo rispetto alle proprie province costiere, e non rispetto ai territori occupati sull'isola.

⁴ R. Ergec, *Les droits*, cit., p. 126.

⁵ Una casistica di situazioni 'limite', fra cui quella citata, si trova in ICRC, *Commentary*, cit., par. 237, disponibile all'indirizzo <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016#44> e <https://www.undrr.org/understanding-disaster-risk/terminology/hips/so0001>. Il fattore unificante resta comunque la possibilità di applicare il diritto internazionale umanitario a tutte queste situazioni.

interna: al suo ordine costituzionale). In termini più vicini al linguaggio della dottrina pubblicistica italiana, ci si potrebbe, cioè, chiedere se la disposizione si riferisce allo Stato comunità o allo Stato apparato.

Come osserva Rusen Ergec, la distinzione è in realtà meno rilevante di quanto possa sembrare se si guarda ai lavori preparatori del Patto ONU sui diritti sociali e politici, dove viene utilizzata analogo espressione nella *derogation clause* dell'Articolo 4 e le cui trattative, lo si ricordi, iniziarono in una fase anteriore alla discussione della CEDU, pur concludendosi solo anni dopo. In questo caso gli stessi delegati britannici, ai quali sempre si deve la proposizione della *derogation clause*, precisarono d'intendere il termine '*nation*' come l'insieme dei soggetti sottoposti allo Stato, cittadini o meno⁶. In seguito a tale precisazione il termine fu mantenuto entro l'ICCPR, ma vale comunque la pena di segnalare una volta di più quanto la disposizione in oggetto sia debitrice di una terminologia in primo luogo 'anglosassone', talvolta distante dalla sensibilità continentale rispetto alla dottrina e al concetto di Stato. Sono in effetti soprattutto gli autori francofoni a insistere sulla difficoltà di separare in questo caso la nazione, nel senso di popolazione, dalle Parti della Convenzione, ossia gli Stati⁷. Nella pratica, resta ugualmente difficile immaginare una minaccia grave per la popolazione che non abbia effetti sulle istituzioni statali, come anche il contrario.

Si può dunque interpretare il termine 'nazione' a includere la popolazione di un territorio e il suo ordine politico-costituzionale e in questo modo procedette già la Commissione negli anni '50⁸. La Corte ha poi adottato un'interpretazione simile: in particolare, esprimendosi nel caso *Lawless* del 1961, viene indicato che l'Articolo 15 richiede "una situazione di crisi o di pericolo eccezionale e imminente che ha un impatto sull'insieme della popolazione e costituisce una minaccia per *la vita organizzata della comunità che compone lo Stato*"; questa definizione è poi ripetuta nella giurisprudenza successiva e si può ritenere ormai consolidata⁹.

⁶ *Commission on Human Rights, 8th session. Summary record of the 330th meeting*, doc. O.N.U., E/CN.4/SR.330, p. 14, disponibile all'indirizzo <https://docs.un.org/en/E/CN.4/SR.330>. Per una ricostruzione di queste vicende, R. Ergec. *Les droits*, cit., p. 139.

⁷ Si vedano le posizioni e la letteratura in lingua francese riportata Ivi, p. 140.

⁸ *Grecia c. Regno Unito* (176/56), Commissione europea dei diritti umani (da ora Commissione), 26 settembre 1958, vol. I, par. 130, p. 133. La Commissione si esprime qui nel senso che "*nation means the people and its institutions*". In questo caso peraltro la popolazione e le istituzioni prese in considerazione erano quella della sola isola di Cipro, pur soggetta a controllo britannico.

⁹ *Lawless c. Irlanda* (no. 3) (332/57), 1° luglio 1961, considerato in diritto, par. 28, traduzione e corsivi miei. Nell'originale francese la definizione è: "[...] *une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat*". Nella traduzione inglese non si menziona il requisito dell'imminenza e ci si riferisce a una: "[...] *exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed*". L'espressione è ripresa così anche dalla Cancelleria della Corte nella *Guide*, cit., par. 9, disponibile all'indirizzo <https://ks.echr.coe.int>. La definizione formulata in *Lawless* ritorna costantemente nella successiva giurisprudenza della Corte.

Fortemente legata all'oggetto da proteggere, vi è poi l'entità del pericolo, che evidentemente riguarderà sia le istituzioni che la popolazione dello Stato. A questo proposito il requisito della minaccia 'esistenziale' pare da ridimensionare, alla luce della prassi degli Stati e della giurisprudenza della Corte, a ricomprendere piuttosto un ampio novero di situazioni idonee ad arrecare un danno ingente e a mettere a repentaglio la vita della popolazione dello Stato. Anche casi quali la minaccia di attentati da parte di organizzazioni terroristiche sono infatti stati considerati idonei ad attivare l'Articolo 15, chiarendo che un'ampia perdita di vite umane o una minaccia alla stabilità dell'apparato statale giustificano il potere di deroga, pur dove sia difficile collegarvi un pericolo per l'esistenza stessa dell'insieme della popolazione o delle sue istituzioni¹⁰.

Si può comunque ricavare dalla definizione, per come integrata in *Lawless*, il carattere necessariamente straordinario della minaccia ("*danger exceptionnel*" nella sentenza), tale da rendere ragionevolmente inadeguati i mezzi ordinari a disposizione dello Stato per farvi fronte. Il riferimento sembra cioè essere a quella condizione di 'normalità', e al suo opposto 'anormale' o straordinario, che costituisce uno degli aspetti caratteristici del modello neo-romano o dualista. Come si è visto nell'Introduzione, a livello teorico questo comporta il problema, tipico di questo modello, di definire se a tale condizione di 'normalità' corrisponda una realtà di fatto o se sia una costruzione del tutto artificiale dei giuristi. Una questione che risulta più evidente in situazioni dove alcuni Stati decidano di derogare e altri no davanti alla medesima minaccia, un aspetto sul quale si tornerà.

Anche dal punto di vista della tipizzazione delle cause scatenanti l'emergenza, oltre che da quello della sua entità, l'Articolo 15 CEDU si presenta come una clausola aperta. La casistica offerta dalla prassi è del resto assai variegata e comprende conflitti armati tra Stati o contro movimenti separatisti, colpi di stato, rivolte o situazioni di protratta violenza, attacchi terroristici e disastri naturali quali terremoti o epidemie, ma anche crisi di natura economica, quali quelle energetiche. In dottrina vi è chi ha immaginato un'estensione a casi ulteriori e non

¹⁰ Il punto è stato rimarcato da ultimo in *A. e altri c. UK* (3455/05) [GC], 19 febbraio 2009, par. 180 proprio in rapporto alla minaccia di attentati terroristici, ma appariva già chiaro nella precedente giurisprudenza sulla questione irlandese. Ancora meno evidente era del resto il carattere 'esistenziale' del pericolo nel caso *Lawless*, dove, come si vedrà, la Corte si riferisce a un rischio rivolto al normale funzionamento delle istituzioni dello Stato derogante più che alla sua popolazione, non oggetto degli attentati. Sul punto Harris e AA., *Law*, cit., 819-820. L'arrestarsi della Corte su interpretazione 'non esistenziale' dell'emergenza è stato criticato in dottrina, ad esempio, da O. Gross, F. Ní Aoláin, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in "Human Rights Quarterly", Vol. 23, 2001, pp. 632 ss.

necessariamente caratterizzati dalla violenza, quali manifestazioni o scioperi in grado di paralizzare completamente il funzionamento dello Stato¹¹.

Sempre in modo conforme al modello neo-romano, almeno nelle sue teorizzazioni più convincenti, l'Articolo 15 rivela perciò una tendenziale indifferenza rispetto all'origine e alla specificità della minaccia, se si esclude il solo caso tipico della guerra, la cui autonoma rilevanza si è però già visto debba essere ridimensionata.

Spazio e tempo della deroga

Ragionare sulle condizione 'fattuali' d'esercizio del potere di deroga significa anche rapportarle alle dimensioni dello spazio e del tempo. In particolare, ci si è chiesti se sia possibile per uno Stato derogare solo rispetto a una porzione limitata del proprio territorio (deroghe parziali). Nella prassi, ciò è accaduto spesso e la giurisprudenza ha convalidato questa interpretazione. Del resto, si è visto come il requisito della minaccia esistenziale, al quale si sarebbe forse potuto ricollegare un divieto di deroghe spazialmente limitate, vada letto piuttosto a indicare un'emergenza particolarmente grave o straordinaria. Anche il test di stretta necessità (proporzionalità) della seconda parte dell'Articolo 15 porta del resto a considerare con favore una gradazione delle misure a seconda delle circostanze concrete. Resta fermo che, nel caso di deroghe parziali, quest'ultime si applicheranno validamente solo sul territorio indicato dallo Stato derogante nell'atto di notifica, non ammettendo la Corte un'estensione al fuori di esso¹².

Per quanto riguarda l'estensione temporale delle deroghe, non c'è nell'Articolo un esplicito riferimento alla temporaneità, benché questa sia ricollegabile in astratto al requisito di proporzionalità. Nei fatti, vi sono state deroghe in vigore per moltissimi anni, a rappresentare il carattere semi-permanente delle crisi sottese ("*entrenched emergencies*"), e la Corte non le ha mai ritenute per ciò solo illegittime, né ha mai esplicitamente incorporato la temporaneità nella propria interpretazione del testo¹³.

¹¹ Per una sistematizzazione della prassi, doc. *Steering Committee for human rights (CDDH), Report on member States' practice in relation to derogations from the ECHR in situations of crisis*, CDDH(2022)R97, Addendum 4 del 16 dicembre 2022, p. 13 (da ora CDDH(2022)R97). Si veda anche la *Guide on Article 15*, cit., par. 13 per un elenco dei casi affrontati dalla Corte o dalla Commissione. Per l'inclusione di proteste e scioperi si veda Ergec, *Les droits*, cit., p. 145, che riprende del resto questa posizione, da ritenersi francamente estrema, da quanto sostenuto dal Governo australiano nelle discussioni sul Patto ONU. Si noti peraltro come lo stesso Ergec sia idealmente riconducibile al modello neo-romano, come dimostra anche la sua citazione, in relazione all'Art 15 e nella stessa pagina, delle tesi di Clinton Rossiter.

¹² Per una prima affermazione della Corte in questo senso *Sakik e altri c. Turchia* (87/1996/706/898-903), 26 novembre 1997, par. 39; recentemente *Barseghyan c. Armenia* (17804/09), Sez. IV, 2021, 21 settembre 2021, par. 36.

¹³ Non mancano infatti nella prassi stati di deroga durati per diversi anni, se non decenni. È il caso di quelli adottati nelle regioni dell'Ulster dal Regno Unito e delle proprie province del Sud-Est (Kurdistan turco) dalla

Sempre legata alla cornice temporale d'applicazione della deroga, si pone la questione della possibilità di farvi ricorso *prima* del verificarsi della minaccia e, in questo caso, con quanto anticipo uno stato possa derogare. Riprendendo la menzione dell'imminenza presente nella sentenza *Lawless* (nel solo testo francese), la Commissione ha in seguito esplicitamente previsto che la minaccia possa essere imminente oltre che attuale, con una sistematizzazione ribadita, se non ampliata, dalla Grande Camera nel 2009, non a caso in rapporto alla minaccia del terrorismo internazionale¹⁴. Si richiede comunque l'esistenza di sintomi sufficientemente concordanti e gravi da far ritenere ragionevole il verificarsi futuro della minaccia.

Supervisione e margine d'apprezzamento sul fatto emergenziale

Per quanto riguarda infine la supervisione *ex post* sull'esistenza delle condizioni di fatto, essa spetta naturalmente alla Corte, che può provvedervi di proprio impulso, come chiarito già nel caso *Lawless*¹⁵. Se la Corte ha in teoria piena giurisdizione, l'esercita però con notevole moderazione, ed è a questo proposito che è stata storicamente elaborata la dottrina del margine d'apprezzamento conferito agli Stati, da considerare certamente come 'ampio' ("wide") nei casi di deroga. Si parte perciò dal presupposto di una maggiore idoneità degli Stati a giudicare della gravità della situazione, giudizio che la Corte ha di solito ritenuto peraltro di dover considerare in modo prognostico, cioè in rapporto alle circostanze conoscibili dalle autorità al momento della deroga¹⁶.

Turchia. Nel XX secolo, questo genere d'emergenze è stato anzi predominante e la minaccia terroristica del nuovo millennio tende anch'essa alla permanenza. La Corte ha esplicitamente escluso che gli stati deroga debbano essere temporanei sotto la Convenzione in *A. e altri c. UK* (3455/05) [GC] del 19 febbraio 2009, par. 178, ponendosi in contrasto con la posizione presa invece dal Comitato per i Diritti Umani dell'ONU, in riferimento al ICPR. In dottrina, poggiano la loro distinzione fra stati d'emergenza costituzionali e internazionali anche sulla possibile permanenza dei secondi K. Istefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit., pp. 14 ss. La posizione opposta, a cui si deve l'uso del termine "*entrenched emergencies*", vede invece il fenomeno come patologico. O. Gross, *Once More unto the Breach. The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *Yale Journal of International Law*, 23, 1998, p. 442; O., F. Ni Aolain, *From Discretion*, cit., pp. 644 ss.

¹⁴ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands c. Grecia* (il caso viene definito anche il *caso greco* o *Greek case*), Commissione, rapporto 5 novembre 1969, par. 153; *A e altri c. Regno Unito*, cit., par. 177.

¹⁵ *Lawless c. Regno Unito*, cit., par. 28, ma già vedi Comm sul punto dell'impulso in *Grecia c. Regno Unito*, cit., par., 348. Naturalmente, prima del 1998 anche la Commissione svolgeva un pieno controllo sul fatto.

¹⁶ *Brannigan e McBride c. Regno Unito* (14553/89; 14554/89), 25 maggio 1993, par. 43. La Corte si era già espressa in modo quasi uguale, in riferimento al "*wide margin of appreciation*", in *Irlanda c. Regno Unito* (85310/71), 18 gennaio 1978, par. 207, con una sistematizzazione di una linea d'interpretazione per molti aspetti già delineata nel caso *Lawless*, dove però l'espressione "*wide margin*" non era usata dalla Corte, in favore della "ragionevolezza" della deduzione dello Stato sulla gravità delle circostanze. *Lawless c. Irlanda*, cit., c.d., par. 28. Dinanzi alla Commissione, il "*wide margin*" era invece già stato menzionato esplicitamente per la prima volta proprio in *Lawless c. Irlanda*, Commissione (332/57), 19 dicembre 1959, par. 90, ma l'origine del concetto è da rinvenire nel precedente *Grecia c. Regno Unito*, Commissione, Vol. I, cit., par. 136, p. 138, dove si menziona la necessità d'una "[...] *certain measure of discretion in assessing the extent strictly required by the exigencies of*

In merito, si può citare direttamente quanto affermato dalla Corte nel caso *Brannigan e McBride*, peraltro in sintonia con la propria giurisprudenza precedente:

*The Court recalls that it falls to each Contracting State, with its responsibility for “the life of [its] nation”, to determine whether that life is threatened by a “public emergency” and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle 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. Accordingly, in this matter a wide margin of appreciation should be left to the national authorities [...]*¹⁷.

Risulta insomma particolarmente chiara in tali situazioni la difficoltà di controllare e confutare quanto allegato dagli Stati in merito alla gravità e al carattere straordinario dell'emergenza invocata. Una difficoltà che la Corte, per certi versi anche più della vecchia Commissione, condivide con gli altri organi giurisdizionali di fronte al 'fatto emergenziale' e rimanda ad alcune delle critiche tradizionalmente mosse al ruolo delle corti davanti all'emergenza.

Vi sono stati comunque due casi nei quali si è negata in radice l'esistenza della minaccia, come fatto clamorosamente dalla Commissione di fronte al colpo di Stato greco del 1967 e, assai più recentemente, dalla Corte di fronte alla repressione delle proteste di piazza armene del 2008¹⁸.

2.2 La “misura resa strettamente necessaria dalle esigenze della situazione”

Il requisito della stretta necessità può essere ricondotto al più generale principio di proporzionalità delle misure, principio che del resto non solo impernia l'intera Convenzione,

the situation”, una formula però riferita alla sola stretta necessità delle misure e perciò meno estesa dei successivi adattamenti. Si veda la ricostruzione in Harris e AA., *Law*, cit., p. 824-825 e O. Gross, Ni Aolain F., *From Discretion*, cit., pp. 631-632. Per la citazione formale del concetto di “*wide margin*” ancora in pronunce recenti, *Dareskizb Ltd c. Armenia* (61737/08), Sez. IV, 21 settembre 2021, par. 57; *Şahin Alpay c. Turchia* (16538/17), Sez. II, 20 marzo 2018, par. 75; *Domenjoud c. Francia* (34749/16 e 79607/17), Sez. V, 16 maggio 2024, par. 145. Sul carattere prognostico del giudizio, si veda *Guide on Article 15*, cit., par. 16. Insiste sul punto anche R. Ergec, *Le droits*, cit., p. 137; contro O. Gross, Ni Aolain F., *From Discretion*, cit., p. 632. La Corte si è distaccata da questo approccio solo in *A e altri c. Regno Unito*, cit., par. 177, ma come si vedrà lo ha fatto in favore dello Stato, non dunque elevando lo standard di controllo sul punto.

¹⁷ *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit., par. 43.

¹⁸ *Dareskizb Ltd c. Armenia*, cit., par. 55-63.

ma venne ad esempio esplicitamente richiamato nei Lavori preparatori del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in relazione allo stato d'emergenza ivi previsto all'Articolo 4¹⁹.

Da un esame della lettera della disposizione, ci si può chiedere in primo luogo se l'enfasi dell'Articolo 15 CEDU (che si riferisce alla misura "*strettamente necessaria*") implichi un onere rafforzato sullo Stato di provare la necessità assoluta delle misure e quale sia la discrezionalità ad esso concessa nella scelta.

Certamente, si deve trattare di una forma di necessità più grave di quella prevista anche per i tempi 'normali' dagli Articoli dall'8 all'11 della Convenzione, così come è da escludere legittimino le misure in deroga semplici considerazioni pragmatiche d' 'utilità' o speditezza per lo Stato²⁰. La Corte ha affermato cioè di poter compiere un controllo di massima sulla possibilità per lo Stato di utilizzare i mezzi 'normali' di fronte all'emergenza, il che vuol dire anche non derogare alla CEDU²¹.

Al contempo, però, il particolare rigore a cui potrebbe far pensare la formula dell'Articolo 15 va temperato con la difficoltà d'individuare una linea di condotta che possa davvero caratterizzarsi come l'unica necessaria in emergenza. In altre parole, è difficile parlare di una necessità 'assoluta' o di misure assolutamente necessarie in riferimento all'Articolo 15 e, nella pratica, è bene premettere che né la Corte né la Commissione hanno mai richiesto agli Stati deroganti un test così esigente.

Da un punto di vista teorico, si potrebbero individuare le componenti principali della proporzionalità dello stato d'emergenza in un controllo d'adeguatezza in rapporto ai fini perseguiti (ristabilire l'ordine e uscire dall'emergenza) e in un controllo di stretta proporzionalità delle misure, immaginando debbano essere scelte quelle meno gravose per i diritti coinvolti.

Si tratta in realtà di un'impostazione che trova un riscontro solo parziale nella giurisprudenza, sia per quanto riguarda l'approccio di metodo, cioè una chiara individuazione delle componenti d'adeguatezza e stretta proporzionalità, sia per l'incisività stessa del controllo. Storicamente, la Corte ha infatti adottato sul punto un atteggiamento deferente e ha proceduto tramite un'elaborazione flessibile di indici piuttosto che di concettualizzazioni. Essa sembra inoltre

¹⁹ *Draft International Covenants on Human Rights. Annotation/prepared by the Secretary-General*, doc. O.N.U., A/2929, p. 67, disponibile su <https://digitallibrary.un.org/record/748971?v=pdf>.

²⁰ R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 189.

²¹ *Lawless c Irlanda*, cit., par. 36; *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 212

esaminare in modo contestuale e indifferenziato le componenti di questa parte dell'Articolo 15, un controllo per l'appunto meglio caratterizzato come 'per indici', piuttosto che secondo una rigorosa individuazione concettuale delle componenti e fasi dell'esame sulla necessità.

Non sembra ad esempio corretto riferirsi a un vero e proprio test di stretta proporzionalità in rapporto alla scelta delle misure meno lesive dei diritti, almeno se ciò sottintende un'analisi in concreto delle possibili misure alternative, cosa che la Corte evita di fare²².

Per quanto riguarda invece il profilo dell'idoneità o adeguatezza in rapporto al fine perseguito e alle esigenze della situazione, uno dei problemi che si pone è se l'Articolo 15 preveda un controllo sull'efficacia in concreto delle misure.

Una posizione a favore di un simile controllo fu in effetti avanzata dal Governo irlandese negli anni '70, ma respinta dalla Corte, in quanto considerata troppo vicina a un vero e proprio giudizio d'opportunità sulle scelte dello Stato²³. Per la stessa ragione, il controllo viene limitato alle circostanze conosciute o prevedibili al momento della supposta lesione della Convenzione, pur non mancando anche in questo caso una certa flessibilità²⁴.

Da quanto scritto sopra è già emerso su più punti l'atteggiamento di complessivo *self-restraint* adottato dalla Corte nel valutare la proporzionalità in senso ampio delle misure. La giurisprudenza in questione, risalente ma costantemente richiamata, è in effetti la stessa vista nel paragrafo precedente, dove si è riportata la citazione dal caso *Brannigan e MacBride*, in relazione al *wide margin of appreciation* sull'esistenza delle condizioni di fatto e la scelta di derogare.

In effetti, la Corte non ha tracciato distinzioni particolari neanche per quanto riguarda i modi d'esercizio; anzi, essa concede in teoria agli Stati deroganti un ampio margine d'apprezzamento anche rispetto al parametro della necessità delle misure, in virtù della ritenuta maggiore vicinanza delle autorità nazionali alla situazione concreta da fronteggiare. Secondo questa formula, l'ampia discrezionalità concessa allo Stato è stata perciò riferita sia alla scelta delle misure idonee che alla scelta del punto fin dove sia lecito spingersi per uscire dall'emergenza ("*how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency*")²⁵.

²² Harris e AA., *Law*, cit., p. 836.

²³ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 214. Per un'opinione concorde con la posizione della Corte R. Ergec, p. 208; più possibilisti circa un controllo sull'efficacia delle misure, pur riconoscendone le difficoltà pratiche, D. Harris e AA., *Law*, cit., p. 834-835.

²⁴ *Guide*, cit., par. 25, ma un'eccezione vistosa è stata *A. e altri c. Regno Unito*, cit., par. 177. Per una ricostruzione e un commento in dottrina, D. Harris e AA., *Law*, cit., pp. 821-822. Sottolinea la necessità di un giudizio solo prognostico R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 137.

²⁵ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 207; *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit., par. 43, delle quali si vedano le citazioni per esteso al paragrafo precedente. Anche in punto di stretta necessità questa giurisprudenza riprende

Ciò avviene però, ha sempre rimarcato la Corte, sotto la supervisione degli organi convenzionali. Quest'ultimo punto, attinente ai limiti della discrezionalità, ci riporta alla formulazione della giurisprudenza *Brannigan*, dove la Corte, pur concedendo molto agli Stati, precisava:

Nevertheless, Contracting Parties do not enjoy an unlimited power of appreciation. It is for the Court to rule on whether inter alia the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis. The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision [...]. At the same time, in exercising its supervision the Court must give appropriate weight to such relevant factors as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation²⁶.

Quello della supervisione e della sua estensione è perciò un punto cruciale, che ha consentito di elaborare un elenco aperto e flessibile di 'indici' in base ai quali valutare la proporzionalità delle misure.

Ciò riguarda fra l'altro la presenza o meno di garanzie e controlli a livello interno sull'esercizio della deroga, durante gli stati d'emergenza. Un elemento particolarmente importante nella valutazione della Corte, a maggior ragione vista la relativa debolezza dei controlli da essa esercitati sull'adeguatezza e la stretta proporzionalità delle misure.

Fra gli indici o fattori considerati dalla Corte, vi sono la natura dei diritti coinvolti, l'estensione temporale della deroga e il suo essere soggetta a periodiche revisioni in merito alle circostanze che la rendono necessaria; il fatto che essa sia stata effettivamente utilizzata per lo scopo rivendicato dallo Stato; il fatto che le misure siano prevedibili nelle loro conseguenze, non siano applicate in modo discriminatorio e possano essere attenuate al cambiare delle condizioni; la presenza di salvaguardie contro gli abusi, specie sotto il profilo dell'impugnabilità delle misure di fronte a un giudice²⁷.

Come si vede, i punti di quest'elenco coprono una varietà di aspetti fra loro anche piuttosto diversi. Un ruolo centrale hanno ad esempio le garanzie rispetto agli abusi, ma molti riguardano anche la connessione con l'atto col quale gli Stati notificano la scelta di derogare. L'elenco è in effetti il risultato di un'evoluzione, che ha peraltro subito un'accelerazione in tempi

un atteggiamento in linea con le decisioni precedenti di Corte e Commissione, quali *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 36-38.

²⁶ *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit., par. 43, citata anche in *A. e altri c. Regno Unito*, cit., par. 173. In *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 207 la Corte esprime lo stesso concetto in termini più stringati, con un riferimento a un controllo sull'"observance of the States' engagements" in relazione all'Art. 15.

²⁷ Si veda *Guide on Article 15*, cit., par. 24 per un elenco degli indici citati e della relativa giurisprudenza. Su quest'ultima noi invece ci soffermeremo più avanti, nella sua evoluzione storica.

relativamente recenti, giungendo ad esiti che in parte portano a riconsiderare i capisaldi del giudizio sulla proporzionalità delle misure, per come elaborati storicamente.

I precedenti storici non sono però mai stati esplicitamente abbandonati dalla Corte, che ha anzi continuato a citarli. Per tale ragione, si è ritenuto opportuno partire da questo modo d'intendere l'ampio margine d'apprezzamento e il test sulla stretta necessità, per come formulati ancora nel caso *Brannigan* del 1993.

Tenendo conto che il controllo sulla proporzionalità delle misure emergenziali è forse l'indice sul quale più influisce la giurisprudenza, si darà conto delle novità e delle prospettive innovative aperte di recente da quest'ultima appunto nella Parte II, dedicata al formante giurisprudenziale e alla sua evoluzione nel tempo.

2.3 La conformità con gli altri obblighi internazionali

L'obbligo di conformità delle misure con "gli altri obblighi internazionali" dello Stato è l'ultimo punto del primo paragrafo dell'Articolo 15 CEDU.

Storicamente, il riferimento a cui si pensava in fase di redazione era probabilmente il Patto ONU sui diritti civili e politici (da ora anche Patto o ICCPR), che, come si è detto, avrebbe dovuto anticipare, o almeno seguire di poco, la Convenzione. Non è stato così e si sarebbero anzi dovuti attendere molti anni per l'entrata in vigore del Patto, avvenuta nel 1976, ma è vero che oggi tutti gli Stati membri del CoE sono anche Parti dell'ICCPR e che dunque si pone la questione del se, e in quale misura, le garanzie dell'Articolo 4 ICCPR si aggiungano a quelle dell'Articolo 15 CEDU.

In aggiunta al Patto ONU, altri sistemi normativi che si possono ricollegare all'Articolo 15 CEDU tramite il rinvio in esso contenuto sono il diritto internazionale umanitario e le norme consuetudinarie di *ius cogens*, per quanto in realtà la natura aperta del rinvio lo renda in principio ancora estendibile.

È da precisare comunque che l'utilizzo di questa parte della clausola ad opera della giurisprudenza è stato in realtà molto limitato, mentre più delicata è la questione del rapporto col diritto internazionale umanitario in casi di conflitti armati.

Rapporto con l'Articolo 4 ICCPR

Esaminando per primo il rapporto con l'Articolo 4 del Patto ONU, si nota che questo condivide la stessa struttura dell'Articolo 15, cosa che si è spiegata appunto con la loro origine almeno inizialmente comune, essendo stati proposti entrambi su iniziativa britannica e a poca distanza l'uno dall'altro²⁸.

Al contempo, il prolungarsi per lunghi anni delle trattative sul Patto ha portato ad alcuni cambiamenti e a una estensione delle garanzie previste all'Articolo 4 ICCPR, cosa di cui del resto danno conto anche i Lavori preparatori, assai più esaurienti di quelli dell'Articolo 15 CEDU e per questo talvolta usati nell'interpretazione di quest'ultimo dalla dottrina. Da essi si ricava ad esempio come sia stato oggetto di discussione in sede ONU se specificare o meno che la proclamazione dovesse necessariamente avvenire in forme legali e non soltanto essere proclamata ufficialmente, come da testo definitivo²⁹. La versione finale dell'Articolo non contiene questa specificazione, riferendosi soltanto al dovere che l'emergenza sia “*officially proclaimed*”.

Da una prospettiva generale, e tenendo presente che per gli Stati che l'hanno sottoscritto il Patto è naturalmente obbligatorio, si deve ritenere che i firmatari di entrambi i trattati siano vincolati da tutte e due le disposizioni sulle deroghe, per cui le garanzie dell'Articolo 4 ICCPR si sommano a quelle dell'Articolo 15 CEDU. In dottrina, vi è peraltro chi ha inteso il contenuto vincolante del rinvio agli obblighi internazionali come riferito alle sole norme prescrittive che tutelano i diritti umani e non, ad esempio, agli oneri procedurali³⁰. In realtà, la Corte compie anche un controllo su quest'ultimi, per quanto non vi siano state condanne sul punto e rimangono perciò incerte le conseguenze di un'eventuale non conformità sulla validità stessa

²⁸ [Article 4 ICCPR \[testo inglese\]](#)

1. *In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.*

2. *No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.*

3. *Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation.*

²⁹ Doc. O.N.U., A/5655, par. 48 citato da R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 217, dove si menziona un emendamento teso a sostituire, in francese, il termine “*par la voie légale*” a quello “*par acte officiel*” e che fu poi respinto proprio per non intromettersi indebitamente nelle procedure costituzionali degli Stati. Altrove, l'autore rivendica appunto la validità dell'uso dei Lavori preparatori dell'ICCPR in funzione ausiliaria all'interpretazione dell'Articolo 15 CEDU. Ivi, pp. 10-11.

³⁰ Ivi, pp. 219-2020.

della deroga. D'altra parte, l'unico caso di violazione accertata ha riguardato di recente il diritto all'immunità dei funzionari delle Nazioni Unite, dunque un'area del diritto internazionale diversa dai diritti umani³¹.

Venendo all'analisi delle garanzie, sotto il profilo procedurale l'Articolo 4 ICCPR prevede che l'emergenza sia ufficialmente dichiarata anche nel diritto interno. Si tratta di una delle poche differenze dall'Articolo 15 per quanto riguarda i presupposti della deroga, a cui si aggiunge la non menzione del caso specifico della guerra da parte dell'Articolo 4, che considera la sola "*emergency which threatens the life of the nation*". L'importanza che potrebbe in teoria rivestire la disposizione non è comunque da sottovalutare, se la s'interpretasse ad esempio nel senso di richiedere la conformità alle procedure del diritto interno della proclamazione dello stato d'emergenza, conferendo al riguardo un potere di controllo sussidiario anche agli organi internazionali³².

Il problema del controllo sulla proclamazione ufficiale fu sollevato davanti alla Corte nel 1993, nel caso di un ricorso individuale, sostenendo il ricorrente che l'essersi il Ministro responsabile recato in Parlamento per riferire sulla scelta di derogare non integrasse il parametro della proclamazione ufficiale ai sensi dell'ICCPR e, perciò, violasse indirettamente anche l'Articolo 15 CEDU. In realtà, la Corte diede torto al ricorrente, ritenendo dal suo punto di vista pienamente soddisfatto il parametro, pur restando impregiudicata l'autorità degli organi delle Nazioni Unite nell'interpretare l'Articolo 4 ICCPR³³.

Se ci si richiama a questo precedente, il rispetto del livello minimo dell'onere di dichiarazione interna allo Stato è perciò da ritenere in pratica abbastanza facile da integrare, non richiedendosi veri e propri atti formali e ancor meno una procedura prestabilita nel diritto nazionale.

Sempre per quanto riguarda gli oneri procedurali, si può peraltro notare che anche in relazione al dovere di notificare la deroga l'Articolo 4 ICCPR appare più esaustivo, richiedendo allo Stato, al paragrafo terzo, la specifica indicazione delle disposizioni derogate, e non solo delle ragioni per farlo, mentre un simile obbligo non c'è nella CEDU e la Corte non ha ritenuto di ricavarlo per via interpretativa. Resta aperta la questione di un'eventuale violazione anche

³¹ *Aydın Sefa Akay c. Turchia* (59/17), Sez. II, 23 aprile 2024, par. 130.

³² Solleva il problema R. Ergéc, *Le Droits*, cit., p. 217.

³³ *Brannigan e MacBride c. Regno Unito*, cit., parr. 72-73. Anche nei casi precedenti la Corte e la Commissione avevano esaminato di moto proprio il rispetto del requisito della conformità agli obblighi internazionali, in un contesto però anteriore alla piena ratifica dell'ICCPR da parte degli Stati membri.

dell'Articolo 15 CEDU, tramite il rinvio agli obblighi internazionali, per le deroghe che non individuino i diritti derogati, pratica diffusa e di fatto tollerata entro il Consiglio d'Europa.

Da un punto di vista pratico, gli aspetti procedurali menzionati rivestono inoltre un certo interesse in relazione alla grande difformità della prassi degli Stati, per come manifestatasi ad esempio durante l'emergenza Covid, dove fra l'altro alcune deroghe hanno stranamente riguardato solo la CEDU ma non il ICCPR. Si tornerà comunque più avanti su questi aspetti.

Venendo invece ai diritti classificati come non derogabili, l'Articolo 4 ICCPR contiene un elenco più esteso della CEDU. Lasciando per ora da parte i diritti nominati da entrambi i testi, sono classificati come inderogabili dal solo Patto ONU le libertà di pensiero, coscienza e religione, il diritto alla personalità e il divieto del carcere per debiti. Ad essi si aggiunge la garanzia che le misure non siano discriminatorie sulla sola base di razza, colore, sesso, lingua, religione o origine sociale. D'altra parte, il Patto è silente per quanto riguarda il principio del *ne bis in idem*, inderogabile secondo il Protocollo n. 7 della Convenzione³⁴.

Soffermandoci però in questa sede sulla sola CEDU e considerando che, nel 2009, la Corte sembra aver esteso il requisito della non discriminazione anche all'Articolo 15, le libertà di religione e coscienza appaiono come le mancanze più rilevanti in un confronto tra i due elenchi di diritti³⁵.

Sofferamoci in particolare sulla libertà di religione, non derogabile per il solo ICCPR. Tenendo conto che interdire la libertà di coscienza intesa come 'foro interno' incontra ovvie difficoltà pratiche, sembra difficile immaginare situazioni in cui si ponga effettivamente il nesso tra la libertà di pubblico culto in quanto tale ed emergenza³⁶. In realtà, il problema di una deroga a questo diritto si è posto nella pratica recente, nel caso della deroga adottata dall'Ucraina a seguito dell'aggressione russa del 2022³⁷.

³⁴ In riferimento al divieto di discriminazione, l'Art. 4 paragrafo primo ICCPR statuisce che le misure "[...] *do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin*". Sul confronto tra i testi D. Kretzmer, *Emergency*, cit. Un'utile tabella comparativa si trova anche in *Council of Europe's Division of Co-operation Programmes* (da ora anche *CoE's Division of Co-operation Programmes*), *Legal analysis of the derogation made by Ukraine under Article 15 of the European Convention of Human Rights and Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, novembre 2022, par. 69, disponibile online a <https://rm.coe.int/legal-analysis-of-the-derogation-made-by-ukraine-under-article-15-of-t/1680aa8e2c>.

³⁵ Sul divieto di discriminazione, *A e altri c. Regno Unito*, cit., par. 190. L'estensione di un'inderogabilità 'di fatto' all'Art. 14 non può comunque ancora darsi per certa. Sul punto si vedano anche il paragrafo seguente e l'analisi della giurisprudenza nei capitoli seguenti.

³⁶ Tuttavia, concipisce ad esempio un legame fra possibili deroghe e fenomeni di estremismo religioso, R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 219. Si tratta comunque di una posizione isolata e, del resto, è probabile che riunioni e manifestazioni a carattere religioso rientrino nel loro concreto manifestarsi entro l'ambito dell'Art. 11 CEDU, piuttosto che dell'Art. 9

³⁷ *Derogation contained in the Note Verbale No. 31011/32-017-3 from the Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe, dated 28 February 2022, registered at the Secretariat General on 1 March 2022*, or.

Resta aperta la questione della validità di una deroga *ex* Articolo 15 CEDU, che sia rivolta ai diritti qualificati come inviolabili dal solo Patto ONU³⁸. Fatta salva la via, che resta sempre possibile, di un più penetrante controllo di proporzionalità, è chiaro che in questi casi ci si domanda se la deroga sia invalida alla radice, già per il fatto di toccare i diritti in questione, fatta salva la possibilità di sottoporli a limitazioni, comunque ammessa anche al di fuori di una deroga. La strada da percorrere, che comporta un'estensione indiretta dell'inderogabilità, sarebbe naturalmente quella del riferimento agli "altri obblighi internazionali" contenuto dall'Articolo 15 stesso. Tale estensione pare talvolta essere stata già recepita, come si rinviene da riferimenti presenti negli stessi documenti del Consiglio d'Europa³⁹.

A mancare è però proprio una significativa giurisprudenza della Corte sul punto. Come si vedrà, vi è stato un unico precedente, assai recente, che non ha riguardato peraltro i diritti umani, quanto il diritto delle immunità internazionali⁴⁰.

In assenza di chiare indicazioni, è difficile stabilire i limiti e i modi in cui potrebbe concretamente operare un'estensione dell'inderogabilità tramite rinvio.

Rapporto col diritto internazionale umanitario

L'altro grande sotto-sistema di diritto internazionale toccato dal rinvio dell'Articolo 15 CEDU è il diritto internazionale umanitario (DIU). Al riguardo, il primo problema che si pone è capire quando e se si debba applicare quest'ultimo o la Convenzione in caso di conflitto armato condotto dagli Stati membri (cosa che riguarda solo indirettamente la facoltà di deroga degli Stati).

Un altro problema è che, almeno dal dato testuale, il diritto internazionale umanitario garantisce come inviolabili un numero maggiore di diritti dell'Articolo 15 CEDU. In particolare, già nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e soprattutto nel Protocollo II del 1977, alcuni diritti riferibili al giusto processo (imparzialità dei tribunali, principio d'irretroattività

ing. La deroga, più volte rinnovata, è stata poi rivista in senso restrittivo, escludendo dal proprio ambito gli Artt. 4(3), 9, 13, 14 e 16, nell'aprile 2024. Per un'analisi dettagliata, *CoE's Division of Co-operation Programmes, Legal analysis*, cit., parr. 18, ss., si veda anche la tabella indicante l'elenco completo delle deroghe ucraine all'ottobre 2022 a p. 9.

³⁸ Peraltro, è in teoria possibile immaginare che la medesima situazione si verifichi rispetto ad altre fonti pattizie sui diritti umani che non prevedono possibilità di deroga, come la Convenzione ONU sui diritti del bambino o le Convenzioni ILO.

³⁹ Ad esempio, *CoE's Division of Co-operation Programmes, Legal analysis*, cit., par. 175, dove si afferma, rispetto all'applicazione della deroga, che "*If the right is non-derogable under the Covenant but derogable under the Convention, the derogation does not apply either. However, an interference with this right could be allowed if it is a restriction inherent to the right in question*".

⁴⁰ *Aydın Sefer Akay c. Turchia* (59/17), Sez. II, del 23 aprile 2024.

penale) e anche il diritto all'educazione dei minori sono garantiti anche in caso di conflitto armato⁴¹. Al contrario, nel testo dell'Articolo 15 non si fa menzione dei diritti di cui agli Articoli 5 e 6 CEDU, sotto i quali in tempi 'normali' ricadrebbero le tutele minime in questione (lasciando da parte il riferimento all'educazione dei minori). Esse parrebbero dunque poter essere completamente derogate dallo Stato in situazioni che, a rigore, dovrebbero essere considerate meno gravi di un conflitto armato, pur rientrando nel novero delle emergenze, quali estese rivolte, guerriglia urbana o disastri naturali⁴².

Sul punto dell'applicazione del diritto internazionale umanitario e sulla necessità o meno di derogare in caso di conflitto armato, la prassi degli Stati è stata quella di non invocare l'Articolo 15, pratica che la Corte ha recepito con due sentenze della Grande Camera nel 2014 (*Hassan c. Regno Unito*) e soprattutto nel 2021 (*Georgia c. Russia II*)⁴³.

La Corte accetta che gli Stati ritengano di non esercitare giurisdizione ai sensi dell'Articolo 1 CEDU (dunque nell'accezione internazionalistica di *jurisdiction*) durante la fase operativa delle ostilità. Di conseguenza, la Convenzione non si applica e anche la Corte non ha giurisdizione (in senso proprio), pur restando ferma l'applicazione del diritto internazionale umanitario a tutela dei soggetti coinvolti in questa fase. La Convenzione torna però ad applicarsi una volta cessate le ostilità, e dunque anche durante l'eventuale fase d'occupazione del territorio⁴⁴. Al contempo, la Corte rigetta però l'idea che vi sia un obbligo per lo Stato ancora impegnato nelle operazioni militari di derogare, una volta finita la fase attiva del conflitto, e ha anzi statuito che si debbano in questi casi interpretare le disposizioni della Convenzione alla luce del diritto internazionale umanitario.

Nel caso *Hassan c. Regno Unito*, nel quale il problema della mancata deroga si poneva rispetto alla detenzione amministrativa di civili da parte dell'esercito britannico in Iraq, tale

⁴¹ Convenzioni di Ginevra, cit., Art. 3 comune, par. 1 lett. d), dove è garantito un nucleo minimo del giusto processo, vietando in modo assoluto “*the passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples*”. Si vedano poi soprattutto le ulteriori garanzie indicate al Protocollo II, cit., Art. 4 (libertà religiosa e diritti dei minori) e Art. 6 (diritto al giusto processo). Si vedano sempre i Commentari dell'*International Committee of the Red Cross (ICRC)*, cit., su <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-conventions-1949additional-protocols-and-their-commentaries>.

⁴² R. Ergec, *Le Droits*, pp. 224-226

⁴³ *Hassan c. Regno Unito* (29750/09) [GC], 16 settembre 2014, parr. 74-80; *Georgia c. Russia (II)* (38263/08) [GC], 21 gennaio 2021, par. 139.

⁴⁴ *Georgia c. Russia (II)*, cit., parr. 162-175.

interpretazione della Convenzione alla luce del Diritto internazionale umanitario ha portato ad esempio a escludere la violazione dell'Articolo 5 CEDU⁴⁵.

È possibile immaginare un'applicazione del rinvio contenuto nell'Articolo 15 anche ad altre norme internazionali, di natura pattizia o anche consuetudinaria (il riferimento può essere ad esempio alle norme internazionali cogenti)⁴⁶. L'unico caso in cui la Corte ha rinvenuto una violazione dell'Articolo 15 sotto il profilo degli altri obblighi internazionali ha riguardato peraltro le regole sull'immunità dei funzionari delle Nazioni Unite, più precisamente dei giudici internazionali, e si è verificato solo recentemente, nel 2024⁴⁷.

Concludendo, si può dire che la Corte avrebbe potuto scegliere la via del rinvio agli "altri obblighi internazionali" per ampliare i diritti considerati non derogabili ed estendere le garanzie dell'Articolo 15 CEDU. In realtà, come vedremo, essa ha preferito percorrere altre strade e giovarsi piuttosto di strumenti interni alla Convenzione e allo stesso Articolo 15, cosa che ha fatto specialmente nella giurisprudenza successiva al 2018. Del resto, nella stessa sentenza del 2024, prima citata, la Corte 'unisce' alla riscontrata violazione degli obblighi internazionali anche una lesione del test di stretta necessità delle misure⁴⁸.

Quanto al diritto internazionale umanitario, nella giurisprudenza della Corte esso non viene in rilievo tanto sotto il profilo dell'estensione dei diritti inderogabili garantiti durante gli stati d'emergenza, quanto piuttosto sotto quello dell'applicazione della Convenzione e della giurisdizione della Corte. Quando la Corte ne ha fatto uso a fini interpretativi nel caso *Hassan*, pur al di fuori di uno stato di deroga, ciò non ha portato a un'estensione delle garanzie dei diritti, quanto piuttosto a un aumento del margine di discrezionalità concesso allo Stato impegnato in operazioni militari.

⁴⁵ *Hassan c. Regno Unito*, cit., par. 108-111, ma si noti che al par. 107 della stessa pronuncia la Corte afferma chiaramente che la CEDU sarà interpretata alla luce del diritto internazionale umanitario rilevante solo quando e se ciò sia richiesto dal Governo durante il giudizio. Altrimenti non ci si potrà giovare d'ufficio di questo ausilio interpretativo.

⁴⁶ R. Ergec, *Le Droits*, pp., 230 ss.

⁴⁷ *Aydın Sefa Akay c. Turchia*, cit., parr. 128-130. Si rimanda alla Parte II per un'illustrazione del contesto della pronuncia.

⁴⁸ Ivi, par. 130.

2. 4 I diritti non derogabili

Diversi aspetti trattati nel paragrafo precedente ci hanno già condotto a menzionare i diritti non derogabili e i loro confini, che appaiono però ancora non del tutto definiti.

A prima vista, l'elenco riportato dall'Articolo 15 risulta in realtà molto chiaro, visto che indica esplicitamente come inderogabili gli Articoli 2 (eccetto le morti risultanti da “*lawful acts of war*”), 3, 4(1) e 7 CEDU.

In aggiunta, vanno ricomprese per intero le disposizioni dei Protocolli (P) numero 6 e 13 e l'Articolo 4 del Protocollo numero 7 alla Convenzione. Per quanto riguarda quest'ultime, la loro esclusione dalla deroga è naturalmente esplicitata nei rispettivi Protocolli, succedutisi nell'arco di diversi decenni dall'entrata in vigore della Convenzione e perciò successivi all'Articolo 15.

Venendo al contenuto dei diritti in questione, risultano perciò esplicitamente sottratti alla possibilità di deroga:

- il diritto alla vita, con l'eccezione sopra indicata per i casi di guerra, specificata dal testo stesso dell'Articolo 15 (Art. 2);
- il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti (Art. 3);
- il divieto di riduzione in schiavitù o servitù (Art. 4 (1));
- il principio di irretroattività in materia penale (Art. 7);
- l'abolizione della pena di morte in tempo di pace (P. 6) e guerra (P. 13);
- il principio di *ne bis in idem* in materia penale (Art. 4 P. 7).

Prima di proseguire, è bene peraltro precisare che l'uso del termine “diritti non derogabili” non è l'unico utilizzato e, anzi, si riscontra in materia una certa varietà terminologica, anche senza tener conto delle differenze di traduzione nelle diverse lingue⁴⁹.

Nella pagine che seguono si useranno preferibilmente le espressioni “inderogabili” o “non derogabili”, scelta che deriva in primo luogo dal loro essere le più diffuse nei documenti e atti ufficiali degli organi del CoE, ma anche da una volontà di distinzione da formule simili proprie delle tradizioni costituzionali europee (quali i diritti fondamentali inviolabili della nostra

⁴⁹ Già alla fine del secolo scorso, R. Ergec, in *Le Droits*, cit., p. 237, elencava l'uso dei termini: diritti fondamentali, assoluti, intangibili o inviolabili, sacrosanti, non derogabili, standard umanitario minimo, nucleo duro dei diritti umani e infine i diritti riservati.

Costituzione). Del resto, le espressioni scelte hanno il vantaggio di rendere evidente il rapporto con la clausola di deroga dell'Articolo 15, che è la prospettiva da cui si desidera studiare l'argomento. Non solo, per quanto tra i diritti garantiti figurino diritti certo di per sé fondamentali, tanto d'aver talvolta natura imperativa nel diritto internazionale come il divieto di tortura, restano comunque esclusi i diritti la cui importanza è indubbia per la stessa giurisprudenza della Corte, quali quelli previsti agli Articoli 5, 6 e 10 CEDU.

Infine, depongono a favore del non uso di espressioni che rimandino a un'inviolabilità assoluta anche la presenza di eccezioni per quanto riguarda gli stessi diritti inderogabili (ad esempio per il diritto alla vita) e, al contempo, la giusta osservazione che anche disposizioni che non contengono diritti potrebbero essere implicitamente sottratte alla deroga⁵⁰.

Tornando alle eccezioni o ai limiti espliciti all'inderogabilità dei diritti, alcune tra esse si ricavano non dal testo dell'Articolo 15, ma da quello delle disposizioni che contengono i diritti da esso richiamati in quanto sottratti alla deroga.

Per quanto riguarda il diritto alla vita, al caso di guerra legittima va aggiunta l'eccezione costituita dall'uso letale della forza per reprimere un'insurrezione, prevista dall'Articolo 2(2), lett. c) CEDU. Anche l'Articolo 7 prevede al secondo paragrafo un'eccezione al divieto d'irretroattività penale, eccezione che rimanda al diritto penale internazionale⁵¹.

Alla luce di quanto sopra, si comprende perché in dottrina si sia ridimensionato il carattere assoluto dei diritti non derogabili, fino ad attribuire la qualifica di 'assolutezza' ai soli Articoli 3 e 4(1) CEDU⁵². Più opportunamente, si dovrebbe probabilmente differenziare la categoria dell'inderogabilità in rapporto all'Articolo 15 dalla questione d'individuare diritti effettivamente inviolabili o assoluti.

⁵⁰ Harris e AA., *Law*, cit., pp. 838-39, Ergec, *Le Droits*, cit., p. 238

⁵¹ Articolo 7(2) della Convenzione, trad. it.:

“Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”.

Storicamente, si tratta di una disposizione aggiunta per dissipare qualsiasi dubbio sulla validità delle azioni penali avviate dopo la Seconda Guerra mondiale contro gli autori di crimini commessi durante la Guerra.

⁵² Harris D. e AA., *Law*, cit., 838, l'opinione riportata circa gli Artt. 3-4(1) CEDU è in R. Higgins, *Derogations under Human Rights Treaties*, vol. 48, 1976, pp. 281 ss., il quale però scriveva prima dell'entrata in vigore dei Protocolli 6, 7 e 13 alla Convenzione.

Possibili estensioni dei diritti non derogabili

Tuttavia, è vero che l'essere sottratte alla deroga conferisce una forza speciale alle disposizioni richiamate dall'Articolo 15, motivo per cui si pone la questione di una possibile estensione ulteriore, oltre la lettera dell'Articolo. Questo anche considerando che il perimetro dell'inderogabilità garantito dalla CEDU rimane piuttosto limitato se comparato ad altre Carte internazionali dei diritti⁵³.

Importanza particolare riveste al riguardo l'Articolo 14 CEDU, contenente il divieto di discriminazione, in relazione a una possibile deroga al principio d'eguaglianza nell'applicazione delle misure emergenziali.

È bene premettere che il Patto ONU, all'Articolo 4, dispone che non possa darsi applicazione delle deroga emergenziale in un modo che comporti “una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale”⁵⁴.

Anche in questo caso, solo i lavori preparatori del Patto ci restituiscono elementi utili a ricostruire la genesi della disposizione, visto il silenzio di quelli della Convenzione europea rispetto all'esclusione dell'Articolo 14 CEDU dal perimetro dell'inderogabilità. Al riguardo, è allora interessante vedere che in sede ONU vi fossero voci contrarie all'esclusione di un'applicazione differenziata delle misure, almeno per quanto riguarda alcuni fra gli elementi di differenziazione (o discriminazione, se si vuole) possibili durante uno stato d'emergenza. Questa è la ragione per la quale l'enumerazione degli elementi per i quali non è possibile un'applicazione discriminatoria è preceduta dall'avverbio “unicamente” (“*solely*”). Elementi quali le opinioni politiche sono esplicitamente citate nei lavori preparatori come sottratte al divieto di distinzione⁵⁵.

⁵³ Oltre alla già vista comparazione con il Patto ONU, si veda l'elenco più esteso della Convenzione interamericana, che vieta ogni sospensione ai seguenti articoli: “*Article 3 (Right to for und 2. The foregoing provision does not authorize any suspe 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 Ch 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*”. *American Convention on Human Rights*, cit., Art. 27, par. 2.

⁵⁴ Nella versione inglese dell'Art. 4 del Patto, dalla quale si è tradotto il testo italiano, “[...] *do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin*”.

⁵⁵ Per i riferimenti testuali, Doc. O.N.U., E/CN4/528, p. 34, par. 80, su <https://digitallibrary.un.org/record/578327?v=pdf>, dove il rappresentante del Messico afferma ad esempio che “[...] *while it might be admissible, in cases of exceptional danger or emergency, for a State to refuse certain guarantees to individuals on account of their political or other opinions, it was inadmissible that it should do so for reasons of race, sex, colour or religion. Eence, some distinction must be established between the various motives for discrimination*”. Si vedano anche i documenti O.N.U. E/CN4/528/Add.1, p. 23; E/CN4/515/Add.6, p. 2; E/CN4/SR330, p. 5; E/CN4/SR330, pp. 6 e ss., 12 e 14, tutti reperibili su <https://digitallibrary.un.org/?ln=en>. Per un'interpretazione a noi cronologicamente più vicina e autorevole, si veda però il Commentario redatto dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite in materia. *UN Human Rights Committee (CCPR), General*

Naturalmente, si tratta d'interpretazioni risalenti e che, inoltre, riguardano un documento diverso dalla Convenzione, ma servono comunque a mostrare come i limiti di un'applicazione differenziata della deroga possano presentare configurazioni variabili. Anche estendendo all'Articolo 14 CEDU l'attributo di non derogabilità, potrebbero cioè residuare degli spazi di graduazione delle misure non di per sè irragionevoli e, dunque, non discriminatori.

Pur persistendo quindi un problema di delimitazione, la posizione favorevole all'inderogabilità del principio di non discriminazione era fortemente presente in dottrina già in epoca risalente⁵⁶. Da questo punto di vista, le che vie si presentavano in astratto per un'eventuale estensione erano quella del rinvio all'analoga disposizione ONU, tramite la clausola degli "altri obblighi internazionali"; l'inclusione dell'Articolo 14 tramite il test di stretta necessità delle misure, oppure un'estensione direttamente collegata all'importanza oggettiva dell'Articolo nella struttura della Convenzione⁵⁷.

Il tema è stato a lungo toccato solo in modo indiretto e non risolutivo dalla giurisprudenza della Commissione e della Corte, fino alla sentenza *A. e altri c. Regno Unito* del 2009. In questo caso la Grande Camera ha effettivamente rinvenuto una violazione dell'Articolo 15, sotto il profilo della stretta necessità, per il carattere discriminatorio delle misure in deroga⁵⁸. Lo ha fatto tuttavia in una decisione fortemente dipendente dal ragionamento della *House of Lords* britannica sul punto e, come si vedrà, non priva di profili critici sotto altri aspetti, quanto alle garanzie dell'Articolo 15. Inoltre, anche a ritenere il principio d'eguaglianza non derogabile dopo il 2009, resta tuttora una certa ambiguità sul carattere indipendente di tale inderogabilità e quindi in merito al punto se si sia avuta un'estensione giurisprudenziale *tout court* dell'elenco

Comment No 29. Article 4. Derogations during a State of Emergency, 31 August 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, disponibile su <https://digitallibrary.un.org/record/451555?v=pdf>.

⁵⁶ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, Deventer, 1984, p. 405; J. Velu, *Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation*, in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1982., p. 121. Altri autori, sempre anteriori alla svolta operata dalla Corte nel 2009, adottavano una posizione più sfumata, lasciando invece intendere l'inderogabilità implicita dell'Art. 14 e criticando al contempo l'assenza di una previsione esplicita. G. Cataldi, *La clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in "Rivista di diritto europeo", 24, 1983, p. 19; N. Questiaux, *Study*, cit., p. 14.

⁵⁷ A favore dell'ultima fra le posizioni esposte, oltre agli autori già citati in nota, anche R. Ergec, *Le Droits*, cit., pp. 283-286, il quale sosteneva anche la natura autonoma, e la conseguente scissione, dei due test di cui agli Artt. 14 e 15 della CEDU. I realtà, proprio la posizione tesa a ricomprendere il divieto di non discriminazione entro il test di proporzionalità dell'Art. 15, che Ergec criticava, è la più vicina a quella infine adottata dalla Corte, nel 2009.

⁵⁸ *A e altri c. Regno Unito*, cit., par. 190. Per la giurisprudenza anteriore, si vedano *Irlanda c. Regno Unito* (5310/71), Commissione, rapporto 25 gennaio 1976, pp. 203 ss., dove tuttavia la Commissione negò vi fosse stata una discriminazione nel caso concreto, ivi, p. 219. Nel medesimo caso, anche la Corte non rinvenne violazioni, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., parr. 225 ss., ma si vedano le opinioni separate dei giudici O'Donoghue e Matscher ivi, pp. 95 ss. e 127 ss. Ripercorrono l'intera evoluzione fino al 2009 Harris e AA., *Law*, cit., pp. 836-837.

del 15, oppure se vi sia stato piuttosto un suo assorbimento come condizione essenziale del test di stretta necessità.

Si tratta di questioni aperte, anche perché indirettamente estese ad ambiti coperti da altri Articoli, quali il 5 e 6 CEDU, dalla più recente giurisprudenza della Corte. Appunto per il loro carattere in divenire e prettamente giurisprudenziale, saranno esaminate nella prossima parte della tesi, insieme alle sentenze rilevanti⁵⁹.

Proprio rispetto ad un'eventuale estensione ad altri Articoli contenenti diritti, si è fatto cenno più sopra al diritto alla libertà e sicurezza e alle garanzie processuali degli Articoli 5 e 6 CEDU. Restando fermo il rimando all'analisi della giurisprudenza, rispetto ad essi un'eventuale estensione si potrebbe porre nei termini di un 'nucleo duro' o 'essenziale' delle rispettive garanzie. In effetti, è proprio per questi diritti che, se li si considerasse del tutto derogabili in accordo con la lettera dell'Articolo 15, si porrebbe il problema di una minore garanzia offerta dalla Convenzione rispetto al diritto internazionale umanitario, particolarmente evidente nei casi in cui questo non fosse per giunta applicabile (ad esempio in caso di rivolte diffuse e violente).

Il problema è stato illustrato nel paragrafo precedente, ma una strada percorribile, anche prescindendo dall'elaborazione di un nucleo inderogabile di questi diritti, è quella del loro carattere servente rispetto a una concreta garanzia di altri diritti esplicitamente elencati dall'Articolo 15 e, da un altro punto di vista, del loro porsi come presupposto e componente ineliminabile del test di proporzionalità.

È un aspetto che appare evidente in rapporto alla possibilità di rivolgersi a un giudice a tutela dei diritti inderogabili, come l'Articolo 3 CEDU, possibilità che non potrebbe perciò essere a rigore facilmente negata a chi lamenti una violazione di tali diritti.

In un caso di deroga all'Articolo 5(3) e di detenzione senza supervisione giudiziaria per un numero molto elevato di giorni, la Corte è ad esempio intervenuta, dopo aver riscontrato peraltro anche una violazione dell'Articolo 3, sancendo che un'autonoma violazione dell'Articolo 5 derivasse già dall'evidente legame fra durata abnorme della detenzione nella mani delle forze di sicurezza e rischio di essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani e degradanti⁶⁰.

⁵⁹ Si tratta cioè di capire se si sia ormai realizzato quanto preconizzato da Ergéc, citando peraltro il rapporto Questiaux, ossia che: “[...] à côté des droits à “intangibilité absolue” (explicite ou implicite), il y aurait des droits postulant une “intangibilité relative” ”. R. Ergéc, *Le Droits*, cit., p. 289

⁶⁰ *Aksoy c. Turchia* (21987/93) del 18 dicembre 1996, par. 78.

Le clausole inderogabili indipendenti

Un'ulteriore ipotesi d'estensione dell'inderogabilità non riguarda disposizioni contenenti diritti, motivo per il quale in dottrina si è proposta ad esempio la qualifica di clausole o disposizioni (inderogabili) indipendenti, a sottolinearne sia la natura 'altra' rispetto ai diritti materialmente intesi, sia il carattere non autonomo o servente rispetto ai diritti convenzionali⁶¹.

Tra esse, potrebbe coerentemente essere posto innanzitutto lo stesso Articolo 15, visto che sarebbe contraddittorio pensare che gli Stati possano derogare alle stesse regole sulla deroga.

In realtà, se si immaginano circostanze concrete d'eccezionale gravità, l'eventualità che uno Stato sia almeno tentato di derogarvi non appare del tutto peregrina, per quanto una disapplicazione tacita o una "*interpretative accommodation*" paia più probabile di una deroga esplicita⁶². In ogni caso, ci troviamo davanti a un aspetto teorico centrale del modello di positivizzazione dell'emergenza, o neo-romano, di cui l'Articolo 15 costituisce un esempio, vale a dire la portata prescrittiva della stessa disposizione emergenziale.

Ciò detto, resta meno chiaro se l'intero Articolo 15 debba essere considerato come assolutamente non derogabile o meno. Vi sono ad esempio autori che pongono su due piani diversi gli obblighi sostanziali e procedurali della clausola di deroga⁶³. Se si adotta questa prospettiva, ne può facilmente derivare una graduazione dell' 'inviolabilità' del 15 stesso, per quanto, come si è detto, all'atto pratico pare oltremodo difficile immaginare che uno Stato formalizzi una deroga a una qualsiasi parte della *derogation clause* stessa, preferendo presumibilmente interpretare flessibilmente i requisiti dell'Articolo o rivolgersi a una forma di disapplicazione in via di puro fatto.

Si potrebbe del resto qualificare come non indipendente anche l'Articolo 14, in sintonia con il suo utilizzo giurisprudenziale, che avviene sempre in unione con un altro articolo della Convenzione. Del carattere ormai quasi-inderogabile di questa disposizione si è però già scritto più sopra ed essa rappresenta anche l'unico caso nel quale vi sia stata un'esplicita pronuncia della Corte. Per quanto riguarda le altre clausole non indipendenti, ciò non è avvenuto (con le precisazioni che si vedranno per il riferimento al principio generale dello stato di diritto) e la discussione resta perciò priva di riscontri pratici.

⁶¹ La distinzione, di norma assente negli autori di cultura anglosassone, è tracciata ad esempio da Ergec, *Le Droits*, cit., pp. 238 e 279 ss., in coerenza con l'approccio teorico 'costruttivista' e dogmatico dell'autore, che fa riferimento a "clausole implicite indipendenti" (vale a dire i diritti sostanziali) e "non indipendenti".

⁶² Sulla categoria di interpretazione accomodante o "*interpretative accommodation*", vedi O. Gross, F. Nè Aolain, *Law*, cit., pp. 72 ss.

⁶³ Ivi, pp. 298 ss., come dimostra chiaramente la scelta di Ergec di collocare i requisiti procedurali in una parte differente della sua monografia, rispetto ai requisiti strutturali dell'Art. 15.

Altre clausole non indipendenti in teoria individuabili sono gli Articoli 13, 17-18 e l'Articolo 53⁶⁴. Considerando che quest'ultimo opera come norma interpretativa generale, riesce difficile immaginare una sua deroga, una deroga che dovrebbe inoltre operare esplicitamente al fine di pregiudicare i diritti riconosciuti nell'ordinamento di un Paese membro⁶⁵.

Il riferimento al fine legittimo di uno stato d'emergenza rimane però una questione dotata di una propria autonoma rilevanza, che rimanda a una differenziazione fra la necessità di ristabilire l'ordine come mera situazione di fatto 'pacificata' o come sistema valoriale positivizzato. In questa seconda accezione lo stato d'emergenza deve non solo perseguire la difesa di tale ordine (che nel caso della Convenzione sarà quello liberal-democratico), ma gli è anche vietato tradirlo nei mezzi prescelti, fosse anche al solo fine di ristabilire la pace. È evidente la consonanza di questa concezione con quella, ad esempio, della *Constitutional reason of State* di cui scriveva il teorico della politica Carl Friedrich, che, non a caso, è citato da Ergec tra i suoi autori di riferimento⁶⁶.

Tuttavia, dovendo Ergec valersi di riferimenti giuridici positivi, egli richiama, in rapporto al fine legittimo della deroga, gli Articoli 17 e 18 della Convenzione⁶⁷. Leggendo come di fatto unificati in un unico principio fondamentale, per Ergec sono questi articoli ad imporre un controllo (anche della Corte) sullo scopo perseguito dallo Stato durante la deroga, nonché un'estensione del test di proporzionalità rispetto al fine delle misure e non alla sola gravità oggettiva della situazione di fatto. Ne deriva logicamente non solo la loro inviolabilità, ma anche la loro utilità durante gli stati d'emergenza.

Coerentemente con questo approccio, l'Articolo 15 viene letto come una disposizione che, presa da sola, sarebbe di per sé idonea a un uso a-valoriale, o meglio volta alla mera

⁶⁴ Articolo 53 CEDU. Safeguard for existing human rights

"Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party."

⁶⁵ Ivi, p. 287.

⁶⁶ Ivi, p. 293. Il riferimento è all'edizione francese di C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Blaisdell, New York-Toronto-London, 1950, ma vedi anche Id., *Constitutional Reason of State*, Brown University Press, Providence, 1957 Ergec cita Friedrich già nella prima parte della sua monografia, insieme ad autori quali Clinton Rossiter e Geneviève Camus, a sostegno dell'opportunità di inserire delle disposizioni emergenziali in testi costituzionali, ciò che noi abbiamo chiamato modello neo-romano, R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 59.

⁶⁷ Articolo 17 CEDU. Prohibition of abuse of rights

"Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention."

Articolo 18 CEDU. Limitation on use of restrictions on rights

"The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed."

restaurazione dell'ordine pubblico, inteso come pacificazione. Anche da ciò deriva la necessità di rivolgersi agli Articoli 17 e 18 per imporre un nesso di proporzionalità al fine⁶⁸.

Per quanto si possa argomentare che il richiamo alla stretta necessità dell'Articolo 15 implichi già una componente sostanziale ulteriore al solo ritorno all'ordine, questa concezione ha il pregio di suggerire un ruolo per gli Articoli 17 e, soprattutto, 18 della Convenzione durante gli stati d'emergenza. Come si vedrà, nella prassi questi si sono spesso caratterizzati per la lunga durata e per gli effetti persistenti sugli ordinamenti. A fronte di tale situazione, un ricorso più incisivo all'Articolo 18 potrebbe essere utile per inquadrare, in primo luogo, il problema del 'fine' delle misure emergenziali e, in secondo luogo, per inserire i singoli casi di violazioni avvenute durante la deroga in un contesto più ampio d'indebolimento, se non d'eversione, della Convenzione. Anche il controllo della Corte potrebbe forse uscirne rafforzato.

A fronte di queste considerazioni, la giurisprudenza non ha in realtà seguito la strada sopra indicata, restando del tutto episodici i richiami all'Articolo 18 in relazione agli stati d'emergenza⁶⁹.

Si sono però moltiplicati i riferimenti all'ordine liberal-democratico, specie nella forma dei principi della *rule of law*⁷⁰.

Si tratta di uno sviluppo che non riguarda solamente l'emergenza in senso stretto, ossia collegata a uno stato di deroga o almeno a una minaccia esogena, ma che pare collegata alla più generale riflessione sul concetto sostanziale di *rule of law* portata avanti negli ultimi anni dalla Commissione di Venezia sul piano teorico e dalla Corte in relazione a casi di *constitutional backsliding*, quali quelli di Polonia e Ungheria⁷¹.

Il suo uso in relazione a deroghe caratterizzate da una particolare persistenza e gravità, come quella turca del 2016-18, segnala però la volontà d'estendere il perimetro dell'inderogabilità

⁶⁸ Ivi, pp. 172 ss. e 287 ss. L'operazione tentata dall'autore rispetto agli Articoli citati è rimasta peraltro isolata.

⁶⁹ Nel *caso greco* del 1969, che originava da un colpo di stato riuscito, non fu necessario riferirsi all'Art. 18 o al 17, visto che la Commissione negò l'esistenza stessa dell'emergenza, più di recente, una lesione dell'Art. 18 è stata rinvenuta in *Kavala c. Turchia* (28749/18), Sez. II, 10 dicembre 2019, par. 215 ss. e *Selahattin Demirtaş c. Turchia* (14305/17) [GC], 22 dicembre 2020, par. 423 ss.

⁷⁰ In particolare, *Pişkin c. Turchia*, Sezione II (33399/18) del 15 dicembre 2020, par. 153, spesso ripresa nella giurisprudenza successiva della Corte e ampiamente citata dagli organi del CoE. Si veda CM-CDDH 2024, *Appendix to Recommendation CM/Rec(2024)7*, par. 3, che riprende proprio la sentenza *Pişkin c. Turchia*, ma cita anche la Commissione di Venezia, CDL-AD(2020)014, cit., par. 9, nell'uso della formula: "[...] *even in a state of public emergency the fundamental principle of the rule of law must prevail*", ma vedi già CDL-AD(2011)049, *Opinion on the draft law on the legal regime of the state of emergency of Armenia*, par. 44. La Commissione di Venezia ha anche sottolineato come unico fine legittimo degli stati d'emergenza sia il ritorno alla situazione di "normalità" CDL-AD(2020)014, cit., par. 5, posizione poi ripresa in CM/Rec(2024)7, *Appendix*, cit., I(2).

⁷¹ CDL-AD(2016)007, *Study*, 18 marzo 2016, *Rule of Law Checklist*. Per la Corte si vedano, tra i tanti, i casi *Baka c. Ungheria* (20261/12) [GC], 23 giugno 2016 e *Reczkovicz c. Polonia* (43447/19), Sez. I, 22 giugno 2021. Sul concetto di *constitutional backsliding*, S. Voigt, *Constitutional Backsliding/Retrogression*, in R. Wolfrum (cur.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, online, settembre 2023.

oltre la lettera dell'Articolo 15, pur se la Corte fa mostra di riadattare a questo scopo soprattutto il test di stretta necessità delle misure, evitando di richiamare gli Articoli 17 e 18 CEDU⁷².

L'ultima clausola indipendente che è possibile immaginare come sottratta alla deroga è infine l'Articolo 13 CEDU, relativo al diritto a un ricorso effettivo. Valgono per questa disposizione le considerazioni già viste per l'Articolo 6, vale a dire che l'esistenza di garanzie appropriate contro gli abusi potrebbe essere considerata parte essenziale del controllo di proporzionalità sulle misure emergenziali, nonché necessaria all'effettiva garanzia dei diritti inderogabili⁷³.

2. 5 Gli obblighi procedurali

Il testo dell'Articolo 15 CEDU dispone, al paragrafo terzo, che ogni Stato membro che scelga di derogare alla Convenzione debba tenere informato nel modo più completo il Segretario Generale (SG) del Consiglio d'Europa sulle misure adottate e sui motivi che le hanno determinate. Allo stesso modo, lo Stato derogante dovrà informare il Segretario Generale della data a partire dalla quale le misure cessano di avere vigore e la Convenzione riprende ad essere pienamente applicata nel territorio dello Stato.

Forma e procedure della notifica

Per quanto riguarda la forma dell'atto di notifica, la Convenzione non offre indicazioni, ma la prassi costante è quella di una lettera - oggi anche una e-mail con allegata copia del cartaceo - inviata dal Ministro degli Esteri o dalla Rappresentanza Permanente dello Stato al *Treaty Office* (TO) del Consiglio d'Europa⁷⁴. Sarà poi cura di quest'ultimo inoltrare la nota di deroga all'Ufficio privato del Segretario Generale, ai Segretariati del Comitato dei Ministri e dell'Assemblea Parlamentare, alla Cancelleria della Corte e al Direttorato per i Diritti umani

⁷² L'affermazione che vi è una forma prescritta per la notifica si trova già in, *Lawless c. Irlanda* (332/57), Commissione, cit., par. 80. Si rimanda alla Parte II, ma sul punto si segnalano fin d'ora le opinioni concorrenti del giudice Kūris, in *Sabuncu e altri c. Turchia* (23199/17), 10 novembre 2020, pp. 81 ss. e *Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia* (13252/17), Sez. II, 13 aprile 2021, pp. 77 ss.

⁷³ R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 288.

⁷⁴ L'atto viene anche indicato come nota di notifica o, nel linguaggio diplomatico, nota verbale o *note verbale*, in francese. Nelle pagine seguenti si useranno tutti questi termini come sinonimi. Per l'insieme delle note di deroga dagli anni '50 ad oggi, si veda il sito del Treaty Office, alla voce *Reservations and Declarations for Treaty No. 005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005)*, su <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=>.

del CoE. Se quanto sopra si riferisce a una mera informazione interna, invece il Segretariato notifica a sua volta ufficialmente l'atto di deroga ricevuto a tutti gli Stati membri, al Presidente della Corte EDU e al Presidente dell'Assemblea⁷⁵.

La data a partire dalla quale la deroga fa valere i suoi effetti viene considerata essere dal *Treaty Office* quella della registrazione del documento da parte del Segretario Generale, un aspetto che risolve in via interpretativa una questione aperta, dal momento che capita che gli atti di notifica riportino una data anteriore di alcuni giorni alla registrazione. Sempre per un'esigenza di garanzia dei diritti, la cessazione della deroga s'intende invece a partire dalla data indicata nella comunicazione dello Stato e non dalla data di registrazione della nota⁷⁶.

La Corte non ha peraltro mai avuto occasione d'intervenire in merito alla legittimità di misure adottate nel periodo ricompreso tra l'inoltro della deroga e la sua registrazione.

Si noti inoltre che, a differenza dei modi d'inoltro della notifica che intercorrono tra lo Stato e il CoE, la pubblicità interna dell'atto ha subito un'evoluzione nel corso dei decenni, nel senso di una sempre maggiore trasparenza, resa oggi particolarmente evidente e tecnicamente facilitata dalla pubblicazione finale della nota sul sito del *Treaty Office* del CoE⁷⁷.

Nei primi anni di vigenza della Convenzione, non fu infatti subito chiaro il carattere pubblico dell'atto di notifica, una volta affermato, quali dovessero essere i suoi confini. Ad esempio, come si vedrà, nel primo caso riguardante una deroga, ossia il caso *Grecia c. Regno Unito*, il Governo britannico concepiva l'onere di notifica come rivolto esclusivamente al Segretario Generale, senza che questi dovesse (o potesse) inoltrare l'atto agli altri Stati membri. Si trattava di una posizione evidentemente tesa a prevenire un eventuale ricorso interstatale, ma sarebbe stato comunque necessario un intervento politico dell'allora Assemblea consultiva (oggi Assemblea parlamentare) e del Comitato dei Ministri per assicurare che la notificazione si svolgesse in pieno accordo col principio di pubblicità e con lo spirito dell'Articolo 15(3)⁷⁸.

⁷⁵ Le procedure seguite, nel silenzio delle fonti statutarie e della Convenzione, sono state da ultimo illustrate nel dettaglio dallo stesso *Treaty Office*, nell'ambito dell'attività del CDDH sul tema degli stati d'emergenza e di deroga alla CEDU. Si veda *Steering Committee for Human Rights, Drafting Group of Human Rights in Situations of Crisis* (CDDH-SCR), doc. CDDH-SCR(2022)01, *Presentation of relevant Council of Europe bodies' work on issues within the mandate of the Group* (da ora CDDH-SCR(2022)01), del 18 ottobre 2022, pp. 8 ss.

⁷⁶ CDDH-SCR(2022)01, cit. pp. 9-10.

⁷⁷ *Treaty Office, Reservations and Declarations for Treaty No.005 - Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 005), Article number: 15*, raccolte su <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=>.

⁷⁸ *Consultative Assembly (CA), Recommendation (103) 1956*, 25 ottobre 1956. Si veda anche il Rapporto scritto da Pierre-Henri Teitgen per l'Assemblea, CA, *Report*, Doc. 540, relatore P.-H. Teitgen, 8 settembre 1956.

Contenuto dell'atto

Venendo al contenuto dell'atto di notifica, i requisiti esplicitamente previsti dall'Articolo 15 CEDU sono l'indicazione delle misure adottate in deroga alla Convenzione e le loro ragioni, onere a cui gli Stati di solito provvedono allegando alla nota il testo delle misure. Come affermato dalla Commissione nel cosiddetto *Greek case* del 1969, "*If copies of all relevant measures are not provided, the requirement will not be met*"⁷⁹.

Anche se non sembrano esserci casi in cui le misure in questione non siano del tutto indicate, in realtà il grado di completezza con cui si provvede all'obbligo è stato ed è tuttora molto variabile. A casi in cui viene allegato l'elenco completo delle misure, almeno di quelle legislative o che hanno natura normativa, si sono nel tempo accompagnati invece casi in cui il riferimento alle misure adottate avveniva in modo schematico o riassuntivo, con un rimando (ad esempio via link) agli organi nazionali deputati alla pubblicazione degli atti interessati.

Inoltre, se non crea difficoltà il fatto che la nota debba essere scritta nelle due lingue ufficiali (di norma in entrambe), la traduzione delle misure appare questione più complessa, se solo si consideri lo scarso tempo a disposizione da parte delle autorità dello Stato, a maggior ragione se coinvolte in una grave emergenza, e il novero delle misure che potrebbe essere potenzialmente doveroso allegare.

In ogni caso, una parziale mitigazione discende indirettamente dal dovere d'aggiornare la prima notifica con i nuovi atti adottati, specie durante emergenze di lunga durata. Si può perciò consentire che uno Stato alle prese con un'emergenza inoltri in prima istanza una notifica scarna di contenuti, per poi integrarla in modo esauriente non appena possibile, sia dal punto di vista dell'elenco delle misure che dei motivi che le rendono necessarie.

Se si riscontrano alcune difformità anche rispetto all'allegazione delle misure, è però proprio rispetto alle motivazioni di quest'ultime che la prassi degli Stati risulta lacunosa, risolvendosi spesso in un'indicazione del tutto generica della minaccia, senza fornire ulteriori elementi di fatto. Più in generale, si pone il problema di quale significato e quale forza prescrittiva vadano attribuiti all'obbligo, previsto dalla Convenzione, di tenere informato il Segretario Generale nel modo più completo ("*fully informed/pleinement informé*"). Come si vedrà analizzando la prassi degli Stati, quest'obbligo ha finito spesso per prestarsi a una lettura riduttiva, se non per essere addirittura eluso.

⁷⁹ *Caso Greco*, cit., par. 81.

2.6 Gli obblighi procedurali: questioni aperte

Vi sono altre questioni che si pongono rispetto alla notifica e, più in generale, alla pubblicità della deroga, alcune delle quali ricavabili anche in modo implicito dalla lettera dell'Articolo 15. Vi è poi il problema del controllo che sulle notifiche viene fatto, specialmente dalla Corte.

Pubblicità della notifica e dichiarazione dell'emergenza

In via preliminare, possiamo intanto distinguere la questione della pubblicità 'interna' dello stato d'emergenza, che ha luogo entro l'ordinamento dello Stato, e quella 'esterna', ossia la vicenda della notifica rivolta all'ordinamento del CoE, inteso come organizzazione internazionale.

Solo il secondo aspetto coincide con l'atto di deroga, mentre il primo rimanda alla doverosità per lo Stato di adottare nel suo diritto interno atti o azioni tali da rendere pubblicamente manifesta la vigenza d'uno stato d'emergenza. La forma più 'tipica' sarà al riguardo una proclamazione ufficiale, da cui derivi l'attivazione di speciali disposizioni costituzionali di natura emergenziale, seguendo lo stesso modello neo-romano dell'Articolo 15 CEDU. Non si tratta in ogni caso certamente dell'unica strada possibile ed è il caso di ricordare che non tutti gli Stati membri del CoE prevedono disposizioni emergenziali nelle loro costituzioni (sebbene tutti presentino invece disposizioni legislative qualificabili come emergenziali).

Il punto che si pone è però se anche la proclamazione dello stato d'emergenza, a prima vista una questione esclusivamente 'interna' allo Stato, possa assumere un significato per l'ordinamento del CoE e persino comportare una sua violazione, quantomeno indiretta e in riferimento al rinvio agli altri obblighi internazionali fatto dall'Articolo 15 CEDU.

Rispetto alla dichiarazione interna, si noti infatti che, ancora una volta, l'Articolo 4 del Patto ONU si presenta come più esigente, prevedendo in modo esplicito un obbligo per gli Stati di proclamare ufficialmente l'esistenza dell'emergenza.

Il problema è stato già analizzato nei paragrafi precedenti, e si può ritenere che l'interpretazione offerta dalla Corte nel caso *Brannigan* renda difficile considerare uno Stato in violazione dell'Articolo 4 ICCP (e indirettamente della Convenzione) per la mancata dichiarazione interna dello stato d'emergenza. Al riguardo, si ricorda che, in *Brannigan*, l'aver

l'Esecutivo inglese riferito in Parlamento sulla necessità di adottare una deroga alla CEDU è stato giudicato integrare i requisiti della proclamazione ufficiale⁸⁰.

Pur adottando il punto di vista di che cosa sia adeguata o meno dalla prospettiva del diritto del Consiglio d'Europa e della Convenzione, e non di quello dello Stato, si potrebbe dunque distinguere il problema di un'eventuale non conformità per assenza di una procedura di dichiarazione interna dello stato d'emergenza da quello di non conformità per assenza di pubblicità dell'atto di deroga notificato esternamente.

Rispetto a quest'ultimo, la Corte esclude nel caso *Lawless* la necessità per lo Stato di pubblicare per vie interne il testo della notifica, valorizzando anche la supervisione parlamentare sullo stato d'emergenza nel diritto interno⁸¹. Del resto, è vero che proprio la pubblicità di cui gode oggi la nota verbale entro il CoE, specie per la sua pubblicazione in linea, rende in concreto assai limitata l'utilità di una pubblicazione interna allo Stato.

Invece, riprendendo quanto si è detto sopra sul primo problema, il requisito della proclamazione, vero principio cardine del modello dualista ma previsto esplicitamente dal solo Patto ONU, può venire facilmente integrato seguendo i requisiti minimi richiesti dalla giurisprudenza *Brannigan*⁸².

Per quanto riguarda il profilo 'interno' degli obblighi dell'Articolo 15(3), ci si può chiedere ancora se, per valutare il loro rispetto, possa essere preso in considerazione il ruolo svolto dagli organi legislativi e giudiziari entro gli ordinamenti nazionali.

Rispetto ai parlamenti, questo ruolo, sistematizzato di recente anche dalla Commissione di Venezia, può rilevare sotto differenti profili e in fasi tra loro diverse, dall'individuazione della minaccia, alla proclamazione dello stato d'emergenza e alla supervisione sull'operato dell'esecutivo. L'aspetto più evidentemente collegato al 15(3) è quello della proclamazione, concepibile in modi molto diversi nel diritto interno, ma che dovrebbe presumibilmente sempre comportare un momento in cui l'organo parlamentare esprime una decisione o viene quantomeno interpellato, con qualche effetto preclusivo sulla continuazione dello stato d'emergenza. Un potere di supervisione periodica può risultare egualmente rilevante⁸³.

⁸⁰ *Brannigan c. Regno Unito*, cit., par. 72-73, ciò peraltro tenendo conto che, sul piano interno, i poteri che andavano allora a costituire lo stato d'emergenza in Irlanda del Nord derivavano dall'attivazione di un previgente corpus di legislazione speciale e deleghe al Governo e non dalla proclamazione citata.

⁸¹ *Lawless c. Regno Unito*, cit., c.d., par. 37.

⁸² In dottrina, critico dell'eventuale introduzione del requisito di proclamazione interna su modello del Patto ONU è R. Ergéc, *Le Droits*, cit., pp. 305-306.

⁸³ CDL-AD(2020)014, cit., par. 83-84 e 85 rispetto alla supervisione del potere giudiziario; anche CDDH, *Explanatory Memorandum to Recommendation CM/Rec(2024)7 of the Committee of Ministers to member States on the effective protection of human rights in situations of crisis*, CM(2024)168-addfinal (da ora CM(2024)168-addfinal), IV-V.

Anche per il potere giudiziario, il punto che si pone è se sia doveroso che le misure derogatorie della Convenzione (sul piano ‘esterno’) siano impugnabili davanti alle corti nazionali. Non si tratta in questo caso solo della possibilità di opporsi a singole misure lesive dei diritti, dal momento che si è visto che la doverosità di un controllo al riguardo deriverebbe già quantomeno dalle garanzie ai diritti inderogabili, ma piuttosto della possibilità di un controllo sulla proclamazione dello stato d'emergenza interno. Quest'ultima forma di supervisione giudiziaria potrà a sua volta essere limitata a un controllo di sola correttezza procedurale o consistere invece in un pieno esame dei presupposti dello stato d'emergenza. Stesse considerazioni valgono per un eventuale controllo sulla validità degli atti di portata generale posti a monte delle singole misure.

Se si guarda alla giurisprudenza di Strasburgo, la Corte ha tenuto in considerazione il fatto che le misure siano state approvate o sottoposte ai parlamenti nazionali sin dal caso *Lawless*, una posizione in seguito ribadita. Tuttavia, non sembra si possa propriamente parlare di un requisito di validità procedurale della deroga, quanto piuttosto di un elemento idoneo a pesare sia nel test sull'esistenza della grave minaccia che in quello di proporzionalità⁸⁴.

La piena valorizzazione, da parte della Corte, del controllo sulle misure dei giudici nazionali è più recente, trovando espressione compiuta soprattutto a partire dagli anni '2000. Tuttavia, essa influenza ormai un aspetto fondamentale, quale il controllo sull'esistenza dell'emergenza. Al riguardo, l'assenza di supervisione da parte delle corti interne è ad esempio un elemento esplicitamente richiamato nel già citato caso *Dareskizb Ltd c. Armenia* del 2021, in cui la Corte riscontra l'assenza delle precondizioni di fatto per attivare l'Articolo 15 CEDU. Si tratta, inoltre, di un elemento già molto importante nella sentenza della Grande Camera *A e altri c. Regno Unito* del 2009, pur se al fine di convalidare il giudizio del Governo e delle corti britanniche sull'esistenza del fatto emergenziale⁸⁵.

Tuttavia, anche considerando la sempre maggiore rilevanza che uno scrutinio giudiziario riveste agli occhi delle Corti, essa pare ricondurlo piuttosto a uno degli indici sulla base di cui valutare la conformità delle misure all'Articolo 15(1) e non a una condizione di natura

⁸⁴ Vedi la già citata *Lawless c. Regno Unito*, cit., c.d., par. 37; anche *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, Commissione (14553/89 and 14554/89), rapporto, 3 dicembre 1991, par. 61. Per l'esposizione del principio della continua supervisione della necessità delle misure come connesso al criterio di proporzionalità, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit., par. 54.

⁸⁵ *Dareskizb Ltd c. Armenia*, cit., par. 58; *A e altri c. Regno Unito*, cit., par. 174. Una valorizzazione della supervisione delle corti nazionali si rinveniva in precedenza già nelle pronunce sulle deroghe vigenti in Irlanda del Nord, si veda ad esempio *Brannigan e MacBride c. Regno Unito*, cit., par. 41, 59, ma riguardava l'impugnabilità delle misure piuttosto che il giudizio sull'esistenza dell'emergenza.

procedurale derivante dal 15(3). Si riscontra insomma una sostanziale consonanza con quanto scritto in merito alla supervisione parlamentare, pur nell'ambito della crescente attenzione riservata al potere giudiziario nella giurisprudenza della Corte dell'ultimo decennio, non solo in rapporto all'Articolo 15 CEDU.

Rispetto alla notificazione definibile come 'esterna', perché rivolta agli organi del Consiglio d'Europa, si sono già illustrati i requisiti della motivazione e dell'allegazione delle misure, spesso definibile come insoddisfacente nella pratica. Vi sono altri requisiti direttamente o indirettamente ricavabili dalla disposizione, o della cui doverosità ancora si discute.

Il primo caso è costituito dal termine entro cui lo Stato deve notificare al Segretario Generale. In realtà, l'Articolo 15 non pone esplicitamente un termine preciso, ma la necessità di notificare con celerità si ricava facilmente dal fatto che il testo si riferisca al "modo più completo" con il quale deve avvenire la notificazione, oltre alla naturale necessità di provvedervi in tempi rapidi ai fini di un controllo efficace, seppur successivo all'adozione delle misure.

Del resto, come osservato dalla Commissione già nel 1956, gli altri Stati contraenti hanno un interesse a conoscere della deroga, alla luce della loro facoltà di avvalersi del ricorso interstatale di cui all'Articolo 33 della Convenzione (già Articolo 24 CEDU) e, più in generale, dell'interesse al corretto funzionamento di quel "macchinario" ("*machinery*") volto all'effettiva garanzia dei diritti convenzionali⁸⁶.

Ciò non toglie che, in assenza di un termine esplicito, ci si debba volgere alla giurisprudenza della Corte e della Commissione per rinvenirne uno. Da questo punto di vista, nel celebre caso *Lawless* la Corte considerò che il Governo avesse rispettato l'obbligo di notificare celermente, avendovi provveduto dodici giorni dopo l'adozione delle misure derogatorie; si escludeva con ciò l'obbligo di una notificazione preventiva o contestuale⁸⁷. Si badi però che nel precedente caso *Grecia c. Regno Unito*, un ritardo di ben tre mesi, pur venendo considerato implicitamente eccessivo da parte della Commissione, non era stato ritenuto dar luogo, da solo, a una violazione della Convenzione⁸⁸. Successivamente, la stessa Commissione si sarebbe invece espressa chiaramente nei termini di una violazione rispetto ai quattro mesi di ritardo nel notificare le sole ragioni della deroga da parte del Governo golpista greco, nel 1969, pur

⁸⁶ La Commissione si spingeva a definire il diritto proprio a ciascuno Stato di ricorrere contro eventuali violazioni della CEDU "*pro tanto curtailed*" durante la vigenza della deroga, così come i diritti sanciti dai vecchi Artt. 19 e 25 (petizioni individuali alla Commissione). *Grecia c. Regno Unito*, Commissione, cit., par. 158, pp. 167-168, sottolineatura presente nel testo originale; vedi anche *Lawless c. Irlanda*, Commissione, cit., par. 80.

⁸⁷ *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 47; si veda Harris e AA., *Law*, cit., p. 841.

⁸⁸ *Grecia c. Regno Unito*, Commissione, cit., par. 158, pp. 169-171, si noti l'unanimità dei Commissari sul punto.

considerando che in questo caso la violazione dei presupposti di fatto sull'emergenza assorbi gli altri profili dell'Articolo 15⁸⁹. Rimase, e rimane, perciò ancora una questione aperta se un ritardo nella notifica, preso da solo e magari in presenza di tutti gli altri requisiti del 15, possa determinare un'invalidità della deroga. In seguito, le note di notifica successive non sono pervenute oltre il termine massimo di dodici giorni del caso *Lawless*, che sembra perciò essere stato preso dagli Stati come riferimento vincolante.

La mancata indicazione degli Articoli derogati

Un altro elemento problematico è se gli Stati siano obbligati o meno a indicare nell'atto di notifica gli Articoli della Convenzione da cui desiderano derogare. A fronte di una prassi storicamente non uniforme, in alcune delle deroghe più discusse degli ultimi dieci anni gli Articoli (e i diritti) derogati non sono stati indicati. Gli organi statutari del CoE sembrano aver adottato al riguardo una visione secondo cui la non indicazione dei diritti, seppur problematica, non può essere considerata di per sé illegittima, limitandosi a raccomandare gli Stati di specificare in modo esplicito le disposizioni derogate⁹⁰.

Questa conclusione si appoggia anche alla mancanza di una posizione chiaramente espressa dalla giurisprudenza della Corte, in quanto essa ha sempre evitato di pronunciarsi sul punto, da ultimo in quanto non sollevato dalle parti in giudizio⁹¹.

Si tratta di un'affermazione non esente da critiche, in quanto è stato rilevato come la Corte abbia in precedenza sempre mostrato d'esaminare *motu proprio* il rispetto di ogni profilo dell'Articolo 15 da parte dello Stato, notificazione compresa⁹².

⁸⁹ *Caso Greco*, Commissione, cit., 1969, par. 44, un aspetto interessante è che il Governo greco avesse notificato nei termini stabiliti in *Lawless* la nota verbale in cui s'informava della deroga, il ritardo riguardava solo le motivazioni. Pur trattandosi di uno scarto temporale assai minore, nessuna violazione fu invece rinvenuta dalla Commissione o dalla Corte nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 223, dove la non contestualità della notifica venne anzi rivendicata come voluta, al fine di garantire l'efficacia repressiva delle misure, dal Governo britannico.

⁹⁰ CM(2024)168-addfinal, cit., par. 49. Si veda anche la posizione dell'Assemblea in PACE, *Resolution 2209* (2018), *State of emergency: proportionality issues in relation to derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 24 aprile 2018., par. 10 e già nel precedente PACE, *Report*, relatore R. Comte, *Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Doc. 14506, 27 febbraio 2018, par. 103. I documenti dell'Assemblea sono disponibili su <https://pace.coe.int/en/files/24680#trace-5>.

⁹¹ Si veda quanto affermato da Ana Gomez, *Head of Public International Law Division and Treaty Office* in CDDH-SCR(2022)01, *Presentation of relevant Council of Europe bodies' work on issues within the mandate of the Group*, 18 ottobre 2022, p. 10, dove la giurisprudenza richiamata è costituita dalle pronunce *Mehmet Hasan Altan c. Turchia* (13237/17), Sez. II, 20 marzo 2018, par. 89; *Şahin Alpay c. Turchia*, cit., par. 73; *Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia*, 2021, par. 100-102.

⁹² *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 223, ma si veda in particolare quanto affermato nel caso *Aksoy c. Turchia*, cit., par. 85-86, ossia che: “*The Court has jurisdiction to examine of its own motion whether a notification by a State complies with the formal requirements provided in Article 15 § 3 – namely, keeping the Council of Europe fully informed of the measures taken by way of derogation from the Convention and the reasons for them – even if that issue has not been raised by any of the parties*”. Nonostante quanto detto nel testo sulla mancanza di un

La prassi di non indicare gli Articoli convenzionali derogati solleva comunque una serie di problemi. Il primo è quello dell'ambito coperto dalla deroga; nel silenzio della notifica, e volendo dar corso a un'interpretazione limitativa, si potranno ricavare i diritti derogati dall'allegazione delle misure e delle rilevanti fonti interne nella nota verbale. Ciò può avvenire, ad esempio, nel caso in cui siano esplicitamente indicati i diritti costituzionali, equivalenti a quelli della Convenzione, che sono stati sospesi o derogati. Se questa operazione interpretativa non è possibile, in caso di non indicazione si rischia però di dover considerare implicitamente derogati tutti gli Articoli della CEDU non qualificati come inderogabili, pur rimanendo fermi i margini di controllo discendenti dalla stretta necessità delle misure. La deroga dovrebbe inoltre essere considerata come limitata alle sole misure allegate, ossia a un intervento esplicito, che non avviene in via di mero fatto e che si riduce a quanto prodotto (almeno indirettamente) nella notifica. Il limite costituito dall'obbligo d'allegazione delle misure giuridiche di natura emergenziale rimane perciò presente anche in caso di deroga senza indicazione degli Articoli.

Un altro problema che si potrebbe configurare è inoltre quello della tendenza a cautelarsi *ex ante* da parte dello Stato, non indicando volutamente gli Articoli derogati. In parte, ciò può derivare non dalla cattiva volontà dello Stato, ma anche solo dalla difficoltà a individuare con esattezza i diritti derogati, ad emergenza ancora in corso. In ogni caso, un intervento della Corte appare in quest'ambito necessario. Al contrario, sarà ormai chiaro che il controllo da essa esercitato sui profili procedurali o formali della deroga è ancora piuttosto lacunoso, pur avendo noi citato a più riprese le poche pronunce che hanno comunque contribuito a chiarificare i limiti posti dall'Articolo 15 in quest'ambito. Dal momento che si vedrà come il controllo della Corte sotto altri profili, specie quelli rientranti tra gli indici di stretta necessità, sia invece molto aumentato a partire dal 2018, la contemporanea ritrosia a occuparsi dei profili formali della deroga non pare una casualità, quanto piuttosto il risultato di una determinata opzione interpretativa, che si allontana sempre più dal modello neo-romano.

controllo d'ufficio sulla mancata indicazione degli articoli derogati, l'affermazione ritorna poi di recente in *Domenjoud c. Francia*, cit., 2024, parr. 147-148, sebbene senza conseguenze rispetto al problema indicato. Giudicano contraddittorio l'approccio della Corte sul punto D. Harris e AA., *Law*, cit., p. 841. Da notare che anche nella dottrina precedente ad *Aksoy* il controllo svolto *motu proprio* dalla Corte si dava già per assodato, vedi R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 317.

Le deroghe implicite

Vi sono poi alcune questioni collegate agli oneri di notifica, ma riconducibili in primo luogo al tema dell'ammissibilità di 'deroghe implicite' e poste, per così dire, a metà strada tra proclamazione 'interna' o 'esterna'.

Si tratta anche di capire se il corretto adempimento dei requisiti procedurali previsti all'Articolo 15(3), e dunque in primo luogo degli oneri di notifica, abbia portata costitutiva dello stato d'emergenza convenzionale e quali conseguenze siano d'attribuire ai vizi dell'atto di notifica.

Il problema delle 'deroghe implicite' rimanda al caso estremo, nel quale non si parla di un vizio ma di una completa assenza della notifica. Il punto è comprendere se i fatti portati all'attenzione degli organi del CoE possano essere comunque retrospettivamente inquadrati sotto l'Articolo 15. Occorre però prima chiarire rispetto a che cosa valga l'attribuzione d' 'implicite', se rispetto all'assenza di una dichiarazione nel diritto interno oppure all'assenza di notifica verso l'esterno. Per questa ragione si è indicato il problema come posto a metà strada fra le due dimensioni.

Una simile impostazione deriva da un caso in particolare, ossia il primo ricorso inter-statale *Cipro c. Turchia*, una vicenda nata dall'invasione e conseguente occupazione della metà settentrionale dell'isola di Cipro da parte turca, negli anni '70. La Turchia non aveva allora fatto ricorso all'Articolo 15 per quanto riguarda la parte di Cipro da essa controllata, anche dopo la fine delle operazioni militari, notificando una deroga esclusivamente per quanto riguardava le proprie regioni costiere, interessate indirettamente dalle operazioni⁹³.

Alla luce di quanto sopra, nel proprio Rapporto la Commissione esclude l'applicabilità dell'Articolo 15, pur dando prova di una certa ambiguità proprio sul valore d'attribuire alla violazione dei requisiti procedurali della disposizione, ove applicabile, e con una significativa opinione dissenziente del commissario italiano, Giuseppe Sperduti. Vediamo però la posizione espressa dalla maggioranza:

526. The Commission recalls that, both in the First Cyprus Case [Grecia c. Regno Unito] and in the Lawless Case, it reserved its view as to whether failure to comply with the requirements of Art. 15 may "attract the sanction of nullity or some other sanction". In the Lawless Case the Commission also pointed out that the obligation to inform the Secretary General of a measure derogating from the Convention is "an essential link in the machinery provided in the Convention for ensuring the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties" and further observed that, without such information, the other Parties will not know their position under

⁹³ *Cipro c. Turchia* (6780/74 e 6950/75), Commissione, rapporto, 10 luglio 1976, par. 521.

Art. 24 of the Convention and the Commission itself will be unaware of facts which may affect the extent of its own jurisdiction with respect to acts of the State in question.

527. In the present case the Commission still does not consider itself called upon generally to determine the above question. It finds, however, that, in any case, Art. 15 requires some formal and public act of derogation, such as a declaration of martial law or state of emergency, and that, where no such act has been proclaimed by the High Contracting Party concerned, although it was not in the circumstances prevented from doing so, Art. 15 cannot apply⁹⁴.

Lasciando da parte i punti toccati dal paragrafo 526 sopra citato, dal paragrafo successivo, il 527, si ricava chiaramente l'inapplicabilità dell'Articolo 15. Ad analoga conclusione la Commissione arriverà nel successivo caso turco-cipriota, pochi anni dopo, limitandosi però a richiamare quanto già espresso nella citazione che abbiamo riportato⁹⁵.

Si dovrà invece attendere il nuovo millennio per una prese di posizione della Corte, che in due casi fra loro molto vicini, entrambi riguardanti la guerra in Cecenia, affermerà molto nettamente la non applicabilità dell'Articolo 15 al caso di specie (che a differenza dei precedenti riguardava un conflitto armato non internazionale)⁹⁶.

L'ammissibilità delle deroghe 'implicite' parrebbe dunque potersi escludere, e del resto la necessità di una chiara e formale distinzione fra stato di normalità e stato d'emergenza è uno dei prerequisiti del modello dualista. Se si tratta di una conclusione ragionevole, persistono però alcuni margini d'ambiguità, dal momento che in tutti i casi che si sono citati mancava sempre non solo una notifica 'esterna', ma anche un vero e proprio stato d'emergenza dichiarato ai sensi del diritto interno sul territorio interessato. Si è visto come nei casi ciprioti la deroga non riguardasse che il territorio turco, del pari solo in esso era stato dichiarato uno stato d'emergenza ai sensi della Costituzione turca del tempo. La Federazione Russa non aveva applicato alcun regime speciale alla Cecenia, assimilabile a uno stato d'emergenza o guerra a livello costituzionale, se non la propria legislazione anti-terroristica, il cui riferirsi a "zone d'operazione antiterroristica" non sembra però essere sufficiente a delineare una netta separazione di diritto fra stato di normalità ed emergenza grave⁹⁷.

Seppure la conclusione a favore dell'esclusione delle deroghe 'implicite' sia dunque condivisibile e sorretta da buone ragioni in ordine alla necessità di controllo e pubblicità sulle deroghe, la Corte non si è in realtà ancora pronunciata su di un caso in cui fosse vigore un vero

⁹⁴ *Cipro c. Turchia*, cit., par. 526-27.

⁹⁵ *Cipro c. Turchia (II)* (8007/77), Commissione, rapporto, 4 ottobre 1983, par. 66-68. *McVeigh e altri c. Regno Unito* (8022/77; 8025/77; 8027/77), Commissione, rapporto del 18 marzo 1981, par. 155.

⁹⁶ *Isayeva c. Russia* (57950/00), Sez. I, 24 febbraio 2005, par. 133 e *Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia* (57947/00, 57948/00 and 57949/00), Sez. I, 24 febbraio 2005, par. 125.

⁹⁷ *Isayeva c. Russia*, cit., par. 122.

e proprio stato d'emergenza sul territorio interessato, ma non si sia proceduto a notificare una deroga, pur ricorrendone i presupposti. Rileva al riguardo anche la considerazione che, come si è visto, gli Stati evitano tuttora di derogare nel corso di operazioni militari extraterritoriali⁹⁸.

In ogni caso, il problema presenta ancora una certa rilevanza in rapporto alle deroghe intercorse durante la Pandemia da Covid-19, dove in molti casi a uno stato d'emergenza interna non si è unita una deroga⁹⁹.

Rispetto ai casi d'assenza di deroga, una strada che resta comunque sempre aperta alla Corte è quella di un'interpretazione che potrebbe essere definita, nel lessico che abbiamo usato, come emergenziale, contestuale o 'accomodante'.

Ben inteso, ciò si è verificato varie volte nella giurisprudenza che, pur senza ricorrere all'Articolo 15, ha dovuto far fronte a casi qualificabili come 'emergenziali'. Si è ad esempio già vista l'interpretazione della Corte nel caso *Hassan* del 2014, ma il principio per cui nell'emergenza si deve tener conto delle circostanze concrete del caso, peraltro in sintonia con la concretezza che contraddistingue la giurisprudenza di Strasburgo, era già stato espresso fin dagli anni '70, in giudizi concernenti la lotta al terrorismo interno¹⁰⁰.

La natura dell'atto di notifica

Infine, si può concludere l'esposizione degli oneri procedurali previsti dall'Articolo 15(3) CEDU con una riflessione su quale sia la natura dell'atto di notifica.

Prendendo a prestito il linguaggio usato ad esempio da Ergec, uno dei pochi autori ad aver ragionato sul problema in ottica d'inquadramento dogmatico, ci si può cioè chiedere se all'atto vada attribuita natura costitutiva o meramente dichiarativa dello stato di deroga¹⁰¹.

La questione non è soltanto teorica, visto che può rilevare sotto il profilo delle conseguenze di eventuali vizi dell'atto in questione. In altre parole, si devono in questi casi equiparare le violazioni del terzo paragrafo dell'Articolo 15 a quelle del primo?

⁹⁸ Da questo punto di vista vi sono infatti molti punti in comune fra i casi citati e quelli *Hassan c. Regno Unito*, cit., e *Georgia c. Russia (II)*, cit.

⁹⁹ Su 47 Stati, solo 10 hanno optato per una deroga durante la pandemia. Tra chi non l'ha fatto ma ha attivato un qualche Stato d'emergenza interno, inteso come un regime a carattere speciale, anche se non necessariamente a livello costituzionale. Si noti comunque che vi è chi in dottrina ancora s'interroga sulla possibile validità di deroghe implicite, N. Holcroft-Emmess, *Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and Thoughts on the Need for Notification*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 10 aprile 2020.

¹⁰⁰ Vedi *Klass e altri c. Germania*, 1978, par. 48-49 e 59 e anche *Brogan e altri c. Regno Unito* (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), del 29 novembre 1988, par. 48. Nel caso *Brogan*, peraltro, all'esposizione del principio si accompagnava comunque la constatazione di una violazione della CEDU.

¹⁰¹ R. Ergec, *Le Droits*, cit., pp. 315-317.

Non si tratta di problemi affrontati spesso dalla giurisprudenza e manca del tutto una statuizione esplicita, dall'analisi dei casi. Nel rispondere, possiamo comunque partire da alcune considerazioni del commissario Sperduti, nella sua pur risalente opinione dissenziente, nel primo caso turco-cipriota.

Sperduti aveva a che fare con un problema concreto della controversia, in rapporto al presunto onere di proclamazione interna che abbiamo visto prima, e vi rispondeva con l'idea che la particolarità di un'occupazione militare, rispetto ad altri stati d'emergenza, la rendano già di per sé manifesta alla popolazione e alla generalità degli Stati, legittimando dunque uno stato di necessità o deroga 'implicito', per fatti concludenti. Si è visto come col caso *Hassan* la Corte abbia risolto il problema da questo specifico punto di vista, escludendo la necessità della deroga rispetto alle sole fasi operative delle operazioni militari e dunque non durante un'occupazione.

Sperduti però, ragionando in via generale, esprimeva anche l'idea che i vizi dell'atto di notifica, inteso dalla prospettiva 'esterna' del 15(3), non comportino mai una nullità (*nullity*) della deroga. L'internazionalista italiano rilevava che tale conseguenza o sanzione non è prevista dalla lettera dell'Articolo 15, mentre, in difetto di un'indicazione esplicita, la soluzione della nullità non potrebbe essere neanche dedotta dai principi del diritto internazionale. L'autore concludeva proponendo di considerare quella derivante del 15(3) come una “[...] *autonomous Obligation in the sense that its violation does not affect the valid exercise of the right of derogation flowing from the same article*”¹⁰².

Vi sarebbe insomma una scissione fra il primo e il terzo paragrafo dell'Articolo 15, una scissione che Sperduti poteva al tempo collegare alla prassi degli Stati di notificare in un momento successivo all'inizio dell'emergenza e all'adozione delle misure, convalidata dalla Corte nel caso *Lawless* e tuttora seguita.

Vi sono però anche altri elementi che ostacolano la possibilità d'attribuire valore costitutivo alla notifica. Sempre rispetto al termine entro cui notificare, si porrebbe ad esempio il problema della validità delle misure adottate nel periodo ricompreso tra l'inoltro della nota di deroga e la sua registrazione da parte del Segretariato. Per quanto si tratti di uno scarto temporale di norma piuttosto ridotto, sono chiari i problemi di non ritenere 'coperte' dalla deroga le misure precedenti alla registrazione, mentre, pur mancando statuizioni esplicite, nulla porta a ritenere che la giurisprudenza consideri illegittime queste misure¹⁰³.

¹⁰² *Cipro c. Turchia (I)*, cit., op. diss., par. 3, si badi che pur contraddicendo Sperduti sul punto della necessità della notifica nel caso concreto, la maggioranza della Commissione nulla disse sul problema generale delle conseguenze delle violazioni del 15(3), sollevato dal giurista italiano e da noi ripreso.

¹⁰³ Come nota Ergec, la comunicazione della deroga ha in questo caso valore retroattivo, valore che però meglio si concilia con un inquadramento dichiarativo della notifica. R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 316.

Proprio rispetto alla giurisprudenza, se il fatto che essa controlli *motu proprio* il rispetto dei requisiti procedurali del 15(3) potrebbe far pensare a una loro parificazione a quelli sostanziali del 15(1), la prassi di escludere da questo controllo la non allegazione dei diritti derogati, perché il punto non è sollevato dalle parti, depone in senso contrario. Peraltro, si è visto come si tratti di una prassi rimarcata in modo esplicito proprio nella giurisprudenza recente e che dimostra la flessibilità con cui la Corte fa uso dei requisiti procedurali, già di per sé piuttosto scarni, della clausola di deroga. L'analisi sistematica delle decisioni di Corte e Commissione sull'Articolo 15 mostra, inoltre, come nella struttura delle pronunce e dei rapporti i paragrafi dedicati ai requisiti costitutivi o materiali siano di norma differenziati da quelli sulla conformità della notifica al 15(3).

Seguendo quanto emerge da queste considerazioni, un autore come Ergec, che pure fa ampio uso di categorie di diritto pubblico interno, fino a collegare la posizione della Commissione in *Cipro c. Turchia* alla teoria degli atti di diritto pubblico, finisce però per riconoscere, come Sperduti, un valore di violazione autonoma ai vizi della notifica, in correlazione col valore solo dichiarativo attribuito a quest'ultima. Una posizione che si contrappone a quella teoria degli atti prima richiamata e alla stessa possibilità di inquadrare entro categorie costituzionalistiche l'Articolo 15 CEDU¹⁰⁴.

Si tratta in effetti di un problema ricorrente, quello dell'utilizzo di tali categorie in ambito convenzionale, che si rivela quando ad esse si contrappongono costruzioni propriamente internazionalistiche, le quali non sempre consentono margini d'integrazione. Il problema del valore e dei vizi della notifica è una di quelle aree dove la contrapposizione sembra persistere.

D'altronde, la flessibilità stessa del diritto convenzionale, unita al fatto che questi problemi presentano un'immediata valenza pratica, oltre che teorica, non esclude che si possa giungere a soluzioni di compromesso.

Sempre seguendo Ergec, l'Autore ad esempio tempera quanto sopra affermato, riconoscendo che l'effetto della non opponibilità della deroga agli organi del CoE possa derivare da alcuni casi di particolare gravità, dove le violazioni procedurali siano indice di malafede dello Stato derogante, arrivando tipicamente ad eludere o svuotare del tutto il proposito di controllo sotteso all'Articolo 15(3)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Ergec si richiama ai principi del diritto internazionale, dove le notificazioni sono costitutive solo laddove ciò è esplicitamente previsto. Ivi, p. 316. Per quanto attiene alla teoria degli atti di diritto pubblico, il riferimento citato da Ergec ivi, a p. 303, è L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., vol. II, p. 368.

¹⁰⁵ Ivi, p. 317. Al contempo, per rimarcare la distinzione tra concezioni di matrice costituzionalistica o internazionalistica sulla notifica, con una maggiore vicinanza alle seconde sul punto, anche nella sua terminologia Ergec respinge l'uso del termine 'nullità' riferito alla notifica invalida, preferendogli appunto l'idea di una non opponibilità della stessa agli organi del CoE. Ivi, pp. 318-319.

Sul piano della Convenzione, l'autore ricollega queste violazioni gravi al ruolo che gli Articoli 17 e 18 CEDU rivestono nella sua concezione dello stato d'emergenza convenzionale e dei suoi fini legittimi, in unione con l' Articolo 15. È però possibile osservare anche in questo caso la risorsa costituita dalle costruzioni teoriche interne alle diverse tradizioni nazionali, laddove Ergec richiama la teoria della formalità sostanziale dell'atto (*formalité substantielle*) del diritto amministrativo francese, formalità che si distingue perché soggetta al controllo di un giudice ed essenziale alla ragion d'essere e al fine collegato all'atto di procedura¹⁰⁶.

La posizione di Ergec sul punto è tuttora condivisibile per quanto riguarda la flessibilità che consente nel valutare i vizi di notifica, ma non trova ad oggi un riscontro puntuale nella valorizzazione dell'Articolo 18 CEDU da parte della giurisprudenza. Tuttavia, anche senza seguirla, è possibile concepire delle soluzioni parimenti flessibili per valorizzare e rendere più penetrante il controllo sugli oneri procedurali della deroga, senza per questo rischiare d'incorrere in un eccessivo formalismo. Ad esempio, l'irregolarità della notifica può divenire essa stessa un indice nel controllo sui requisiti sostanziali del primo paragrafo dell'Articolo 15, controllo che si è visto ormai orientarsi sempre più verso la considerazione di un ampio numero di fattori, specie per quanto riguarda il test di stretta necessità. Non solo, anche rispetto all'esistenza della minaccia, sarebbe possibile per gli organi di controllo valorizzare maggiormente le informazioni fornite (...o, appunto, *non* fornite, ove queste manchino o siano lacunose) nelle note verbali e il loro grado di dettaglio. Come si vedrà, si tratta di profili rispetto ai quali la Corte ha aumentato l'incisività del proprio scrutinio, ma restano ampi margini per un controllo che armonizzi gli indici procedurali con quelli sostanziali.

2.7 Funzione dell'Articolo 15: problemi e prospettive

Una volta descritta la clausola di deroga nei suoi elementi genetici e strutturali, abbiamo elementi sufficienti per tornare sulla sua funzione entro il sistema convenzionale e sottolinearne alcuni aspetti problematici.

Nel farlo operiamo una selezione dei problemi individuabili. Ci soffermeremo inoltre prima sulla questione della natura giuridica della clausola e poi sugli altri aspetti, definibili in senso lato come dipendenti dal contesto, normativo o fattuale, in cui essa opera.

¹⁰⁶ Ivi, p. 317. Nel caso del 15(3) evidentemente, per Ergec, il fine è costituito dalla possibilità di verificare il rispetto dell'Articolo 18 CEDU, mentre il giudice è la Corte EDU.

Sospensione o super-limitazione dei diritti?

Il ricorso all'Articolo 15 viene definito nel testo della Convenzione nei termini di una *derogation* o *dérogation* agli obblighi, cioè alle disposizioni, della CEDU.

È possibile interpretare tale condizione alla luce delle categorie dogmatiche viste nella parte finale dell'Introduzione?

Abbiamo già argomentato in merito alla possibilità teorica di farlo, si tratta ora di vedere se una simile operazione sia concretamente possibile e quali problemi ne derivino.

Un primo problema è di tipo definitorio. Abbiamo di fronte una clausola testualmente definita nei termini di una deroga, ma che a prima vista presenta diversi elementi tipici di una sospensione emergenziale di tipo parziale.

Chiariamo meglio cosa intendiamo con “parziale”, contrapposta a una sospensione totale. Per quanto non sia possibile, per il suo stesso dettato, ricorrere all'Articolo 15 per giustificare una sospensione dell'intera Convenzione, si è visto che nella dogmatica giuridica le sospensioni possono ben essere parziali, cioè rivolte soltanto a specifici settori o disposizioni d'un ordinamento, senza per questo perdere il loro attributo di generalità.

Generalità significa che non ci troviamo qui di fronte a provvedimenti concreti, a “misure” nel senso attribuito loro, ad esempio, dal giurista tedesco Carl Schmitt nella sua *Dottrina della Costituzione*, dove questo elemento era preso come distinzione decisiva rispetto alle singole “rotture” del testo. Certamente, i casi che giungono alla Corte sono sempre concreti, ma le misure adottate dagli Stati non lo sono. Tolto il caso di un'eventuale allegazione dei singoli provvedimenti amministrativi, prassi però del tutto residuale, i Governi notificano insieme alla nota verbale solo atti e fonti di natura generale, spesso di rango pariordinato alle leggi.

Abbiamo visto che altri autori non individuano il tratto distintivo della sospensione nella generalità, ma nella sua natura temporanea.

Al riguardo, è vero che l'idea che lo stato d'emergenza convenzionale debba essere temporalmente limitato non rispecchia la prassi ‘storica’ o anteriore al '2000, quest'idea è stata anche contestata sul piano teorico da alcuni autori¹⁰⁷.

Tuttavia, anche nel caso delle *entrenched emergency*, non ci troviamo davanti a eccezioni destinate a diventare permanenti nella disciplina di specifici casi o fattispecie¹⁰⁸. Prova ne è che anche le deroghe più lunghe, durate decenni, alla fine sono state revocate. Queste deroghe

¹⁰⁷ K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit.

¹⁰⁸ Questo il senso attribuito ad esempio da Costantino Mortati al concetto di deroga alla costituzione.

hanno talvolta comportato cambiamenti duraturi negli ordinamenti coinvolti, ma non li hanno provocati nel modo con cui la Convenzione è tornata in teoria ad applicarsi in quei Paesi, da un punto di vista teorico. Quello degli eventuali mutamenti di fatto è un problema diverso, sia dal punto di vista interno che da quello esterno, che non tocca direttamente l'applicazione di categorie giuridiche come quella di sospensione.

Inoltre, si possono nutrire forti dubbi sul fatto che davvero il requisito della temporaneità non sia connaturato al principio di proporzionalità, previsto nel testo dell'Articolo 15.

Il termine “deroga” dell'Articolo 15 è quindi equivalente al concetto di sospensione? Dobbiamo leggerlo come tale?

Se è così bisogna ammettere che la Convenzione stessa presenta una certa confusione nel lessico usato. Altre possibili soluzioni sono che in realtà essa presenti un concetto dai caratteri ‘misti’ tra deroghe e sospensioni o che queste categorie dogmatiche si applichino in realtà solo in parte all'Articolo 15.

Aiuta a spiegare il problema l'analisi storica fatta nel primo capitolo. Sappiamo infatti che ci troviamo davanti a una disposizione dalle origini travagliate, non prevista nel testo originario della Convenzione e, soprattutto, introdotta su proposta britannica. Britannico è lo stesso linguaggio usato nel 15, non la sola idea che vi sta dietro, su cui sfortunatamente piuttosto poco ci dicono i lavori preparatori. Si può però riscontrare una cesura tra la possibilità d'applicare categorie continentali e l'origine storica anglosassone della disposizione, ancorata peraltro al contesto coloniale¹⁰⁹.

Diverso sarebbe il caso se i lavori preparatori rivelassero ad esempio una forte influenza francese sul concetto, visto che abbiamo a grandi linee delineato il modo d'intendere la sospensione dei diritti in quella tradizione. Come scritto, i rappresentanti francesi all'Assemblea consultiva preferirono invece attenersi all'idea delle limitazioni, generali o limitate ad alcuni diritti. In seguito seguirono la proposta britannica, come tutti gli altri, ma senza modificarla in modo sostanziale e senza che ciò portasse a rivedere il meccanismo delle limitazioni, salvo circoscriverle ai singoli articoli. Il risultato finale è la coesistenza nel testo di limitazioni e deroghe (nel senso letterale di *derogation*)¹¹⁰. Se si guarda agli anni successivi

¹⁰⁹ Lo studio del diritto emergenziale coloniale britannico, specie da un punto di vista teorico e in relazione all'Art. 15, resta in effetti uno dei punti che ci rendiamo conto di non aver potuto approfondire a sufficienza in questo lavoro. Nell'attesa di possibili integrazioni, si rimanda al capitolo iniziale di B. Simpson, *Human Rights*, cit., interamente dedicato all'argomento.

¹¹⁰ Da ora in avanti, in caso d'ambiguità, si userà il termine deroga-rottura o solo rottura per indicare il concetto dogmatico, deroga per indicare la disposizione della CEDU.

all'entrata in vigore della CEDU, anche l'interpretazione che della deroga fa ad esempio Pierre-Henri Teitgen a metà anni '50 è ormai inquadrabile nel senso d'una sospensione¹¹¹.

Tuttavia la *derogation* del testo della Convenzione rimane un concetto e un termine anglosassone, per questo è vero che non è del tutto interpretabile alla luce delle categorie del diritto pubblico continentale. Non aiuta poi la generale scarsa riflessione teorica che sta dietro alla sua introduzione, pur nella chiarezza dei fini storicamente perseguiti nel proporre la clausola, ossia la gestione delle colonie.

Tutto questo spiega l'uso del termine *derogation* a indicare quella che si concepiva comunque come una forma di sospensione, seppur inserita in un testo che abilitava al contempo esplicitamente le restrizioni ai singoli diritti, a loro volta tipizzate in modo più o meno permissivo.

Una parziale contraddizione è insomma già presente nel testo della Convenzione, nella sua origine storica e nella formulazione letterale della clausola emergenziale.

Queste riflessioni possono sembrare un po' astratte, ma vi possiamo collegare delle conseguenze concrete, legate ad esempio agli effetti della deroga sulle disposizioni coinvolte. La domanda che possiamo porci è se sia possibile un sacrificio completo dei diritti, aspetto che pare effettivamente ammissibile nel concetto dogmatico di sospensione.

A ben vedere, la questione va però al di là dell'inquadramento dell'Articolo 15 come deroga-rottura o sospensione. Infatti, ci sembra di poter dire che sia la rottura che la sospensione potevano comportare la completa compressione di un diritto, questo sia nelle concezioni dottrinali che nella prassi storicamente affermatasi in Europa. A cambiare tra i due concetti erano piuttosto i modi in cui questa compressione si manifestava, come eccezione al singolo caso o insieme di casi, da un lato, oppure come temporanea sospensione della disposizione. In entrambe le eventualità non si esclude però il completo sacrificio del diritto.

L'entità potenzialmente massima di questo sacrificio o compressione è ribadita da Ergec ancora alla fine degli anni '80 e forse è anche per questo motivo che l'autore dedica così tanti sforzi a sottrarre indirettamente alla derogabilità disposizioni non testualmente elencate dal

¹¹¹ “*In fact, these States do not infringe the Treaty, because they avail themselves of possible action for which it provides - but they do 'derogate' from it in suspending temporarily its application within a prescribed area and, in so doing, they do make changes to the territories affected and the competence of the organs established by the Treaty*”. P.H. Tietgen, *Report*, 1956, cit., par. 2.

15(2)¹¹². Il fatto che la compressione per i diritti derogabili sia potenzialmente totale porta al tentativo d'elaborare dei correttivi tramite l'elaborazione dottrinale.

Al di là della teoria e dei lavori preparatori della Convenzione, per capire meglio questi punti dobbiamo però volgerci all'interpretazione della Corte, per vedere se essa conferma o confuta l'interpretazione del 15 secondo i tradizionali canoni della sospensione,

Al riguardo, la giurisprudenza 'storica' o più datata sul 15 non ha a lungo fornito nessun elemento idoneo a escludere il sacrificio massimo del diritto derogato.

In realtà, non si ritrova neanche un'affermazione testuale di tale possibilità, ma a lungo non la si è esclusa. La giurisprudenza si è piuttosto focalizzata sulle condizioni d'esercizio, intese non tanto come condizioni fattuali (si è detto della larghezza con cui le si è interpretate) ma del requisito di proporzionalità.

A ben vedere, già inserire la proporzionalità in una disposizione sospensiva d'un diritto significa inserirvi anche una potenziale contraddizione. Può essere un sacrificio totale proporzionato? Può darsi di sì, almeno in circostanze estreme, ma in questo caso la proporzionalità si dovrebbe evidentemente esercitare soprattutto come controllo del rapporto tra fatto emergenziale e misure adottate, per vedere se la minaccia richiedeva effettivamente il temporaneo sacrificio del diritto.

Si è vista però la generale debolezza del controllo sul fatto da parte della Corte. A fronte di ciò, sono invece progressivamente aumentate altre forme o metodi di supervisione interni al test di proporzionalità.

Soprattutto, non sembra che la Corte sia oggi disposta a riconoscere la possibilità d'un sacrificio completo dei diritti coinvolti dalla deroga. Questa possibilità è venuta progressivamente meno già negli anni '90 e '2000 e pare oggi esplicitamente negata.

Non ci riferiamo all'eventualità d'un abuso in concreto, ma proprio all'inammissibilità a priori di un sacrificio totale del diritto. Si riscontra cioè nella giurisprudenza più recente un'estensione della non derogabilità, legata non tanto a singoli articoli (come in Ergec) ma all'idea d'un nucleo inderogabile o finanche inviolabile di tutti i diritti.

¹¹² Ergec, da autore che fa ampio uso di categorie continentali, non esita a inquadrare questi casi come una sospensione dei diritti. Nelle parole dell'autore "*Déroger à une norme, c'est s'en écarter*". R. Ergec, *Le droits*, cit., pp. 34-35, dove si aggiunge che: "[...] *les mesures dérogatoires, pour autant qu'elles soient strictement exigées par la situation, peuvent, en principe, emporter suspension totale des droits garantis*". Vedi anche ivi, pp. 40-43. Si può notare una certa somiglianza con l'idea schmittiana che una sospensione operi come una temporanea abrogazione o in quella, presente invece nella dottrina italiana, di un provvisorio e limitato venir meno dell'efficacia della norma. Sul punto, si rimanda all'Introduzione teorica.

Quest'idea è presente anche al di là dello stato d'emergenza convenzionale. Vedremo inoltre come, nella recente giurisprudenza sull'Articolo 15, essa presenti ancora dei punti oscuri e sia in parte dipendente dal contesto delle pronunce. Ci sembra insomma che l'idea d'un nucleo essenziale inderogabile soffra di una certa sotto-teorizzazione, almeno in riferimento all'emergenza. Essa è però presente e costituisce uno sviluppo in grado di ripercuotersi anche su qualsiasi tentativo di leggere l'Articolo 15 tramite categorie dogmatiche, cosa già resa difficile dalla formulazione stessa della disposizione¹¹³.

Soprattutto, diventa ormai molto complicato capire di fronte a cosa ci troviamo, se davanti a una sospensione o una specie di super-limitazione.

Può darsi che vedere nel 15 una speciale forma di limitazione, rafforzata e attivabile in particolari condizioni tipiche, possa rafforzare la tutela dei diritti nelle condizioni odierne. Certamente è un'interpretazione idonea a scoraggiare il ricorso alla deroga, limitandone l'utilità per gli Stati.

Si tratta però di capire a cosa serva in queste condizioni l'Articolo 15 e se effettivamente serva ancora a qualcosa durante un'emergenza, considerando che anche le limitazioni o perfino le eccezioni ordinarie ai diritti possono essere debitamente allargate per via interpretativa fuori deroga, nella loro applicazione a un contesto emergenziale¹¹⁴. Ci si può inoltre chiedere se tutto ciò non comporti una fuoriuscita dal modo dualista d'interpretare la Convenzione e la sua clausola emergenziale, con il suo tentativo di creare una distinzione giuridica tra 'normalità' ed 'eccezione'.

¹¹³ Sulla dottrina d'un nucleo fondamentale o *essential-core* dei diritti si sofferma ad esempio il giudice Pinto de Albuquerque, nella sua opinione concorde nella causa *Muhammad e Muhammad c. Romania* (80982/12), 15 ottobre 2020, pp. 68 ss. Si tratta di un caso che riguardava la sicurezza nazionale e non una deroga, ma il ragionamento pare assumere qua una portata più ampia del caso in esame. Per un'introduzione al tema vedi anche la bibliografia riportata in A. Brucher, *Unpacking the uses of the essence of rights in ECtHR case law: Symbol, paradox and normative statement*, in *Strasbourg Observers*, 11 luglio 2025, all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2025/07/11/unpacking-the-uses-of-the-essence-of-rights-in-ecthr-case-law-symbol-paradox-and-normative-statement/>. Si rimanda inoltre all'analisi della giurisprudenza fatta nella seconda parte della tesi, in particolare dei casi successivi al 2018.

¹¹⁴ Si fa qua riferimento al termine "eccezioni" nel senso delle sole restrizioni elencate come possibili per alcuni diritti dal testo della CEDU. Sempre nell'accezione data dalla Convenzione, le limitazioni hanno invece carattere generale e sono quelle applicabili ai cosiddetti diritti qualificati. Si riprende la categorizzazione interna della Convenzione da un documento della Commissione di Venezia relativamente recente, redatto durante l'emergenza Covid. CDL-AD(2020)014, *Respect for democracy*, cit. Rispetto alla possibilità d'allargare anche l'ambito delle eccezioni, si è visto il caso *Hassan c. Regno Unito*, cit.

Il problema della considerazione del contesto generale nell'abuso della deroga

L'Articolo 15 si è prestato a numerosi abusi. Approfondiremo meglio il tema nell'analisi diacronica, ma si può premettere che ripercorrere sette decenni di pratica lo dimostra in modo inequivocabile. Certamente, in molti casi il ricorso iniziale alla disposizione è stato invece più che legittimo, di fronte a gravi emergenze, tuttavia spesso il suo uso prolungato appare assai meno giustificabile.

Possiamo distinguere le violazioni in quelle comunque motivate dalla necessità di rispondere all'emergenza, per quanto in modo sproporzionato, e in quelle in cui si è invece perseguito un secondo fine, slegato da un legame diretto con la minaccia. Le ipotesi più gravi sono quelle dove la minaccia era in realtà assente o minima fin dall'inizio.

Non in tutti questi i casi è intervenuta una sentenza della Corte a riscontrare la violazione dell'Articolo 15. Ostacoli preliminari sono stati in tal senso l'assenza di ricorsi o, nei casi più risalenti, i limiti stessi del vecchio meccanismo di tutela convenzionale¹¹⁵.

Anche dove la Corte è intervenuta, riscontrando una o più violazioni, essa ha però mostrato un'evidente difficoltà davanti agli abusi della deroga che perseguivano fini generali, definibili nei termini d'un tentativo d'eversione dell'ordinamento statale di riferimento. Non tutti i casi d'abuso giungono a un simile livello di gravità, talvolta però succede ed è avvenuto anche in tempi relativamente recenti, ad esempio nel caso del tentato colpo di Stato in Turchia del luglio 2016. Come vedremo, una minaccia reale è stata usata per cambiare la forma di Governo di quel Paese e, a giudizio di chi scrive, anche la sua forma di Stato.

Si potrebbe obiettare che i giudici di Strasburgo hanno in realtà riscontrato numerose violazioni nei casi turchi, con una notevole progressione della stessa giurisprudenza sul 15. Il punto è però un altro, ossia la debolezza di queste stesse sentenze nel legare l'abuso della deroga a cambiamenti sistemici dell'ordinamento esaminato. In breve, sembra che Strasburgo fatichi a prendere in considerazione il contesto generale delle deroghe.

Sorprendentemente, questa difficoltà non è un'eredità della giurisprudenza più risalente, in via di superamento, ma è un problema attuale, che la Corte sembra esitare ad affrontare.

Quali sarebbero gli strumenti per farlo? Ma soprattutto, in via preliminare, perché la Corte dovrebbe farlo?

¹¹⁵ Di nuovo, si rimanda alla prossima parte, ma il riferimento è soprattutto al fatto che alcuni Stati non hanno a lungo accettato il meccanismo del ricorso individuale.

Rispondere alla prima domanda ci riporta al problema della funzione della clausola di deroga e a un'obiezione che abbiamo già visto nell'Introduzione. Facciamo riferimento alla posizione secondo cui gli stati d'emergenza interni e convenzionali sono fundamentalmente irriducibili e tali devono rimanere¹¹⁶.

Se ciò è vero, la Corte esorbiterebbe dal suo ruolo se decidesse d'affrontare il problema di un cambiamento surrettizio di un ordinamento nazionale per il tramite di uno stato d'emergenza. Si badi che questa è invece una funzione tipica dei contrappesi agli stati d'emergenziali nel diritto costituzionale, tra cui naturalmente anche quelli giurisdizionali.

Al riguardo, pur riconoscendo la diversa funzione della Corte EDU rispetto a una corte costituzionale o suprema, ripetiamo la risposta già formulata nell'Introduzione. Gli stati d'emergenza si ripercuotono inevitabilmente sull'esercizio dei diritti, anche quando agiscono sull'equilibrio tra i poteri. I diritti in questione non sono solo quelli costituzionali, ma anche quelli della Convenzione. Inserire l'abuso della deroga in un contesto più ampio è perciò un'operazione legittima, quando richiesta dalle circostanze.

Alla fine degli anni '80, la ricerca di Ergec vedeva una soluzione per la presa in conto del contesto e dei fini della deroga nell'Articolo 18, considerato insieme al 17. Questa disposizione potrebbe in effetti costituire uno strumento per allargare il raggio dell'analisi, ma ha avuto scarso successo. Le due giurisprudenze sul 15 e sul 18 restano tutt'ora separate. Nonostante la Corte abbia progressivamente sviluppato i propri criteri nell'analisi del 18, alleggerendo l'onere della prova richiesto ai ricorrenti, essa ha di norma evitato, anche di recente, la possibilità di applicare tale Articolo in alcuni casi di deroga¹¹⁷.

Si può concedere che si tratti di concettualizzazioni difficilmente trasponibili al diritto giurisprudenziale e che non si possa oggi chiedere alla Corte d'adottare il punto di vista offerto da Ergec nel 1987. Tuttavia, in relazione alle deroghe, la Corte non ha neanche mai fatto uso delle tecniche di cui già dispone e che adopera di fronte ai problemi sistemici. Ci si riferisce in particolare alle sentenze pilota, non usate anche in casi recenti, dove la natura sistemica delle violazioni viene riconosciuta chiaramente.

Forse un po' sorprendentemente, si vedrà che la giurisprudenza storica, con tutti i suoi limiti, riconosceva invece facilmente il carattere in qualche modo speciale o generale dei giudizi sul 15. In più, essa disponeva di alcuni strumenti che andrebbero forse rivalutati. Pensiamo in

¹¹⁶ K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit.

¹¹⁷ Si rimanda al capitolo sulla giurisprudenza successiva al 2018, nei casi turchi.

particolare al ruolo dell'istruttoria della vecchia Commissione, in particolare nei casi dove i suoi membri si recavano personalmente nei luoghi toccati dalla deroga.

Oggi, ad anni di distanza e con tutti gli strumenti in più di cui dispone sotto altri aspetti la Corte, c'è forse bisogno di recuperare in qualche modo questa funzione istruttoria?

Noi, per ora, ci limitiamo a porre l'ipotesi che ci sia una certa difficoltà dei giudici di Strasburgo di fronte ai fatti e al contesto emergenziale. L'analisi della pratica storica e contemporanea ci dirà se è effettivamente così.

PARTE II

Prassi e controllo degli stati d'emergenza

Capitolo I.

La prassi degli Stati membri

1.1 Panoramica sulla prassi

Studiare il ricorso alla clausola di deroga convenzionale da parte degli Stati Membri del Consiglio d'Europa è degno d'interesse sotto almeno due aspetti, che rappresentano peraltro anche i due approcci con i quali ci si può avvicinare all'argomento.

Da un lato, già ad una rapida lettura della pagina internet dove sono oggi pubblicate, a cura del Segretariato, tutte le notifiche inoltrate dagli Stati dal 1953 ad oggi, si ha davanti una casistica assai ampia, che comprende molte tra le crisi e i rivolgimenti politici più importanti che hanno toccato l'Europa (e non solo) negli ultimi settant'anni¹.

Dall'altro lato, una certa importanza l'hanno anche le note verbali di per sé, in quanto atti formali di notifica, nonché l'evoluzione della prassi degli Stati in questo ambito.

Se il primo profilo è probabilmente quello di maggiore interesse per uno storico, il secondo lo è per il giurista. A scampo d'un eccesso di formalismo, si è infatti mostrato nella parte precedente come quello degli oneri di notifica e informazione da parte degli Stati sia tutt'ora uno dei temi aperti, e forse meno battuti, tra quelli legati all'Articolo 15 CEDU.

Quanto scritto sopra non toglie però nulla alla necessità di una giusta consapevolezza degli eventi storici posti dietro ogni ricorso alla clausola di deroga e a ogni atto di notifica. Su questi eventi, di solito, le note verbali dicono poco, spesso con informazioni parziali e a volte anche

¹ Il testo completo di tutte le lettere di notifica contenenti le dichiarazioni di deroga, i loro rinnovi e le loro revoche, è disponibile sul sito internet del *Treaty Office* del Consiglio d'Europa, alla voce *Reservation and Declarations for Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, facendo riferimento alla sezione pertinente per ogni Stato membro. L'indirizzo è: <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=>. È inoltre possibile restringere il campo di ricerca ai singoli Stati Membri. La consultazione diretta tramite la pagina sopra indicata riporta anche il testo delle deroghe più risalenti, di cui non sarebbe altrimenti reperibile il testo sui siti ufficiali del CoE. Inoltre, vi sono sempre riportati i collegamenti ad eventuali allegati o link a siti nazionali, ove presenti nella nota verbale. Per tali ragioni, s'invita a fare riferimento a questa pagina per le deroghe che saranno d'ora in poi citate, delle quali s'indicherà il nominativo esatto assegnato dal *Treaty Office* solo laddove necessario. Dove da quest'ultimo dovesse mancare il termine finale del periodo di deroga, si è scelto di integrarlo, basandosi comunque sulle informazioni date all'indirizzo prima indicato. Solo in via residuale, in questo capitolo e in quello dedicato alle deroghe Covid, si citeranno i documenti protocollati originali contenenti la nota verbale, dove reperibili e scannerizzati dal Segretariato. Per una sistematizzazione delle deroghe tramite criterio tipologico, e non cronologico come da noi scelto, si veda il documento redatto dal Comitato per i diritti umani del CoE, doc. CDDH(2022)R97, cit.

capziose. Una panoramica sui comportamenti degli Stati deve perciò tenere in debita considerazione anche il contesto delle deroghe.

Tale considerazione, come anche l'analisi diacronica, saranno i criteri seguiti nella presente parte della tesi per ripercorrere l'evoluzione 'dinamica' della prassi sviluppata a partire dall'Articolo 15. Protagonisti ne sono tutti gli attori istituzionali entro il Consiglio d'Europa, per quanto si sia scelto di dare complessivamente un maggiore spazio al formarsi della giurisprudenza della Corte e della Commissione, di cui i concreti comportamenti degli Stati rappresentano comunque il necessario antefatto.

Rispetto alla prassi applicativa, alcuni elementi sono d'immediata evidenza. Il primo è che il ricorso all'Articolo 15 accompagna la storia della Convenzione fin dalla sua entrata in vigore e non è mai davvero venuto meno. Il secondo è che alcune delle patologie oggi osservabili per quanto riguarda la prassi e l'atto formale di notifica, ad esempio la mancata indicazione degli Articoli derogati, sono in realtà risalenti, cosa che rivela come in realtà vi sia stata una certa continuità nella pratica degli Stati. Il terzo elemento è che a derogare sono sovente i medesimi Stati, su periodi temporali anche molto lunghi e rispetto ad emergenze, spesso interne, che non sono affatto temporanee, ma vere e proprie "*entrenched emergencies*"².

Prima degli anni '2000, gran parte delle deroghe riguardavano infatti soprattutto due Stati, il Regno Unito e la Turchia, con a seguire un uso più sporadico da parte d'Irlanda e Francia. Un parziale punto di cesura è stata l'espansione a Est del Consiglio d'Europa e il più recente ricorso all'Articolo 15 tra i nuovi Stati Membri, alcuni dei quali paiono avviati peraltro a farne un uso frequente, che sia per le tensioni interne o esterne a cui sono sottoposti, che sia per continuità con una certa predisposizione al ricorso a stati d'emergenza interni, ereditata dal precedente ordinamento socialista.

1.2 La decolonizzazione

Andando con ordine, i primi casi d'attivazione dell'Articolo 15 non si ebbero però su suolo europeo, quanto piuttosto nei possedimenti territoriali dell'Impero britannico, già a partire dal maggio 1954, a pochi mesi dall'entrata in vigore della Convenzione (nel settembre 1953). Il contesto di queste prime deroghe si lega alla genesi stessa della clausola emergenziale entro la

² L'espressione è stata usata da O. Gross in *Once More*, cit., p. 442 nel 1998 e in seguito spesso ripresa da altri autori, ad esempio K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit.

CEDU, che, come si è detto, deve non poco al tentativo di salvaguardare l'impero coloniale inglese e, al contempo, all'applicazione formale della Convenzione in ogni territorio sottoposto al controllo britannico.

Fra gli anni '50 e i primi anni '60, il Governo di Sua Maestà ebbe cura di notificare circa una ventina di deroghe, includendovi i territori fra loro più lontani, quali ad esempio il Kenya, la Malesia, Zanzibar, Singapore, la Guyana, Cipro e le allora colonie della Rhodesia settentrionale, Buganda e Aden³.

L'analisi di queste prime deroghe 'coloniali' (alle quali se ne univa però già allora una uguale nella forma ma riguardante l'Irlanda del Nord)⁴ rivela, in primo luogo, che in alcuni casi si notificavano deroghe per territori sottoposti a un regime emergenziale già da prima dell'entrata in vigore della Convenzione⁵. In alcuni di questi territori non si può dunque dire che i diritti convenzionali, nel loro insieme, siano mai stati pienamente goduti dalla popolazione.

D'altra parte, alcune patologie o caratteri propri della prassi di deroga sarebbero proseguiti ben oltre il contesto coloniale, pur essendo questo indubbiamente caratterizzato dalle mancanze a prima vista più gravi.

Leggendo queste prime note di notifica, si può ad esempio notare come le descrizioni delle ragioni che giustificano l'adozione della deroga siano spesso lacunose o alquanto generiche, senza un'indicazione utile del contesto (spesso lotte per l'autodeterminazione dei colonizzati) né di dati quantitativi in grado di aiutare a comprendere se fosse giustificato il ricorso a uno strumento che la lettera dell'Articolo 15 voleva riservato a un pericolo di grave entità, letteralmente "per la vita della nazione".

Al contrario, in alcune note è dato cogliere riferimenti stringati a una "*conspiracy to overthrow the lawfully constituted governments*" (Malesia, 1954), una "*attempted subversion*

³ Per le sole deroghe britanniche e nel periodo coloniale e subito seguente (1950-1970), si veda il seguente indirizzo, sempre dal sito del *Treaty Office*: <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=UK&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=12-31-1970>. Per la prima tornata di deroghe, *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 24 May 1954, registered at the Secretariat General on 24 May 1954 – Or. Engl., Period covered: 24/05/1954 - 12/12/1963*.

⁴ Sull'Irlanda del Nord, si veda *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 27 June 1957, registered at the Secretariat General on 27 June 1957 – Or. Engl., Period covered: 27/06/1957 - 22/08/1984*.

⁵ È il caso della notifica di una serie di misure derogatorie adottate nella colonia di Singapore, le più vecchie delle quali paiono risalire, dal testo della lettera, al 1948. L'esistenza di un generico stato d'emergenza era stata notificata nel 1954, ma, a fronte di nuove e rilevanti misure, una nota d'aggiornamento seguì solo nel 1960. *Communication contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 11 May 1960, registered at the Secretariat General on 11 May 1960 – Or. Engl., Period covered: 11/05/1960 - 16/09/1963*.

of the lawfully constituted government, by terrorists” (Kenya, 1954), una “*dangerous crisis in public order and in the economic life of the territory*” (Guyana, 1954) e perfino a una non meglio precisata “*constitutional crisis*” (Buganda, 1953).

Altra patologia delle deroghe coloniali, mai ripetutasi in seguito in modo così grave, è il ritardo con cui alcune di esse furono notificate, superiore in certi casi ad un anno.

Addirittura, alcune note comprendono, nello stesso atto, sia la comunicazione della deroga sia quella della sua fine, cumulando al ritardo il problema del loro eventuale valore retroattivo e, soprattutto, vanificando qualsiasi ipotesi di controllo esercitabile in costanza di deroga (si tratta ad esempio dei casi di Aden, Buganda, Seychelles e Kenya).

Per quanto riguarda i contenuti delle note, se si è già detto che queste sono alquanto povere di informazioni fattuali, sul lato dei diritti derogati tendono invece a essere più precise. Pur con alcune eccezioni, nelle quali gli Articoli della Convenzione non sono indicati (Rhodesia 1957, Aden 1960), la regola è piuttosto la loro individuazione, con un’evidente difformità da quella che sarà invece la prassi generale dei decenni immediatamente successivi, ad esempio nella questione nord-irlandese.

L’Articolo derogato nella totalità dei casi è l’Articolo 5 CEDU (“Diritto alla libertà e alla sicurezza”), di norma senza altre specificazioni. Si tratta in effetti della disposizione che sarà più spesso oggetto di deroga in circostanze emergenziali, per tutta la storia della Convenzione, ma in questi casi ciò sembra legarsi anche ai metodi tipici del diritto emergenziale messo in campo dalla tradizione legale britannica nelle colonie, una volta superata l’applicazione della *martial law* a favore di *regulations* di valore legislativo, adottate dalle autorità coloniali nell’ambito di una cornice normativa preimpostata dalla madrepatria. Come descrive bene Brian Simpson, in questi casi strumenti principali per mantenere l’ordine nell’Impero erano proprio la detenzione extra-giudiziale e l’esilio o obbligo di residenza forzati, ed entrambi richiedevano giocoforza una deroga all’Articolo 5⁶.

Se si guarda alla redazione e alla completezza delle notifiche, si riscontra comunque una certa varietà a seconda dei diversi territori sotto controllo britannico, spiegabile anche col fatto che, se lo Stato Membro era sempre il medesimo, le deroghe coprivano misure adottate dalle autorità localmente competenti entro l’Impero. Il fatto non è privo d’importanza, se si considera ad esempio che nel caso delle deroghe adottate per sedare la rivolta sull’isola di Cipro tra il 1955

⁶ Si veda la descrizione dell’evoluzione del diritto coloniale britannico fino al secondo dopoguerra in B. Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 78-90 e specie 88-90, nonché quanto scritto sulle origini storiche dell’Articolo 15.

e il 1959, vicenda portata davanti alla Commissione come ricorso interstatale, le singole misure (aventi forza di legge) erano state prese dal Governo (britannico) sull'isola, non direttamente da Londra, e la posizione avanzata e poi accettata davanti alla Commissione vedeva le autorità coloniali *in loco* come le legittime istituzioni su cui gravava la minaccia “alla vita della nazione” ai sensi dell'Articolo 15.⁷

Il ‘*caso di Cipro*’ costituirà anche il primo precedente su cui andrà poi a costituirsi la giurisprudenza sull'Articolo 15, per quanto in parte oscurato dal successivo e più conosciuto caso *Lawless*. Entrambi saranno oggetto d'analisi nel prossimo paragrafo, ma vale la pena di segnalare che l'importanza della vicenda cipriota, che opponeva la Grecia al Regno Unito e fu il primo ricorso interstatale davanti alla Commissione, ebbe un impatto anche sotto il profilo della pubblicità da dare all'atto di notifica dello Stato. A fronte della posizione britannica, a favore del dovere di riservatezza del Segretario Generale, prevalse infatti, anche sotto la spinta dell'Assemblea Consultiva del CoE, la linea della pubblicità dell'atto, d'allora sempre confermata o estesa⁸.

1.3. Le deroghe fino al 2000: tra lotta politica e terrorismo

La stagione delle deroghe ‘coloniali’ si conclude grossomodo coi primi anni ‘60, laddove molte deroghe britanniche non vengono addirittura più nè rinnovate nè ritirate ufficialmente, per via della sopraggiunta indipendenza del territorio interessato⁹.

Tuttavia, la prassi di deroga non si ferma, continuando in Europa e conservando alcuni dei caratteri che si sono già visti, salvo le approssimazioni più evidenti nel fornire informazioni e motivazioni o i ritardi superiori al mese di tempo per la notifica, patologie che pure avevano caratterizzato molte delle deroghe coloniali.

L'Irlanda, sia l'Irlanda del Nord sotto la Corona britannica che la Repubblica irlandese, diventerà per alcuni decenni il ‘laboratorio’ dell'applicazione dell'Articolo 15, anche considerando i numerosi casi giunti alla Corte di Strasburgo.

⁷ La dizione usata nelle note pertinenti è “*the Government of the Colony of Cyprus*”. Per la prima deroga a Cipro, si veda *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 7 October 1955, registered at the Secretariat General on 7 October 1955 – Or. Engl., Period covered: 07/10/1955 - 19/06/1959*.

⁸ CA, Rec. (103) 1956, cit. e già CA, P.-H. Teitgen, *Report*, Doc. 540, 1956, cit.

⁹ Cosa di cui dà atto puntualmente il *Treaty Office* nella sua ricostruzione cronologica, sul proprio sito ufficiale.

Le deroghe legate alla questione irlandese

Soffermiamoci dunque per qualche pagina su queste deroghe, che si estendono dal 1957 al 2001, salvo modifiche e brevi periodi d'interruzione, il più importante dei quali risale agli anni '80.

Tutte riguardano gli scontri con gruppi settari e nazionalisti che facevano ricorso alla lotta armata, prima fra tutte l'*Irish Republican Army* (IRA) e che acquisirono fra gli anni '70 e gli anni '80 una gravità prossima a quella di una guerra civile, per quanto territorialmente circoscritta. Le deroghe 'gemelle' adottate dall'Irlanda repubblicana e dal Regno Unito (per l'Irlanda del Nord) nel 1957 erano motivate proprio da un'ondata di attentati contro le autorità britanniche, dove l'IRA utilizzava però l'Irlanda del Sud come base operativa, una dinamica che in parte si ripeterà negli anni '70 e porterà il Governo irlandese a derogare alla Convenzione per due volte¹⁰.

La prima volta, nel 1957, ciò avrebbe portato a detenzioni amministrative di massa senza supervisione giudiziaria e al primo ricorso individuale della storia della Convenzione, il caso *Lawless c. Irlanda*, portato all'attenzione prima della Commissione e poi della Corte. Fu in questa occasione che i caratteri principali dell'interpretazione 'classica' dell'Articolo 15 si andarono formando, soprattutto per la pubblicità di cui godette il caso, mentre la decisione della Commissione nel precedente caso cipriota sarebbe rimasta secretata ancora per decenni.

Tuttavia, tenendo conto che gli attentati si erano svolti su suolo nord-irlandese e non era affatto certo si fosse raggiunta la magnitudine dell'emergenza richiesta dall'Articolo 15, il formarsi di questa giurisprudenza coincise necessariamente con l'asstarsi di un controllo alquanto indulgente da parte di Corte e Commissione, riassunto in seguito con la celebre formula dell'ampio margine d'apprezzamento (pur non testualmente presente in *Lawless*), specie per quanto riguarda la valutazione del fatto emergenziale.

La maggioranza delle deroghe furono però da parte britannica. Ciò avvenne in un primo momento in rapporto all'attivazione della rigidissima legislazione emergenziale adottata dalle autorità locali nord-irlandesi e risalente al 1922 e poi, dal 1973 in seguito all'adozione diretta

¹⁰ *Derogation contained in a letter from the Secretary General of the Department of External Affairs of Ireland, dated 20 July 1957, registered at the Secretariat General on 22 July 1957 – Or. Engl., Period covered: 22/07/1957 - 09/03/1962; Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ireland, dated 18 October 1976, registered at the Secretariat General on 21 October 1976 – Or. Engl., Period covered: 21/10/1976 - 16/10/1977.* Altri elementi d'interesse per quanto riguarda le deroghe della Repubblica d'Irlanda sono, per la prima fra esse, l'attivazione della legislazione 'draconiana' adottata durante la Seconda Guerra Mondiale, e, per entrambe, il carattere fortemente 'neo-romano' della Costituzione irlandese.

di disposizioni emergenziali da parte del Parlamento e del Governo di Londra. Il panorama delle note verbali trasmesse dai britannici a Strasburgo si presenta così come una serie molto lunga di aggiornamenti e comunicazioni delle nuove disposizioni e dei periodici rinnovi parlamentari, di volta in volta ampliando o circoscrivendo i confini di una deroga comunque in vigore dal 1957.

Nonostante il gran numero di aggiornamenti, il carattere comune di queste deroghe ‘irlandesi’, per entrambi gli Stati coinvolti, è la loro generale lacunosità, sia per quanto riguarda gli elementi di fatto prodotti, di norma mai correlati a dati quantitativi sulla situazione reale, che per quanto riguarda gli Articoli della Convenzione derogati, assenti fin dalle note iniziali del 1957 (dunque una situazione perfino peggiore rispetto alle deroghe ‘coloniali’ quali Cipro)¹¹.

Si può comunque rilevare una generale tempestività, derivata dai criteri generali dettati da *Lawless*, e un progressivo aumento della completezza con la quale sono fornite le informazioni sulle misure introdotte. Se nelle prime note manca perfino l’indicazione della legislazione rilevante, a partire dal 1971 iniziano a essere prodotte da parte britannica copie delle “*relevant Regulations*” (disponibili oggi dietro richiesta al *Treaty Office*) e con la nuova deroga del 1988 viene riportato nella nota stessa un riassunto analitico delle misure e delle loro fonti, nonché un’esplicitazione della disposizione convenzionale derogata, vale a dire l’Articolo 5 CEDU¹².

Proprio le vicende che portarono a questa nuova deroga, dopo un primo ritiro nel 1984, sono però degne d’attenzione. Infatti, il ritiro della deroga era condizionato da parte britannica al ritenere conforme alla Convenzione la legislazione anti-terrorismo nord-irlandese, che aveva però assorbito diversi caratteri mutuati dalle circostanze emergenziali dei decenni precedenti, vista anche la perdurante situazione di violenza. Tuttavia, con la sentenza *Brogan c. Regno Unito* del 1988, la Corte ritenne che il diritto nazionale violasse l’Articolo 5 CEDU, laddove il punto critico era costituito dalla possibilità di detenere un sospettato per cinque giorni, in aggiunta alle prime 48 ore, dietro speciale autorizzazione dei vertici amministrativi, ma senza una decisione giudiziaria e senza che fossero state formulate accuse contro di lui¹³. A seguito

¹¹ Per il testo delle deroghe, si rimanda all’indirizzo: <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=UK&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1956&ddateStatus=04-11-2025>.

¹² *Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of the United Kingdom, dated 23 December 1988, registered at the Secretariat General on 23 December 1988 - Or. Engl. - and withdrawn by a Notification from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 19 February 2001, deposited with the Secretary General on 19 February 2001 - Or. Engl.* Che si trattasse di una deroga all’Art. 5 era indirettamente ricavabile, ma mai reso esplicito, anche in alcune delle deroghe precedenti.

¹³ *Brogan e altri c. Regno Unito*, cit., altra importante e precedente sentenza della Corte sulla deroga britannica in Irlanda del Nord era già stata, nel 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., dove si rinveniva una violazione dell’Art.

di questa decisione, il Regno Unito ricorse a un'apposita deroga, volta a consentire la continua applicazione delle disposizioni anti-terrorismo sull'intero territorio nazionale. Evidentemente, si poneva in questo caso il problema della legittimità, ai sensi dell'Articolo 15, di una deroga che citava come ragione principale una sentenza della Corte, per quanto unita a una situazione di perdurante violenza.

Nella sentenza *Brannigan e McBride c. Regno Unito* del 1993, la Corte avrebbe comunque validato anche questa deroga, con una decisione che costituisce l'assestamento finale e più compiuto della giurisprudenza storica o 'tradizionale' sull'Articolo 15. Nel 2001, infine, la deroga britannica è stata ritirata, pur perdurando fino al 2006 su alcune delle isole della Manica e del Mare d'Irlanda, in quanto dipendenze autonome della Corona.

Le deroghe greche e turche

Se si è voluto trattare in modo unitario il lungo periodo di vigenza delle deroghe collegate al conflitto nord-irlandese, anche per la sua rilevanza sulla giurisprudenza della Corte, bisogna però tener conto che la prassi successiva agli anni '60 conosce altri episodi di rilievo, legati a episodi di violenza politica.

Celebre resta ad esempio il caso greco o *Greek Case*, un ricorso interstatale sollevato da alcuni Stati nord-europei contro la giunta dei cosiddetti 'colonnelli' greci, dopo il golpe del 1967 e la conseguente sospensione di alcuni diritti costituzionali e notifica di deroga, caso terminato con la riscontrata violazione dell'Art. 15 da parte della Commissione e la temporanea fuoriuscita della Grecia dal CoE, fra il 1969 e il 1974.

Numerose sono inoltre le vicende che riguardano l'altro grande Stato derogante, che fu, tra il 1960 e il 1990, la Turchia, spesso per prolungati periodi di tempo e con una casistica assai variegata.

Tuttavia, a differenza del Regno Unito o dell'Irlanda, la Turchia non avrebbe accettato la facoltà di ricorso individuale alla Commissione fino al 1987 e la giurisdizione della Corte fino al 1990. È questo il motivo per il quale non si dà fino alla metà degli anni '90 una giurisprudenza che riguardi le deroghe turche, in assenza di ricorsi interstatali come avvenuto nel caso greco. Si tratta evidentemente di un *vulnus* grave alla Convenzione, in quanto davvero numerosi sono i vizi delle deroghe turche, prese nel loro complesso.

3 CEDU (non derogabile) da parte britannica. Su questi giudizi si tornerà comunque nel corso dei prossimi paragrafi.

Tra esse, un gruppo nutrito è costituito, fra il 1961 e il 1980, da quelle volte a far fronte a presunti o riusciti colpi di stato (adottate a volte dagli stessi governi golpisti e senza una reazione politica europea corrispondente alla vicenda greca), ma anche a sommosse o semplici manifestazioni di protesta¹⁴. Ancora, in certi casi il pericolo viene presentato non solo i termini vaghi, ma anche meramente ipotetici, implicando un ricorso alla deroga a fini preventivi¹⁵. Manca nella maggior parte dei casi l'indicazione degli Articoli derogati e anche l'allegazione o il riassunto delle misure prese. La prima deroga turca, dopo il *golpe* del 1960, giunse inoltre con un ritardo di ben sette mesi rispetto agli eventi.

Una deroga fu inoltre adottata in vista dell'invasione di Cipro del 1974, per quanto limitata alla fase di preparazione delle operazioni militari e alle sole regioni costiere. La delimitazione territoriale è peraltro un elemento ricorrente delle deroghe turche (come giocoforza era già stato nel caso dell'Irlanda del Nord), che giunge al culmine nel caso delle operazioni anti-terrorismo condotte nelle regioni del Sud-Est a partire dal 1990. In questi casi, la deroga indica anche gli Articoli derogati, un elenco molto lungo, che passò dal comprendere gli Articoli 5, 6, 8, 10, 11 e 13 al solo Articolo 5 CEDU, nel 1992.

Tuttavia, a differenza dei casi precedenti, la Turchia aveva ormai riconosciuto sia la possibilità di ricorso individuale che la giurisdizione della Corte. Una situazione che, in un contesto paragonabile a un vero e proprio conflitto armato come quello dello scontro con gli

¹⁴ La deroga del 1970 si esprime nel senso di “*demonstrations*” che avrebbero causato “[...] *damage to public property, have in certain places been of an insurrection character*”. *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 19 June 1970, registered at the Secretariat General on 19 June 1970 – Or. Fr. – and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 19 September 1970, registered at the Secretariat General on 29 September 1970 – Or. Fr.* Per queste deroghe e le seguenti, si rimanda comunque all'indirizzo: <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=TUR&numSte=005&enVigueur=false&ddateDcbut=05-05-1949&ddateStatus=04-11-2015>.

¹⁵ Nella deroga del 1971 si legge, ad esempio, che: “*The state of siege was proclaimed following the appearance of clear evidence showing that the attitude of certain groups and the anarchical behaviour, noted for some time past, were of such a nature not only as to trouble public opinion and security but in reality represented powerful and active plots against the fundamental order of the State and the territorial integrity of the country*”. *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 30 April 1971, registered at the Secretariat General on 4 May 1971 – Or. Fr. – and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 14 September 1973, registered at the Secretariat General on 17 September 1973 – Or. Fr., completed by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 27 September 1973, registered at the Secretariat General on 27 September 1973 – Or. Fr.* Nel 1980 si comunica invece che: “*The reasons for decreeing martial law in the whole of the territory are: the serious threats to internal peace, the total paralysis of the democratic regime, the situation which was endangering fundamental rights and freedoms in the country*”. *Derogation contained in two Notes verbales from the Permanent Representation of Turkey, dated 12 September 1980, registered at the Secretariat General on 12 September 1980 – Or. Fr.*

indipendentisti curdi del Sud-Est, avrebbe dato luogo a un massiccio contenzioso, comprensivo di casi di condanna eclatanti come *Aksoy c. Turchia* del 1996¹⁶.

La prima deroga francese

Da ultimo, tornando ai precedenti rimasti privi di giurisprudenza, anche il Governo francese ricorse a una deroga alla Convenzione (Convenzione peraltro ratificata dalla Francia solo nel 1974 e con una discussa riserva riguardante proprio l'interpretazione degli stati d'emergenza in sintonia con il diritto interno)¹⁷ davanti ai moti verificatisi nel territorio d'oltremare della Nuova Caledonia nel 1985.

La deroga francese, per quanto di breve durata, non menzionava in quel caso i diritti derogati, riguardando peraltro un contesto che, se non poteva più dirsi propriamente coloniale, con la storia coloniale aveva però molto a che fare, visto che la ragione della deroga, adottata su pressione delle autorità francesi inviate *in loco*, furono gli scontri tra lealisti di origine europea e indipendenti di etnia kanaka¹⁸.

¹⁶ Per un resoconto del contesto della 'questione curda' di fronte alla Corte EDU, Michael D. Goldhaber, *A People's History of the European Court of Human Rights*, Rutgers University Press, New Brunswick (New Jersey and London), 2007, pp. 123-149.

¹⁷ Si veda *Reservation contained in the instrument of ratification, deposited on 3 May 1974 - Or. Fr.*, il cui testo, nella traduzione ufficiale inglese pubblicata sul sito del *Treaty Office*, prevede che: "The Government of the Republic, in accordance with Article 64 of the Convention [Article 57 since the entry into force of the Protocol No 11], makes a reservation in respect of paragraph 1 of Article 15, to the effect, firstly, that the circumstances specified in Article 16 of the Constitution regarding the implementation of that Article, in Section 1 of the Act of 3 April 1878 and in the Act of 9 August 1849 regarding proclamation of a state of siege, and in Section 1 of Act No. 55-385 of 3 April 1955 regarding proclamation of a state of emergency, and in which it is permissible to apply the provisions of those texts, must be understood as complying with the purpose of Article 15 of the Convention and that, secondly, for the interpretation and application of Article 16 of the Constitution of the Republic, the terms to the extent strictly required by the exigencies of the situation shall not restrict the power of the President of the Republic to take the measures required by the circumstances". Dubitano della conformità della Riserva alla CEDU, alla luce del divieto di riserve di carattere generale di cui all'Articolo 57 CEDU, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, pp. 556-557.

¹⁸ *Derogation contained in a letter from the Chargé d'affaires a.i. of France, dated 7 February 1985, registered at the Secretariat General on 8 February 1985 - Or. Fr. - and withdrawn by a letter from the Chargé d'affaires a.i. of France, dated 2 September 1985, registered at the Secretariat General on 3 September 1985 - Or. Fr., Period covered: 08/02/1985 - 30/06/1985*. La Nuova Caledonia, già colonia francese, poi *territoire d'outre-mer*, divenne una collettività a statuto speciale, ai sensi del Titolo XIII della Costituzione francese (articoli 76 e 77), con gli accordi di Noumea del 1998. Tuttavia, la storia di questo territorio è stata di recente contraddistinta da nuove violenze che, nel maggio 2024, sono state all'origine di un esercizio dei poteri emergenziali interni da parte dello Stato francese (*état d'urgence* ex l. 55-385 del 3 aprile 1955 e applicazione della teoria delle *circonstances exceptionnelles*). Non vi è più stata, tuttavia, una deroga alla Convenzione.

1.4 I primi anni '2000: il caso britannico e il relativo declino delle deroghe

I primi anni '2000 sono quelli dell'adesione dei Paesi ex socialisti al Consiglio d'Europa e alla Convenzione EDU, già iniziata nel decennio precedente, nonché della 'rivoluzione' costituita dal Protocollo n. 11, dalla creazione di una Corte permanente e della definitiva sostituzione della vecchia Commissione.

In questo quadro, si può in effetti parlare di una riduzione delle deroghe, in concomitanza con il parziale superamento di alcuni conflitti (quello nord-irlandese, quello curdo) che erano stati alla base dell'uso sistematico della *derogation clause*.

Anche l'ulteriore istituzionalizzazione degli organi 'garanti' della CEDU, la Corte ma anche la nuova figura del Commissario per i diritti umani (dal 1999), e il recepimento della Convenzione in una posizione costituzionale o comunque sovra-legislativa entro la maggior parte degli ordinamenti degli Stati Membri deponevano indirettamente per un maggior controllo sul ricorso alle deroghe, se non per un loro progressivo declino¹⁹.

Al contempo, si riscontravano però anche segnali meno confortanti. Anche se non in modo generalizzato, alcuni Stati dell'ex blocco sovietico ricorsero all'Articolo 15 davanti a circostanze, quali proteste o crisi politiche, che, per quanto non prive di episodi di violenza, difficilmente raggiungevano i requisiti di severità previsti dall'Articolo e si prestarono ad episodi d'abuso da parte delle autorità. È questo il caso delle deroghe di Georgia e Armenia alla fine del decennio, ma già nel 1997 l'Albania aveva derogato a diritti quali le libertà di stampa e riunione, pur di fronte a una situazione di gravi disordini civili, della quale la nota verbale offre una descrizione precisa²⁰.

¹⁹ Per una panoramica generale sul ruolo occupato dalla Convenzione come fonte nei vari ordinamenti nazionali, nonché dell'impatto della giurisprudenza della Corte, Harris D. e AA., *Law, cit.*, pp. 30-34 e l'ampia bibliografia ivi citata. Più nel dettaglio, A. Seibert-Fohr, M.E. Villiger (curr.) *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, in *Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*, Nomos, Baden-Baden, 2014; H. Keller, A. Stone Sweet (curr.), *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2008.

²⁰ La deroga albanese cita solo alcuni Articoli della CEDU, ad esempio l'Art. 10, ma dalle misure prese e dai corrispondenti diritti costituzionali esplicitamente sospesi ("*suspended*") si può ricavare una portata assai più ampia delle misure. Inoltre vi è dato riscontrare una certa confusione tra le restrizioni ordinariamente permesse per alcuni diritti (es. la libertà di stampa) e la deroga, elemento che tornerà nelle notifiche 'pandemiche' del 2020. *Derogation contained in a Note Verbale from the Ministry for Foreign Affairs of Albania, dated 4 March 1997, registered at the Secretariat General on 10 March 1997 - Or. Engl., Period covered: 10/03/1997 - 24/07/1997*. Nel caso della deroga georgiana del 2007 i diritti derogati sono indirettamente ricavabili dal raffronto con quelli costituzionali. Si veda *Declaration contained in a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 7 November 2007, registered at the Secretariat General on 9 November 2007 - Or. Engl. - and withdrawn by a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 16 November 2007, registered at the Secretariat General on 19 November 2007 - Or. Engl.* Invece, nel caso armeno, a una prima deroga priva di specificazioni

Forse anche più preoccupante, la ritrosia degli Stati a derogare acuì il fenomeno delle cosiddette *de facto emergencies*. Ciò appare evidente guardando ai conflitti armati internazionali del decennio, dall'intervento britannico in Iraq alla guerra russo-georgiana del 2008, ma anche rispetto a conflitti armati interni come la seconda guerra cecena, nel corso della quale pure furono commesse gravi lesioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, senza che fosse notificata alcuna deroga²¹.

D'altra parte, la cosiddetta guerra globale al terrorismo, successiva agli attentati terroristici islamisti del 2001 e alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nn. 1368 e 1373, creava un clima fertile all'introduzione di disposizioni emergenziali anche in Europa occidentale²². Nell'Introduzione, si è indirettamente fatto cenno al fenomeno prendendo le teorie della dottrina anglo-americana, ma a queste teorie si univa naturalmente anche una prassi che, se negli USA portò all'adozione del *Patriot Act*, doveva esercitare la sua influenza anche sul Regno Unito²³.

Si è già visto come il ricorso alla deroga fosse stato del resto da sempre ricorrente da parte britannica, almeno su alcune parti del proprio territorio. La fine della precedente deroga, legata alla questione irlandese, vide dunque l'adozione quasi immediata (nel 2001) di una seconda, questa volta rivolta al terrorismo islamista²⁴.

Si può peraltro osservare che il Regno Unito fu l'unico Stato a ricorrere a tale strumento entro il CoE e che lo fece ben prima degli attentati terroristici che si verificarono effettivamente a Londra nel 2005. Si trattò dunque a tutti gli effetti di una deroga preventiva.

Altra caratteristica della deroga britannica, che l'accomuna sostanzialmente alla precedente del 1988, è la sua natura circoscritta, ma sostanzialmente motivata dalla necessità di eludere o circoscrivere gli effetti di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Durante le

doveva seguire, dopo il verificarsi dei fatti più gravi, una comunicazione che ne delimitava la portata agli Artt. 8(1), 10(1), 11.(1) CEDU e all'Art. 2(1) P.4. *Derogation contained in a Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Armenia, dated 2 March 2008, transmitted by the Permanent Representation of Armenia and registered by the Secretariat General on 4 March 2008 - Or. Engl., Period covered: 04/03/2008 - 21/03/2008*. Sul caso armeno, si vedano anche gli abusi documentati in PACE, *Resolution 1659 (2009), Protection of human rights in emergency situations*, 27 aprile 2009 e nelle sentenze *Dareskizb Ltd c. Armenia*, cit. e *Barseghyan c. Armenia*, cit.

²¹ Il riferimento è alle già citate *Hassan c. Regno Unito*, cit., *Georgia c. Russia (II)*, cit. e, per le violazioni occorse in un conflitto non internazionale, *Isayeva c. Russia*, cit.

²² *United Nations Security Council (UN SC), Resolution 1368 (2001)*, 12 settembre 2001 e *Res. 1373 (2001)*, 28 settembre 2001.

²³ *United States Congress, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (US Patriot Act)*, approvato il 26 ottobre 2001.

²⁴ *Derogation contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 18 December 2001, registered by the Secretariat General on 18 December 2001 - Or. Engl.Engl. - and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom dated 16 March 2005, registered at the Secretariat General on 16 March 2005 - Or. Engl.*

vicende nord-irlandesi, si era trattato di evitare l'applicazione della sentenza *Brogan* del 1988, nel 2001, di attenuare gli effetti della sentenza *Chahal*, che aveva stabilito l'impossibilità di detenere a tempo indeterminato i cittadini stranieri che non potevano essere rimpatriati nello Stato d'origine, in ragione del rischio di sottoposizione a tortura o trattamenti disumani o degradanti²⁵.

Nonostante i profili criticabili della deroga, la nota che la contiene presenta comunque un elevato livello di precisione nel descrivere sia le misure anti-terrorismo adottate, sia le disposizioni derogate (l'Art. 5.1(f) CEDU) e le ragioni giuridiche per farlo. Seguendo una prassi del resto generalizzata, sono invece le motivazioni di fatto in merito alla necessità delle misure a risultare carenti.

D'altra parte, è esemplificativo del mutato contesto giuridico del nuovo millennio il fatto che, con l'introduzione dello *Human Rights Act* del 1998, era ormai possibile anche per i tribunali inglesi l'esercizio di un controllo del diritto interno sulla base dei diritti convenzionali, validità e proporzionalità della deroga incluse. Ciò doveva condurre a riscontrare una violazione dell'Articolo 15 sia da parte delle corti nazionali che, nel 2009, della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il primo decennio (o quindicennio) degli anni '2000 sembra insomma chiudersi con un ricorso all'Articolo 15 che, se non è mai venuto meno, appare però ormai fortemente limitato. Da un lato non derogano ormai che pochi Stati, spesso di recente ingresso nel Consiglio d'Europa, dall'altro, e per quanto riguarda il solo caso del Regno Unito, il fenomeno è circoscritto a interventi limitati, per quanto criticabili sotto alcuni profili, ma comunque sottoposti a un controllo rafforzato, a livello interno e sovranazionale.

Sembra anzi più preoccupante il parallelo fenomeno delle cosiddette "emergenze di fatto", sintomo della possibile attitudine degli Stati a evitare ormai di derogare. Tuttavia anche quest'ultimo, fuori dal caso da sempre controverso dei conflitti armati internazionali, riguardava un numero limitato di ordinamenti, per quanto rilevanti, come nel caso della Russia. La circostanza della recente democratizzazione di questi Paesi, unita al rapido accertamento

²⁵ *Chahal c. Regno Unito* (22414/93), GC, 15 novembre 1996.

delle violazioni, poteva del resto avvalorare l'idea di ricondurre anche questo problema alle normali dinamiche di difficile esecuzione della Convenzione e delle decisioni della Corte.

1.5 L'aumento delle deroghe nell'ultimo decennio

Contro i pronostici più ottimisti con i quali si era chiuso il periodo 2000-2015, il decennio che va dal 2015 a oggi ha invece visto una grande ripresa del ricorso alle deroghe alla Convenzione da parte degli Stati. Il fenomeno ha toccato sia stati la cui adesione alla Convenzione è relativamente recente che Stati da tempo parte del sistema, manifestandosi da ultimo anche in collegamento con il deteriorarsi dello scenario geopolitico europeo e globale, nonché di alcune tra le molteplici crisi che hanno attraversato l'Europa, tra cui la pandemia da Covid-19 e l'invasione russa dell'Ucraina.

Andando però con ordine, un momento decisivo appare già il biennio 2015-2016, durante il quale tre importanti Stati del Consiglio d'Europa - Ucraina, Francia e Turchia - notificano una deroga alla Convenzione.

Non da ultimo per la maggiore istituzionalizzazione del sistema del CoE nel suo complesso, abbiamo ormai un crescente e variegato numero di fonti a partire dalle quali studiare queste deroghe. Vi sono ad esempio i *report* e le risoluzioni dell'Assemblea parlamentare - la quale ha mostrato un certo attivismo - documenti redatti da altri organi del CoE, tra cui quelli della Commissione di Venezia, e, ormai, anche una giurisprudenza sull'Articolo 15 che si è notevolmente accresciuta negli ultimi anni.

Vi sono poi gli stessi atti di notifica e da essi si partirà in queste righe, lasciando ai prossimi paragrafi l'analisi della giurisprudenza, la quale peraltro si è pronunciata solo su alcune delle deroghe citate.

Tra esse, conviene iniziare dai casi francese e turco, per trattare la deroga ucraina del 2015, pur contemporanea, in collegamento con la guerra del 2022 e le tensioni politiche in Europa orientale.

Le deroghe francesi e turche

Nel novembre 2015, la Francia notifica il proprio ricorso all'Articolo 15 CEDU sulla scia degli attentati terroristici islamisti che hanno colpito Parigi e che portano, sul piano interno, al ricorso all'*état d'urgence* legislativo previsto dalla legge n. 55-385 del 1955. Il ripetersi degli

attacchi, con la strage di Nizza nel 2016, porterà a rinnovare sia l'*état d'urgence* che la deroga per due anni, fino al novembre 2017²⁶.

In Turchia, il ricorso all'Articolo 15 segue il tentato colpo di stato del luglio 2016, durando però anche qui per quasi due anni e ampliando il novero delle minacce menzionate nella deroga al terrorismo islamista e curdo, oltre che alla presunta rete di congiurati costituita dal cosiddetto "movimento gulenista", responsabile secondo il Governo turco del tentato *golpe*. Durante questo periodo verranno arrestate centinaia di migliaia di persone e licenziati migliaia di funzionari pubblici, tra cui molti giudici. Sarà inoltre adottata una nuova Costituzione, che ha cambiato la forma di Governo turca da parlamentare a presidenziale²⁷.

La caratteristica più evidente di questi due atti di deroga è la mancanza di ogni riferimento agli Articoli della Convenzione, anche via richiamo indiretto ai corrispondenti diritti costituzionali. Da questo punto di vista la simmetria è tale da far quasi pensare che la deroga turca ricalchi deliberatamente quella francese, di poco precedente. La cosa appare di notevole importanza, in quanto, se è vero che già la nota francese del 1985 non conteneva rinvii alle disposizioni sostanziali della CEDU, la prassi successiva agli anni '80 poteva invece dare speranza di una progressiva affermazione della menzione degli Articoli, come avvenuto nelle deroghe britanniche del 1988 e del 2001. Del resto, si è visto come la stessa Turchia avesse, nel 1990 e nel 1992, specificato i diritti derogati e aggiornato il relativo elenco.

Entrambe si applicano inoltre sull'intero territorio dello Stato, in maniera indifferenziata, e offrono una descrizione molto stringata delle ragioni e degli elementi di fatto motivanti la deroga, salvo citare a grandi linee le cause iniziali (gli attentati o il tentato *golpe*)²⁸. Se questa

²⁶ *Declaration contained in a letter from the Permanent Representative of France to the Council of Europe, dated 24 November 2015, registered at the Secretariat General on 24 November 2015 – Or. Fr., doc. JJ8375C Tr./005-203.*

²⁷ *Declaration contained in a letter from the Permanent Representative of Turkey, dated 21 July 2016, registered at the Secretariat General on 21 July 2016 - Or. Engl., and withdrawn in a letter from the Permanent Representative of Turkey, dated 8 August 2018, registered by the Secretariat General on 9 August 2018 - Or. Engl., doc. JJ8190C Tr./005-192.* La riforma costituzionale a cui si fa riferimento nel testo è stata sottoposta e votata dalla popolazione turca nel 2017, entrando in vigore nel 2018. Con "movimento gulenista" si fa riferimento a una presunta rete di seguaci del predicatore, politico e intellettuale turco Fethullah Gülen, che avrebbe infiltrato gli apparati dello Stato e la società civile allo scopo di rovesciare l'ordine costituzionale turco. Gülen è morto nel 2024, in esilio negli USA. Circa la repressione seguita al tentato *golpe* del 2016, dai dati del CoE si ricava che, alla data del gennaio 2018, più di 150.000 dipendenti pubblici erano stati licenziati, con il divieto a vita di essere riassunti nell'amministrazione, tra essi 33.000 insegnanti, 24.000 poliziotti e membri delle forze di sicurezza, 6000 medici, 8000 militari, 5000 docenti universitari e 4560 giudici (tra essi 173 giudici delle corti di vertice e 17 membri dell'organo di autogoverno della magistratura). Altri 4000 giudici erano sospesi a tempo indeterminato. Erano stati chiusi 177 media di vario genere, in specie curdi o vicini all'opposizione di sinistra e 2500 giornalisti avevano così perso il lavoro. 2100 fra scuole, collegi e università private erano state chiuse. 1800 associazioni, fondazioni e sindacati erano stati sciolti con l'accusa di terrorismo e le loro proprietà confiscate. Si veda PACE, Report, *State of emergency*, cit. par. 83.

²⁸ Nelle note verbali francesi, la menzione degli attacchi terroristici lascia il passo, a partire dalle notifiche sui rinnovi d'inizio 2016, alla formula stereotipata e più volte ripetuta della minaccia terroristica come "*an imminent*

reticenza appare comprensibile nell'imminenza delle rispettive crisi, si noti però che neanche i periodici aggiornamenti notificati al SG offrono, nel corso dei due anni, informazioni molto più esaurienti.

Al contrario, in entrambi i casi vi è un'ampia allegazione di atti normativi, che spaziano dalle disposizioni-fonte dello stato d'emergenza interno (di rango costituzionale in Turchia e legislativo in Francia) alle misure applicative di rango primario, quali i numerosi decreti-legge ("*emergency decree-law*" o "*legislative decree*" nei documenti del CoE, da ora anche d.l.) adottati dal Governo turco e gli emendamenti da parte del Legislativo francese alla legge 55-385 del 1955²⁹. Come prassi costante, mancano dati o riferimenti circa le misure amministrative adottate. Il testo originale delle disposizioni di diritto interno è comunque allegato e, nel caso turco, tradotto in inglese.

Proprio nel caso turco, si osserva tuttavia come i decreti-legge finiscano per disciplinare in realtà un novero di materie ben più ampio della sola emergenza invocata, incidendo stabilmente sull'organizzazione della giustizia, dell'istruzione e in ambito economico³⁰.

Per valutare appieno questo aspetto, si deve considerare che, nell'ordinamento turco, i d.l. emanabili dopo la proclamazione dello stato d'emergenza vanno sì presentati entro trenta giorni al Parlamento perché li converta, ma solo quelli non *presentati* perdono efficacia, e comunque non retroattivamente, senza conseguenze sulla validità dell'atto in caso di tardivo esame parlamentare. Sul piano sostanziale, si tratta inoltre di una fonte in grado di sospendere l'esercizio dei diritti fondamentali (Articolo 15 della Costituzione turca del 1982)³¹, con l'eccezione di alcuni diritti inviolabili e, almeno adottando un'interpretazione garantista, degli obblighi internazionali (quali la CEDU). I decreti-legge emergenziali sono inoltre praticamente del tutto sottratti al controllo di costituzionalità della Corte costituzionale³².

danger resulting from serious breaches of public order". Si vedano *Declaration contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of France, dated 25 February 2016, registered at the Secretariat General on 25 February 2016 - Or. Fr.* e le seguenti.

²⁹ Le disposizioni interessate della Costituzione turca del 1982 erano gli Artt. 15, 119, 120 e 121 e la legge n. 2935 25 ottobre 1983 sullo stato d'emergenza. Per la Francia il riferimento è alla nota legge n. 55-385 del 3 aprile 1955 sull'"*état d'urgence*", in assenza di ricorso agli Artt. 16 o 19 Cost.

³⁰ PACE, Report, *State of emergency*, cit., par. 77

³¹ Una traduzione inglese della Costituzione turca, come emendata nel 2017, è l'*Official translation published by the Grand National Assembly of Turkey, Department of Laws and Resolutions*, del maggio 2019 e si trova anche sul sito della Commissione di Venezia, all'indirizzo [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2024\)029-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2024)029-e).

³² PACE, Report, *State of emergency*, cit. par. 82, dove quanto sopra descritto viene comunque presentato come una patologia rispetto al dettato della Costituzione, almeno nel testo precedente alla revisione del 2017. Vedremo più avanti che un margine di controllo giurisdizionale sui d.l. deriva dai ricorsi costituzionali individuali sulla lesione dei diritti.

Uno strumento dunque dotato di ben meno salvaguardie dell'omonimo italiano. Dal rapporto PACE del 2018, apprendiamo inoltre che il testo di alcuni di questi decreti è stato notificato dalle autorità turche al SG con notevole ritardo³³.

Quanto al contenuto delle misure adottate in Francia e Turchia, di più si dirà analizzando le rispettive giurisprudenze della Corte EDU, che hanno il pregio di consentire fra l'altro un'osservazione diretta della prassi applicativa.

Basti per ora notare che in Francia, dove le restrizioni straordinarie ai diritti sono state certamente meno pronunciate che in Turchia, si è fatto ricorso alle disposizioni della legge del 1955 sull'*état d'urgence* che consentono di limitare o sospendere in modo generalizzato la circolazione di persone o veicoli, nonché l'accesso a determinate aree ed eventi. Vi è inoltre stato un ampio ricorso a misure d'assegnazione forzata o divieto di residenza ("*residence ban*" e "*restricted residence*" nei documenti in inglese del CoE), mentre la medesima legge consente anche lo scioglimento di associazioni o gruppi che minacciano l'ordine pubblico, nonché il blocco di siti internet³⁴. Quel che più rileva, il controllo sulle misure è stato deferito al giudice amministrativo e reso comunque successivo alla loro applicazione, laddove invece, in tempi normali, per almeno alcune tra esse sarebbe stata l'autorità giudiziaria a intervenire in via preliminare. Gli aggiornamenti delle note consentono comunque di apprezzare una progressiva evoluzione, dettata anche dalle pronunce delle corti nazionali, e un aumento delle garanzie previste dalla legge del 1955.

Il caso turco è più complesso, sia per la mole maggiore d'interventi, sia per la loro entità. Le direttrici principali, ciascuna ormai corrispondente a un filone di decisioni della Corte EDU, sono comunque costituite in primo luogo dalla detenzione preventiva di decine di migliaia di persone, con un generale intervento di deroga di molte garanzie processuali, quali la segretezza delle comunicazioni tra cliente e avvocato. Si è poi proceduto al licenziamento, con procedure speciali e accelerate, di centinaia di migliaia di pubblici funzionari e alla chiusura o scioglimento di giornali e media, università e sindacati. Sono state inoltre sospese o fortemente ridotte le immunità a tutela di magistratura e membri del Parlamento, sia per quanto riguarda gli arresti che il licenziamento. Si riscontrano inoltre una serie di interpretazioni e mutamenti di giurisprudenza da parte della magistratura nazionale che, a disposizioni invariate, abbassano

³³ Ivi, par. 70.

³⁴ Il blocco di siti internet previsto dal testo della legge del 1955, emendato, e nella specie la sospensione del *social network* TikTok, è stato ancora di recente utilizzato, pur senza deroga alla CEDU, durante i moti in Nuova Caledonia del 2024.

di molto la tutela dei diritti, ad esempio per giudicare sull'appartenenza a movimenti considerati terroristici.

Da ultimo, è dato osservare una tendenza alla normalizzazione dell'emergenza, o comunque una capacità di quest'ultima a determinare cambiamenti stabili nel diritto, in entrambi gli Stati, pur con le dovute differenze. In Turchia si è avuta una revisione costituzionale votata dal corpo elettorale durante lo stato d'emergenza ed entrata in vigore dal 2018. In Francia fu proposto dal Governo in carica durante il biennio 2015-2017 di costituzionalizzare l'*état d'urgence* e, pur venendo poi abbandonato il progetto, già il Rapporto PACE del 2018 notava come molte delle misure temporanee fossero confluite nel diritto ordinario con una legge del 2017. Forse anche per questa ragione, la relativa comunicazione francese adotta una formula piuttosto sibillina per indicare solo indirettamente la revoca della deroga, menzionando il mancato rinnovo dello stato d'emergenza interno, ma nulla dicendo sulle relative disposizioni di legge nazionali, e non includendo la formula di rito sulla piena esecuzione della Convenzione³⁵.

Le deroghe adottate nell'area ex-sovietica

Descritta la situazione di fatto e le due note verbali da cui prenderà le mosse la giurisprudenza posteriore al 2018, veniamo ora invece alla deroga o, meglio, alle deroghe, notificate dall'Ucraina a partire dal 2015.

Nella prima fase, anteriore alla guerra del 2022, queste si caratterizzano per essere limitate a soltanto una parte del territorio dello Stato, con una lista delle regioni interessate notificata al Segretariato alcuni mesi dopo la deroga e sempre aggiornata.

In generale, la qualità delle note ucraina è alta, sia per quanto riguarda il dettaglio delle informazioni fornite, comprensive anche di dati quantitativi sulla situazione in corso, sia per il livello di precisione con la quale gli Articoli e i diritti derogati (della CEDU e del ICCPR) sono correlati alle pertinenti disposizioni nazionali. Un tale livello potrebbe anche essere collegato alla consulenza prestata dallo stesso Segretariato, come si ricava dal rapporto PACE del 2018³⁶.

³⁵ PACE, *Report, State of emergency*, cit., parr. 64-65, il riferimento è alla l. n 2017-1510, 30 ottobre 2017, nota come Loi SILT (*Sécurité Intérieure et Lutte contre le Terrorisme*). Si consideri che una stranezza della prima nota francese del 2015 era già la propria denominazione come mera *declaration*, e non *derogation*, dove solo di sfuggita si menzionava il fatto che le misure adottate “*may involve a derogation*”. Doc. JJ8375C Tr./005-203 (trad. ing.), cit.

³⁶ Per la prima notifica, *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 5 June 2015, registered at the Secretariat General on 9 June 2015 - Or. Engl.* La lista dei territori in cui si applica la deroga è in *Declaration contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 3 November 2015, registered at the Secretariat General on 4 November 2015 - Or. Engl.*

Forse anche per i tempi necessari a tali consultazioni, alla deliberazione parlamentare a monte della decisione di derogare o per la difficile situazione politica interna alle istituzioni del Paese tra il 2014 e il 2015, la deroga è stata però notificata con un sensibile ritardo rispetto alle prime misure legislative qualificate come derogatorie dalla nota stessa. Tra l'approvazione delle misure e la notifica è trascorso quasi un anno, un tempo anche maggiore per l'elenco dei territori interessati³⁷. Anche accettando la tesi del carattere retroattivo e non costitutivo della notifica, ammettere l'applicazione dell'Articolo 15 anche rispetto a fatti accaduti in un periodo tanto antecedente al momento nel quale le misure sono divenuti conoscibili all'esterno dello Stato solleva effettivamente dei problemi di garanzia dei diritti e della loro tutela collettiva. Ciò in particolare se si considera che fino al 2022 le disposizioni emergenziali contenute nella Costituzione ucraina non erano state attivate (gli interventi erano tutti di rango legislativo) né la Corte costituzionale ucraina aveva avuto occasione d'esprimersi sulla legittimità delle misure, come invece di recente accaduto³⁸. Ad oggi, quello del ritardo della deroga ucraina resta in ogni caso un aspetto mai posto all'attenzione della Corte di Strasburgo.

Un altro aspetto da rilevare è che l'operazione condotta nell'Est del Paese, indicata come motivazione della sottoposizione di questi territori alla deroga, è stata qualificata inizialmente come un'operazione antiterrorismo, pur ricavandosi dalla deroga del 2015 il carattere di vero e proprio conflitto armato degli scontri in atto.

La questione non aveva prima del 2022 un valore meramente terminologico, in quanto la diversa qualificazione rilevava nell'applicare o meno il diritto internazionale umanitario. Al riguardo, con una nuova comunicazione del 2019 è stato notificato l'avvio di quella che veniva definita nella nota verbale come “*Joint Force Operation*”, della quale era chiaro il carattere militare e la sottoposizione al diritto di guerra (tra il 2019 e il 2022)³⁹.

Per quanto riguarda le disposizioni derogate nel 2015, si tratta degli Articoli 5, 6, 8 e 13 CEDU e dell'Art. 2 Protocollo 4, con un parziale ritiro nel 2019. Tra le misure più rilevanti, si

³⁷ PACE, *Report, State of emergency*, cit., par. 26. Le prime leggi emergenziali risalgono al 2014.

³⁸ Il riferimento è alla decisione della Corte costituzione ucraina n. 8-r(II)/2024 del 18 luglio 2024, che ha dichiarato incostituzionale alcune norme di procedura penale vigenti sotto la legge marziale dichiarata dal febbraio 2022. Si veda il comunicato della *Ukrainian National Bar Association* dal titolo *Automatic extension of detention violates the right to defense - Constitutional Court*, del 24 luglio 2024, all'indirizzo <https://en.unba.org.ua/activity/news/9380-automatic-extension-of-detention-violates-the-right-to-defense-constitutional-court.html>. Per le considerazioni espresse sulla non attivazione di uno tra gli stati d'emergenza costituzionali e sulla mancata sottoposizione alla Corte costituzione delle leggi emergenziali successive al 2014 e antecedenti al 2022, PACE, *Report, State of emergency*, cit., par. 27 e 34.

³⁹ *Communication and Partial withdrawal of a derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 29 November 2019, registered by the Secretariat General on 3 December 2019 - Or. Engl.*, doc. JJ8991C Tr./005-224. Rilevavano il problema, prima del 2019, H. Benedikt e O. Plotnikov., in *Ukraine's Derogation from the European Convention on Human Rights, Austrian Review of International and European Law*, 22, 2019, pp. 29-66.

annoverano la possibilità d'imporre coprifuochi, altre restrizioni alla libertà di movimento e di condurre perquisizioni da parte delle autorità militari e civili nelle zone delle operazioni, nonché di detenere sospetti terroristi per un periodo estendibile fino a 30 giorni, senza autorizzazione giudiziaria. Disposizione quest'ultima che non sembra aver trovato applicazione in tutta la sua possibile estensione, ma che si pone in conflitto con la giurisprudenza della Corte nel caso *Aksoy c. Turchia*⁴⁰.

Come noto, nel febbraio 2022 la Federazione Russa ha aggredito militarmente l'Ucraina, con conseguente dichiarazione della legge marziale sull'intero territorio, mentre lo stato d'emergenza si applica soltanto in alcune regioni del Paese aggredito⁴¹.

A partire dai primi aggiornamenti, anche questa nuova deroga si caratterizza per un buon grado di precisione. Assai ampio è comunque l'elenco dei diritti coinvolti e le restrizioni risultano molto incisive. In particolare, si è già fatto cenno al delicato problema della deroga alla libertà di religione, qualificata come non derogabile dall'ICCPR⁴². L'elenco è stato anche in questo caso rivisto nel 2024, e la deroga tutt'ora in vigore riguarda gli Articoli 8, 10, 11 CEDU, 1, 2, 3 del P. 1, e l'Articolo 2 del P. 4. Un elenco ampio, ma che non include più la libertà di religione⁴³.

A causa del conflitto nello Stato vicino, anche la Moldavia ha adottato, tra il marzo 2022 e l'aprile 2024, una deroga 'aperta' o indeterminata, ma che menziona per certo l'Articolo 10 CEDU. Ciò pur dovendosi comunque notare che questa deroga segue senza soluzione di continuità una precedente sospensione, dalla formulazione anche in questo caso assai discutibile in quanto aperta, adottata per ragioni di crisi energetica nel febbraio 2022 (come già nel 2021)⁴⁴.

⁴⁰ PACE, *Report, State of emergency*, cit., par. 36, dove si precisa che secondo le autorità ucraine il periodo in oggetto non ha mai superato nella pratica i 5 giorni di detenzione, che si pongono però comunque oltre i limiti del caso *Aksoy* (vedi il paragrafo dedicato nel prossimo capitolo).

⁴¹ Entrambi i tipi di stato d'emergenza citati nel testo sono previsti direttamente dalla Costituzione ucraina. Per la nota verbale, in seguito aggiornata a ogni rinnovo della legge marziale, vedi *Derogation contained in the Note Verbale No. 31011/32-017-3 from the Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe, dated 28 February 2022, registered at the Secretariat General on 1 March 2022 – Or. Engl.*, doc. JJ9325C Tr./005-287.

⁴² La deroga menziona gli Artt. 4(3), 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16 CEDU, gli Artt. 1, 2, 3 P. 1 e l'Art. 2 P. 4. per un'analisi completa della deroga del 2022 si rimanda alle osservazioni del *Council of Europe's Division of Co-operation Programmes, Legal analysis of the derogation*, cit.

⁴³ *Partial withdrawal of derogation contained in Note verbale No. 31011/32-119-46585 from the Permanent Representation of Ukraine, dated 4 April 2024, registered at the Secretariat General on 5 April 2024, concerning Articles 4.3, 9, 13, 14 and 16 of the Convention - Or. Engl.*

⁴⁴ Tutte le deroghe moldave usano la formula della necessità di una deroga “[...] from the application of certain provisions of the Convention and its Protocols, including the article 10 of the Convention”. Così ad esempio in *Derogation contained in the Note verbale No. FRA-CoE/352/81 from the Permanent Representation of Moldova to the Council of Europe, dated 25 February 2022, registered at the Secretariat General on 25 February 2022 - Or. Engl.* Nel marzo 2022, sul piano interno è stato attivato uno stato d'emergenza costituzionale (la Costituzione moldava prevede all'Art. 66 m) tre tipologie emergenziali che le note traducono come “*state of national*

Sempre nell'area ex sovietica, quella ucraina non è poi stata l'unica deroga causata da un conflitto armato tra Stati Membri, in quanto sia l'Armenia che l'Azerbaijan avevano già derogato in occasione della guerra scoppiata nel 2020 per il controllo della regione del Nagorno-Karabakh. Entrambe le deroghe si riferiscono comunque alla necessità di respingere un'aggressione ai confini internazionalmente riconosciuti dello Stato e non fanno perciò venir meno la prassi di non derogare in caso d'intervento extraterritoriale⁴⁵.

Altre deroghe e conclusioni

Le deroghe degli ultimi dieci anni includono però naturalmente anche quelle del periodo pandemico, con ben dieci Stati deroganti nel solo 2020. Questo significa che ha derogato un maggior numero di Stati diversi durante la pandemia che nell'intero periodo precedente di vigenza della Convenzione (dieci Stati contro otto)⁴⁶. Le deroghe Covid saranno però trattate a parte, nel capitolo dedicato alla pandemia.

Sempre per quanto riguarda le emergenze dovute a fenomeni naturali, si può però ancora citare, da ultimo, la deroga notificata dalla Turchia nel 2023, a causa di un terremoto che ha colpito il Sud-Est del Paese. Rispetto al precedente del 2016-2018, la notifica indica gli Articoli della Convenzione e risulta più esauriente, ma ci si può comunque chiedere se sia stata interamente giustificata la deroga ai diritti contenuti agli Articoli Art. 4(2), 8, 10 11 CEDU e 1 e 2 P.1, specie per quanto riguarda la libertà d'espressione⁴⁷.

Lo scenario che emerge è insomma quello di una grande ripresa del ricorso all'Articolo 15 da parte degli Stati, in parte certamente collegata alle diverse crisi succedutesi negli ultimi anni e che segue una fase di (relativo) declino della *derogation clause*.

Questo sempre tenendo a mente che possono benissimo esservi stati d'emergenza nazionali senza ricorso all'Articolo 15, o anche situazioni d'emergenza di fatto ma non di diritto, a volte più lesive degli stati d'emergenza formalmente dichiarati. La storia della Convenzione è tutt'altro che priva di simili esempi.

emergency, siege and war"), disciplinato nel dettaglio dalla l. n. 212 del 2004. Si noti che questa legge è uno dei rari casi in cui il diritto nazionale disciplina le procedure di notifica agli organi del CoE, il che non toglie che le notifiche moldave possono ritenersi nel complesso lacunose.

⁴⁵ Stranamente, nessuna deroga è stata invece adottata in occasione della seconda breve guerra per la regione contesa, nel 2023. Ciò potrebbe rilevare in caso di contenzioso davanti alla Corte.

⁴⁶ Gli Stati deroganti durante il Covid sono stati Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Moldavia, Romania, San Marino e Serbia.

⁴⁷ *Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of Türkiye to the Council of Europe, dated 10 February 2023, registered at the Secretariat General on 10 February 2023 - Or. Engl., Period covered: 10/02/2023 - 12/05/2023.*

Tuttavia, seguendo la linea di ricerca che pone al centro l'Articolo 15, si tratta ora di vedere quale sia stata l'evoluzione della giurisprudenza della Corte sullo stato d'emergenza convenzionale e come questa giurisprudenza si sia posta di fronte alla prassi più recente degli Stati.

Capitolo II.

La Giurisprudenza storica sull'Articolo 15

2.1 La prima fase: dalla rivolta di Cipro al Greek Case (1956-1969)

Il caso di Cipro: un ricorso contro l'applicazione della deroga in ambito coloniale

Quella che si è scelta di definire come la “prima fase” della giurisprudenza sull'Articolo 15 CEDU va dal caso *Grecia c. Regno Unito* (*application* n. 176/1956) all'esito del ricorso proposto da Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi contro la Grecia, il cosiddetto *caso greco* o *Greek case*.

Il periodo si apre e si chiude dunque con due ricorsi interstatali, ma, tra di essi, si pone anche il famoso caso *Lawless c. Irlanda*, il primo ricorso individuale esaminato nel merito della storia della Convenzione e la prima pronuncia della Corte EDU sull'Articolo 15, nel 1961¹.

Si tratta dunque di una giurisprudenza che, con l'eccezione parziale di *Lawless*, è stata sviluppata prevalentemente ad opera della Commissione, in casi dalla forte valenza politica interna ed internazionale e che sono stati accompagnati spesso da complesse attività istruttorie, delle quali si dà atto in *report* finali lunghi centinaia di pagine.

In questa giurisprudenza si trova però anche il primo tentativo di delimitazione dei problemi che marcheranno le fasi successive, nonché l'inizio di quelle che sono poi diventate le interpretazioni consolidate della clausola di deroga. Tra le pagine dei *report* e nelle opinioni dissenzienti, è possibile inoltre cogliere anche argomentazioni che non ritorneranno nella giurisprudenza successiva e che marciano percorsi interrotti o non ulteriormente sviluppati, ma non per questo privi d'interesse.

Veniamo dunque al cosiddetto caso di Cipro. Si è dato atto nel paragrafo precedente della situazione presente negli anni '50 nella colonia britannica di Cipro, dove le tensioni

¹ Il primo ricorso in assoluto portato davanti alla Commissione, ma dichiarato irricevibile per manifesta infondatezza, fu il ricorso individuale *X c. Repubblica Federale di Germania* (104/1955), del 17 dicembre 1955, avanzato dal partito comunista della Germania Ovest, sciolto definitivamente a seguito di una decisione del Tribunale costituzionale tedesco.

intracomunitarie fra greci e turchi sfociarono nel 1955 in una rivolta armata ad opera dei nazionalisti greci dell'EOKA (da *Ethnikí Orgánosis Kypríon Agonistón* o Organizzazione Nazionale dei Combattenti Ciprioti).

Non diversamente da quanto fatto negli stessi anni in altri territori dell'Impero, il Governatore inglese sull'isola, dopo aver già adottato diverse leggi a fini repressivi, richiese e ottenne da Londra l'autorizzazione a proclamare un vero e proprio stato d'emergenza, in conformità a quanto previsto dall'*Emergency Powers (Colonial Defence) Order in Council* del 1939, testo concepito durante la Seconda Guerra Mondiale ma emendato nel 1952 per consentire la gestione d'emergenze interne².

Tuttavia, la situazione di Cipro era complicata dall'essere l'isola al centro di una controversia internazionale che vedeva coinvolti anche due altri Stati Membri del Consiglio d'Europa, oltre al Regno Unito: la Turchia e soprattutto la Grecia.

In nome della difesa dei diritti della comunità etnica greca, maggioritaria sull'isola, il Governo ellenico si rivolse alla Commissione, dando inizio al primo ricorso interstatale della storia del CoE, nonché primo caso in assoluto nel quale la Commissione avrebbe esaminato nel merito le questioni poste.

Fra esse, la Grecia lamentava la violazione degli Articoli 3, 5, 6, 8, 9, 10 e 11 CEDU e negava che le misure emergenziali fossero coperte dall'Articolo 15, sia per quanto riguardava l'esistenza della minaccia che il rispetto del requisito di stretta necessità e la conformità alla procedura di notificazione³.

La clausola di deroga faceva così il suo ingresso davanti agli organi di Strasburgo. Va però detto che l'esito che avrà la vicenda cipriota, risolta infine tramite un accordo politico tra gli Stati ma esterno al sistema del CoE e dopo che la Commissione si era espressa a maggioranza

² A Cipro, a seguito dello scioglimento del Consiglio legislativo locale (dotato comunque di competenze limitate) i poteri legislativo ed esecutivo erano accentrati nella persona del Governatore, che emanava atti con forza di legge nel territorio della colonia, denominati *Law* anche nei documenti ufficiali portati davanti alla Commissione. Le prime disposizioni derogatorie della CEDU erano contenute in queste leggi coloniali, mentre a seguito della proclamazione dello stato d'emergenza la fonte principale diventano le varie *Emergency Regulations* adottate dal Governatore e i loro atti applicativi (*order*).

³ *Grecia c. Regno Unito*, cit., p. 6, dove sono riassunte le questioni sollevate dal Governo greco. Nel *report* sono riassunti o riportati per estratto i vari atti procedimentali delle parti e le decisioni sull'ammissibilità o sull'istruttoria. Si è dunque scelto di fare riferimento a queste citazioni, anche considerando che il *report* è l'unico documento pubblicato e liberamente accessibile. Per gli atti della Commissione di questa prima fase si darà alternativamente indicazione dei paragrafi o delle pagine a seconda del grado di precisione necessario. Infatti, spesso singoli paragrafi coprono diverse pagine. Per quanto il *report* sia diviso in due volumi, la numerazione delle pagine è continua, per cui non si indicherà il numero di volume.

a favore della non violazione della Convenzione, oscurerà in gran parte questo precedente, non da ultimo per via della secretazione a cui sarà sottoposto il *report* fino al 1997. Anche per questa ragione, si tende spesso a far risalire la dottrina del margine d'apprezzamento alla giurisprudenza successiva quando, invece, le basi e la sostanza di tale dottrina sono già presenti nel caso cipriota⁴.

Per meglio capire lo svolgimento del procedimento, facciamo però un passo indietro e vediamo quali misure erano state adottate dalle autorità britanniche e impugnate dal Governo greco.

Come si è detto, le fonti interne che le prevedevano erano inizialmente leggi speciali (valide solo per la colonia), mentre con la proclamazione dello stato d'emergenza si attivò un meccanismo emergenziale vero e proprio.

È però importante tenere presente che il dualismo di questo sistema era a ben vedere più apparente che reale. Le misure adottate tramite legge avevano già natura derogatoria della Convenzione, tanto da giustificare la prima notificazione al SG da parte inglese, mostrando tra l'altro come strumenti tipici degli stati di 'normalità' ed 'emergenza' tendessero a sovrapporsi nel contesto coloniale.

Nel merito, le misure consistevano nella possibilità d'imporre un coprifuoco agli abitanti di determinate zone dell'isola (prevista prima per legge e poi dalle *regulation* emergenziali). Si prevedeva inoltre la facoltà per le autorità di arrestare senza mandato e senza supervisione giudiziale ("*arrest without warrant*") gli individui ritenuti sospetti, per una durata estesa durante lo stato d'emergenza da 48 ore a 16 giorni totali. Già una legge del 1955, integrata dalle *regulation*, disponeva poi che gli elementi considerati eversivi dalle autorità potessero essere posti in uno stato di detenzione extra-giudiziale ("*detention of persons without trial*") per ordine del Governatore e a tempo indeterminato, con la sola garanzia del parere successivo

⁴ La desecretazione del *report* della Commissione si deve allo studioso britannico Brian Simpson, che afferma nel proprio libro di aver richiesto che il Governo britannico domandasse al Comitato dei Ministri la desecretazione del rapporto. Si veda CM, *Resolution DH(97) 376, Human Rights, Application No. 176/1956, Greece against the United Kingdom, 17 September 1997, 599th meeting of the Ministers' Deputies*. Esso è di conseguenze disponibile in linea sul sito *Hudoc*. Durante la mia visita alla Corte ho chiesto e ottenuto dagli Archivi della stessa di avere copia digitale di altri materiali, tra cui gli atti delle parti in giudizio e il materiale istruttorio da queste prodotto e mai pubblicato. Purtroppo, mi è stato però negato l'accesso al *report* redatto dalla sotto-commissione inviata a Cipro durante il procedimento, dove aveva condotto un'istruttoria in prima persona e 'sul campo'. Visto che l'accesso a questo materiale era stato negato anche a Simpson, si può dire che rimane ancora oggi secretato a quasi settant'anni dagli eventi. Su questi profili, B. Simpson, *Human Rights*, cit., pp. 996, 1049. Si rimanda al libro di Simpson anche per il contesto politico del caso cipriota, dalla prospettiva delle autorità britanniche e considerando che nella sua ricerca vi è un'ampia citazione di materiale d'archivio dell'epoca, comprese le note riservate scambiate tra gli esperti legali inglesi durante le varie fasi del procedimento.

e non vincolante di una commissione d'esperti in diritto (nella nota verbale si aveva cura di menzionare la suddetta Commissione tacendone il carattere solo consultivo). L'armamentario più 'tipicamente' coloniale per far fronte ai rivoltosi comprendeva anche la possibilità di deportare fuori dal territorio della colonia, in altre parti dell'Impero, gli elementi pericolosi, cosa che nel caso di Cipro vide l'esilio alle Seychelles del *leader* degli indipendentisti, l'arcivescovo Makarios⁵.

Di queste misure, che costituiranno il 'nucleo' derogatorio sottoposto alla Commissione, il Regno Unito aveva dato atto (in modo molto sintetico) nella propria nota verbale dell'ottobre 1955, la quale era comunque stata notificata, lo si ricordi, con tre mesi di ritardo rispetto all'adozione delle prime misure⁶. Una nota che, peraltro, citava in modo esplicito il solo Articolo 5 CEDU e che, dal lato delle misure, tralasciava ad esempio di citare la facoltà d'arresto senza mandato, menzionando esplicitamente le sole detenzione e deportazione.

Vi erano però altri due 'nuclei' distinti di misure. Uno tra essi riguardava restrizioni imposte alle libertà di riunione ed espressione, dunque a diritti già ordinariamente limitabili per ragioni d'ordine pubblico secondo il testo della Convenzione (anche detti diritti qualificati). In effetti, la Commissione ritenne rientrare tutte le limitazioni a tali diritti qualificati entro quanto ordinariamente concesso in tempi 'normali', senza che lo Stato dovesse ricorrere all'Articolo 15 (cosa che in effetti il Regno Unito non aveva fatto). Incidentalmente, ciò mostra in maniera piuttosto eloquente il modo assai ampio di concepire le limitazioni ai diritti qualificati, pur fuori deroga, da parte di questa primissima giurisprudenza⁷.

L'altro nucleo, tuttavia, si presentava come più problematico, in quanto consisteva nell'imposizione di punizioni collettive (sotto forma di multe) alle comunità locali e alla possibilità di somministrare punizioni corporali ("*whipping*" o fustigazione), seguendo un

⁵ Una nota di deroga apposita, oltre a quelle cipriote, fu per questo notificata al Segretariato del CoE, in rapporto alle isole Seychelles. Le fonti legali interne erano in questo caso le *regulation* già citate, integrate da *deportation order* adottati dalle autorità competenti per territorio.

⁶ *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 7 October 1955, registered at the Secretariat General on 7 October 1955 – Or. Engl., period covered: 07/10/1955 - 19/06/1959.*

⁷ *Grecia c. Regno Unito*, cit., par. 363. È interessante peraltro, dal punto di vista della distinzione dogmatica tra sospensione e limitazione, che il commissario greco, Costas Eustathiades, sostenesse che i diritti qualificati erano stati in questo caso del tutto soppressi (o *sospesi*), andando perciò oltre ogni possibile limitazione. Questa posizione rimase comunque isolata. Ivi, parr. 365 ss.

procedimento formalmente regolato. Quest'ultima misura era in realtà pensata (è usata) contro i minori d'età che attaccavano le pattuglie britanniche, sul modello delle punizioni corporali che sarebbero rimaste possibili nelle *public school* inglesi fino a tempi relativamente recenti. Chiara era però la sua natura problematica ai sensi della Convenzione, come lo era quella delle sanzioni imposte collettivamente.

Non a caso, le autorità britanniche, preoccupate dall'esito di un procedimento che non avevano previsto, decisero nel frattempo di revocare queste misure.

La Commissione non ebbe comunque modo di pronunciarsi nel merito sulla loro compatibilità con l'Articolo 15. La maggioranza decise infatti che il ritiro, avvenuto durante le "investigations" sulla possibilità di raggiungere fra le parti un "friendly settlement" (poi non raggiunto), rendeva non più necessario l'esame nel merito delle relative questioni, visto che era cessata la condotta presuntivamente lesiva dei diritti.

Si trattava di un'interpretazione di dubbia legittimità, ottenuta peraltro con una maggioranza risicata, ma che contribuì a circoscrivere l'ambito delle misure esaminate a Strasburgo in questo primo ricorso. In particolare, è evidente che in questo modo si sottraevano le misure a un esame alla luce degli articoli non derogabili della Convenzione, nella specie l'Articolo 3⁸.

Sempre rispetto al divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti, la Grecia aveva in realtà formulato un secondo ricorso interstatale, nel 1957, specificamente rivolto contro la violazione dell'Articolo 3, a partire da alcuni casi di probabili episodi di violenze, se non di torture, occorse durante gli interrogatori. Facendo un salto in avanti nel tempo, il secondo ricorso greco, superata la fase dell'ammissibilità, non proseguirà però oltre, avendo nel frattempo gli Stati coinvolti sottoscritto gli Accordi di Zurigo e Londra del 1959 e dato il via al processo d'indipendenza di Cipro, elementi che saranno considerati dalla Commissione come equivalenti al raggiungimento di un accordo amichevole tra le parti (ossia gli Stati), ai sensi dell'Articolo 28 del testo allora vigente della Convenzione⁹.

⁸ Sul punto della mancata analisi delle misure ritirate, vi fu una nutrita minoranza dissenziente entro la Commissione, *ivi*, parr. 94-97. Critico dell'interpretazione della Commissione, che ritiene contraria al testo allora vigente della CEDU (prima del P. 8), anche B. Simpson, *Human Rights*, *cit.*, p. 997.

⁹ Il riferimento per il secondo ricorso greco è al documento *Application of the Kingdom of Greece against the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, del 17 luglio 1957, n. 299/57. La Commissione assunse la propria decisione di accogliere la richiesta di terminare il procedimento formulata dalla parti con un *report* datato 8 luglio 1959, alle pp. 21-24 e pubblicato online all'indirizzo <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-142535>. Il Comitato dei Ministri diede seguito con una Risoluzione a non intraprendere ulteriori azioni, la Res. n. 32 del 14 dicembre 1959. Nel 2006 anche questi atti sono stati desecretati (non però il materiale istruttorio eventualmente presente), mentre solo pochi anni fa il Governo inglese ha liquidato una somma alle presunte vittime, pur precisando che ciò non implica alcuna assunzione di responsabilità. BBC

Circoscritto il campo d'indagine, veniamo ora al merito di quanto scritto dai Commissari sull'Articolo 15 e sulla sua applicazione, in questo primo caso giunto a Strasburgo.

Al contrario delle parti, che non avevano ritenuto di soffermarsi separatamente sugli elementi costitutivi dell'Articolo 15 nei propri atti, la Commissione inizia l'analisi del merito proprio da questo punto, procedendo *motu proprio* a definire i requisiti dell'Articolo.

Il primo fra essi era quello dell'esistenza e della gravità dell'emergenza e su questo punto solo il commissario nominato dalla Grecia giudicò non fosse stata raggiunta la soglia della "minaccia per la vita della nazione".

Si poneva però il problema del significato da dare alla disposizione e in primo luogo al termine "*nation*". Nel caso di Cipro, quest'ultimo si riferiva al popolo cipriota in quanto comunità etnica o alle istituzioni dei colonizzatori britannici? In questo secondo caso, l'emergenza andava riferita all'intero Regno Unito o al solo Governo britannico di Cipro, come volevano gli inglesi? Chiare erano le implicazioni del problema per un impero coloniale.

La posizione ellenica, così come quella del commissario greco Eustathiades, propendeva ovviamente per l'uso della nazione nel senso degli abitanti dell'isola, desiderosi di autodeterminarsi, cosa che, se intesa in senso strettamente etnico, avrebbe fra l'altro evitato ai greci lo spinoso problema dell'inclusione o meno della minoranza turca.

A prevalere fu invece una posizione vicina a quella britannica e in seguito sostanzialmente sempre riconfermata, per la quale la nazione minacciata andava intesa come "*the people and its institution, even in a non-self-governing territory*" o, in altre parole, come "*the organised society*", sovrapposta in questo caso alle autorità responsabili per il mantenimento dell'ordine pubblico, ai sensi del diritto interno e internazionale. Nel caso di specie queste erano le autorità britanniche sull'isola, per cui nazione equivaleva in effetti alla preservazione del governo coloniale, per quanto ciò fosse collegato al mantenimento della sicurezza della popolazione, nel senso appunto d'ordine pubblico ("*public order*" nel *report*, dal concetto tipicamente francese d'*ordre public*)¹⁰.

online, *UK government pays £1m to Cyprus 'torture victims'*, 24 gennaio 2019, all'indirizzo <https://www.bbc.com/news/uk-46978271>. Secondo Simpson, episodi di violenza durante gli interrogatori avvennero, ma non in modo sistematico e venendo coperti e tollerati, ma non ordinati, 'dall'alto'. B. Simpson, *Human Rights*, cit., p. 1020.

¹⁰ *Grecia c. Regno Unito*, cit., par. 130, si veda il par. 139 per l'opinione dissenziente di Eustathiades. In un linguaggio che ricorda un poco la nostra ben nota distinzione tra Stato persona e Stato comunità, il membro italiano della Commissione, il giurista democristiano Francesco Maria Dominedo, si chiedeva se la "nazione" fosse lo Stato come entità legale o la comunità etnica. L'opinione di Dominedo, da quanto scritto nel *report*, sarebbe forse

La Commissione affermava poi la propria piena legittimazione al controllo sull'esistenza oggettiva dell'emergenza, un punto importante e non scontato all'epoca, e che richiamava però altri problemi che vedremo ritornare ancora a distanza di decenni¹¹.

Si poneva ad esempio il problema della soglia di gravità, ma anche quello di decidere quale fosse il momento a partire dal quale valutare l'esistenza della situazione d'emergenza. Era facile argomentare, anche alla luce delle risultanze istruttorie, che quest'ultima fosse presente nel periodo successivo alla proclamazione interna dello stato d'emergenza, ma cosa dire del momento in cui erano state adottate le prime leggi derogatorie della Convenzione? Pur a fronte di una situazione di violenza intracomunitaria, nessun funzionario britannico era ancora stato ucciso.

Come rispondere inoltre all'argomentazione greca che fosse stata proprio la risposta britannica a peggiorare, se non a causare, la rivolta? Un argomento, quello della responsabilità dello Stato nella creazione dell'emergenza, che ritornerà peraltro a più riprese, mosso dall'Irlanda contro il Regno Unito negli anni '70 e già prima nel caso Greco del 1969.

Nell'opinione di maggioranza, la Commissione risolve questi problemi dichiarando che fosse quantomeno plausibile (“*at least plausible*”) che la situazione emergenziale esistesse e raggiungesse la soglia di gravità richiesta dall'Articolo 15 già al momento dell'adozione delle prime misure notificate. Gli eventi successivi venivano comunque presi in considerazione e citati a riprova della fondatezza dello stato emergenziale, stato rispetto al quale si riconosceva al governo derogante, pur “entro certi limiti”, un'area di discrezionalità (“*discretion*”) nell'identificare e valutare la minaccia. Per quanto riguarda la natura dell'emergenza, elemento importante nell'argomentarne la gravità era inoltre la presenza stessa di un'associazione organizzata, disposta a usare la violenza a fini politici, un argomento che ritornerà in *Lawless*

stata una delle poche concordi nel non ritenere raggiunti i requisiti dell'emergenza fattuale, tuttavia dal testo si ricava che il commissario italiano fu tra i due assenti al momento delle votazioni. Le opinioni degli assenti, comunque riportate, non avrebbero mutato il risultato definitivo, dal punto di vista degli equilibri numerici. Ivi, par. 138. I nomi dei commissari, che talvolta si citerà, non sono irrilevanti, sia perché li ritroveremo nei casi successivi, sia per il loro essere, a differenza dei giudici della Corte, molto più chiaramente ‘politici’, come relativamente più politiche (ma per questo anche più esplicite) sono le loro opinioni.

¹¹ Ivi, par 129. A dimostrazione di come la posizione della Commissione non fosse scontata nel contesto dell'epoca, si noti che ancora nel successivo caso *Lawless* il Governo irlandese sosterrà la tesi contraria. Nel caso di Cipro, i britannici propendevano piuttosto per una vera e propria presunzione a favore del Governo, per tutti i requisiti dell'Articolo 15. Sulla persistenza di alcune questioni legate al controllo sul requisito oggettivo o sul fatto, si veda quanto scritto più avanti sul caso *A. e altri c. Regno Unito*, cit.

rispetto all'IRA irlandese e che rimanda chiaramente al problema della minaccia terroristica interna¹².

Al di là della reale gravità della rivolta cipriota, vi era comunque una debolezza nella posizione della maggioranza (posizione che pure si sarebbe rivelata di lunga durata) ed era quella di superare con forse troppa facilità il dato letterale dell'Articolo 15.

Come noto, quest'ultimo definisce come 'esistenziale' il carattere della minaccia alla nazione, il che era ed è certo un requisito problematico, non da ultimo per la sua natura poco precisa, ma, come metteva in guardia l'italiano Dominedo, discostarsene rischiava di far coincidere la soglia dell'Articolo 15 con il 'semplice' requisito dell'ordine pubblico, peraltro già previsto dalla Convenzione rispetto ai diritti qualificati¹³.

Anche sul punto del requisito di stretta necessità delle misure, la Commissione estese, già nella sua analisi preliminare, la neonata dottrina della "*certain measure of discretion*" a favore del giudizio dello Stato circa la scelta, l'estensione e la necessità delle misure, come già sull'esistenza del fatto emergenziale¹⁴.

Nell'applicazione concreta, da ciò discese la legittimazione di tutte le misure adottate dal Governo, quando la Commissione arrivò ad analizzarle singolarmente, nel secondo volume del *report*.

Ad esempio, nel caso dell'imposizione del coprifuoco si distinse tra intento ed effetto punitivo, ritenendo che, se non si poteva escludere vi fossero state delle applicazioni abusive, l'intento punitivo generale non poteva dirsi provato¹⁵.

Nel caso della deportazione, la maggioranza ritenne addirittura legittimo l'agire del Governo anche senza il ricorso all'Articolo 15, visto che i soggetti deportati (esiliati) da Cipro alle

¹² *Grecia c. Regno Unito*, cit., par. 135-136. L'espressione sulla plausibilità ripresa nel testo, i dati sui morti e gli episodi di violenza sono citati ivi, a pagina 135. Prima della proclamazione dello stato d'emergenza, si contavano comunque già undici morti violente fra i civili e diversi episodi di esplosioni d'ordigni. I passaggi citati sulla sfera di "discrezionalità" del governo, poi meglio sviluppata in relazione al requisito di stretta necessità e primo nucleo della dottrina del margine d'apprezzamento, sono a p. 138.

¹³ Ivi, par. 138, a sostegno dell'elevata magnitudine della minaccia previsto all'Articolo 15, si vedano anche le argomentazioni di Eustathiades, dissenziente, al par. 139.

¹⁴ Ivi, par. 143. Non vi è in questa fase una distinzione più rigorosa della proporzionalità in senso stretto. Simpson, da *common lawyer*, ritiene che vi sia stata una forte influenza della tradizione del diritto amministrativo continentale nella formulazione della dottrina del 'margine di discrezionalità', per lui proposto dal membro tedesco della Commissione. B. Simpson, *Human Rights*, cit., p.1004.

¹⁵ Nella formula piuttosto involuta usata nell'opinione di maggioranza: "*Finally, it feels justified in stating that it has not been proved with certainty to the Commission that the curfew legislation has generally been applied in an abusive manner*". *Grecia c. Regno Unito*, cit., par. 287 ss., p. 279.

Seychelles erano comunque da considerarsi come “*british nationals*” e in quanto tali rimanevano entro il territorio dello Stato internazionalmente riconosciuto, inteso come l’Impero britannico. Gli era negato unicamente l’accesso alla propria regione d’origine entro tale Stato e un diritto in tal senso non poteva dirsi esistere alla luce dell’Articolo 5 della Convenzione¹⁶.

La misura più rilevante restava però la detenzione (“*detention*”), sia perché al momento della stesura del *report* erano ancora detenute centinaia di persone, sia perché questa misura, nelle sue varianti, è sempre stata quella più utilizzata in situazioni di deroga alla Convenzione.

Pur riconoscendo chiaramente la deroga, la maggioranza ritenne in questo caso di fare applicazione della dottrina del margine di discrezionalità (definito qui per la prima volta come “*certain margin of appreciation*”), in quanto il Governo derogante si sarebbe trovato in una posizione migliore della Commissione per valutare e bilanciare le varie linee d’azione necessarie a terminare l’emergenza. Venivano inoltre valorizzate le (in verità scarse) garanzie procedurali previste dalle *regulation*, in primo luogo la presenza della commissione consultiva¹⁷.

Dunque, anche se si rigettava esplicitamente l’idea di una vera e propria presunzione a favore delle scelte dello Stato in materia di deroga, stretta necessità compresa, la posizione della Commissione non sembrava esserle poi tanto lontana nella pratica, sotto la concezione del margine d’apprezzamento, pur non ancora qualificato testualmente come “ampio” (“*wide margin*”).

È interessante osservare come anche un’altra concezione concorresse al medesimo risultato. Emerge infatti dall’opinione di maggioranza - ma anche dalle interviste della Commissione ai funzionari britannici e ancora nelle deroghe legate alla ‘questione irlandese’ - l’idea che sia preferibile sottrarre del tutto alla giurisdizione la competenza su certe misure straordinarie, piuttosto che ‘pervertire’ il processo ordinario per adattarlo a una situazione a-normale tramite procedure o corti speciali.

Il problema si presenta in special modo rispetto all’intimidazione dei testimoni e dei giurati (in un processo idealmente sempre basato sulla giuria), ma anche per la soglia probatoria

¹⁶ Ivi, par. 367. La minoranza metteva invece in risalto la natura punitiva della misura, che sarebbe perciò stato meglio esaminare *sub* Art. 15, come deroga all’Art. 6 CEDU, considerando che veniva esplicitamente negata la possibilità di ricorso a una corte, ivi, par. 374.

¹⁷ Ivi, par. 318, specie p. 326 per le citazioni.

richiesta a fini cautelari. La detenzione extragiudiziale o ‘amministrativa’ viene posta quindi come una soluzione temporanea non solo pragmatica, ma anche più garantista per l’ordinario funzionamento del sistema (in seguito lo stesso argomento sarà usato dal Regno Unito per le detenzioni extragiudiziali nei casi nord-irlandesi).

Si tratta evidentemente di un’argomentazione che, per quanto possa essere giudicata strumentale, rispecchia una sensibilità ostile a ogni contaminazione tra normalità ed emergenza, condivisa sia da una concezione rigidamente dualista degli stati d’emergenza che da alcuni tra i modelli definiti come ‘extra-legali’ nell’Introduzione¹⁸.

Nel caso del 1958, è interessante però vedere tra le opinioni dissenzienti anche tracce di diverse interpretazioni della clausola di deroga, non accolte e spesso non riprese negli sviluppi successivi. In esse si rigetta ad esempio lo standard del margine d’apprezzamento, a favore di un onere della prova rigoroso in capo allo Stato, rispetto almeno alla necessità delle misure e alla mancanza d’alternative meno lesive (non invece all’accertamento del fatto). Inoltre, solo nell’opinione dissenziente, comune a tre commissari, si compie quasi una ricognizione-trattato delle tipologie di diritti convenzionali, alla luce della loro ‘forza passiva’ rispetto alla facoltà di deroga e della loro ‘centralità’ per sistema¹⁹.

Sotto il profilo della distinzione dogmatica tra sospensione e limitazione, è poi interessante che nelle opinioni di minoranza si definisca la deroga nei termini di una “*suspension*” ai diritti ma, soprattutto, che s’identifichino in modo esplicito gli Articoli 5 e 6 CEDU con i due principi di civiltà giuridica dell’*habeas corpus* e della *rule of law*. Emerge cioè già in questa fase il problema della libera derogabilità di due disposizioni giudicate fondamentali e, pur se non è posto in questi termini, della possibilità di sottrarvi un nucleo ‘duro’ dei due principi.

L’*opinion* non si spinge oltre, ma il pathos con il quale evoca la contrapposizione tra questi principi del “*free world*” (esplicitamente l’Europa) e il totalitarismo (implicitamente il blocco sovietico) rende ancora più evidente la contraddizione con la realtà coloniale in cui venivano imposte le prime deroghe²⁰.

¹⁸ Per l’argomentazione nel *report* si veda ivi, p. 325. È interessante che, in questo caso e nel successivo *Lawless*, è la maggioranza della Commissione che sembra aderire alla concezione sopra citata, mentre la minoranza vi si oppone. Nella giurisprudenza successiva, la si ritroverà piuttosto nelle sole opinioni, concorrenti o dissenzienti, dei commissari di cultura anglosassone, oltre che nelle posizioni dei Governi irlandese (in *Lawless*) e britannico (in tutti i casi ‘nord-irlandesi’). Per il caso *Lawless*, si veda ancora l’opinione, tra quelle di maggioranza, del commissario inglese Waldock, *Lawless c. Irlanda*, Commissione, cit., p. 126.

¹⁹ Ivi, par. 319.

²⁰ Ivi, pp. 327-330.

Infine, il *caso di Cipro* è una delle decisioni che dedica più spazio ai requisiti procedurali dell'Articolo 15.3. Alcuni punti fermi di questo tema spesso poco considerato, come l'obbligo di notificare senza “*any unavoidable delay*” e di fornire informazioni esaurienti almeno sul tipo di misure adottate, si possono far risalire a quanto affermato dalla Commissione in questo caso, spesso riferendosi al di poco precedente ‘rapporto Teitgen’, adottato dall'Assemblea consultiva²¹.

Al contempo si ponevano alla Commissione, perché toccati dalle memorie greche, i problemi di come considerare le notifiche scorrette o false nelle informazioni riportate, ma anche quelle tardive o non comprensive di tutti i diritti derogati o di tutte le misure applicate.

Sotto questi profili, la notifica britannica appariva problematica ma il problema più generale era se fosse ammissibile o meno far derivare l'invalidità della deroga dai soli vizi della notifica. Il Regno Unito sosteneva ad esempio che i requisiti del 15.3 fossero del tutto indipendenti (“*unconditional*”) dal resto dell'Articolo.

Su questo punto - peraltro ancora oggi non risolto - la posizione della Commissione fu ambigua, implicando che il ritardo di tre mesi della notifica britannica fosse sì eccessivo, ma non tale da pregiudicare la validità di una deroga di cui si erano comunque provati gli elementi costitutivi ex 15.1. Al contempo, si aggiungeva però che la non-violazione nel caso di specie non pregiudicava la possibilità che in futuro si potessero far derivare dalla violazione del 15.3 la “*sanction of nullity or some other sanctions*”²².

Il caso di Cipro si concluse con una Risoluzione del CM che, preso atto del *report* della Commissione e dell'intervenuto accordo politico tra gli Stati, ritenne di non dover intraprendere ulteriori azioni. Il Regno Unito non aveva ancora, del resto, accettato la giurisdizione della Corte.

Il caso Lawless e la prima sentenza della Corte sull'Articolo 15

Differente è invece la vicenda *Lawless*, dal cognome del cittadino irlandese e militante dell'IRA, nonché primo ricorrente individuale a giungere davanti alla Corte.

²¹ Ivi, parr. 158 ss.

²² Ivi, p. 171.

Il fatto di essere insieme la prima sentenza della Corte EDU e la prima sentenza a pronunciarsi sull'Articolo 15 ha reso questo caso piuttosto noto. In realtà, almeno rispetto alla *derogation clause*, la sostanza degli argomenti usati dalla Corte per legittimare l'agire delle autorità irlandesi riprende quanto già formulato dalla Commissione, nello stesso caso o già prima, nel *report* su Cipro.

Una differenza è che la Corte non fa uso della formula del “certo margine d'apprezzamento”, usata invece dalla Commissione, nel caso *Lawless*, rispetto a entrambi i requisiti dell'Articolo 15.1. Tuttavia, nella sostanza, il criterio di valutazione usato dai giudici di Strasburgo può dirsi analogo, anche se un formale recepimento del (*wide margin of appreciation*) avverrà solo nella fase successiva, che per questo si è scelto di definire come di ‘assestamento’.

La vicenda da cui parte il caso *Lawless* ci porta in Irlanda e, anche se il ricorso era rivolto contro la Repubblica irlandese (da ora anche Éire o Repubblica), si lega alle tensioni tra unionisti e repubblicani (protestanti e cattolici) in Irlanda del Nord.

In breve, nella seconda metà degli anni '50 l'IRA utilizzava il territorio della Repubblica come base per i propri attacchi nel Nord, durante una ripresa della lotta armata che avrebbe poi costituito il prodromo del periodo dei *Troubles* veri e propri (1968-1998).

La Repubblica irlandese si trovava nella difficile posizione di dover evitare un conflitto con il vicino britannico (sul territorio del quale erano avvenuti tutti gli attacchi e diversi poliziotti erano stati assassinati) con larghe parti della propria opinione pubblica simpatetiche verso la causa dell'IRA. Nella realtà politica, ciò rendeva preferibile evitare le corti ordinarie (e le giurie) al fine di detenere i sospetti membri dell'organizzazione, armata e ben radicata sul territorio. Negli atti davanti alla Commissione e alla Corte, questo aspetto prende più spesso le forme della generica paura e conseguente inaffidabilità dei testimoni in giudizio e della conseguente difficoltà di far fronte al problema con le procedure e garanzie ordinarie²³.

D'altra parte, l'Irlanda si era dotata già durante la Seconda Guerra Mondiale di una legislazione emergenziale molto dura (l'“*Offences against the State (Amendment) Act* del 1940” o *1940 Act*), che abilitava il Governo, a seguito di un'apposita proclamazione e sotto la

²³ Così ad esempio in *Lawless c. Irlanda* (Corte), par. 36, dove si parla di “paura” della popolazione, mentre esplicito nell'ammettere la popolarità dell'IRA era stato il commissario inglese Waldoock, *Lawless c. Irlanda* (Commissione), p. 134.

supervisione del Parlamento, a ricorrere a una forma di detenzione extragiudiziale e preventiva simile a quella vista per Cipro, per quanto dotata di maggiori garanzie²⁴.

Si trattava evidentemente di una legislazione pensata per il caso di guerra ma, a seguito degli attacchi sopra menzionati, nel 1957 il Governo irlandese decise d'avvalersi dei poteri speciali di detenzione previsti dalla legge del 1940, notificando la decisione al Segretario Generale del CoE dodici giorni dopo l'applicazione delle misure. Contemporaneamente, il Governo dichiarava che tutti i soggetti sottoposti a detenzione che avessero giurato di rispettare le leggi e la Costituzione e di dissociarsi dall'IRA sarebbero stati immediatamente rilasciati. Il signor Lawless era appunto uno dei sospetti membri dell'IRA (lui stesso ammetteva di averne fatto parte in passato) arrestati e, in seguito, detenuti extragiudizialmente. In questo come in altri casi, il fine era evitare preventivamente che Lawless e altri simpatizzanti o militanti contribuissero alla preparazione degli attentati oltre confine, in mancanza però di prove sufficienti circa la loro effettiva volontà di partecipazione.

Lasciando da parte le vicende processuali e la prima fase del procedimento davanti alla Commissione, si può osservare come, nel merito, a un approccio e a un risultato sostanzialmente molto simili a quello del caso di Cipro si unissero comunque alcune novità.

In primo luogo, viene in questo caso impostato l'ordine di trattazione delle questioni di merito che ritroveremo nella giurisprudenza successiva, almeno fino a tempi molto recenti. Sia la Commissione che la Corte giudicano cioè prima dell'eventuale violazione del diritto derogato (in questo come in molti altri casi il diritto alla libertà e alla sicurezza di cui all'Articolo 5) e solo in un momento successivo si esprimono sulla validità della deroga, in astratto e in rapporto al caso concreto. Può sembrare una soluzione immediata, ma si badi che nel caso di Cipro le rispettive questioni non erano state distinte in modo così rigoroso nella struttura del *report*. Gli Stati, come espresso dal Governo irlandese negli atti depositati, avevano inoltre un evidente

²⁴ La legislazione in questione era stata adottata in conformità con l'Art. 28.3 della Costituzione irlandese del 1937, in cui si delinea tuttora una 'costituzione dell'emergenza' che è un buon esempio del modello 'neo-romano' o 'dualista'. Le leggi classificate come emergenziali dal Parlamento non possono infatti essere sottoposte a controllo di costituzionalità, in quanto l'Art. 28.3.3 dispone che "*Nothing in this Constitution other than Article 15.5.2° [il divieto della pena di morte] shall be invoked to invalidate any law enacted by the Oireachtas which is stated to be for the purpose of securing the public safety and the preservation of the State in time of war or armed rebellion*". Su questi profili A. Greene, *Permanent States of Emergency*, cit., p. 20. Bisogna comunque considerare che con la decisione *State (Burke) v. Lennon* del 1940 l'Alta Corte di Giustizia irlandese ("*High Court*") esercitò un controllo, pur residuale, sulla costituzionalità delle disposizioni emergenziali. In Irlanda, la Corte Suprema ("*Supreme Court*") esercita inoltre un controllo preventivo sulla costituzionalità delle leggi. Circa le maggiori garanzie della detenzione rispetto al caso cipriota, in Irlanda le decisioni della commissione, composta da giuristi e militari, incaricata della revisione periodica della situazione dei detenuti avevano portata vincolante per l'amministrazione, di cui pure la commissione era parte.

interesse politico a invertire l'ordine delle questioni, per evitare che la pronuncia accertasse quella che in tempi normali sarebbe stata ritenuta una violazione del diritto convenzionale, fermandosi invece davanti alla validità della deroga.

Soprattutto, in *Lawless* viene formulata, e suggellata dall'autorevolezza della Corte, una definizione compiuta della minaccia alla vita della nazione o del 'fatto emergenziale', in seguito sempre ripresa.

Si deve premettere però che nel caso di specie, più che a Cipro, il raggiungimento della soglia di gravità 'esistenziale' era piuttosto dubbio. Si consideri che tutti gli attentati erano avvenuti *fuori* dal territorio repubblicano (dove pure erano stati preparati) e le vittime erano funzionari di un altro Stato rispetto a quello derogante. In generale, pur essendovi stati dei morti, si poteva dubitare che la gravità oggettiva della minaccia raggiungesse l'entità necessaria all'attivazione dell'Articolo 15. Inoltre, pur accettando la definizione di "nazione" comprensiva del popolo e delle sue istituzioni, c'era il problema se la minaccia fosse effettivamente rivolta contro le istituzioni della Repubblica d'Irlanda e non piuttosto a quelle dell'Irlanda del Nord e del Regno Unito.

Ciò spiega come mai la minoranza dissenziente in Commissione fu piuttosto nutrita anche sul punto dell'esistenza della minaccia (cinque membri contro nove, mentre fu di sei contro otto sulla stretta necessità) e come mai si decise di deferire il caso alla Corte, di cui l'Irlanda aveva riconosciuto la giurisdizione.

Nell'enunciare il proprio concetto d'emergenza, la Corte riprese comunque quasi del tutto la definizione offerta dalla Commissione nello stesso caso *Lawless*, due anni prima (il *report* era del 1959). Nell'inglese della Commissione, "*The natural and ordinary meaning of «a public emergency threatening the life of the nation»*" è definito come "*a situation of exceptional and imminent danger or crisis affecting the general public, as distinct from particular groups, and constituting a threat to the organised life of the community which composes the State in question*"²⁵.

Nel francese usato dalla Corte, la definizione diventa "*une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État*"²⁶.

²⁵ *Lawless c. Irlanda* (Commissione), p. 84, sottolineature mie.

²⁶ *Lawless c. Irlanda* (Corte) par. 28.

È importante notare che con questa definizione teorica, che non impedirà in seguito di legittimare emergenze territorialmente localizzate, s'introduce la specificazione dell'imminenza del pericolo o della crisi, assente dalla lettera della disposizione. Se, da un lato, l'imminenza costituisce un'estensione dell'operatività della deroga oltre la sola attualità, dall'altro essa è astrattamente idonea a porre un limite all'ammissibilità della deroga rivolta ai soli atti preparatori o prodromici all'emergenza²⁷. Vedremo la rilevanza che avrà questo secondo aspetto nel *Greek case* del 1969.

In *Lawless*, invece, sia la maggioranza della Commissione che la Corte (all'unanimità) non rinvennero violazioni, valorizzando la presenza di un'organizzazione terroristica di tipo militare ("*une armée*"), dalla quale l'esistenza di una minaccia attuale alle istituzioni irlandesi aveva potuto essere "ragionevolmente dedotta" ("*raisonnablement déduite*") dallo Stato²⁸.

Il terrorismo si confermava dunque come la principale causa di deroga alla CEDU.

Natura più dubbia ha invece l'argomento che faceva discendere l'emergenza dall'idoneità degli attacchi in territorio britannico a ledere i rapporti con lo Stato confinante. Si tratta di una motivazione d'opportunità politica ripresa dalla Corte, mentre non lo è, almeno non in modo esplicito, l'altro argomento "sociologico-politico" del supporto della popolazione all'IRA, con la conseguente disfunzionalità del processo per giuria e preferibilità della detenzione extragiudiziale alla creazione di corti e procedure speciali²⁹.

Con quest'ultima argomentazione ci siamo però spostati nel campo della stretta necessità, sulla quale la Corte nel suo *self-restraint* finisce per spingersi oltre la Commissione. Se questa aveva infatti ritenuto, a stretta maggioranza, di non poter affermare che il Governo avesse oltrepassato la "*reasonable discretion*" a esso conferita nella scelta dei mezzi, per la Corte la detenzione costituisce una necessaria "*mesure exigée par les circonstances*" alla luce d'un vero e proprio giudizio d'adeguatezza³⁰.

²⁷ Sul non potersi ritenere coerentemente attuale o imminente la minaccia allo Stato irlandese si concentrano le opinioni dissenzienti, *Lawless c. Irlanda* (Commissione), pp. 100-101.

²⁸ Così la Corte *ibidem*, mentre la Commissione si era espressa nei termini del "margine d'apprezzamento" lasciato allo Stato. Ivi, p. 85. Si noti che la Commissione introduce qua anche la nozione di minaccia alle istituzioni democratiche ("*principles and institutions of democracy within the State*"), il cui significato è evidentemente differente è più esteso di quello letterale della "minaccia alla vita della nazione". Ivi, p. 90.

²⁹ Ivi, pp. 91 e 134, dove è espresso dal commissario britannico. Come già scritto, si tratta in effetti di un approccio tipicamente anglosassone al problema. In merito al rischio di peggiorare i rapporti anglo-irlandesi, anche *Lawless c. Irlanda* (Corte), par. 28. Riprendo il termine di argomento o elemento "sociologico-politico" da Ergec, che lo critica, anche in riferimento al giudizio d'opportunità politica espresso in *Lawless*, in *Le Droits*, cit., p. 208.

³⁰ *Lawless c. Irlanda* (Corte), par. 36, dove si premette "*Qu'il résulte de ce qui précède qu'aucun des moyens susmentionnés [gli strumenti alternativi alla detenzione ex legge 1940 o la chiusura delle frontiere] n'aurait pu*

Al contempo, nella sentenza del 1961 vengono valorizzate le garanzie previste dalla legge del 1940 o anche al di fuori di essa. Si è detto della commissione d'esperti abilitata dal Governo irlandese a revisionare in modo vincolante i singoli casi di detenzione, ma, più discutibilmente, la Corte sembra dare rilievo giuridico anche al proclama governativo (dal valore, sembra doversi ritenere, meramente politico) sulla dissociazione e conseguente rilascio dei militanti dell'IRA che vi aderiscono³¹.

Quello che viene affermandosi con questa giurisprudenza è comunque il rilievo che per il giudizio di necessità-proporzionalità (i due elementi non sono ben distinti) assume la presenza di garanzie, correttivi e strumenti di revisione periodica. Primo fra tutti, il controllo del Parlamento, abilitato nel caso irlandese a far cessare lo stato d'emergenza tramite risoluzione e oggetto d'obblighi informativi da parte dell'Esecutivo.

È dunque importante notare che la centralità parlamentare per il rispetto della clausola di deroga venga affermata già nel 1961, mentre per ritrovare affermazioni analoghe a favore di un controllo sulla validità della deroga da parte della giurisdizione bisognerà aspettare il nuovo millennio³².

Il "Greek case" del 1969: tra diritto e politica internazionale

Il cosiddetto caso greco nasceva dal colpo di Stato avvenuto in Grecia nell'aprile del 1967, a seguito del quale si installò nel Paese una giunta militare nota anche come "dittatura dei colonnelli". Il *golpe* seguiva un periodo di notevole instabilità politica e fermento sociale, in uno Stato che, come si è visto nell'analisi dei lavori preparatori della CEDU, si caratterizzava già dal secondo dopoguerra per il suo acceso anticomunismo, lascito della guerra civile degli anni '40. È proprio adducendo la minaccia di un'alleanza fra le forze della sinistra e quelle

permettre de faire face de manière efficace à la situation existant en Irlande en 1957". Per la Commissione, si veda *Lawless c. Irlanda* (Commissione), p. 123.

³¹ *Lawless c. Irlanda* (Corte), par. 37, dove si afferma che "*dans un pays démocratique tel que l'Irlande, l'existence de cette garantie de libération, accordée publiquement par le Gouvernement, constituait, pour ce dernier, une obligation juridique de libérer toutes les personnes ayant pris l'engagement en question*". Sulla natura di questo "valore giuridico" si potrebbero invece avere dei dubbi.

³² Più precisamente, già nel 1996 la Corte avrebbe affermato la doverosità d'una supervisione dei giudici sulle misure derogatorie ex Art. 15 CEDU, vedi *Aksoy c. Turchia*, cit. Il punto più delicato resta però la possibilità per la giurisdizione di pronunciarsi sulla scelta stessa di avvalersi della deroga, con un controllo sull'esistenza del fatto emergenziale. Affermazioni a favore di un tale controllo si ritrovano in *Dareskizb Ltd c. Armenia*, cit., par. 58, dove si richiama anche *A. c. Regno Unito*, cit., par. 177, ma vedi anche *ivi*, par. 174. Questi aspetti saranno comunque approfonditi nei prossimi paragrafi.

clandestine del partito comunista greco che i militari giustificarono la loro presa del potere. Si cercava, cioè, di presentare quest'ultima come un colpo di Stato preventivo e rivolto alla conservazione dell'ordine vigente, secondo un modello vicino alla dittatura commissaria di schmittiana memoria. Tuttavia, ben presto il nuovo Governo rese evidente come il suo fine fosse piuttosto un'innovazione che una conservazione dell'ordine costituzionale. Ad un periodo di sospensione della vecchia Costituzione e dei diritti da essa garantiti, fece infatti seguito l'emanazione di una nuova Carta fondamentale di natura non democratica, mentre anche la vecchia monarchia ellenica sarebbe infine stata abolita ad opera dei golpisti.

Il regime dei colonnelli non durò a lungo e una transizione alla democrazia iniziò nel 1974, anche a seguito delle pressioni internazionali e del conseguente (benché non immediato) isolamento della giunta. Entro queste vicende s'inserisce anche il ricorso interstatale intentato da alcuni Stati nordici del Consiglio d'Europa contro la Grecia nel 1967³³. Quello greco non era in effetti il primo colpo di Stato militare a coinvolgere uno Stato contraente, in Turchia ciò era già avvenuto nel 1960, ma nel caso greco l'azione degli Stati ricorrenti contribuì all'isolamento del nuovo regime, culminata nella sua preventiva uscita dal CoE stesso nel dicembre 1969, nella consapevolezza della propria imminente espulsione³⁴.

Il caso non giunse mai alla Corte, venne invece deferito al Comitato dei Ministri, ma il *report* redatto dalla Commissione e preceduto da un'ampia attività istruttoria contribuì in modo decisivo a rendere insostenibile la posizione del Governo greco. L'imminente pubblicazione del rapporto da parte del CM e l'elevata probabilità di una espulsione dal CoE furono infatti le principali cause della provvisoria fuoriuscita della Grecia dall'organizzazione, nella quale sarebbe stata riammessa nel 1974, dopo la caduta del regime³⁵.

Dal punto di vista della tutela dei diritti convenzionali, il regime dei colonnelli si caratterizzò da subito per le sistematiche violazioni commesse contro gli oppositori, tra cui il ricorso alla tortura. Al contempo, il nuovo Governo notificò una deroga alla Convenzione pochi giorni

³³ Gli Stati in questione erano Danimarca, Norvegia, Svezia e i Paesi Bassi.

³⁴ Per un'analisi del contesto e delle conseguenze del *caso greco*, si veda B. Wassenberg, *History of the Council*, cit., pp. 53 ss. L'autrice sottolinea fra l'altro anche il grande attivismo mostrato dall'Assemblea Parlamentare, una delegazione della quale si recò anche sul punto in Grecia, fornendo una relazione che testimoniava degli abusi ai diritti umani da parte della dittatura. Ivi, p. 53.

³⁵ La decisione di pubblicare il *report*, unita all'inequivocabile condanna della giunta militare da parte del CM, si trova in CM, *Resolution on the Publication of the Commission's Report in the Greek Case*, 15 aprile 1970.

dopo il *golpe*. Il ricorso all'Articolo 15 fece sì che anche il procedimento davanti alla Commissione ponesse al centro la clausola di deroga, la sua validità e la sua stessa invocabilità da parte dei militari. Ci concentreremo dunque su questi profili, tralasciando l'accertamento delle violazioni dei diritti, specie dell'Articolo 3, che pure la Commissione dimostrò con molta chiarezza, facendo del *caso greco* anche il primo caso d'accertata violazione dei diritti non-derogabili in pendenza di deroga, sebbene la Corte non si dovesse esprimere sulla vicenda³⁶.

Dal punto di vista dell'Articolo 15, un punto che si poneva in via preliminare era l'invocabilità della clausola di deroga da parte di un Governo, seppure autodefinitosi come un "governo rivoluzionario", che avesse causato esso stesso la situazione emergenziale, tramite la presa del potere con mezzi violenti³⁷. È chiaro il legame fra questa posizione è l'idea che l'Articolo 15 non potesse essere invocato contro la democrazia o che comunque fosse il colpo di Stato ad aver integrato quella (riuscita) minaccia alle istituzioni nazionali a cui la Corte e la Commissione avevano fatto riferimento nel caso *Lawless*.

In realtà, la quasi totalità dei membri della commissione respinse questa impostazione, affermando che il solo evento di un'avvenuta rivoluzione non liberasse il governo rivoluzionario né dai propri obblighi né dalle proprie prerogative ("*rights*") entro la Convenzione. Tra quest'ultime vi è anche quella di derogare ai diritti, cosa che il Governo greco poteva dunque fare legittimamente, salvo, ammoniva la Commissione, il divieto di un uso meramente strumentale della deroga³⁸.

³⁶ Come scritto sopra, il lavoro della Commissione si articolò anche in un'ampia fase istruttoria, in Grecia ma anche tramite le testimonianze del Governo deposto e l'analisi del materiale istruttorio fornito dalle nuove autorità greche. Anche decisione sull'ammissibilità del ricorso fu notevolmente lunga. Ciò rende il *caso greco* uno dei più lunghi sottoposti alla Commissione, con vari volumi di materiale corredato al *report*. Si è consultato questo materiale in primo luogo su documenti cartacei presso la Biblioteca della Corte, ma gli stessi documenti, insieme agli atti del CM, sono in gran parte disponibili anche online all'indirizzo https://www.echr.coe.int/w/denmark-norway-sweden-the-netherlands-v.-greece-i-nos.-3321/67-to-3323/67-and-3344/67-?p_1_back_url=%2Fweb%2Fechr%2Fsearch%3Ffolder%3D709108%26q%3D%25223321%2F67%2522.

³⁷ La definizione di "*revolutionary government*" è quella usata nel *report. Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia* (da ora *caso greco* o *Greek case*) (3321/67-3323/67 e 3344/67), Commissione, 5 novembre 1969, par. 56. Il nuovo Governo greco aveva inizialmente negato la competenza della Commissione proprio in virtù della natura 'rivoluzionaria', nel senso di eccezionale, che ne aveva contraddistinto la presa del potere. Questa posizione mirava cioè ad ottenere una discrezionalità anche maggiore di quanto sarebbe stato possibile tramite il solo Art. 15. Vedi *Ibidem*.

³⁸ Ivi, parr. 60-61. Unico a sostenere che un Governo che avesse volutamente provocato una situazione emergenziale non potesse per questo invocare l'Art. 15 fu il Commissario austriaco Felix Ermacora, il quale fra l'altro sviluppava la propria posizione a partire dal combinato disposto degli Artt. 17-18 e 15 CEDU. Ivi, par. 213.

Il secondo punto affrontato dalla Commissione, prima di giungere all'analisi dei parametri del 15(1), era la regolarità della notifica da parte greca, il che ci riporta al tema degli oneri posti dal terzo paragrafo dell'Articolo 15. Il Governo greco si era infatti preoccupato di notificare la deroga entro il limite di dodici giorni dall'adozione delle prime misure sospensive dei diritti costituzionali³⁹. Si rispettava dunque il periodo di tempo ritenuto accettabile dalla Corte nel caso *Lawless*, assunto in seguito a standard di riferimento⁴⁰.

Tuttavia, questa prima nota appariva nel complesso insufficiente, sia sotto il profilo delle motivazioni addotte che per la mancata produzione del testo delle misure e dei diritti sospesi. Questi secondi elementi sarebbero stati parzialmente forniti dal Governo dopo ventidue giorni, indicando i soli diritti costituzionali e non anche quelli convenzionali derogati, ma per la produzione delle motivazioni si dovettero attendere quattro mesi, quando il *golpe* era già diventato oggetto di dibattito entro l'Assemblea parlamentare del CoE. Inoltre, il testo delle misure successivamente adottate dalla giunta militare non venne più notificato, cosa che avvenne fra l'altro man mano che le misure emergenziali diventavano non più legalmente giustificabili alla luce del diritto interno, la cui violazione doveva culminare nell'adozione della nuova Costituzione, anch'essa mai notificata al Segretariato.

Si è visto che alcuni di questi difetti, quali l'omissione completa delle motivazioni, non costituivano casi isolati nella prassi degli Stati. La deroga turca del 1960 era ad esempio altrettanto insufficiente e seguiva anch'essa un colpo di Stato, ma nel *caso greco* la Commissione fu chiamata ad intervenire e adottò uno standard complessivamente più esigente del passato.

Da un lato, si ritenne che la tempistica della deroga iniziale rispettasse il 15(3) e che la mancata indicazione degli articoli CEDU derogati, di per sé non obbligatoria, fosse in ogni caso

³⁹ Le prime misure erano state adottate dai golpisti col consenso della monarchia e la fonte, come scritto nella nota verbale, era stata il decreto reale n. 280 del 21 aprile 1967, adottato su proposta del Consiglio dei Ministri e "Concerning the declaration of martial law in the territory and of the suspension of certain articles of the Constitution". Le fonti addotte per procedere in questo modo erano il "Martial Law Act of 8th October 1912, as amended by section 8 of Legislative Decree 4234/1962, by Act 2839/1941 and by the Legislative Decree of 9th-11th November 1922". Per quanto si faccia riferimento al termine *martial law*, il passaggio del funzionamento di parte dell'amministrazione civile, tra cui i tribunali, a quella militare sembra piuttosto vicino allo stato d'assedio fittizio o interno sul modello francese. Per il testo della nota, vedi *Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of Greece, dated 3 May 1967, registered at the Secretariat General on 3 May 1967*, sul sito del *Treaty Office* del CoE. Tra i diritti sospesi individuabili tramite il richiamo alla Costituzione greca, vi erano il principio del giudice naturale stabilito per legge, la libertà personale, le libertà di riunione, associazione, d'espressione e corrispondenza e stampa.

⁴⁰ *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 47.

compensata dalla specificazione dei diritti costituzionali corrispondenti⁴¹. Dall'altro lato, tuttavia, la Commissione ritenne violati gli standard del terzo paragrafo alla luce dei quattro mesi di ritardo nell'indicare le ragioni della deroga. La mancata notificazione delle misure successive e soprattutto delle fonti giuridiche legittimanti queste misure, in primo luogo la nuova Costituzione, concorreva al giudizio di violazione delle procedure e dei parametri del 15(3). La Commissione chiariva inoltre la non equivalenza allo scopo degli atti prodotti davanti ad essa dopo il ricorso, visto il carattere pubblico delle sole informazioni notificate al Segretario Generale. Da ultimo, con un'affermazione dalle conseguenze potenzialmente rilevanti, seppur in seguito non più sviluppate, la Commissione censurava alla luce del 15(3) anche la mancata trasmissione delle misure di natura amministrativa adottate dal Governo in vigenza di deroga⁴².

La Commissione appare perciò aver sostenuto nel *caso greco* un controllo molto penetrante dei requisiti procedurali e informativi legati all'Articolo 15.

Al contempo, però, il problema della deroga invalida per violazione del solo 15(3) doveva restare irrisolto. Infatti, nonostante il parere chiaramente negativo della Commissione sulle notifiche greche, l'invalidità venne fatta discendere piuttosto dalla mancata esistenza del fatto emergenziale. Una posizione che poggiava dunque sul più solido terreno del 15(1), ma che era comunque coraggiosa, se si pensa che per una pronuncia della Corte dal contenuto analogo si sarebbe dovuto aspettare il 2021.

Venendo all'esistenza della minaccia, il Governo greco giustificava il protrarsi della deroga, speculare al protrarsi dello stato d'emergenza interno, con la continua necessità di far fronte all'attività terroristica delle cellule comuniste ancora operanti. Sul piano temporale, si avevano perciò due fasi e due emergenze distinte, anche se collegate, una era la presunta cospirazione comunista che avrebbe giustificato un'occupazione del potere in via preventiva, l'altra era il perdurare della minaccia, tale da dover rinnovare la sospensione dei diritti⁴³. Al Governo era

⁴¹ *Caso greco*, cit., par. 80.

⁴² Per il parere e il giudizio negativo sulla conformità all'Art. 15(3) della notifica greca, ivi, parr. 78-81. In particolare, per il riferimento alla mancata notifica delle misure amministrative, tra cui ad esempio il numero di persone arrestate e detenute extragiudizialmente, ivi, p. 43. La Commissione aveva peraltro sollecitato inutilmente il Governo a fornire ulteriori informazioni via lettera, in particolare “*to submit as soon as possible the complete text of the emergency legislation at present in force in Greece, insofar as it affects the rights guaranteed by Articles 5,6,8,9,10,11, 13 and 14 of the Convention and Articles 1 and 3 of the Protocol*”. Ivi, p. 42, nota 43.

⁴³ A prescindere da come si qualifichi la *derogation* di cui all'Art. 15, le note greche fanno sempre riferimento a una vera e propria sospensione dei diritti costituzionali, sul piano interno.

chiesto di giustificare l'esistenza del pericolo per entrambi i periodi e il giudizio di alcuni commissari differiva a seconda che si prendesse in esame l'uno o l'altro momento⁴⁴.

Circa la natura dell'emergenza, è peraltro bene notare come la Commissione scontasse in un certo modo la larghezza con la quale si era concessa la qualifica di minaccia esistenziale a un'organizzazione eversiva come l'IRA e già prima all'EOKA cipriota. Una condizione che il Governo greco cercava ora di sfruttare, tracciando un'analogia tra le organizzazioni terroristiche e i partecipanti al presunto complotto comunista, per giovare dell'ampia discrezionalità garantita ai Governi nei casi precedenti⁴⁵.

La posizione greca era però indebolita dalla stessa nebulosità dei fattori considerati rilevanti a dimostrare sia l'effettiva pericolosità del partito comunista, ad esempio per quanto riguarda la sua capacità militare, sia il presunto e imminente accordo con gli altri partiti per raggiungere il potere. Gli elementi di prova adottati si riducevano a pochi documenti, alcuni dei quali probabilmente artefatti, mentre altre giustificazioni all'azione dei militari poggiavano piuttosto su fattori contestuali all'apparenza poco pertinenti, quali l'aumento di scioperi e manifestazioni ("crisi dell'ordine pubblico") e nell'instabilità politica dei Governi greci ("crisi del Governo costituzionale"), peraltro divenuta cronica già ben prima del 1967⁴⁶.

È sotto questo profilo che l'ampia attività istruttoria condotta dalla Commissione acquista particolare valore, in parte anche per la risonanza politica che finì per avere, al di là della sua teorica riservatezza. Tra le testimonianze di funzionari e politici greci in esilio e l'analisi dei (pochi) documenti che avrebbero provato il complotto comunista, si venne insomma a delineare un quadro in cui era difficile sostenere la tesi del Governo greco, mentre, al contempo, dalle visite dei commissari in Grecia emergevano gli abusi da questo sistematicamente commessi.

Sul piano concettuale, alcune questioni si ponevano con particolare evidenza alla Commissione, derivate dall'interpretazione dell'emergenza che la Corte aveva dato nel caso

⁴⁴ Anche i commissari disposti a riconoscere l'esistenza della minaccia alla base del colpo di Stato stentavano cioè a concedere che essa giustificasse il protrarsi delle misure, a fronte della scarsità di elementi adottati a giustificare la continua necessità. *Caso greco*, cit., parr. 206 ss.

⁴⁵ Dal *report* si percepisce peraltro una generale ostilità della stessa Commissione verso la possibile presa di potere da parte del partito comunista. In altre parole, a venire discussa è la plausibilità o meno di questa eventualità, mentre si ha l'impressione che conti assai meno il verificarsi della stessa tramite mezzi violenti e illegali oppure con un'effettiva associazione al Governo coi partiti di centro, a seguito d'elezioni. Il clima della Guerra Fredda esercita dunque la sua influenza, in questo caso come già nelle discussioni dei lavori preparatori della Convenzione.

⁴⁶ Queste definizioni si trovano nel *report*, ivi, parr. 116 ss., 133 ss.

Lawless, ossia una situazione di crisi o pericolo eccezionale e imminente che coinvolgesse l'insieme della popolazione.

Delicata era in primo luogo la questione del requisito dell'imminenza. Il requisito era certo compatibile con il significato testuale del termine "*danger threatening/danger menaçant*" la nazione di cui all'Articolo 15(1), ma nel *caso greco*⁴⁷ presentava alcuni problemi, che si colgono più facilmente confrontando l'opinione di maggioranza con quelle dissenzienti. Si trattava infatti di stabilire fino a quando fosse ammissibile retroagire l'imminenza del pericolo, senza arrivare a considerare come rilevanti, perché potenzialmente integranti una futura minaccia, fatti di per sé sprovvisti del livello di gravità richiesto dall'Articolo 15. Il rischio era insomma di far retroagire la legittimità delle deroghe in modo incontrollato, un fattore a cui si univa la già ampia discrezionalità concessa allo Stato dalla dottrina del margine di apprezzamento. Nel *caso greco*, la questione si poneva perché gli elementi adottati dal Governo ellenico, pur singolarmente insufficienti ad integrare la soglia di gravità del 15(1), se presi nel loro complesso potevano però generare una situazione di dubbio sull'esistenza d'una minaccia eversiva futura e indeterminata. Una volta giunti a questo punto del ragionamento, direttamente collegato all'onere della prova circa l'esistenza dell'emergenza, interveniva a soccorso del Governo la larghezza con la quale, nei casi precedenti, si era concesso allo Stato di beneficiare della dottrina dell'ampio margine d'apprezzamento nell'individuazione della minaccia⁴⁸.

Un altro argomento che il Governo greco e la minoranza entro la Commissione potevano invocare a loro favore era l'asimmetria d'informazioni degli "*scholars*" (e dei giudici) rispetto agli uomini d'azione sul campo, a cui si aggiungeva l'obiezione dell'intrinseca politicità legata al giudizio sul fatto emergenziale, dal quale un organo come la Commissione avrebbe dovuto tenersi lontano⁴⁹.

⁴⁷ L'attività istruttoria in Grecia fu svolta da una Sotto-commissione (*Sub-commission*) entro la Commissione dei diritti dell'uomo, nel marzo 1969. Si veda *ivi*, par. 23. Il rapporto redatto dalla Sotto-commissione è alla base di quello della Commissione.

⁴⁸ Il ragionamento sopra esposto (e le sue insidie) si ritrova nell'opinione dissenziente del Commissario belga Pedro Delahaye, favorevole a una lettura estensiva del concetto di pericolo espresso dalla sentenza *Lawless* e dall'Art. 15. *Ivi*, parr. 169-177.

⁴⁹ L'obiezione dell'asimmetria informativa tra "*scholars*" e uomini d'azione è formulata nell'opinione dissenziente del Commissario Delahaye. *Ivi*, par. 166 ss. Si noti come questa obiezione sia simile alle posizioni di quegli autori disposti a riconoscere il primato del potere esecutivo davanti alle emergenze. Si ricordano in particolare autoric come Eric Posner e Adrian Vermeule, nel contesto della guerra al terrorismo negli USA. Il timore d'impegnare la Commissione in una valutazione politica o d'opportunità, nel vaglio sull'esistenza del fatto emergenziale, era espresso dal Commissario tedesco Adolf Süsterhenn, Presidente della Commissione. *Ivi*, parr. 185 ss. In questa posizione s'intravede una consonanza con altre critiche mosse a un controllo dei giudici sullo stato d'emergenza, proprie di chi è portatore di un forte concetto di cosa sia la dimensione politico-discrezionale ('il Politico') come Carl Schmitt. Infine, il Commissario greco Eustathiades tentava nella sua opinione di differenziare il concetto di pericolo da quello di crisi, per come espressi in *Lawless*, allo scopo di attribuire il

A ben vedere, queste obiezioni si giovavano di quel *favor* nei confronti dei Governi deroganti che sia la Commissione che la Corte avevano dimostrato nei propri precedenti. Ma si deve notare come tale favore, comunque rivolto verso Stati democratici, si era manifestato più nell'applicazione ai casi concreti degli standard elaborati in materia di deroga che nella formulazione teorica di quegli stessi principi. Certamente, il requisito della gravità richiesto non era mai stato quello della minaccia 'esistenziale', ma al contempo si è visto come fin dal caso di Cipro la Commissione avesse in principio esteso il proprio giudizio all'esistenza del fatto emergenziale. Era nell'applicazione pratica che questa posizione si era rivelata piuttosto debole, non da ultimo per la grande deferenza sottesa alla dottrina dell'ampio margine d'apprezzamento, per come si andava progressivamente affermando nella giurisprudenza, a partire dalle sue prime formulazioni.

Tornando al *caso greco*, la maggioranza della Commissione applicò lo standard dell'imminenza in modo esigente, escludendo perciò che le singole condizioni addotte dal Governo greco giustificassero il ricorso alla deroga e scongiurandone un'applicazione incontrollata a fattori d'instabilità politico-sociale fisiologici nelle società pluraliste. Al contempo, si trova nel *caso greco* una sistematizzazione per punti del requisito oggettivo della minaccia, dove a fattori quali l'attualità o imminenza, il coinvolgimento della nazione intera e il pericolo per la sua vita organizzata, si unisce una chiara affermazione del carattere necessariamente straordinario della minaccia, tale da escludere l'idoneità delle limitazioni permesse dalla CEDU in tempi ordinari⁵⁰.

Per quanto riguarda il problema dell'onere della prova circa l'esistenza del fatto, a ben vedere già nel caso di Cipro la Commissione aveva rigettato la tesi d'una presunzione a favore del giudizio del Governo derogante. Proprio a controbilanciare tale statuizione, si erano andate a creare le basi della dottrina del margine d'apprezzamento. Nel caso di Cipro, come anche in *Lawless*, era semmai nell'applicazione di questi principi che si era dimostrata una tale deferenza verso gli Stati da rendere la suddetta dottrina assai vicina, nei fatti, a una presunzione di favore. Nel *caso greco* la Commissione doveva insomma porre un limite alla permissività a

carattere di necessaria "eccezionalità" al solo pericolo. Ciò avrebbe escluso i fattori di crisi perdurante delle istituzioni e della società greche, per come indicati dal Governo ellenico. Studio di u. Rispetto al Commissario greco, si noti che si trattava di quello stesso Constantin Eustathiades che aveva sostenuto tesi di natura opposta, assai contrarie allo stato d'emergenza convenzionale, in occasione del *caso di Cipro*, in sintonia con la diversa posizione della Grecia in quell'occasione.

⁵⁰ Ivi, parr. 152-153.

cui si prestava la sua prassi precedente e seppe farlo, chiarendo come il Governo avesse mancato di dimostrare in modo sufficiente l'esistenza dell'emergenza. L'ampiezza dell'istruttoria si prestava d'altronde al raggiungimento di questa conclusione.

L'evoluzione rappresentata dal *caso greco* sta dunque nell'applicazione più esigente degli stessi parametri elaborati nei casi precedenti, oltre che da una sistematizzazione che seguiva quella fatta dalla Corte in *Lawless*, che tali parametri aveva convalidato.

Concludendo questa panoramica della prima giurisprudenza sull'Articolo 15, si può dire che gli elementi che caratterizzeranno l'interpretazione della clausola di deroga negli anni a venire sono già presenti, per quanto non sempre o non ancora con le medesime formulazioni.

Nell'esprimere un giudizio sul controllo esercitato da Commissione e Corte, si può certamente evidenziare l'approccio nel complesso molto prudente da queste manifestato, specie di fronte a casi nei quali è discutibile fossero integrati i requisiti d'esistenza della minaccia esistenziale (*Lawless*) o della stretta proporzionalità della reazione (il *caso di Cipro*). Al netto della considerazione delle circostanze diverse in cui queste pronunce furono adottate, si può da un lato ammettere la ritrosia manifestata nell'interferire in un contesto altamente politico quale la reazione degli Stati all'emergenza. D'altra parte, proprio tenendo conto della delicatezza della materia, non va sottovalutata la portata innovativa di questa prima giurisprudenza. Con essa si affermava la piena competenza di Strasburgo a esaminare ogni parametro dell'Articolo 15, una tesi inizialmente rigettata dagli Stati coinvolti nei primi ricorsi e che costituiva comunque un'innovazione dei tradizionali principi del diritto internazionale.

Nella pratica, si è visto come alle affermazioni di principio si accompagnasse un'applicazione molto prudente, giustificata per il tramite del criterio del margine di discrezionalità o apprezzamento, in seguito sviluppato ben oltre il solo ambito dell'Articolo 15 nella giurisprudenza di Strasburgo. Tale deferenza aveva però i suoi limiti e la Commissione lo aveva dimostrato nel *caso greco*, rendendo anche evidente come un controllo più severo fosse applicato a governi dalle deboli o nulle credenziali democratiche. Proprio il *caso greco* dimostrava inoltre il notevole impatto politico legato al contenzioso sull'Articolo 15, spesso sollevato in conseguenza di un ricorso interstatale. Anche quest'elemento poteva esercitare una forma di disciplinamento preventivo verso le decisioni degli Stati di ricorrere con troppa leggerezza a stati emergenziali.

D'altra parte, ci sono anche dei percorsi argomentativi che fanno la loro comparsa in questa fase della giurisprudenza, vengono magari discussi, ma si chiudono poi definitivamente nei decenni seguenti.

È il caso ad esempio dell'uso degli Articoli 17 e 18 in collegamento con l'Articolo 15. Nel caso *Lawless* vediamo invocare queste disposizioni dal Governo derogante, per negare ad un tempo l'ammissibilità del ricorso individuale per abuso del diritto (Art. 17) e per limitare lo scrutinio sulla deroga alla sola presenza di uno scopo legittimo perseguito in buona fede dallo Stato (Art. 18). Nel *caso greco* è un'opinione di minoranza che, in linea con i Governi ricorrenti contro la legittimità della deroga, sostiene la non invocabilità dell'Articolo 15 da parte di un Governo autoritario, che operi in violazione dei limiti posti dall'Articolo 18 CEDU⁵¹. In entrambi i casi, la maggioranza decide di non percorrere una via che coinvolga queste disposizioni, che dunque non rientreranno più in modo esplicito nella giurisprudenza sull'Articolo 15⁵².

Un'altra via di controllo che sembra affievolirsi, se non chiudersi, nella fase successiva è anche quella legata agli obblighi di notifica e al 15(3), almeno nella misura in cui questi sono definiti in modo esigente dalla Commissione, nel 1969⁵³. Se si guarda infatti al grado di completezza richiesto, si stenta a trovarlo nella prassi successiva degli Stati, ad esempio in ordine alla motivazione esaustiva della deroga. Anzi, la breve ma innovativa menzione, da parte della Commissione, del dovere di notifica delle misure amministrative adottate rimane un caso del tutto isolato, mai ripreso nella giurisprudenza successiva.

⁵¹ Il riferimento è all'isolata opinione di Ermacora, *ivi*, parr. 221 ss. La Commissione scelse invece di non pronunciarsi su queste disposizioni, alla luce di quanto già rinvenuto sulla non esistenza dell'emergenza alla luce del 15(1).

⁵² Per quanto si sia invece visto come proposte a favore del loro uso si siano avute in dottrina ancora per diversi anni, emblematica quella di Rusen Ergeç, già ampiamente citata.

⁵³ Peraltro, ricordando che anche nel *caso greco* le conseguenze della violazione restavano non chiarite, per via della non sussistenza dell'emergenza oggettiva.

2.2 L'assestamento dell'approccio auto-limitativo della Corte nella lunga vicenda nord-irlandese (1978-1993)

La fase iniziale della giurisprudenza sull'Articolo 15 si chiude dunque, nel *caso greco*, con un intervento coraggioso, che mostra anche lo sfavore della Commissione e delle istituzioni di Strasburgo verso i governi autoritari entro gli Stati del CoE.

Forse proprio perché coinvolge invece un governo dalle solide tradizioni liberal-democratiche quale il Regno Unito, la giurisprudenza successiva si assesta su una posizione di prudenza e *self-restraint*, tesa più a consolidare le precedenti linee interpretative che a innovarle o estenderle.

Due sono i casi che riguardano la clausola di deroga in questi anni: *Irlanda c. Regno Unito e Brannigan e McBride c. Regno Unito* (da ora *Brannigan*)⁵⁴. Si tratta, rispettivamente, d'un ricorso interstatale il primo e individuale il secondo, peraltro entrambi legati alla medesima crisi, ossia la stagione dei cosiddetti *Troubles* nell'Irlanda del Nord. In entrambi i casi una sentenza della Corte segue peraltro il *report* della Commissione, un altro cambiamento rispetto alla fase precedente, dove l'attività della Corte era stata circoscritta alla sola sentenza *Lawless* e risultava comunque debitrice delle prime interpretazioni della Commissione. Da questo ventennio di 'consolidamento' in avanti, l'iniziativa passerà invece stabilmente ai giudici di Strasburgo, pur se la eserciteranno a lungo con grande deferenza verso l'autonomia degli Stati.

Irlanda c. Regno Unito

Il contesto dei casi irlandesi s'inserisce a pieno titolo nel *genus* dell'emergenza terroristica, legandosi in parte anche alle precedenti circostanze del caso *Lawless*. Rispetto a quest'ultimo, la situazione in Irlanda del Nord all'inizio degli anni '70 si presentava però come molto più grave, in un contesto di guerriglia armata che avrebbe causato migliaia di morti in pochi anni e rispetto al quale il Regno Unito aveva notificato una deroga già nel 1957, nel contesto visto in *Lawless*⁵⁵. Pur a seguito di continui aggiornamenti, dovuti anche alla sostituzione del

⁵⁴ *Irlanda c. Regno Unito* (5310/71), Commissione, 25 gennaio 1976; *Irlanda c. Regno Unito* (85310/71), Corte, 18 gennaio 1978. *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, Commissione (14553/89 e 14554/89), 3 dicembre 1991; *Brannigan e McBride c. Regno Unito* (14553/89; 14554/89), 25 maggio 1993. Come si vede dalle date, il caso *Irlanda c. Regno Unito* rimase aperto per quasi l'intero decennio.

⁵⁵ Nonostante la relativa tranquillità del decennio successivo al 1957, tale deroga non era mai stata ritirata ed è dunque l'atto di notifica al quale fare riferimento. Il riaccendersi delle violenze e la progressiva messa in pratica della legislazione emergenziale nazionale iniziarono a partire dal 1968-1969, da questa data si susseguono anche

Governo locale lealista dell'Irlanda del Nord con il controllo diretto di Londra (“*direct rule*”) nel 1972, tale deroga sarebbe stata ritirata solo nel 1984. Un'altra vi avrebbe fatto seguito, in forma però più limitata, tra il 1988 e il 2001.

Dal punto di vista della nostra ricerca, i profili rilevanti della vicenda si trovano nella decisione del Governo Irlandese di presentare un ricorso contro il Regno Unito, maturata a seguito di alcuni episodi di particolare violenza nella repressione dell'IRA, nel 1971. Nel quadro di generale durezza della risposta britannica, questi consistevano in primo luogo nell'utilizzo di alcune tecniche d'interrogatorio, le cosiddette *Five techniques*, ritenute lesive del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti di cui all'Articolo 3 della Convenzione⁵⁶.

L'Irlanda riteneva anche violati gli Articoli 5-6 CEDU e il divieto di discriminazione di cui all'Articolo 14, in collegamento con l'Articolo 5, visto che la quasi totalità delle persone sottoposte alle misure erano cattolici.

Rispetto alla deroga britannica, che naturalmente non poteva applicarsi a un articolo non derogabile come il 3, la posizione irlandese non discuteva l'esistenza dell'emergenza oggettiva, ma il superamento della stretta necessità della risposta. A questo riguardo, un argomento di grande interesse era quello che introduceva una valutazione d'opportunità o efficacia retrospettiva, in concreto, delle misure adottate. La posizione irlandese era cioè che se a distanza d'alcuni anni e a emergenza invariata era stato possibile sostituire le prime e più gravose misure con disposizioni emergenziali relativamente più miti, si doveva dedurre che le prime misure erano sproporzionate. Andando anche oltre, il Governo irlandese avanzava esplicitamente la tesi che fossero state proprio queste misure, specie quelle adottate nel 1971 dalle autorità lealiste, a provocare l'emergenza, esasperando la minoranza cattolica. Una posizione che richiedeva alla Corte d'inserire nel proprio test di stretta necessità una forte valutazione delle circostanze di fatto, vicina a un vero giudizio d'opportunità politica. Si è visto

gli aggiornamenti sulle misure derogatorie alla CEDU notificate al SG. Si rimanda quanto scritto nel capitolo precedente e al sito del *Treaty Office* per il testo delle deroghe. Per alcuni dati sul numero elevatissimo di morti e feriti nei *Troubles*, fino al 1978, si veda *Irlanda c. Regno Unito*, cit., parr. 11 ss.

⁵⁶ Le tecniche in questione prevedevano la privazione del sonno, di cibo e acqua, l'incappucciamento e il divieto di sedersi. Esse furono usate, in conformità con istruzioni provenienti dai comandi militari inviati a reprimere l'IRA nel corso dell'operazione *Demetrius*, nel 1971. Le vittime delle *Five techniques* divennero conosciute anche come gli “uomini incappucciati” o “*hooded men*”. Su questi fatti si veda M. GoldHaber, *A People's History*, cit. pp. 108 ss.

d'altronde come alcuni margini per compiere una simile operazione fossero ricavabili dalle motivazioni di *Lawless*, dove l'opportunità d'evitare una crisi diplomatica tra Stati vicini e l'umore della popolazione erano stati presi in considerazione dalla Corte⁵⁷.

Partendo dalla lesione dell'Articolo 3 CEDU, si tratta senz'altro d'un elemento importante. *Irlanda c. Regno Unito* è infatti fra le prime pronunce della Corte su questo articolo ed è anche il primo caso di condanna di uno Stato derogante da parte dei giudici di Strasburgo. Tuttavia, il fatto che lo stesso Regno Unito non contestasse queste accuse davanti a Commissione e Corte, ma anzi riconoscesse come avvenute le lesioni, emerse anche da indagini interne, ridimensiona l'importanza di questa parte della sentenza (e del precedente *report*) ai fini della nostra indagine.

Quanto all'Articolo 14 CEDU, sia la Corte che la Commissione non ritennero sussistere discriminazioni nell'applicazione delle misure, senza dunque addentrarsi nel problema dell'eventuale derogabilità di questa disposizione⁵⁸.

Il punto dove invece il Governo britannico invocava a proprio favore l'Articolo 15 e la deroga all'Articolo 5 della Convenzione era il sistema di detenzione extragiudiziale messo in campo per fronteggiare l'IRA, arrestando i sospetti membri dell'organizzazione, ma anche coloro che potevano fornire informazioni su di essa o su possibili attentati, senza però esserne membri. Sotto questo profilo, in modo simile a *Lawless*, si era venuto a creare un sistema di natura amministrativa parallelo alla giustizia ordinaria, slegato dal fine d'ottenere informazioni sufficienti per un rinvio a giudizio, con gravi deficienze anche per quanto riguarda le garanzie dell'arrestato tutelate dall'Articolo 5(2)-(4) CEDU.

Risalire alle fonti e alle fasi di questo sistema è reso complesso dal loro continuo succedersi e dal sopraggiungere del *direct rule*, con il conseguente sostituirsi della legislazione emergenziale del Parlamento britannico a quella precedente, draconiana, dello *Special Powers Act* nord-irlandese del 1922 e delle *regulations* sulla base di questo adottate⁵⁹.

⁵⁷ *Lawless c. Irlanda* (Corte), cit., par. 28.

⁵⁸ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., parr. 225 ss.

⁵⁹ Seguo qua la ricostruzione per 'fasi' temporali della Commissione (*Irlanda c. Regno Unito*, Commissione, cit., pp. 79-85) e della Corte (*Irlanda c. Regno Unito*, cit. parr. 13 ss.). In particolare vedi ivi, par. 17 per la legge del 1922 e par. 50 ss., sull'evoluzione che segue al *direct rule*. La tecnica adottata restava in ogni caso la medesima nella sua struttura generale. Si continuava cioè a prevedere una fonte legislativa, prima ad opera del Parlamento nord-irlandese e poi di quello britannico, abilitante l'adozione e l'attivazione di *regulations* emergenziali da parte

Le tipologie di misure derogatorie restavano comunque principalmente la possibilità per le forze di pubblica sicurezza e i militari di compiere arresti senza mandato e di farlo non solo rispetto a sospetti terroristi, ma anche per interrogare possibili testimoni e ottenere informazioni, detenendo i soggetti in questione per un tempo superiore a quanto ordinariamente possibile secondo la legislazione ordinaria britannica e la Convenzione. Queste operazioni si svolgevano peraltro con garanzie ben inferiori al dettato dell'Articolo 5 CEDU, anche per quanto riguarda l'assistenza legale e la comunicazione con l'esterno dell'arrestato.

Inoltre, al primo periodo di detenzione preventiva, volto principalmente a ottenere informazioni, poteva seguire, per i soli sospetti terroristi, un internamento a tempo indeterminato (*internment o preventive detention*). Nel tempo le garanzie legate a questa pratica furono innalzate, sottraendo la decisione alla medesima autorità che aveva compiuto l'arresto e conferendo un potere di revisione, poi divenuto vincolante, a un commissario giuridicamente qualificato. Quella descritta restava però, come anche le altre misure, una forma di privazione della libertà sottratta a un controllo giurisdizionale, se non nella minima forma di un controllo di *habeas corpus* sulla legalità formale del procedimento. La politica d'internamento di massa sarebbe cessata nella seconda metà del decennio, ma migliaia di persone vi furono nel frattempo sottoposte. Tra esse vi erano anche le vittime delle *Five techniques*, un elemento che veniva usato dal Governo irlandese per indicare un nesso tra un'eccessiva limitazione, se non una vera sospensione, delle garanzie degli Articoli 5-6 e il rischio di sistematiche lesioni dei diritti non derogabili⁶⁰.

Come valutare dunque la posizione di Corte e Commissione sulla liceità della deroga britannica alle garanzie dell'Articolo 5? Per prima cosa, va specificato che sui punti principali i due organi convergono e che entrambi scelgono di non procedere in un'analisi alla luce dell'Articolo 6⁶¹. Il diritto alla libertà e alla sicurezza, chiaramente derogato dalle misure, resta dunque l'oggetto principale del giudizio, in rapporto alla liceità della deroga.

dell'esecutivo. Si seguiva dunque quello stesso modello tipicamente inglese di gestione dell'emergenza che abbiamo visto in azione a Cipro nel 1956.

⁶⁰ Nel testo si è cercato di dare conto delle differenti forme di limitazione extragiudiziale della libertà personale applicate in Irlanda del Nord. Tuttavia, si tenga presente che nei vari interventi emergenziali succedutisi i termini usati cambiano. Una buona sistematizzazione delle "*extrajudicial deprivation of liberty*" è offerta dalla Corte ivi, ai parr. 78 ss. Da queste pagine si sono presi i termini usati nel testo e poi da me tradotti.

⁶¹ *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 235.

Per chiarire l'entità della restrizione dell'Articolo 5, si tenga a mente che i punti più controversi delle misure britanniche erano la possibilità di compiere arresti e detenzioni extragiudiziali al solo scopo d'ottenere informazioni su altri soggetti da parte della persona arrestata, senza che questa fosse sospettata d'alcun reato. Si tratta del carattere più importante del sistema creato per gestire la crisi nord-irlandese, tanto da ritornare, pur con variazioni e correttivi, in tutta la legislazione emergenziale, fino al caso *Brannigan* compreso. Si è visto invece come l'altra misura extragiudiziale in deroga all'Articolo 5, l'internamento dei sospetti terroristi, potesse continuare in teoria a tempo indeterminato, nonostante i correttivi procedurali via via applicati e nonostante si trattasse di una misura non più praticata dopo il 1975.

La Corte giudicò che entrambe le misure superassero il requisito di stretta necessità, come del resto aveva già fatto la Commissione nel 1976⁶². Nella sentenza, questa soluzione si appoggia sulla dottrina del *wide margin of appreciation*, formula che qua trova la sua prima ricezione esplicita da parte della Corte e che viene applicata non solo al giudizio sulle condizioni d'esistenza dell'emergenza, ma anche alla scelta delle misure d'applicare ("*the nature and scope of derogations necessary to avert it [the emergency]*")⁶³.

In legame con quest'ultimo punto, si convalida l'ammissibilità della scelta britannica di non avvalersi di procedure speciali di natura giurisdizionale, quanto di un sistema parallelo di natura amministrativa⁶⁴. Soprattutto, si convalida l'ammissibilità della ragione addotta dai britannici per procedere in questo modo, ossia la volontà di preservare la 'purezza' del *due process* ordinario e della giurisdizione dalle contaminazioni del diritto d'emergenza. Un ragionamento che riflette un tipo di dualismo tipicamente anglosassone e che ritornerà, invariato, ancora nel

⁶² Ivi, par. 212. Quando non diversamente specificato nel testo, la posizione della Commissione riflette quella della Corte.

⁶³ Ivi, par. 206, dove vi è il celebre passaggio, poi sempre formalmente ripreso fino a oggi, secondo cui "*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 para. 1 (art. 15-1) leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (Article 19) (art. 19), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 55, para. 22, and pp. 57-59, paras. 36-38). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision*".

⁶⁴ Si noti, peraltro, che la scelta di un sistema di detenzione extragiudiziale era la stessa fatta dall'Irlanda in *Lawless*, anni prima.

caso *Brannigan* del 1993, dopo essere stato avanzato una prima volta già nel *caso di Cipro* nel 1956.

D'altra parte, la posizione della Corte fa leva in questo caso sulle salvaguardie e sui temperamenti man mano introdotti nella legislazione emergenziale. Si è detto che questa si articola in più 'fasi', che riflettono anche il sopravvenire del *direct rule* e, da questo punto di vista, non poteva che apparire chiaro il miglioramento rispetto allo *Special Powers Act* nord-irlandese del 1922, come sottolineato dalla Corte. Sembra dunque esservi un'attitudine delle fasi successive a controbilanciare le deficienze delle prime risposte all'emergenza, pur insistendo la Corte che di un'emergenza unica e continuativa si tratti.

Si è fatto cenno invece alla posizione irlandese sul progressivo ritiro di alcune misure, specie l'internamento di massa, come prova dell'assenza della loro stretta necessità. La prima evidente difficoltà di questa posizione derivava dall'aver la giurisprudenza esteso di molto la discrezionalità degli Stati rispetto ai limiti di tale necessità, applicandovi la dottrina del *wide margin*. Un punto interessante della sentenza è però che la tesi irlandese viene respinta già alla radice, alla luce dell'impossibilità per la Corte di compiere un esame puramente retrospettivo dell'efficacia delle misure, dovendo limitare il proprio apprezzamento alle circostanze presenti al momento della loro adozione⁶⁵.

Pur rappresentando il primo caso in cui la Corte dichiara una violazione da parte di uno Stato derogante, in *Irlanda c. Regno Unito* l'approccio dei giudici si dimostra dunque molto prudente rispetto all'Articolo 15. Tutti i diritti derogabili sono giudicati derogati legittimamente da parte britannica, mentre anche la violazione dell'Articolo 3 CEDU, incontestata, viene comunque qualificata dalla maggioranza come una lesione del divieto di trattamenti inumani e degradanti e non un caso di vera e propria tortura⁶⁶.

⁶⁵ Ivi, par. 214, dove si afferma che "[...] *the Court must arrive at its decision in light, not of a purely retrospective examination of the efficacy of those measures, but of the conditions and circumstances reigning when they were originally taken and subsequently applied*".

⁶⁶ Ivi, parr. 150 ss. Il mancato riconoscimento della tortura non aveva effetti pratici, visto che vi era comunque stata una violazione dell'Art. 3, ma finiva per favorire un interesse d'immagine del Governo britannico. Si noti fra l'altro come il giudice inglese Gerald Fitzmaurice non ritenesse integrata alcuna violazione dell'Art. 3, ivi, pp. 100 ss. La mancata qualifica di tortura delle "cinque tecniche" è stata alla base della richiesta di revisione del giudizio avanzata dall'Irlanda alla Corte nel 2014, a seguito di nuove testimonianze e documenti. La Corte l'ha però respinta il 20 marzo 2018.

Brannigan e McBride c. Regno Unito

Il caso *Brannigan* del 1993 ha luogo a distanza di anni da *Irlanda c. Regno Unito*, ma l'emergenza resta la medesima. Non è invece più la stessa la deroga notificata al CoE. La ragione è che di fronte a una situazione ancora tesa ma meno grave che negli anni '70, il governo britannico aveva ritenuto di poter ritirare la deroga notificata nel 1957 e più volte rinnovata per l'Irlanda del Nord. Questa scelta, risalente al 1984, era motivata anche dal fatto che, sul piano interno, alcune tra le misure più gravose erano state ritirate. Della legislazione emergenziale vista nel caso precedente, il meccanismo che ancora veniva usato era quello dell'arresto e della detenzione a fini d'interrogatorio da parte delle forze di polizia. La misura veniva applicata per un primo periodo di massimo 48 ore, prolungabile però per ulteriori cinque giorni, previo consenso del Segretario di Stato britannico per l'Irlanda del Nord. Trascorso questo termine, il soggetto arrestato doveva essere portato davanti a un giudice o liberato.

Il Governo britannico riteneva il meccanismo in questione conforme all'Articolo 5 CEDU, ma la Corte, nel caso *Brogan* del 1988, giudicò invece di non poter superare il dato letterale dell'Articolo 5(3), per quanto riguarda il diritto della persona privata della libertà di essere tradotta al più presto davanti a un giudice⁶⁷. È per non applicare questa sentenza che il Regno Unito notificò una nuova deroga, nello stesso 1988.

Il caso *Brannigan* si presenta perciò da un lato come simile al precedente, per via della stessa emergenza e della coincidenza di alcune tra le misure, ma d'altra parte vi sono anche delle differenze. In primo luogo è un ricorso individuale, che viene presentato inoltre a distanza di anni dal ricorso interstatale del 1971. Il carattere permanente dell'emergenza nord-irlandese risultava dunque ancora più evidente, quale prototipo di *entrenched emergency*. In secondo luogo, si poteva discutere se il fatto alla base della deroga, l'elemento oggettivo richiesto dall'Articolo 15, fosse la crisi nord-irlandese o la sentenza della Corte nel caso *Brogan*. Anche assumendo che l'elemento oggettivo fosse il perdurare degli attacchi terroristici, si poteva comunque obiettare che il Governo aveva ben ritenuto nel 1984 che la situazione non

⁶⁷ *Brogan e altri c. Regno Unito* (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29 novembre 1988, parr. 55-62. L'Art. 5(3) CEDU, nel testo originale della disposizione, fa riferimento al termine inglese "*promptness*" o al francese "*aussitôt*".

richiedesse più un ricorso alla deroga. Il fatto sopravvenuto, decisivo nella decisione di derogare, era dunque in ogni caso la sentenza *Brogan*⁶⁸.

Alla luce delle lesioni al divieto di sottoposizione a trattamenti inumani emerse nel caso del 1978, le organizzazioni non governative (ONG) intervenute a sostegno del ricorrente sollevavano inoltre la necessità di negare l'ampio margine apprezzamento nella tutela dei diritti riconosciuti come essenziali, indirettamente, alla salvaguardia dei diritti non derogabili. L'articolo 5, con il 6, costituiva appunto una delle salvaguardie indicate, richiamando peraltro una linea interpretativa già presente in alcune opinioni dissenzianti che abbiamo visto nel *caso di Cipro*⁶⁹.

Né questa linea interpretativa né quella che contestava l'esistenza di un'emergenza tale da integrare la soglia dell'Articolo 15 furono però accolte dalla maggioranza dei giudici della Corte. In *Brannigan*, vi è anzi una ripresa letterale di quanto affermato nel 1978, in merito al *wide margin* attribuito agli Stati che ricorrono alla deroga. Si aggiunge soltanto che, per quanto riguarda l'"*European supervision*" sull'ampio margine d'apprezzamento, la Corte deve dare un peso appropriato ad alcuni fattori rilevanti, quali "*the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation*"⁷⁰. Sebbene almeno alcuni di questi elementi potessero far apparire problematico il caso *Brannigan*, si pensi in particolare alla lunga durata dell'emergenza e al diritto coinvolto, la Corte ritiene invece presenti i requisiti oggettivi dell'emergenza e legittima la decisione britannica di reintrodurre la deroga. Su quest'ultimo punto, è accettata la giustificazione secondo cui il Governo poteva ritenere legittimamente che la propria legislazione restasse nei limiti dell'interpretazione 'ordinaria' dell'Articolo 5(3) e che, una volta preso atto che così non fosse, rientrasse nella sua discrezionalità adottare una deroga volta a superare il testo della Convenzione⁷¹.

⁶⁸ I ricorrenti non disputavano l'esistenza dell'emergenza, ma il punto era sollevato da alcune ONG nel loro intervento in giudizio. *Brannigan e McBride*, cit., par. 45. L'intervento di ONG quali *Amnesty International* fornisce molti tra i punti più interessanti del ricorso.

⁶⁹ Ivi, par. 42. Il riferimento testuale è alle "*fundamental procedural guarantees [...] essential for the protection of detainees at all times, but particularly in times of emergency.*". *Ibidem*.

⁷⁰ Ivi, par. 43

⁷¹ "*It [la Corte] does not judge it necessary to compare the situation which obtained in 1984 with that which prevailed in December 1988 since a decision to withdraw a derogation is, in principle, a matter within the discretion of the State and since it is clear that the Government believed that the legislation in question was in fact compatible with the Convention (see paragraphs 49- 51 below)*". Ivi, par. 47. La maggioranza della Commissione aveva raggiunto analoghe conclusioni.

Nel caso *Brannigan* diversi punti interessanti sono però offerti anche dalle numerose opinioni dissenzienti. Ad esempio, il giudice francese Pettiti critica in modo radicale la legittimità d'una deroga volta a eludere una pronuncia della Corte, ritenendo assente il nesso tra la deroga e l'emergenza. Il rapporto causale sarebbe semmai tra la deroga e la sentenza *Brogan*⁷². Nelle *dissenting* si critica inoltre la presunta impossibilità per le corti nord-irlandesi d'operare normalmente senza il ricorso alla detenzione prolungata⁷³. Alla luce dell'allargamento del CoE, si esprime anche la preoccupazione d'un abuso dell'Articolo 15 da parte degli Stati Est europei di nuovo accesso e recente democratizzazione, a meno che la Corte non adotti un approccio più restrittivo alla deroga. Le nuove interpretazioni dell'Articolo 15 proposte vanno da una limitazione della dottrina del margine d'apprezzamento al solo requisito oggettivo, sottraendovi invece la stretta necessità, alla proposta che la Corte debba fissare limiti rigidi alla durata temporale degli stati di deroga. Compare anche l'idea che essa non possa esimersi da un controllo sull'efficacia concreta delle misure alla risoluzione dell'emergenza⁷⁴. Anche se queste posizioni non troveranno accoglimento nella giurisprudenza della Corte, vedremo che, sotto altre forme, alcune di esse sembrano rientrare nei giudizi sulle emergenze più recenti.

Le emergenze 'fuori deroga'

Il periodo che si è appena visto presenta due casi importanti, in cui la Corte si trovò a giudicare della legittimità del ricorso all'Articolo 15. Tuttavia, nei medesimi anni, vi sono stati anche altri casi d'indiretta rilevanza sul rapporto tra gli organi di Strasburgo e gli stati d'emergenza. Si tratta cioè di emergenze esistenti sul piano fattuale, talvolta anche dichiarate internamente, ma per le quali non si era proceduto ad alcuna notifica di deroga alla Convenzione.

⁷² Ivi, pp. 31 ss.

⁷³ L'argomento britannico, accettato dalla Corte, menzionava le “*difficulties of investigating and prosecuting terrorist crime give rise to the need for an extended period of detention*”. Ivi, par. 58. La Corte accettava anche che “*In the context of Northern Ireland, where the judiciary is small and vulnerable to terrorist attacks, public confidence in the independence of the judiciary is understandably a matter to which the Government attach great importance*”. L'incapacità di funzionare delle corti, senza l'ausilio delle misure in deroga, avrebbe dunque minato la fiducia in esse.

⁷⁴ Si vedano l'opinione concorrente, ma critica in merito all'interpretazione dell'Art. 15, del giudice olandese Martens e la *dissenting* del giudice polacco Makarczyk, ivi, pp. 43-44 e 45-46. Quest'ultimo avanza la proposta di fissare un limite temporale massimo agli stati di deroga, ma non spiega quale termine si dovrebbe prendere a riferimento.

Una tra queste è la lunga vicenda dell'invasione turca di Cipro, che abbiamo menzionato nella parte precedente. Come si è visto, in ben due occasioni la Commissione si pronunciò nel senso di non ritenere applicabile l'Articolo 15, seguendo un ragionamento che si ritiene oggi sorreggere il divieto d'applicazione implicita di questa disposizione⁷⁵.

D'altra parte, alcuni casi di questi anni mostrano la disponibilità di Corte e Commissione a tenere comunque conto dell'esistenza di una situazione d'emergenza, quale fattore contestuale rilevante nella considerazione del caso. Un esempio è la sentenza *Klass c. Germania* del 1978, che riguardava le misure di sorveglianza segreta delle comunicazioni adottate dalla Germania per far fronte al terrorismo interno negli anni '70, senza notificare alcuna deroga. La limitazione in questione dell'Articolo 8 CEDU poteva certo essere fatta rientrare entro quelle ammesse al secondo paragrafo della disposizione, in particolare per ragioni di sicurezza nazionale⁷⁶. Tuttavia, nel seguire questo ragionamento e data l'entità della restrizione, la Corte dà esplicitamente molta importanza alla natura della minaccia terroristica, che si presentava allora come una relativa novità in diversi Paesi d'Europa (Germania, Regno Unito, Italia, Spagna). Il termine usato in questo caso è quello di “*exceptional conditions*”⁷⁷.

A dimostrazione di come l'emergenza abbia avuto un ruolo nella giurisprudenza di Corte e Commissione anche in assenza di deroghe, si può poi citare il meno famoso caso *McVeigh e altri c. Regno Unito* del 1982, oggetto solo d'un *report* della Commissione. Anch'esso riguardava gli attentati dell'IRA, ma i fatti rilevanti non si erano svolti sul territorio dell'Irlanda del Nord, bensì in un porto inglese, dove i ricorrenti, arrivando dall'Irlanda, erano stati sottoposti a detenzione preventiva per quarantacinque ore, senza accuse formali e senza poter comunicare con le loro famiglie. Il punto controverso era che la deroga britannica, esplicitamente limitata all'Irlanda del Nord, non trovava applicazione al luogo in cui si erano svolti i fatti. Senza poter ricorrere all'Articolo 15, la Commissione riconobbe che le restrizioni in questione, pur se definite abnormi, si giustificavano in quanto temporanee e volta a

⁷⁵ *Cipro c. Turchia*, cit., parr. 526-27; *Cipro c. Turchia (II)*, cit., parr. 66-68.

⁷⁶ Nella traduzione italiana del paragrafo 2 dell'Art. 8: “Non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

⁷⁷ *Klass e altri c. Germania*, (5029/71), sentenza del 6 settembre 1978, par. 48. Si osservi la coincidenza tra il termine inglese della sentenza e le *circonstances exceptionnelles* della dottrina francese. Per l'estensione della limitazione all'Art. 8 concessa in assenza di deroga, la decisione è criticata ad esempio in Oren Gross, *Once More*, cit., p. 478, ma si veda già R. Ergéc, *Le Droits*, cit., p. 32.

combattere il terrorismo, dovendosi tenere conto del contesto emergenziale generale in cui erano state applicate⁷⁸.

Bilancio di una lunga fase d'assestamento

La giurisprudenza sulla clausola di deroga trova nei decenni compresi fra gli anni '70 e gli anni '90 un periodo di stabilizzazione, al quale risalgono le formule poi diventate classiche e incorporate nell'interpretazione dell'Articolo 15⁷⁹. Le principali tra esse sono debitorie del lavoro compiuto della Commissione nella fase precedente, ma vengono recepite in modo compiuto dalla Corte solo in questi anni⁸⁰.

Volendo riassumere i caratteri del giudizio sull'Articolo 15 in questa fase della sua evoluzione, si può per prima cosa osservare che mantiene un inevitabile carattere di controllo in astratto, svolto su una situazione presa nel suo complesso, oltre che su un caso concreto. Questo non avviene solo nei ricorsi interstatali, dove pure è più evidente, ma anche in quelli individuali, quali *Brannigan*.

Per quanto riguarda l'elemento oggettivo dell'emergenza, con la giurisprudenza nord-irlandese la Corte riconosce inoltre in modo definitivo la validità delle deroghe territorialmente limitate. Al contempo, accetta che le stesse possano permanere per un tempo indefinito, recidendo il nesso tra emergenza e temporaneità.

Sempre in merito al requisito oggettivo, vi è al contempo una generale ritrosia a esercitare un controllo sul fatto emergenziale, da parte di Corte e Commissione. Sul punto, oltre al conferimento di un ampio margine discrezionale allo Stato nell'individuazione dell'emergenza, si osserva anche un progressivo venir meno dell'attività istruttoria compiuta sul territorio interessato dalla deroga, che pure aveva caratterizzato l'operare iniziale della Commissione⁸¹.

⁷⁸ *McVeigh e altri c. Regno Unito* (8022/77; 8025/77; 8027/77), Commissione, 18 marzo 1981, parr. 155-158.

⁷⁹ Per un riscontro, basta guardare alla sistematizzazione ufficiale operata dalla Cancelleria della Corte nella propria *Guide on Article 15*, cit.

⁸⁰ Sotto questo aspetto si può dire che il caso *Brannigan* costituisca il culmine di questa giurisprudenza, nonostante, a rigore, l'ultima pronuncia della Corte sulla deroga nord-irlandese si sia avuta nel 2001, con una dichiarazione d'irricevibilità del ricorso nel caso *Marshall c. Regno Unito*, (41571/98), Sez. IV, 10 giugno 2001. Il 2001 è anche l'anno in cui la deroga in questione viene ritirata sulla quasi totalità del territorio britannico.

⁸¹ Anche per l'opposizione degli Stati, l'istruttoria della Commissione, pur se resta presente, si orienta verso l'esame dei testimoni. Nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, è l'ostilità britannica che rende impossibile alla

D'altra parte, la giurisprudenza di questo periodo consolida il modo con cui sono trattati i casi di deroga, in primo luogo nell'ordine d'analisi delle questioni. Nella struttura della sentenza, il vaglio sulla lesione del diritto sostanziale coinvolto precede chiaramente quello sulla legittimità della deroga⁸². Anche l'ordine e il metodo d'analisi delle componenti dell'Articolo 15 vengono sistematizzati: si esamina prima l'esistenza dell'emergenza, poi il nesso con le misure prese per farvi fronte e infine la loro proporzionalità.

Per quanto riguarda le componenti del test di valutazione applicato dalla Corte, la dottrina del *wide margin of appreciation* raggiunge col caso *Brannigan* la sua massima estensione, con un'esplicita applicazione anche alla scelta delle misure da parte dello Stato e giustificando il superamento d'una sentenza della Corte stessa.

Al contempo, aumenta però l'importanza attribuita alle salvaguardie che accompagnano l'applicazione delle misure. In *Lawless* questa prendeva soprattutto la forma della supervisione parlamentare, nella sistematizzazione successiva si valorizzano i temperamenti man mano adottati dallo Stato, potendosi forse fare riferimento a una vera e propria 'dottrina dell'adattamento progressivo' delle misure. In certi casi, questo serve anche a giustificare una prima risposta all'emergenza particolarmente restrittiva dei diritti, evitando di rinvenire una mancanza di proporzione quando, nel tempo che separa i fatti dal giudizio, lo Stato mostra d'aver introdotto dei correttivi⁸³.

C'è però una larvata contraddizione tra questo approccio della Corte e il suo esplicito rigetto di un controllo sull'efficacia delle misure nel tempo, laddove ciò implicherebbe necessariamente una valutazione retrospettiva dei fatti. Il punto è che anche la valorizzazione dei correttivi introduce in realtà necessariamente un elemento di controllo retrospettivo. A essere valorizzate sono cioè una sequenza di misure, di natura giuridica o a volte solo fattuale, via via introdotte nell'arco temporale preso in esame, che tende perciò a essere esteso dalla Corte. Questa opera al riguardo un giudizio che ha dunque un carattere retrospettivo, ma lo

Commissione recarsi in Irlanda del Nord. La Commissione ha comunque modo, proprio in questo caso, d'interrogare decine di testimoni e la Corte ne dà conto ivi, al par. 146. Nulla di simile si ebbe nel caso *Brannigan*.

⁸² Si tratta d'un metodo in realtà già presente in *Lawless* ma che veniva contestato in un'opinione di minoranza ancora nel 1978. Si veda l'opinione dissenziente del giudice britannico Fitzmaurice, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., pp. 119-122.

⁸³ È evidentemente questo il caso in *Irlanda c. Regno Unito*.

limita al contempo ai soli adattamenti progressivi. Questo approccio stride però con la completa chiusura manifestata di fronte a un apprezzamento dell'evoluzione del contesto di fatto, vale a dire dell'efficacia concreta delle misure rispetto all'andamento dell'emergenza⁸⁴.

Al di là di queste considerazioni, l'interpretazione dell'Articolo 15 che emerge da questa giurisprudenza s'avvicina molto a un'applicazione del modello dualista o neo-romano di gestione dell'emergenza. Prevale infatti una netta distinzione fra diritto e criteri di valutazione applicati in circostanze normali o straordinarie, ma si richiede al contempo che il passaggio allo stato d'emergenza sia accompagnato, sul piano convenzionale, dall'esplicita e preventiva attivazione della deroga.

Il caso *Brannigan* costituisce un buon esempio di questo modo di procedere, così come il precedente rifiuto d'ammettere un'interpretazione flessibile o accomodante di fronte all'emergenza fattuale in *Brogan*. Di fronte alle stesse circostanze e limitazioni dei diritti, il fattore discriminante diventa in questo caso la decisione del Governo di ricorrere alla clausola giuridica emergenziale presente nella Convenzione. Vi è in tale modo di procedere un dualismo molto evidente e una chiara distinzione tra deroghe ed emergenze di fatto.

Al contempo però, anche il dualismo di questa fase mostra alcune incongruenze.

La prima è rappresentata dalla lunga durata delle emergenze. Come argomenta Alan Greene, una netta separazione tra stati d'emergenza e normalità necessita infatti di un controllo rigoroso sul passaggio da uno stato all'altro⁸⁵. Se non si vuole invertire il rapporto tra diritto ordinario e straordinario, questo controllo non può che esercitarsi anche sulle condizioni di fatto che giustificano l'emergenza, che devono essere, per l'appunto, anch'esse straordinarie. Autori come Greene interpretano la temporaneità come elemento imprescindibile della situazione

⁸⁴ Un controllo sull'efficacia-idoneità comporterebbe un allontanamento da quella dottrina delle circostanze straordinarie che un autore come Ergec ha cercato di riadattare all'Art. 15. A dimostrazione del carattere irrisolto di questa contraddizione della giurisprudenza 'storica' della Corte, si noti però come lo stesso Ergec, descrivendo l'argomentazione della Corte nel 1978, scriva che evidentemente "[...] *l'exigence de nécessité absolue des mesures peut, au début, se plier aux impératifs prioritaires de salut public, pour peu que les 'vices' ainsi relevés soient couverts a posteriori par des aménagements appropriés*". Salvo dover aggiungere, alla luce di una concezione rigorosa della dottrina delle circostanze straordinarie di tipo francese: "*Sur le plan des faits, la démarche de la Cour n'appelle pas d'objection [...] ainsi s'infléchissent les principes sous la pression des réalités*". R. Ergec, *Le Droits*, cit., p. 210.

⁸⁵ A. Greene, *Permanent States of Emergency*, cit., pp. 27-30.

emergenziale o straordinaria⁸⁶. Appare perciò opinabile che una condizione che si protrae per decenni possa essere ancora ritenuta e gestita come un'eccezione.

Invece, legittimando l'*entrenched emergency* in Irlanda del Nord, la Corte si muove evidentemente in senso opposto.

La seconda incongruenza è che, come visto sopra, in certi casi Corte e Commissione prendono comunque in considerazione e valorizzano una situazione emergenziale ritenuta straordinaria, ma priva di deroga. Ciò avviene proprio nei decenni in cui viene formulato, pur se da parte della sola Commissione, il rigetto delle deroghe implicite o d'una applicazione ex post dell'Articolo 15⁸⁷. Anche in questa fase 'neo-romana', residua cioè un margine d'*accomodation* interpretativa, che fa da temperamento al dualismo del modello. Già si delinea, perciò, un problema che ritornerà ad esempio nel caso *Hassan* del 2014 e che non può dirsi oggi risolto, ma è stato anzi reso più evidente dalla pandemia da Covid-19. Quello dello spazio da dare a una lettura flessibile della Convenzione alla luce d'una situazione d'emergenza, ma in assenza di ricorso alla clausola di deroga.

2.3 I primi segnali d'evoluzione: dal caso *Askoy* ad "A e altri c. Regno Unito" (1996-2009)

I casi che andremo ora ad analizzare sono in parte diversi tra loro, dal punto di vista del contesto emergenziale che vi è sotteso e degli elementi valorizzati nel giudizio della Corte. Al contempo, sono però accomunati dal segnare una prima evoluzione della giurisprudenza 'conservativa' della fase precedente, seppure, come vedremo, si tratti di un'evoluzione ancora incerta e non esente da rilievi critici. Da qui la scelta di trattarli in un unico paragrafo.

La repressione della rivolta curda arriva a Strasburgo

Pur essendo stata tra i primi Stati a entrare nel Consiglio d'Europa, la Turchia si è sempre contraddistinta per un uso problematico della facoltà di deroga, unita a una situazione interna e di politica estera complessa, contraddistinta da numerosi colpi di Stato militari e dalle tensioni

⁸⁶ Questa posizione è però criticata, proprio rispetto all'Art. 15, da K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit. p. 14.

⁸⁷ Il riferimento è alla vicenda *Cipro c. Turchia*.

provocate dall'occupazione di Cipro Nord, a partire dal 1974. La vera e propria rivolta scatenatasi dalla fine degli anni '80 nelle regioni del sud-est a prevalenza curda si contraddistingue però per una particolare violenza, molto maggiore della crisi nord-irlandese per il numero di morti e sfollati. Al contempo, la Turchia accettò la giurisdizione della Corte solo nel 1990, molto in ritardo rispetto all'adesione al CoE e proprio nel pieno della crisi curda⁸⁸.

Nel decennio seguente, diversi casi legati a questa emergenza giunsero dunque a Strasburgo, mettendo in luce gli abusi commessi nella repressione della rivolta. Soltanto alcuni tra questi casi riguardano direttamente l'Articolo 15, in considerazione delle vicende della deroga notificata da Ankara per le regioni coinvolte dalla guerriglia. Infatti, la deroga riguardava inizialmente una pletora d'articoli della Convenzione, ma doveva poi venire circoscritta al solo Articolo 5, all'inizio del 1992⁸⁹.

La vicenda di Zeki Aksoy si inserisce proprio in questa congiuntura. Si trattava infatti di un cittadino turco d'origine curda, arrestato alla fine del 1992 e detenuto per quattordici giorni dalle forze di sicurezza turche, senza che la legittimità della sua privazione della libertà venisse portata davanti a un giudice e senza beneficiare d'assistenza legale o della possibilità di contattare i famigliari. Le accuse nei suoi confronti non si tradussero mai in una richiesta di rinvio a giudizio. Durante la sua detenzione e nel corso degli interrogatori, Zeki Aksoy fu però ripetutamente torturato, riportando lesioni permanenti e, dopo la liberazione e la decisione di sollevare ricorso a Strasburgo, fu infine assassinato, nel 1994, da soggetti tuttora rimasti sconosciuti. Tuttavia, il ricorso continuò su impulso della famiglia, giungendo prima davanti alla Commissione e poi alla Corte.

La legislazione che aveva reso possibile la detenzione prolungata di Aksoy poggiava sui vari decreti-legge emanati in seguito alla proclamazione dello stato d'emergenza nelle province del sud-est. Nel complesso, si trattava d'un sistema di fonti emergenziali dal valore sia costituzionale, rispetto alla facoltà d'emanare decreti-legge nei casi d'emergenza e alla loro sottrazione al controllo di costituzionalità, sia legislativo, visto che la disciplina degli stati

⁸⁸ La Turchia riconobbe la giurisdizione della Corte nel 1990, ai sensi dell'Art. 46 CEDU, ma anche la facoltà di ricorso individuale alla Commissione ex Art. 25 era stata riconosciuta solo pochi anni prima, nel 1987. Per questo non abbiamo una giurisprudenza legata alle deroghe turche per i decenni precedenti. Entrambi gli Articoli sono qui citati nella versione precedente alla revisione del 1998.

⁸⁹ Oltre che dal *report* della Commissione e dalla sentenza della Corte, riprendo le considerazioni sul contesto emergenziale da M. GoldHaber, *A People's History*, cit., pp. 123 ss. Da queste pagine si ricava il dato che fra il 1984 e il 1998 vi furono 30.000 morti nelle regioni del sud-est turco. Anche le vicende personali della famiglia Aksoy, a cui sono dedicate le pagine seguenti, sono riprese dalla medesima fonte.

d'emergenza era ulteriormente specificata da una legge del 1983⁹⁰. Incontreremo ancora parte di questo sistema nella successiva emergenza turca del 2016. In ogni caso, dopo il parziale ritiro della deroga nel 1992, i decreti-legge rilevanti nel caso *Aksoy* erano solo quelli legati alle garanzie dell'Articolo 5 CEDU. Al riguardo, la detenzione senza vaglio giudiziale poteva estendersi fino a trenta giorni per i reati associativi contro lo Stato, mentre, dal punto di vista del 5(4), si prevedano garanzie speciali a protezione delle forze di sicurezza, tra cui il conferimento a organi interni all'amministrazione della possibilità di perseguire i reati da esse commessi e la loro sottrazione rispetto a tutte le richieste di risarcimento. Rispetto all'iniziale regime emergenziale turco, il caso *Aksoy* toccava dunque un aspetto limitato, la detenzione prolungata senza supervisione giudiziale, che si è visto però essere uno dei problemi più ricorrenti e importanti delle misure in deroga alla Convenzione, sin dagli anni '50. Inoltre, in pochi casi era stato così evidente il nesso tra protratta detenzione e tortura, che pure abbiamo in parte già visto nella vicenda del 1978⁹¹.

Veniamo dunque alle decisioni degli organi di Strasburgo. Anche se ci concentreremo sulla Corte, vale però la pena di specificare che, nel caso *Aksoy*, la Commissione svolse un'istruttoria sul posto, sia nel sud-est turco che ad Ankara⁹². Si tratta dell'ultima volta in relazione all'Articolo 15, considerando che la Commissione cessa d'operare pochi anni dopo, con la revisione del 1998 e il Protocollo 11 alla Convenzione.

Sul piano della lesione dell'Articolo 3, sia la Corte che la Commissione rinvennero in *Aksoy* una chiara violazione, anche alla luce del nuovo test sull'onere della prova nei casi di tortura introdotto nel di poco precedente *Tomasi c. Francia*⁹³.

Il punto controverso rimaneva però quello della legittimità dei quattordici giorni di detenzione e della deroga all'Articolo 5, in special modo alla luce del nesso tra diritti non derogabili e

⁹⁰ Il riferimento è in primo luogo agli Artt. 13-15 e 148 della Costituzione turca del 1982, adottata sotto governo militare e ancora vigente, salva l'importante revisione del 2017. Per quanto riguarda il diritto vigente al tempo di *Aksoy*, si precisa che in virtù dell'Art. 15 della Costituzione, inserito come disposizione provvisoria, erano sottratte allo scrutinio di costituzionalità le misure prese sulla base di leggi o decreti-legge adottati tra il 1980 e il 1983, ossia durante il governo diretto dei militari. Tra queste leggi vi era la n. 2935 del 25 ottobre 1983 sullo stato d'emergenza. Rilevante era poi anche la legge sull'antiterrorismo, la n. 3713 del 1981. In merito ai riferimenti normativi citati, vedi *Aksoy c. Turchia*, Commissione, cit., parr. 129-131.

⁹¹ Sulle misure, si veda *ibidem*.

⁹² Ivi, par. 16, le risultanze istruttorie in oggetto sono richiamate dalla Corte in *Aksoy c. Turchia*, cit., par. 38. Anche in questo caso, dove non diversamente specificato nelle pagine seguenti, le posizioni di Commissione e Corte coincidono.

⁹³ *Tomasi c. Francia* (12850/87), 27 agosto 1992. Secondo questo test, spetta allo stato provare l'assenza di tortura nel caso in cui il soggetto trattenuto dalle forze di pubblica sicurezza esca dalla detenzione con segni di tortura o trattamenti ad essa parificati, dopo esservi entrato in buone condizioni di salute psico-fisica.

disposizioni a essi ‘serventi’, che la Corte non aveva riconosciuto nella giurisprudenza della fase precedente, in particolare col caso *Brannigan* di solo pochi anni prima.

Nella sua analisi della deroga, la Corte riconosce in primo luogo l’esistenza dell’elemento oggettivo, data l’entità dell’emergenza. Si riprende del resto in modo testuale la massima sul ‘doppio’ *wide margin of appreciation* conferito allo Stato⁹⁴.

Tuttavia, pur non innovando le formule ormai consolidate della propria giurisprudenza e insistendo anzi sulla sua continuità, la Corte compie in questo caso proprio quel passaggio ulteriore negato nei casi nord-irlandesi. Davanti cioè a una lesione d’entità certamente molto più grave ed evidente ai diritti, la Corte fa leva sul carattere essenziale dell’Articolo 5 per dichiarare la mancanza della stretta necessità rispetto alla detenzione prolungata senza controllo giudiziale, anche alla luce dell’assenza di specifiche ragioni che ne giustifichino la durata. S’inizia cioè a delineare quel nesso tra diritti non derogabili e garanzie giurisdizionali fondamentali della persona di cui si è scritto sopra. Il ruolo del giudiziario, anche se per ora solo rispetto alla supervisione della messa in pratica delle misure, viene esplicitamente valorizzato⁹⁵.

La Corte giunge certo a queste conclusioni in un caso dove già si erano rinvenute violazioni all’Articolo 3 (assenti invece in *Brannigan*), dove la limitazione dell’Articolo 5 era molto forte e dove una grave carenza c’era anche dal punto di vista delle salvaguardie progressivamente introdotte dallo Stato⁹⁶. Tuttavia, si coglie qui una prima innovazione o un ‘cambio di registro’ da parte della Corte, per quanto possa essere ritenuto in parte dipendente dal contesto estremo da cui prendono le mosse i fatti di *Aksoy*. La valorizzazione effettiva del ruolo dei giudici nazionali inizia inoltre con questo caso ad acquisire un’importanza che sarà via via sempre crescente.

⁹⁴ *Aksoy c. Turchia*, cit., par. 68.

⁹⁵ “The Court would stress the importance of Article 5 (art. 5) in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interference by the State with his or her right to liberty. Judicial control of interferences by the executive with the individual’s right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3 (art. 5-3), which is intended to minimise the risk of arbitrariness and to ensure the rule of law [...]. Furthermore, prompt judicial intervention may lead to the detection and prevention of serious ill-treatment, which, as stated above (paragraph 62), is prohibited by the Convention in absolute and non-derogable terms”. Ivi, par. 78.

⁹⁶ Sull’ultimo punto vedi ivi, par. 83. C’era inoltre il punto del controllo formale che le Corti nord-irlandesi avevano comunque garantito sull’azione del Governo, nella forma di controllo di legalità della privazione della libertà, per quanto ritenuto dai critici assai poco effettivo in Irlanda del Nord.

La Corte ebbe inoltre un'altra occasione per intervenire sulla crisi curda e sull'estensione delle misure emergenziali, questa volta alla luce del 15(3). Il caso del 1997 *Sakik e altri c. Turchia* esprime infatti chiaramente i confini a cui vanno incontro le deroghe spazialmente limitate. In *Sakik*, le misure in deroga all'Art. 5 erano state infatti applicate fuori dall'ambito territoriale indicato nella nota verbale turca, con la conseguenza che la Corte non ritiene di poter fare applicazione dell'Articolo 15. Anche in questo caso, la giurisprudenza sembra dunque farsi più esigente nella propria supervisione sulle deroghe⁹⁷.

A contemperare questi progressi e come considerazione di realtà, bisogna comunque ricordare che la giurisprudenza *Aksoy* incontrò grandi difficoltà a concretizzarsi sul piano dell'applicazione da parte dello Stato condannato. Non solo i pubblici ufficiali responsabili delle violazioni rimasero impuniti, ma, anche dal punto di vista delle riforme di sistema richieste alla Turchia, l'adeguamento sembra essere stato lento e discontinuo, fortemente legato a fattori extragiuridici, quali il sopirsi della crisi curda o le speranze suscitate dal parallelo processo d'adesione all'Unione Europea⁹⁸. Questi problemi non riguardano solo l'Articolo 15, che sarebbe stato riattivato di nuovo dalla Turchia nel 2016, ma indicano nelle debolezze della fase esecutiva della Convenzione e delle sentenze della Corte un fattore sistemico, che esercita una sua influenza anche rispetto alla clausola di deroga.

Il caso A e altri c. Regno Unito

Le vicende che fanno da sfondo a questo caso, deciso dalla Grande Camera nel 2009, sono quelle del terrorismo internazionale posteriore agli attentati alle Torri Gemelle dell'11 Settembre 2001. Sebbene il fenomeno del terrorismo, con l'inevitabile ambiguità che accompagna questa parola, riguardasse già molte delle emergenze precedenti, si trattava però di fenomeni ancora relativamente localizzati, radicati in contesti territoriali e storico-sociali delimitati. Per quanto la peculiarità del contesto inglese vi eserciti naturalmente la sua

⁹⁷ *Sakik e altri c. Turchia*, cit., parr. 35-39.

⁹⁸ Riprendo molte di queste considerazioni da M. GoldHaber, *A People's History*, cit. 128-129, il quale segnala che il padre di Zeki Aksoy, Serif, da lui intervistato, fosse stato a suo dire arrestato, minacciato e sottoposto a tortura in modo costante tra il 1996 e il 2002. La considerazione che non vi fossero prove sufficienti per collegare l'omicidio di Aksoy a pubblici ufficiali dello Stato era del resto formulata dalla Corte stessa nella sentenza *Askoy*. Sulle riforme introdotte dalla Turchia, M. GoldHaber, *A People's History*, cit. pp. 129 ss. Oggi si hanno comunque meno motivi d'ottimismo di quelli espressi da GoldHaber, anche contando i fatti successivi al 2016 e l'immagine sconsolante offerta dallo stato d'esecuzione dei giudizi della Corte in Turchia.

influenza, *A e altri c. Regno Unito* va letta invece alla luce d'un fenomeno mondiale, ossia quella *global war on terror* che ha segnato i primi anni '2000 e che ha fatto da sfondo e suscitato, specie in area anglosassone, il vero e proprio *revival* di studi sull'emergenza caratteristico del periodo.

Dal punto di vista della circolazione dei modelli e dell'elaborazione teorica, quella di *A. e altri* è infatti una delle vicende giudiziarie legate al terrorismo sul quale più si è scritto, in particolare se si considera il 'versante' nazionale del caso, sviluppatosi tra il 2001 e il 2005 e culminato nel 2004 con una dichiarazione d'incompatibilità da parte dell'*Appellate Committee della House of Lords* (anche *Law Lords*), ai sensi dello *Human Rights Act* del 1998⁹⁹. Riferimenti o analisi legati a questa sentenza si trovano in molti degli autori le cui teorie si sono citate nel primo capitolo e che scrivono in contemporanea ai fatti o nel decennio seguente¹⁰⁰.

Rispetto a una simile risonanza, dobbiamo perciò cercare di separare per prima cosa la decisione della Corte EDU da quella dei *Lords*, che in questa sede ci interessa solo in via indiretta. Procedere in questo modo non è però sempre agevole, visto che la sentenza della Grande Camera è effettivamente fortemente debitrice verso quella della corte nazionale. In secondo luogo, ci concentreremo sui soli aspetti legati all'Articolo 15.

Si è visto nel capitolo precedente che il Regno Unito aveva notificato, unico tra gli Stati Membri, una deroga 'preventiva' a eventuali attacchi terroristici già nel 2001, l'anno del ritiro della deroga precedente. L'atto in questione legittimava la legislazione antiterroristica britannica, introdotta e riconfermata, per via parlamentare, nella forma di legislazione provvisoria tramite la tecnica delle *sunset clauses*. Tra le misure previste, quella che troviamo alla base del caso *A. e altri* era la detenzione a tempo indeterminato dei cittadini stranieri sospettati di legami con associazioni terroristiche e che non era però possibile espellere negli Stati d'origine per il pericolo di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, ai sensi

⁹⁹ *A (FC) and Others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004], UKHL 56, 16 dicembre 2004. Sul piano interno al Regno Unito, l'adozione dello *Human Rights Act* rappresenta naturalmente un fattore del tutto nuovo, che differenzia la precedente giurisprudenza CEDU da questo caso.

¹⁰⁰ Si vedano ad esempio gli scritti di David Dyzenhaus, quasi contemporanei, o quelli di Alan Greene e della studiosa israelo-americana Karin Loevy, nel decennio successivo. Si può dire che nel contesto anglosassone questa decisione, in verità più quella dei *Law Lords* che della Corte EDU, stia alla pari per importanza alle grandi sentenze sul terrorismo della Corte Suprema degli Stati Uniti, quali *Hamdi c. Rumsfeld* o *Boumediene c. Bush*. Per quanto riguarda la decisione dei Lords, una trattazione esauriente si trova in K. Loevy, *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2016, pp. 57 ss., dove è presente anche una ricca bibliografia.

dell'Articolo 3 CEDU¹⁰¹. Dubitando, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, che questi casi potessero rientrare entro l'eccezione di cui all'Articolo 5(1), lettera f) della CEDU, il Governo britannico si era risolto a derogare all'intero Articolo 5(1)¹⁰².

Alla luce della legislazione interna, diversi sospetti terroristi si trovarono dunque a essere detenuti in condizioni particolarmente restrittive e per un tempo indeterminato, dal momento che il Governo non poteva rimpatriarli forzatamente e non intendeva al contempo formulare capi d'accusa contro di loro. Essi restavano comunque liberi di lasciare il Paese quando avessero voluto, salvo però dover rientrare in Stati nei quali gravava su di loro la minaccia di tortura.

Le decisioni riguardo la legalità della detenzione di questi individui seguivano inoltre un procedimento speciale, deferito in prima istanza a commissioni amministrative in materia d'immigrazione (*Special Immigration Appeals Commission* o SIAC) e in grado d'appello a corti ordinarie, per giungere infine ai *Law Lords*.

Furono in primo luogo le commissioni amministrative speciali a rinvenire un'incompatibilità tra l'ordine di deroga interno e lo *Human Rights Act*¹⁰³. Le SIAC non si pronunciarono per l'incompatibilità rispetto all'esistenza dell'emergenza, alle condizioni di detenzione o alla disponibilità di misure alternative e meno lesive dei diritti, ma rinvennero una discriminazione ingiustificata tra il trattamento riservato ai non cittadini inglesi rispetto ai cittadini, che costituivano comunque una percentuale elevata sul totale dei sospetti terroristi. La coincidenza tra le situazioni delle due categorie sarebbe stata però negata dai giudici della *Court of Appeal* nel 2002, fino a giungere ai *Law Lords* nel 2004.

La decisione dei Lord offre uno spaccato interessante dei diversi modi di rapportarsi agli stati d'emergenza, ha inoltre la peculiarità di svolgersi a partire dal medesimo testo interpretato dalla Corte EDU, ossia quello dell'Articolo 15, per come recepito sul piano interno dallo *Human Rights Act*.

¹⁰¹ La giurisprudenza EDU di riferimento è *Chahal c. Regno Unito* (22414/93), Grande Camera, del 15 novembre 1996, par. 112.

¹⁰² Il contenuto della nota di deroga britannica e del diritto interno rilevante è riportato nella sentenza *A. e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 9-13.

¹⁰³ Per la ricostruzione di queste vicende, *A. e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 15-16.

Nello svolgere il controllo sui requisiti del 15, il primo problema era costituito dall'esistenza dell'elemento oggettivo dell'emergenza. Evidente era infatti il carattere fortemente preventivo della deroga, riferita a un fatto verificatosi altrove, ossia gli attentati dell'11 Settembre, e a una minaccia latente entro la società britannica, seppure non ancora concretizzatasi. Sul punto, la maggioranza dei Lord si pronuncia a favore di una maggiore idoneità del potere esecutivo (in questo caso del circuito parlamento-esecutivo) a valutare l'esistenza del fatto emergenziale, rispetto al giudiziario. L'opinione non è espressa senza riserve e al riguardo resta comunque notevole la posizione dissenziente di Lord Hoffman. Essa riflette tra l'altro il modo differente con il quale può essere prospettato un giudizio basato sulla lettera del medesimo testo, scritto nella medesima lingua¹⁰⁴. In merito alla minaccia di cui all'Articolo 15, uno dei giudici del collegio, Lord Hoffman, argomenta infatti che, anche se attentati sul suolo inglese si dovessero verificare, questi non sarebbero mai in grado, da soli, di mettere in pericolo l'esistenza della nazione o delle istituzioni democratiche britanniche. La minaccia menzionata dalla deroga sarebbe dunque inadeguata a integrare la soglia del 15, mentre il vero pericolo per la liberal-democrazia, viene detto, è rappresentato da leggi liberticide come quelle in esame. Questa rimane comunque una posizione isolata sia tra i giudici britannici che, lo si è visto, rispetto alla consolidata giurisprudenza di Strasburgo¹⁰⁵.

Dove invece i *Law Lords* dichiarano violati i limiti dell'Articolo 15 è davanti al test di stretta necessità, condotto in questo caso nelle forme di un esame sulla ragionevolezza o idoneità delle misure rispetto allo scopo perseguito. I giudici respingono in primo luogo la tesi d'una primazia o particolare deferenza dovuta all'esecutivo anche rispetto a questo parametro, in materia di sicurezza nazionale¹⁰⁶. Inoltre, ritengono le misure inadeguate alla repressione del terrorismo, giacché lasciano liberi i presunti terroristi di lasciare il Paese e non incidono sui terroristi che siano anche cittadini britannici, con un'applicazione discriminatoria. A ciò si aggiunge, in via subordinata, un controllo di stretta proporzionalità in senso proprio, dove si giudica che misure meno invasive e applicate anche ai cittadini britannici possano raggiungere il medesimo

¹⁰⁴ Questo anche se diversa è naturalmente la fonte giuridica che contiene il testo in questione, in un caso una fonte interna, lo *Human Right Act* approvato dal Parlamento del Regno Unito, dall'altra una convenzione internazionale. L'identità riguarda soltanto il testo della disposizione.

¹⁰⁵ L'opinione in questione è integralmente riportata *ivi*, par. 18, ma vedi anche K. Loevy, *Emergencies*, cit., pp. 90 ss.

¹⁰⁶ *A. e altri c. Regno Unito*, cit., par. 19, la Corte convaliderà quest'argomentazione *ivi*, al par. 184. Restando in ambito teorico anglosassone, a essere implicitamente respinte sono dunque quelle tesi americane, da noi fatte rientrare nell'*extra-legal model*, incentrate sulla primazia dell'esecutivo in emergenza, quali quelle di E. A. Posner, A. Vermeule, *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007.

scopo¹⁰⁷. I Lord svolgono cioè, sulla base del medesimo testo, un controllo di stretta necessità più esigente di quello fino a questo momento compiuto dalla Corte EDU. Citarlo resta però importante, perché si può dire fin da subito che uno dei caratteri principali della successiva sentenza della Grande Camera è quello di appoggiarsi sulla decisione dei *Law Lords*, i cui estratti sono citati e ripresi nel 2009 con una larghezza insolita per la giurisprudenza della Corte.

Rilevanti cambiamenti intervengono però a livello nazionale tra il 2004 e il 2009, in punto di fatto e diritto. In diritto, alla decisione d'incompatibilità dei Lord fece seguito il ritiro della deroga e delle misure giudicate discriminatorie, sostituite da un regime di ordini di detenzione o controllo domiciliare di natura amministrativa¹⁰⁸.

Sul piano dei fatti, dopo la fine della deroga sopravvennero purtroppo gli attentati di Londra del 2005, che, se da un lato confermarono la presenza della minaccia, dall'altro portarono all'introduzione di una nuova legislazione antiterroristica. Introdotta senza ricorrere alla deroga, tale legislazione prevedeva la possibilità d'imporre la detenzione preventiva senza incriminazione dei sospetti terroristi (cittadini e non) per un massimo di ventotto giorni. Sebbene il limite sia stato in seguito abbassato a quattordici giorni, vale la pena d'osservare che questa misura di polizia risulta ancora in vigore nel Regno Unito¹⁰⁹.

La pronuncia dei *Law Lords*, poi confermata dalla Corte EDU, ha dunque contribuito alla fine d'un regime emergenziale tipicamente dualista, ma si può dire che a ciò abbia fatto seguito il recepimento permanente del regime speciale entro il diritto ordinario, come spesso accaduto in materia d'antiterrorismo.

Venendo alla sentenza della Grande Camera, si può dire che le circostanze portate davanti alla Corte presentassero degli aspetti peculiari. I ricorsi erano stati infatti presentati da alcuni tra i cittadini stranieri detenuti in vigenza di deroga e che denunciavano le violazioni subite tra il

¹⁰⁷ Ivi, par. 20.

¹⁰⁸ Il riferimento è al *Prevention of Terrorism Act* del 2005.

¹⁰⁹ Il riferimento è al *Terrorism Act* del 2006, per come modificava il *Terrorism Act* del 2000. Il limite è stato abbassato a quattordici giorni già a partire dal 2011 (vedi *Terrorism Act* (2000), *Schedule 8*, parr. 25-36). La Corte EDU non risulta essersi mai espressa su queste misure, dopo la Grande Camera del 2009. Tuttavia, rispetto ai limiti fissati dalla giurisprudenza *Aksoy*, la differenza è costituita dalle garanzie di supervisione giudiziaria alla detenzione, comunque presenti nella legislazione antiterroristica britannica, dove un giudice deve pronunciarsi e confermare la legittimità della detenzione dopo 48 ore e, in seguito, ogni sette giorni.

2001 e il 2005. Tuttavia, l'aspetto peculiare del caso è la posizione del Governo britannico, sotto due punti di vista.

Per quanto riguarda il profilo di come inquadrare le limitazioni dei diritti coinvolti, in particolare il 5(1), il Governo cambia infatti strategia rispetto a quella seguita davanti alle corti nazionali. La presenza d'una deroga ai sensi dell'Articolo 15 diviene così un argomento presentato in via subordinata, mentre in via principale s'introduce la possibilità d'inquadrare le limitazioni nell'eccezione dell'espulsione dello straniero irregolare di cui al 5(1), lettera f). Si tratta evidentemente di una posizione tesa a rimediare alla debolezza d'una deroga già dichiarata invalida internamente. Ai nostri fini, si può subito chiarire che la Corte non ritenne d'inquadrare le limitazioni entro il 5(1), lettera f), coerentemente con la propria giurisprudenza.

L'altra peculiarità della posizione del Governo britannico rispetto alla pregressa giurisprudenza sull'Articolo 15 CEDU è quella di presentarsi come un'opposizione alla valutazione delle proprie stesse corti nazionali. Un caso fin qua del tutto inedito¹¹⁰.

Si deve inoltre tenere presente che, anche sul piano prettamente fattuale, la decisione della Grande Camera, alla quale si giunse dopo il deferimento da parte della Sezione competente nel 2007, arrivava dopo i sanguinosi attentati di Londra del 2005, dei quali invece la decisione dei Lord non aveva potuto tenere conto.

Sempre sul piano delle circostanze di fatto e del contesto dell'emergenza, *A. e altri* è anche il primo tra i casi analizzati privo dell'apporto istruttorio della Commissione. Si può osservare però che un apporto istruttorio indiretto proviene da una notevole varietà d'organi diversi, che rispecchia anche il contesto internazionale più ricco in cui si svolgono i fatti, nel mondo che segue le riforme del CoE di fine anni '90. In particolare, tra gli organi interni al Consiglio d'Europa, sia il Comitato europeo per la prevenzione tortura (CPT) che il Commissario europeo per i diritti umani (da ora anche il Commissario europeo) avevano visitato i centri di detenzione speciali e avevano scritto rapporti su di essi, contenenti spesso opinioni critiche¹¹¹. Per quanto rilevasse solo in via indiretta, in ambito ONU, il Comitato per i diritti umani aveva inoltre

¹¹⁰ *A. e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 153-154. La ragione principale per la quale la Corte ritenne ammissibile il ricorso, posteriore a una decisione nazionale che aveva dato ragione ai ricorrenti, è il carattere pur sempre non vincolante della dichiarazione d'incompatibilità rispetto al Parlamento, nell'ordinamento britannico.

¹¹¹ I documenti in questione sono citati ivi, parr. 98 ss. Nel 2002, si era avuta anche una risoluzione dell'Assemblea Parlamentare in cui s'invitavano gli Stati a non derogare. PACE, Ris. 1271 (2002), *Combating terrorism and respect for human rights*, adottata il 24 gennaio 2002. Al periodo risalgono inoltre le linee guida adottate dal CM, *Guidelines on human rights and the fight against terrorism*, 11 luglio 2002, doc. H(2002)004. Si può dire che i primi documenti analitici del CoE sul tema dell'Articolo 15 derivino indirettamente proprio da questa vicenda.

redatto, poco prima dell'11 Settembre, il proprio *General Comment* sull'Articolo 4 del ICCPR, dove si sottolineava il carattere necessariamente temporaneo delle misure emergenziali¹¹².

Insomma, si può dire che nel caso del 2009 la carenza degli strumenti istruttori a disposizione della Corte dopo la soppressione della Commissione appariva controbilanciata da altri fattori o non sembrava comunque presentare particolari problemi.

Qual è dunque il ragionamento seguito dalla Corte in merito alla deroga?

A livello generale, vi è una sostanziale riconferma della dottrina del *wide margin*, applicato a tutti i parametri dell'Articolo 15. Al contempo, la maggiore novità è costituita dall'esplicita estensione alle corti nazionali di quel ruolo privilegiato nel controllo sui requisiti della deroga che la giurisprudenza precedente aveva riferito ai poteri esecutivo e legislativo degli Stati membri¹¹³. In effetti, è la stessa natura del caso, con la sua opposizione interna tra corti ed esecutivo, a permettere alla Corte di compiere quest'estensione, visto che da un punto di vista internazionalistico la dottrina del *wide margin* non può che essere riferita alle autorità statali nel loro complesso. Anzi, sotto questo profilo la Corte rigetta esplicitamente la suggestione del Governo britannico sulla trasposizione della dottrina ai rapporti tra poteri interni allo Stato¹¹⁴.

Da una prospettiva di sistema, ciò significa però anche legittimare, se non richiedere ai sensi dell'Articolo 15, un controllo delle corti nazionali sui requisiti costitutivi della deroga, vale a dire anche sull'esistenza e l'entità dell'emergenza. Si è visto come l'abilitazione dei giudici a pronunciarsi sull'emergenza, specie sull'esistenza del fatto emergenziale, non sia un passaggio che tutti gli ordinamenti e tutte le teorie dell'emergenza che vi stanno dietro concedono facilmente. Di certo si tratta di un elemento assente dalla precedente giurisprudenza della Corte EDU, che con *Aksoy* arrivava tutt'al più a richiedere un controllo giudiziario sull'applicazione delle specifiche misure.

¹¹² *Human Rights Committee, General Comment No. 29, Article 4: Derogations during a State of Emergency*, 24 luglio 2001, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, specie par. 2.

¹¹³ In dottrina, vi è chi ha scritto al riguardo di una deferenza della Corte EDU verso la *House of Lords*, paventando che in caso contrario la Corte avrebbe probabilmente 'salvato' la deroga, in nome dell'ampia discrezionalità del governo anche in merito alla stretta necessità. Vedi D. Harris. e AA., *Law.*, cit., pp. 821 ss.

¹¹⁴ Ivi, parr. 180-184. In particolare, al par. 180 si afferma che “[...] *the Court accepts that it was for each Government, as the guardian of their own people's safety, to make their own assessment on the basis of the facts known to them. Weight must, therefore, attach to the judgment of the United Kingdom's executive and Parliament on this question. In addition, significant weight must be accorded to the views of the national courts, which were better placed to assess the evidence relating to the existence of an emergency*”. Anche dal punto di vista linguistico, si fa un'applicazione dei medesimi termini della giurisprudenza precedente alle corti nazionali.

Al riguardo, giova ricordare che nel caso *A. e altri*, per come giunto davanti ai *Law Lords*, il punto controverso era la legittimità della deroga in astratto, prima della sua applicazione in concreto. Anche la Corte di Strasburgo riconosce esplicitamente questo carattere inevitabilmente generale del controllo *sub* 15, nel senso di riferito a un contesto più esteso del caso di specie. Lo fa in un modo del resto coerente con la propria precedente giurisprudenza e contrario alla posizione critica del governo britannico¹¹⁵.

Per quanto riguarda gli elementi specifici del test sull'Articolo 15, la deferenza della Corte verso i *Law Lords* s'estende sia al requisito oggettivo che a quello sulla stretta necessità, seppure con esiti opposti.

Dal punto di vista dell'esistenza e della gravità della minaccia, è probabile che la Corte avrebbe comunque ritenuto integrato il requisito anche senza la sentenza del 2004. Tuttavia, è vero che l'esistenza della grave minaccia al momento dell'adozione della deroga, nel 2001, si pone comunque ai limiti di quanto legittimabile alla luce dei criteri della giurisprudenza 'storica' sull'Articolo 15.

In fatto d'imminenza della minaccia, i precedenti rilevanti sono *Lawless* e, soprattutto, il caso *greco*, dove si può ritenere che la Commissione avesse a un tempo legittimato l'uso preventivo della deroga e al contempo cercato di determinarne in modo esigente i limiti. Proprio il carattere dell'imminenza appariva però dubbio se applicato ai fatti successivi al 2001, specie se si considera che è caratteristico della minaccia terroristica portare a una dilatazione e 'perennizzazione' dell'emergenza.

L'argomentazione con la quale la Corte supera queste obiezioni è la presa in conto degli attentati del 2005, una considerazione che può apparire certo realistica, ma che riguarda fatti posteriori alla fine della deroga. Così facendo la Corte apre a una valutazione retrospettiva dell'elemento oggettivo, prima negata, che prende in considerazione fatti e informazioni non conoscibili al momento della deroga, appunto perché successivi¹¹⁶.

¹¹⁵ “[...] *the approach under Article 15 is necessarily focused on the general situation pertaining in the country concerned, in the sense that the court – whether national or international – is required to examine the measures that have been adopted in derogation of the Convention rights in question and to weigh them against the nature of the threat to the nation posed by the emergency*”. Ivi, par. 185.

¹¹⁶ “*The requirement of imminence cannot be interpreted so narrowly as to require a State to wait for disaster to strike before taking measures to deal with it. Moreover, the danger of a terrorist attack was, tragically, shown by the bombings and attempted bombings in London in July 2005 to have been very real. Since the purpose of Article 15 is to permit States to take derogating measures to protect their populations from future risks, the existence of the threat to the life of the nation must be assessed primarily with reference to those facts which were known at the time of the derogation. The Court is not precluded, however, from having regard to information which comes*

La Corte si spinge però anche oltre, negando, in contrapposizione esplicita con il Comitato per i diritti umani dell'ONU, il carattere necessariamente temporaneo dell'emergenza ai sensi dell'Articolo 15 e della propria pregressa giurisprudenza¹¹⁷.

Anche il giudizio sulla stretta necessità rispecchia quello dei *Law Lords*, che la Corte cita ampiamente, chiarendo che, in virtù della trasposizione della dottrina del *wide margin*, potrebbe discostarsene solo laddove manifestamente privo di fondamento (“*manifestly unreasonable*”)¹¹⁸. Non essendo questo il caso, la Corte squalifica la scelta di ricorrere a strumenti propri del diritto dell'immigrazione per far fronte a un problema di sicurezza nazionale. Distinzioni legittime nel primo caso sono considerate discriminatorie e non razionalmente fondate quando applicate nel secondo. Per queste ragioni, la Corte ritiene sproporzionata e contraria alla stretta necessità la misura della detenzione speciale e a tempo indeterminato di cittadini stranieri sospettati d'adesione ad associazioni terroristiche¹¹⁹.

Dal punto di vista dei diritti lesi, va tenuto però in conto che, pur evidenziando il carattere discriminatorio delle misure, la Corte riconosce la violazione generale dell'Articolo 5(1) e quella, limitata ad alcuni ricorrenti, del 5(4), ma non ritiene d'addentrarsi nell'analisi separata di un'eventuale lesione dell'Articolo 14, sempre in correlazione all'Articolo 5(1)¹²⁰. La violazione sembra così doversi rinvenire piuttosto nell'uso di mezzi sproporzionati in materia di privazione della libertà, ma va in effetti ridimensionata l'idea che con questo giudizio si sia convalidato il carattere non derogabile dell'Articolo 14. Forse è più fondato ritenere che la Corte abbia implicitamente riconosciuto che, alla luce del requisito di proporzionalità interno allo stesso Articolo 15, le misure non possano lasciare spazio a un'applicazione discriminatoria. In ogni caso, la scarna argomentazione della Corte sul punto e la sua scelta di non pronunciarsi sul 14 offrono a nostro parere elementi insufficienti per parlare di non derogabilità.

to light subsequently”. Ivi, par. 177. Dal punto di vista teorico, questa è completa negazione del tentativo di Ergec d'applicare alla Corte EDU la dottrina delle circostanze straordinarie.

¹¹⁷ Ivi, par. 178. Da qua deriva la posizione di chi divide nettamente stati d'emergenza costituzionali e internazionali, come Istrefi.

¹¹⁸ Ivi, par. 182.

¹¹⁹ Ivi, par. 186. Per la critica agli ulteriori motivi avanzati dal Governo, ivi, parr. 187-189.

¹²⁰ Ivi, par. 191.

Riesaminando la sentenza *A. e altri c. Regno Unito* a più di quindici anni di distanza, l'elemento più innovativo appare il nuovo atteggiamento della Corte verso i giudici nazionali, in materia di controllo sugli stati d'emergenza. Al riguardo, credo si possa parlare d'una vera e propria strategia o direttrice sulla linea della quale cercherà di muoversi la giurisprudenza successiva, pur se a distanza d'un decennio. Essa riflette del resto la crescente importanza attribuita dalla Corte al potere giudiziario e al suo ruolo all'interno degli Stati membri. L'elemento innovativo è semmai l'applicazione al controllo sull'emergenza, che è peraltro attento a non presentarsi come una scelta di rottura, quanto piuttosto un'estensione delle costruzioni precedenti, specie quella dell'ampio margine di discrezionalità in materia di stati d'emergenza.

Se il tentativo di formare un nuovo 'asse' tra Corte e giudici nel controllo sull'Articolo 15 è il risultato 'progressivo' della sentenza, su di essa gravano però anche delle ombre.

Si può dire che con *A. e altri* la Corte abbia compiuto una grande compressione degli strumenti a propria disposizione per un efficace controllo sull'elemento oggettivo dell'emergenza, dimostrando una flessibilità, ad esempio sul carattere retrospettivo del controllo, rivolta evidentemente a tutto vantaggio dello Stato derogante. Un altro elemento criticabile è l'esplicito riconoscimento della scissione tra emergenza e temporaneità, contro la posizione espressa dal Comitato ONU per i diritti umani su una disposizione analoga sotto questo profilo, quale l'Articolo 4 ICCPR.

Certo, è probabile che questi elementi nel giudizio della Corte siano influenzati dalla presenza o meno d'un vaglio giudiziario interno sull'esistenza della minaccia. Inoltre, è vero che la deferenza di fronte al controllo sul fatto emergenziale era già largamente presente nella giurisprudenza precedente e contraddistingue, del resto, anche molte corti nazionali.

Tuttavia, da questo punto di vista, *A. e altri* pare concedere molto alla natura della minaccia terroristica, grande protagonista del primo decennio dei '2000. Trattandosi inoltre di una sentenza della Grande Camera, non ha mancato di sollevare critiche d'occasionalismo e dubbi sull'effettività del controllo della Corte, qualora manchi una corte nazionale di vertice in grado d'esercitare una supervisione efficace sugli stati d'emergenza.

Capitolo III

La svolta: la giurisprudenza della Corte dopo il 2018

3.1. Contesto

La giurisprudenza della Corte è andata incontro a numerosi cambiamenti dal 2018 in avanti, tali da giustificare l'idea di una sostanziale revisione di alcuni punti consolidati delle fasi precedenti e della funzione stessa dell'Articolo 15 nel sistema convenzionale.

Come sempre per i problemi giuridici legati all'emergenza, il contesto politico europeo entro cui opera la Corte ha svolto un ruolo rilevante in questi cambiamenti. Infatti, come si è visto, negli ultimi dieci anni si è assistito a un evidente aumento degli stati di deroga tra i Paesi membri, aumento che vede nella pandemia da Covid un episodio importante, ma che in realtà precede il 2020 e continua anche dopo.

Benché si abbiano delle deroghe legate a disastri classificabili come 'naturali', quali appunto il Covid o il terremoto turco del 2023, il maggiore ricorso alle deroghe corrisponde anche all'aggravarsi delle tensioni geopolitiche in Europa dagli anni '10, culminate poi con l'invasione russa dell'Ucraina nel 2022, e a episodi d'instabilità interna ai vari Stati. Il tentativo di colpo di Stato verificatosi in Turchia nel 2016 è ad esempio un caso evidente d'emergenza interna.

Al contempo, però, nella prima parte dell'ultimo decennio persiste e anzi si aggrava in Europa continentale l'emergenza terroristica, che vede nella Francia il suo epicentro, manifestandosi così secondo caratteri 'nazionali' parzialmente contraddittori rispetto alle categorizzazioni del terrorismo 'globale' di inizio millennio. Si può convenzionalmente far partire il decennio di 'risorgenza' o aumento delle deroghe proprio dal 2015, anno della notifica francese, ma anche della di poco precedente notifica ucraina. A esse seguirà l'anno dopo quella turca.

Non tutte queste deroghe contribuiranno alla giurisprudenza della Corte. Non abbiamo ad esempio casi direttamente legati allo stato d'emergenza ucraino, sia nella sua prima conformazione, successiva al 2015 e più volte modificata, che in quella successiva al 2022. Nei paragrafi che seguono vedremo invece i casi legati alla giurisprudenza sulla deroga turca del 2016 (da ora anche giurisprudenza turca o sulla Turchia) e a quella francese del 2015 (la

giurisprudenza francese o sulla Francia). Ci occuperemo anche d'un interessante pronuncia su una deroga armena notificata nel 2008, in quanto la decisione, risalente al 2021, risulta pienamente inserita in questa 'nuova' fase della Corte. In generale, però, i casi turchi sono senz'altro i più numerosi ed è a questa giurisprudenza che bisogna guardare per cogliere il cambiamento. Anche da un punto di vista cronologico, i casi che riguardano la Turchia sono stati i primi sui quali la Corte si è pronunciata, seguiti solo a distanza di anni da quelli francesi.

È anche molto importante inserire le successive vicende pandemiche in questo contesto. Nel 2020, allo scoppio della pandemia, si è nel pieno formarsi della giurisprudenza turca sull'Articolo 15, che continuerà negli anni seguenti e si arricchirà anzi dei casi francesi. Nello stesso periodo, tra il 2022 e il 2025, si hanno le prime decisioni legate all'emergenza Covid. Esse formano quindi un *continuum* con questa giurisprudenza, pur presentando naturalmente elementi dipendenti dallo specifico contesto emergenziale da cui hanno origine.

3.2 Le vicende turche: un test per la Corte (2018-2025)

Il 15 luglio 2016 una parte delle forze armate turche tentò di rovesciare con la forza il Governo di Recep Tayyip Erdoğan. Il *golpe* fallì nel giro di una notte, causando comunque 290 morti e oltre mille feriti, ma il successivo stato d'emergenza durò per circa due anni, durante i quali si sono verificati nel Paese una serie d'arresti di massa, una massiccia epurazione degli apparati pubblici e una campagna di messa al bando di giornali, sindacati, scuole e università private. In parallelo allo stato d'emergenza interno, la Turchia si è avvalsa di una deroga alla Convenzione, con una conseguente combinazione di stato d'emergenza costituzionale e convenzionale.

Le autorità turche hanno indicato i responsabili del tentato *golpe* in una rete segreta, vero 'Stato parallelo', riconducibile al predicatore e politico Fethullah Gülen, esule negli Stati Uniti, mettendo inoltre in relazione gli eventi del 2016 con gli attentati terroristici islamisti e il separatismo curdo, tutti fenomeni intensificatisi nel periodo¹. Inoltre, durante lo stato d'emergenza si è avuta un'importante revisione costituzionale, approvata con referendum popolare nell'aprile 2017, che ha mutato la forma di governo in senso fortemente presidenziale.

È evidente insomma che la reazione del Governo turco all'emergenza ha avuto anche un carattere strumentale, estendendosi per un periodo probabilmente superiore all'effettiva

¹ Seguendo l'uso delle autorità turche, per come emerge dagli atti davanti alla Corte, ci si riferirà all'organizzazione ritenuta responsabile del tentato golpe anche come "FETÖ/PDY" o movimento gülenista.

necessità di restaurare l'ordine costituzionale e provvedendo anzi a mutarlo, sia formalmente che tramite l'epurazione degli apparati dello Stato e degli avversari politici. Per questo la vicenda si contraddistingue come un vero e proprio 'test' per la Corte, posta di fronte a una situazione di chiaro abuso della facoltà di deroga e di messa in pericolo dello Stato di diritto in un Paese membro del CoE.

I contorni dell'emergenza turca: tipologie di casi e diritto interno

La giurisprudenza della Corte si occupa delle misure prese all'indomani del fallito colpo di Stato e negli anni seguenti. Nonostante il nostro focus sia soprattutto sul valore e l'interpretazione data all'Articolo 15, sempre invocato dal Governo nei vari giudizi, sarebbe impossibile analizzare un così corposo numero di sentenze senza averle prima suddivise. Il criterio più immediato per farlo è riferirle alle corrispondenti misure adottate a livello nazionale nei due anni di stato d'emergenza. Il contesto normativo interno è infatti complesso e lo sono anche le aree dell'intervento repressivo del Governo. La giurisprudenza della Corte si deve così rapportare a fenomeni differenti, lesivi di diritti differenti e retti da norme interne differenti. Anche l'interpretazione dell'Articolo 15 risente di questa varietà, pur presentando dei punti fermi. La giurisprudenza di Strasburgo si svolge inoltre sull'arco di diversi anni, conoscendo perciò una naturale evoluzione.

Il contesto nazionale: stati d'emergenza e garanzie dei diritti nella Costituzione turca

Non è lo scopo di queste pagine addentrarsi nell'analisi comparata dell'ordinamento turco, fornire alcune informazioni è però utile per comprendere le caratteristiche dei casi giunti alla Corte. È anche bene ricordare che essi riguardano quello che è oggi il più esteso e popoloso Stato membro del CoE².

La Costituzione turca del 1982 prevedeva, fino al 2017, diversi regimi distinti definibili come emergenziali. A parte lo stato d'emergenza in senso proprio, vi si disciplinavano infatti anche gli stati d'assedio, mobilitazione generale e guerra. Per quanto riguarda il *golpe* del 2016, le disposizioni attivate sono state però quelle sullo stato d'emergenza³. La revisione

² Per un'introduzione italiana in materia, per quanto non aggiornata, vedi M. Carducci, B. Bernardini d'Arnesano, *Turchia*, collana *Si governano così*, Il Mulino, Bologna, 2008, ed. online 2013.

³ In relazione al solo stato d'emergenza, il vecchio testo prevedeva due sottotipi, l'uno legato in modo specifico a disastri naturali (tra cui quelli epidemici) o emergenze economiche, l'altro a serie lesioni dell'ordine pubblico.

costituzionale del 2017 ha modificato le procedure previste per il passaggio al regime emergenziale, la cui decisione iniziale spetta ora al Presidente della Repubblica, secondo la logica presidenzialista che ha ispirato l'intera riforma. Sono inoltre stati unificati i vari regimi emergenziali, previsti in forma differenziata prima del 2017⁴. Al netto di tali cambiamenti, numerose disposizioni chiave sono rimaste invariate, ad esempio quelle che regolano la compressione dei diritti in emergenza. In ogni caso, la giurisprudenza della Corte EDU riguarda casi antecedenti alla riforma, ragione per cui il diritto rilevante ai nostri fini, e al quale faremo riferimento nelle prossime pagine, è quello vigente nel 2016.

In questo contesto, lo stato d'emergenza permetteva restrizioni eccezionali ai diritti fondamentali e l'imposizione d'obblighi finanziari, materiali e lavorativi a persone fisiche e giuridiche. Prima della revisione, esso poteva essere dichiarato dal Consiglio dei Ministri (CdM), riunito sotto la presidenza del Presidente della Repubblica, per un periodo di massimo sei mesi. Tale periodo poteva (e può tuttora) essere esteso o modificato dalla Grande Assemblea, il Parlamento turco, immediatamente convocata per confermare o revocare il regime emergenziale. Inoltre, la Costituzione prevede una riserva di legge per la disciplina delle prestazioni obbligatorie e delle restrizioni ai diritti imponibili ai cittadini, nonché per le procedure stesse che governano nel dettaglio lo stato d'emergenza⁵.

Durante la vigenza di quest'ultimo, il Consiglio dei ministri poteva emanare decreti aventi forza di legge sulle questioni rese necessarie dall'emergenza, una facoltà oggi trasferita al Presidente della Repubblica. Il testo della Costituzione si limitava a stabilire che i decreti fossero pubblicati nella Gazzetta ufficiale e sottoposti all'approvazione della Grande

Vedi Cost. turca, Artt. 119-120 "*Procedure Governing Emergency Rule. A. States of Emergency*". Per il testo precedente alla Costituzione si è fatto dove possibile riferimento agli estratti riportati nelle sentenze della Corte EDU, altrimenti è disponibile online, in una versione aggiornata al 1995, su *Anyasa.gen, Website of turkish constitutional law*, all'indirizzo https://www.anyasa.gen.tr/1982Constitution-EYasar.htm?utm_source. Si veda anche il commento della Commissione di Venezia, CDL-REF(2016)067, pp. 9-10.

⁴ Il presidente adotta lo stato d'emergenza, ma le decisioni sul suo rinnovo spettano all'Assemblea nazionale, che può anche revocarlo. Resta invariata la possibilità d'adottare d.l., è però interessante vedere la nuova e onnicomprensiva disciplina dell'emergenza di cui all'Articolo 119 della Costituzione, nella traduzione inglese curata dal Parlamento turco:

III: *Administration of State of Emergency. Article 119 (As amended on April 16, 2017; Act No. 6771)*
"In the event of war, the emergence of a situation necessitating war, mobilization, an uprising, strong rebellious actions against the motherland and the Republic, widespread acts of violence of internal or external origin threatening the indivisibility of the country and the nation, emergence of widespread acts of violence aimed at the destruction of the Constitutional order or of fundamental rights and freedoms, serious deterioration of public order because of acts of violence, occurrence of natural disasters, outbreak of dangerous epidemic diseases or emergence of a serious economic crisis; the President of the Republic may declare state of emergency in one region or nationwide for a period not exceeding six months".

⁵ Art. 121 Cost. *Rules Relating to the States of Emergency*. In merito alla riserva, si veda la Legge sullo stato d'emergenza n. 2935 del 1983, già citata nell'ambito del caso *Aksoy*.

Assemblea nazionale turca lo stesso giorno⁶. Istituto di cui si è già illustrata la funzione e la differenza dai d.l. italiani nelle pagine dedicate alla prassi degli Stati, i decreti-legge emergenziali si contraddistinguono per la loro capacità di derogare ai diritti fondamentali, in virtù del combinato disposto degli Articoli 121 e 15 della Costituzione. Essi sono inoltre sottratti al controllo di costituzionalità delle corti, caso unico tra gli atti avente forza di legge in Turchia, sebbene la giurisprudenza della Corte costituzionale turca conoscesse prima del 2016 alcune eccezioni relative al controllo sulla correttezza della procedura d'approvazione.

Durante lo stato d'emergenza dichiarato nel 2016 e revocato nel 2018, sono stati adottati ben 37 d.l., molti dei quali non direttamente legati all'emergenza dichiarata e destinati a modificare in modo duraturo il diritto ordinario.

A disciplinare in maniera generale il rapporto tra stato d'emergenza e diritti troviamo l'Articolo 15 della Costituzione, una disposizione sostanzialmente invariata prima e dopo la riforma e che rivela una forte influenza dell'Articolo 15 CEDU, sia nel linguaggio che nella struttura⁷. La disposizione nazionale è però esplicita nel prevedere non una mera limitazione straordinaria, ma una vera e propria sospensione dei diritti, che può essere anche totale. Al contempo, si autorizzano misure in deroga alle garanzie costituzionali, ma solo nei limiti di quanto reso necessario dalla situazione.

Sul versante delle garanzie, è importante notare che lo stesso paragrafo pone però la condizione che, perfino durante l'emergenza, non possano essere violati gli obblighi di diritto internazionale. L'Articolo 15.2 garantisce inoltre una lista di diritti inviolabili, peraltro più lunga del corrispettivo CEDU. Si tratta di una garanzia rafforzata da una revisione del 2004, nell'ambito delle riforme tese ad avvicinare la Turchia agli standard convenzionali e, in

⁶ Art. 121 Cost., ultimo paragrafo. Si noti che con la revisione costituzionale del 2017 si prevede esplicitamente invece che l'Assemblea debba "dibattere e decidere" in merito ai d.l. entro tre mesi, pena il loro annullamento *ex nunc*. Art. 119 Cost., ultimo paragrafo, revisionato.

⁷ IV. *Suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms. Article 15:*

"In the event of war, general mobilisation, a state of siege or a state of emergency, the exercise of fundamental rights and freedoms may be partially or fully suspended, or measures derogating from the guarantees enshrined in the Constitution may be taken to the extent required by the situation, provided that obligations under international law are not violated.

Even in the circumstances listed in the first paragraph, there shall be no violation of: the individual's right to life, except where death occurs as a result of acts compatible with the law of war; the right to physical and spiritual integrity; freedom of religion, conscience and thought or the rule that no one may be compelled to reveal his or her beliefs or blamed or accused on account of them; the prohibition of retrospective punishment; or the presumption of the accused's innocence until a final conviction."

Al di fuori dell'Art. 15, alcune limitazioni straordinarie legate allo stato d'emergenza sono previste esplicitamente nella disciplina di singoli diritti. Questo è il caso delle tutele costituzionali della libertà personale, sulle quali vedi l'Art. 19 Cost., in particolare rispetto ai termini perentori per essere condotti davanti a un giudice in caso di privazione di libertà.

prospettiva, facilitarne l'ingresso nell'Unione Europea. In quest'ottica, va letta anche l'esplicita statuizione della prevalenza dei trattati internazionali sui diritti umani rispetto alle leggi che disciplinano la medesima materia, in caso di conflitto⁸.

Fuori dal diritto emergenziale, si ricorda che la Turchia è un ordinamento di *civil law*, dove la tradizione codicistica in campo penale è stata storicamente influenzata dal codice penale italiano del 1889 e dal codice di procedura tedesco del 1929. Nell'ambito delle riforme dei primi anni '2000, ispirate a una maggiore tutela dei diritti e da una logica garantista, sono stati approvati due nuovi codici in materia penale, vigenti dal 2005⁹.

Per quanto riguarda l'ordinamento giudiziario, esso appare ispirato al modello francese, con una Corte di Cassazione e un Consiglio di Stato ai vertici delle rispettive magistrature. Inoltre, è anche presente una Corte costituzionale dai poteri rilevanti, alla quale, seguendo la dizione dei documenti del CoE, ci riferiremo come TCC (*Turkish Constitutional Court*). Stando alla lettera della Costituzione, la TCC è dotata di ampi poteri e prerogative. Può annullare una legge o un atto con forza di legge su ricorso diretto delle più alte cariche dello Stato o di una minoranza parlamentare, ma sono anche previste una procedura di ricorso definibile come incidentale e una via d'accesso individuale alla Corte costituzionale. Quest'ultimo tipo di ricorso è stato introdotto nel 2010 (in vigore dal 2012) quale ultimo capitolo delle riforme 'europee' ed è aperto alla generalità dei consociati. È esperibile però solo a conclusione dei rimedi ordinari per ciascun procedimento. Un'altra condizione necessaria è inoltre che i diritti invocati siano garantiti sia dalla Costituzione che dalla CEDU, la quale viene perciò ad assumere una funzione di garanzia particolarmente importante¹⁰.

Questa configurazione della TCC la rende l'organo più adatto a tutelare i diritti e a prevenire gli abusi dei poteri emergenziali. Tuttavia, proprio lo stato d'emergenza mostra i limiti dei

⁸ Art. 90.5 Cost., revisione del 2004. La Costituzione del 1982 già sottraeva tutti i trattati internazionali al controllo di costituzionalità.

⁹ Per una panoramica in italiano, S. Riondato, R. Alagna (curr.), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, Padova University Press, Padova, 2012.

¹⁰ Art. 148.3 Cost. (*Paragraph added on September 12, 2010; Act No. 5982*):

“Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. In order to make an application, ordinary legal remedies must be exhausted”.

Per la disciplina del TCC, vedi Artt. 146 ss. Cost. In particolare, gli Artt. 150 per il ricorso diretto e 152 per quello sollevato su impulso delle corti ordinarie. Il sito ufficiale della Corte presenta inoltre molte informazioni utili e una raccolta della legislazione rilevante, vedi l'indirizzo <https://www.anayasa.gov.tr/en/home-page/>. In dottrina, si segnala l'interessante confronto tra il nostro modello di giustizia costituzionale e quello turco portato avanti da B. Hayrullahoğlu, *Turkish and Italian Legal Systems from Monist and Dualist Perspectives and Individual Application. Proposal for Strengthening the Central Role of the Italian Constitutional Court*, in *University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper*, n. 22-01, 18 febbraio 2022, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080849.

poteri della TCC, visto che gli è precluso il controllo sui decreti-legge emergenziali. Nel 2016, è stato proprio tramite uno di questi atti che il Governo ha previsto la possibilità per la Corte di revocare con procedure semplificate i propri membri sospettati di vicinanza ai golpisti, un caso non contemplato tra le ipotesi di revoca previste dalla Costituzione¹¹. Anche in tempi ordinari, le decisioni d'annullamento della TCC non hanno inoltre effetti retroattivi¹².

A fronte di questi elementi di debolezza, uno dei pochi margini di controllo sugli stati d'emergenza lasciati alla Corte costituzionale deriva dalla combinazione degli Articoli 15 e 148, cioè dalla possibilità d'esaminare la lesione dei diritti tutelati sia dalla Costituzione che dalla CEDU. Dal 2016 in avanti sono stati infatti sollevati decine di migliaia di ricorsi alla TCC, coinvolgendo ogni aspetto della repressione del *golpe*.

Un tale carico di lavoro ha naturalmente gravato sul buon funzionamento della TCC, oltre tutto essa stessa toccata dalle epurazioni. A ciò si aggiunge il vero e proprio rifiuto opposto da parte di alcune delle corti di merito all'esecuzione delle pronunce della TCC. Un caso emblematico è quello di cui si dà atto nella sentenza *Mehmet Hasan c. Turchia* della Corte EDU, nel quale la Corte d'Assise di Istanbul negò la competenza della Corte costituzionale a decidere sulla lesione dei diritti da parte delle misure di custodia cautelare¹³.

Tornando alla magistratura ordinaria, a rafforzare le garanzie dell'ordine giudiziario la Costituzione turca prevede un organo d'autogoverno comparabile al nostro Consiglio superiore della magistratura, vale a dire il Consiglio dei giudici e dei procuratori (*Hakimler ve Savcılar Kurulu* e da ora anche HSK o CSM turco).

Si può comunque notare che già nel 2014, a seguire i primi conflitti tra la magistratura e il partito di Governo AKP, fossero state introdotte alcune riforme in materia giudiziaria, generalmente giudicate negativamente da organi quali la Commissione di Venezia¹⁴.

Nella materia cautelare, si sono attribuite le decisioni di prima istanza prese nella fase delle indagini a speciali giudici di pace, fermo restando la possibilità di ricorso individuale alla

¹¹ Art. 3 del d.l. 667 del 2016. Sulle revoca, Art. 147 Cost.

¹² Vedi l'Art. 153.5 Cost. La TCC ha invece la possibilità di graduare gli effetti *pro futuro*.

¹³ *Mehmet Hasan c. Turchia*, cit., parr. 46 ss. Ancora più di recente, nel 2023-2024, un altro conflitto intergiudiziario ha opposto la TCC alla Cassazione, per quanto riguarda la vicenda della mancata liberazione dell'attivista politico Can Atalay, a seguito della sua elezione in Parlamento. La Cassazione ha ritenuto che la TCC avesse violato la Costituzione ed è arrivata a sporgere denuncia penale contro i giudici costituzionali. Un ricorso di Atalay è attualmente pendente a Strasburgo, vedi *Atalay c. Turchia* (11503/24), presentato il 16 aprile 2024, comunicato il 27 agosto 2024. In dottrina, vedi E. Turkut, A. Yildiz, *The Individual Application Mechanism is on the Verge of Collapse, and so is Turkish Constitutionalism*, su *Verfassungsblog*, 23 novembre 2023, all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/the-individual-application-mechanism-is-on-the-verge-of-collapse-and-so-is-turkish-constitutionalism/>.

¹⁴ CDL-AD(2017)004-e, *Opinion, Turkey-Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships*, 10-11 marzo 2017.

TCC¹⁵. Vedremo come proprio questo sia uno degli ambiti in cui più spesso è intervenuta la Corte di Strasburgo.

In conclusione di questo *excursus* sul diritto nazionale, si può accostare il diritto dell'emergenza nella Costituzione turca al modello dualista o neo-romano, a prima vista rafforzato, fino al 2017, da una tipizzazione per specifiche minacce degli stati d'emergenza.

D'altra parte, sul versante delle garanzie ai diritti, l'ordinamento turco, pur con la presenza d'alcune zone d'ombra, si presentava nel 2016 come piuttosto avanzato e dotato di diversi istituti interessanti. Tra essi figurano in particolare i diversi tipi di ricorsi esperibili davanti alla Corte costituzionale, specie quello individuale, nonché la posizione rafforzata conferita alla stessa CEDU. Al contempo, queste tutele erano garantite in forma piena per i soli tempi 'normali', mentre era la Costituzione stessa a comprimerle in modo esplicito per quelli emergenziali.

È per questo che si può dire che, nel caso turco, lo stato d'emergenza ha mostrato la sua predisposizione a essere usato per scardinare il sistema dall'interno.

Le garanzie ordinarie trovano infatti il loro punto debole nello scarso controllo sui decreti-legge emergenziali, che, una volta sottratti allo scrutinio della TCC, rischiano d'assumere di fatto una forza derogatoria rispetto alla stessa Costituzione. A ciò si deve aggiungere la scarsa efficacia del controllo parlamentare sui tempi e modi dello stato d'emergenza, sebbene tale forma politica di controllo sia prevista dalla Costituzione come principale tutela del sistema.

A parziale rettifica di quanto scritto, è vero che sull'applicazione del diritto durante lo stato d'emergenza hanno certamente influito anche fattori extragiuridici o sociologici, dai quali deriva un'evidente ritrosia dei tribunali a contestare il potere politico, almeno su certe materie. Sul punto, ad esempio, la giurisprudenza CEDU ha messo in luce come le corti abbiano spesso optato per un'interpretazione 'emergenziale' o compiacente verso l'esecutivo di molte disposizioni di legge ordinarie, estranee ai d.l.

Oggi, peraltro, dopo la riforma del 2017, il diritto dell'emergenza turco è stato ulteriormente accentrato nella persona del solo Presidente della Repubblica, ora eletto direttamente dal popolo, con una maggiore somiglianza col precedente storico dell'Articolo 48 della Costituzione di Weimar.

¹⁵ “*Criminal magistrate courts*” è il termine più usato dalla Corte, ma il turco *sulh ceza hakimliği* si traduce anche come giudice penale di pace, termine anch'esso usato dalla Commissione di Venezia e dalla Corte. Si vedano *Mehmet Hasan c. Turchia*, cit., parr. 72-73; *Alparslan c. Turchia*, (12778/17), Sez. II, 16 aprile 2019, par. 18 e *Baş c. Turchia* (66448/17), Sez. II, 3 marzo 2020, parr. 71-80.

Questioni di ricevibilità, procedure e tempistiche nell'analisi dei primi casi

La descrizione degli eventi succedutisi in Turchia dopo il luglio 2016 e i dati sulle detenzioni e i licenziamenti dovrebbero aver reso evidente la straordinarietà della situazione nel Paese. La risposta della Corte di Strasburgo non si è però svolta nel segno della straordinarietà. Dal punto di vista delle regole procedurali, la Corte ha anzi seguito un approccio in linea con la propria giurisprudenza ordinaria, definito anzi restrittivo, se non inadeguato alla realtà della situazione, dalle voci più critiche in dottrina¹⁶. Oltre alle ragioni propriamente giuridiche, è probabile che la Corte abbia ritenuto politicamente opportuno aspettare una pronuncia da parte della Corte costituzionale turca, organo con il quale si è cercato d'instaurare un rapporto privilegiato nella tutela dei diritti.

Solo in un secondo momento, davanti all'allungarsi dei tempi davanti alla TCC, la Corte ha parzialmente modificato il proprio approccio, revisionando tra l'altro la propria *priority policy*. Le prime pronunce sui casi turchi sono comunque di poco successive ai primi arresti della TCC e risalgono al 2018.

Andando con ordine, occorre distinguere i casi giunti alla Corte, retti da fonti interne diverse. Solo i licenziamenti di massa sono stati infatti consentiti via d.l., mentre i casi di persone sottoposti a prolungati periodi di detenzione sono retti principalmente dal diritto ordinario, con un intervento secondario dei d.l. Per entrambe le tipologie, sono stati presentati migliaia di ricorsi a Strasburgo e la Corte ha pronunciato ben 27.000 pronunce d'irricevibilità per il mancato esaurimento dei ricorsi interni¹⁷.

Iniziando dal secondo gruppo di casi, tra il 2016 e il 2017 la Corte ha ritenuto irricevibili una serie di ricorsi di persone detenute provvisoriamente nelle carceri turche. La maggioranza lamentava la lesione dell'articolo 5 della Convenzione, alcuni anche del 3. L'argomento della Corte è che, posto che la privazione della libertà non è retta dai d.l., i ricorrenti sono tenuti a percorrere la via del ricorso individuale alla Corte costituzionale, organo che può svolgere una revisione completa di questi casi e ordinare la liberazione dei ricorrenti. Si rigetta dunque completamente l'argomento della non imparzialità della TCC per via delle purghe subite all'indomani del *golpe*, con l'arresto di ben due giudici costituzionali¹⁸.

¹⁶ E. Turkut, *The Turkish post-coup emergency and European responses: shortcomings in the European system revisited*, in *European yearbook on human rights*, vol. 2022, pp. 7-8 (consultato in versione *pre-print*); S. Esen, *The right of derogation*, cit., p. 266.

¹⁷ ECtHR, *Annual Report*, 2017, p. 8, all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.

¹⁸ La prima tra queste decisioni d'irricevibilità è *Mercan c. Turchia* (56511/16), Sez. II, 8 novembre 2016. L'argomento della ricorrente in merito alla non imparzialità della TCC è riportato ivi, par. 8, la Corte risponde che "[...] la Cour n'aperçoit pas de circonstance particulière qui aurait pu dispenser la requérante de l'obligation

La Corte ha adottato un approccio simile anche per i ricorsi contro i licenziamenti disposti via decreto. In questi casi vi è stata però un'evoluzione, legata allo sviluppo del diritto interno. All'inizio, la Corte riscontra la possibilità per la TCC di svolgere un controllo residuale sulla lesione dei diritti da parte dei d.l., tramite un controllo sugli atti individuali adottati sulla base dei decreti. Se la Corte prende atto infatti che la TCC ha negato di potersi pronunciare sulla costituzionalità in astratto dei d.l., essa sottolinea però la possibilità d'una decisione sulla lesione concreta dei diritti dei ricorrenti individuali, "*dans le cadre d'un contrôle de conformité à la Constitution des normes par voie d'action*"¹⁹. In seguito, la Corte nota che a questo rimedio sono stati affiancati, da appositi decreti-legge, la possibilità di ricorso al Consiglio di Stato, per i soli giudici licenziati, e un vero e proprio meccanismo *ad hoc* di revisione amministrativa, disponibile per tutti²⁰. Quest'ultimo è stato previsto dal 2017, con la creazione di una vera e propria Commissione d'inchiesta sullo stato d'emergenza, incaricata della revisione delle misure. La Commissione è il frutto delle pressioni del Consiglio d'Europa, in particolare d'una proposta del Segretario Generale²¹. Tuttavia, ci si può chiedere se la creazione di questi meccanismi, verso i quali sono stati reindirizzati decine di migliaia di casi, non abbia in realtà consentito al Governo d'adottare una tattica dilatoria rispetto alle decisioni della Corte di Strasburgo, la cui prima decisione sui licenziamenti risale solo al 2020²².

Nel frattempo, nel gennaio 2018 si sono avute le prime sentenze della TCC sulla legittimità delle misure prese durante lo stato d'emergenza, che sarebbe peraltro rimasto ancora in vigore fino al luglio 2018. Le pronunce della Corte EDU sui medesimi casi, ricorsi di giornalisti sottoposti a detenzione cautelare, sono seguite di pochi mesi.

Prima di analizzare il merito, ci sono però due cose che possiamo notare, attinenti alle procedure d'accesso alla Corte e al test di ricevibilità. La prima è che nel maggio 2017 è stato

de saisir la Cour constitutionnelle. Elle estime au contraire que, si elle avait satisfait à cette exigence, l'intéressée aurait offert aux juridictions internes la possibilité que la règle de l'épuisement a pour finalité de ménager aux États, à savoir trancher la question de la compatibilité avec la Convention d'actes ou d'omissions faisant grief, et que, si elle avait malgré tout porté son grief devant elle par la suite, elle aurait pu tirer profit des avis de ces juridictions. Dans ces conditions, la Cour considère que la requérante n'a pas fait le nécessaire pour permettre aux juridictions internes de jouer leur rôle fondamental". Ivi, par. 27. I casi in cui è ammessa una deroga al principio dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ex Art. 35.1 CEDU, sono riassunti ivi, par. 20.

¹⁹ *Zihni c. Turchia* (59061/16), Sez. II, 29 novembre 2016, par. 28. La Corte chiarisce che "[...] la circonstance que la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la constitutionnalité d'une loi dans le cadre d'un recours en inconstitutionnalité ne fait pas obstacle à ce que les justiciables introduisent un recours individuel devant cette juridiction contre les actes individuels pris en application des dispositions de cette loi [...]". *Ibidem*. Peraltro, la Corte sembra in questa decisione ritenere possibile anche un ricorso amministrativo contro le misure.

²⁰ Nell'ordine, *Çatal c. Turchia* (2873/17), Sez. II, 7 marzo 2017; *Köksa c. Turchia* (70478/16), Sez. II, 6 giugno 2017.

²¹ Così è riportato da E. Turkut, *The Turkish post-coup*, cit., p. 8, il quale segnala anche l'appoggio della Commissione di Venezia all'idea.

²² *Pişkin c. Turchia*, cit.

deliberato di modificare i criteri di priorità con i quali i ricorsi sono esaminati dalla Corte, stabilendo che i casi in cui i ricorrenti sono stati privati della libertà come conseguenza diretta d'una presunta violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione devono essere trattati in maniera prioritaria o urgente²³.

È evidente il legame tra questa riforma e i casi turchi, tra i quali quelli che coinvolgono l'Articolo 5 sono il gruppo più numeroso. Ovviamente, altri gruppi di casi sono stati 'lasciati fuori' da questa revisione, come i licenziamenti, ed è interessante notare come, ancora a distanza di anni, la Corte si debba pronunciare su lesioni dei diritti legate allo stato d'emergenza turco. Il fatto che tra le pronunce più recenti ve ne siano ancora alcune fondate sulla lesione dell'Articolo 5 da parte di misure cautelari adottate nel 2016, solleva inoltre qualche dubbio sull'uso coerente dei nuovi criteri di priorità da parte della Corte²⁴. Per la nostra ricerca, è comunque interessante notare come l'applicazione dell'Articolo 15 CEDU, dunque di uno stato di deroga formale ai diritti, non rientri di per sé tra i fattori di priorità. Si possono forse ricondurre alcuni tra i casi di deroga al secondo livello di priorità, quello delle questioni d'interesse generale o che hanno un impatto sull'effettività del sistema CEDU, ma è difficile capire quali tra i casi turchi siano stati effettivamente inseriti in questa categoria dalla Corte.

L'altra osservazione riguarda il criterio di ricevibilità adottato per i primi ricorsi, i quali erano stati presentati senza aspettare le decisioni della TCC sulle stesse situazioni soggettive, il che spiega anche la cronologia ravvicinata tra decisioni nazionali e convenzionali. Sul punto, la Corte si accontenta del fatto che la sentenza della TCC sia sopraggiunta prima della propria decisione sull'irricevibilità del ricorso, il che rende evidente come la strategia di Strasburgo sia stata quella d'attendere la pronuncia nazionale prima d'esaminare la ricevibilità dei ricorsi²⁵.

Le vicende descritte s'intrecciano da ultimo con la nomina del giudice turco da parte dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, le cui procedure d'elezione sono iniziate proprio nel 2016. Tuttavia, PACE ha rigettato per ben tre volte la lista presentata dal Governo di Ankara. Davanti a questa situazione, la giudice turca Işıl Karakaş ha agito in proroga per due anni, tra il 2017 e il 2019, quando è stata sostituita da Saadet Yüksel, che ritroviamo quale giudice nazionale a partire dal 2020²⁶. Rispetto ai casi che c'interessano, si può però notare

²³ "Urgente" è la prima delle sei categorie enumerate, elencate in un documento privo di denominazione specifica, ma reperibile all'indirizzo https://www.echr.coe.int/d/priority_policy_eng.

²⁴ Si notano ad esempio due sentenze del 2024, *Parıldak c. Turchia* (66375/17), Sez. II, 19 marzo 2024 e *Aydın Sefa Akay c. Turchia*, cit., pronuncia di cui si vedrà la grande rilevanza.

²⁵ *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., parr. 107-108. Lo stesso vale per il ricorso 'gemello' *Şahin Alpay c. Turchia*, cit., par. 88.

²⁶ *Erdogan manages to install his choice as new European Court of Human Rights judge*, sul *Nordic Monitor*, 14 aprile 2019, all'indirizzo <https://nordicmonitor.com/2019/04/erdogan-managed-to-plant-his-choice-as-a-judge-at-the-european-court-of-human-rights/>, ma sui vari procedimenti d'elezione vedi anche PACE, *Secretary*

come fino al 2020 la posizione di giudice nazionale sia stata sempre rivestita da un giudice *ad hoc*. Può darsi che anche da queste vicende derivi la generale scarsa incisività delle opinioni dissenzienti dei giudici turchi. Nella sentenza *Alpaslan* del 2019, riguardante un membro della TCC, si dà addirittura atto che la giudice Karakaş si ritirò dal caso, avvalendosi dell'Articolo 28 del Regolamento della Corte²⁷. La stessa cosa sarebbe avvenuta due anni dopo rispetto al giudice armeno, in un giudizio riguardante una deroga del proprio Paese²⁸. Ebbene, forse non è estranea a queste vicende la revisione dell'Articolo 28 approvata nel 2023 dalla Plenaria della Corte, che disciplina in modo più restrittivo le ipotesi in cui un giudice si può astenere dal presiedere un determinato caso, tipizzandole e trasferendo alla Camera o al Presidente la decisione finale, non più lasciata alla deontologia del giudice stesso²⁹.

Può darsi che la crisi turca sia solo una delle ragioni dietro le riforme, specie quella del 2023, ma si può comunque fare una considerazione d'ordine generale, a partire da questo punto. Infatti, le modifiche delle regole di priorità e di quelle di procedura mostrano la capacità dell'emergenza di provocare cambiamenti duraturi, che coinvolgono, in un rapporto di causa-effetto, ordinamenti anche distanti tra loro. Si tratta d'una considerazione che va nella direzione opposta del modello normativo dualista, che delinea l'emergenza come condizione temporalmente circoscritta e contenuta nei suoi effetti. Come osservato dalla studiosa israelo-americana Karin Loevy, questa è invece una condizione gravida di cambiamenti strutturali, non tutti necessariamente negativi³⁰. Sul piano interno, abbiamo già visto come lo stato d'emergenza turco sia stato certamente strumentale a una riforma costituzionale della forma di governo turca in senso autoritario. Sul piano convenzionale, ha invece contribuito a una razionalizzazione di alcune regole.

General of the Parliamentary Assembly, Communication, Doc. 14398, *Election of Judges to the European Court of Human Rights List and curricula vitae of candidates submitted by the Government of Turkey*, 19 settembre 2017. Su Karakaş, si veda la biografia all'indirizzo <https://www.echr.coe.int/w/is-l-karakas>.

²⁷ *Alpaslan c. Turchia*, cit., par. 8.

²⁸ *Dareskizb Ltd c. Armenia*, cit., p. 1.

²⁹ ECHR, *Rules of Court*, Articolo 28, *Inability to sit and recusal*, modifiche del 15 dicembre 2023, in vigore dal 22 gennaio 2024 e *President of the Court, Practice direction, Recusal of judges*, 22 gennaio 2024. La riforma disciplina anche le ipotesi di ricusazione su richiesta delle parti.

³⁰ Si rimanda alla tesi viste nell'introduzione teorica, in K. Loevy, *Emergencies*, cit., specie pp. 261 ss.

Suddivisione dei casi:

a) Arresti e detenzioni di massa

La maggior parte dei casi affrontati dalla Corte, fino ad anni molto recenti, ha riguardato gli arresti di massa condotti dalle autorità turche all'indomani del tentato *golpe*. Più correttamente, i ricorsi riguardano i provvedimenti di custodia cautelare in carcere (“*pre-trial detention*”/“*détention provisoire*”) adottati in seguito agli arresti e convalidati dalle corti turche³¹.

Si è già dato conto dei problemi legati alla ricevibilità dei primi ricorsi e all'esaurimento delle vie interne, ora è bene ricordare i numeri delle persone coinvolte. I dati variano molto, ma, da quelli citati nella giurisprudenza della Corte e dai *report* del CoE, si ricava che, verso la fine dello stato d'emergenza, erano state oggetto d'indagini in relazione al *golpe* circa 150.000 persone, di cui circa 55.000 mila arrestate e detenute in carcere, una condizione che ha messo a dura prova la capienza e le condizioni dei detenuti nel sistema carcerario turco e che si è protratta spesso anche dopo la fine del regime emergenziale³². Al riguardo, le cifre sul numero totale degli arrestati, detenuti in via cautelare e rinviati a giudizio tra il 2016 e gli anni più recenti sono senz'altro molto più alte, pari a centinaia di migliaia di persone³³.

Tra coloro che sono stati sottoposti a *pre-trial detention*, figurano poi appartenenti a categorie alle quali la giurisprudenza della Corte assicura una speciale tutela, quali giornalisti e giudici, tenendo conto, peraltro, che anche il diritto nazionale presenta in teoria speciali garanzie per

³¹ Qua e nelle pagine seguenti, si dà atto delle traduzioni inglesi o francesi dei termini giuridici turchi, riportandole dalle varie decisioni della Corte.

³² Questi dati vengono in parte dalla giurisprudenza della Corte, vedi ad esempio *Baş c. Turchia*, cit., par. 93. Per altri dati fino all'inizio del 2018, dunque relativi al solo periodo dello stato di deroga, PACE, *Report, State of emergency*, cit., par. 83. In dottrina, si vedano anche i dati forniti da S. Esen, *The right of derogation from the ECHR and the case of Turkey*, in (curr.) J. García Roca, R. Bustos Gisbert, *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 264 ss. Un altro documento PACE, *Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), Report*, Doc. 14282, *The functioning of democratic institutions in Turkey*, relatori I. Godoskesen, M. Mikko, 5 aprile 2017, par. 31, faceva riferimento a 44.000 detenuti in attesa di giudizio (“*pending trial*”) a inizio 2017.

³³ Fonti ufficiali e non riferiscono di oltre 100.000 persone poi rinviate a giudizio che sono state sottoposte, nel corso degli anni, a lunghi periodi di detenzione cautelare. Vi sarebbero state oltre mezzo milione di persone verso le quali è stato aperto un procedimento legale di tipo penale da parte delle autorità turche e più d'un milione e mezzo d'indagati. Si veda il sito del Dipartimento di Stato statunitense, che fa riferimento a fonti ufficiali turche. *US Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2020 Country Reports on Human Rights Practices: Turkey*, disponibile all'indirizzo <https://www.state.gov/reports/2020-country-reports-on-human-rights-practices/turkey/>. Nel 2022 il Ministro degli Interni turco Süleyman Soylu affermava che più di 330.000 persone erano state genericamente fermate e trattene dalla polizia in relazione al *golpe*. Notizia ripresa dal giornale *Nordic Monitor*, *332,000 people have been detained as part of Erdoğan's witch hunt since 2016*, 18 luglio 2022, disponibile online all'indirizzo <https://nordicmonitor.com/2022/07/332-thousand-people-were-detained-as-part-of-erdogans-witch-hunt-since-2016/>.

gli appartenenti alla magistratura³⁴. Questi casi presentano dunque alcune specialità per quanto riguarda il diritto rilevante, sia interno che convenzionale. Sul piano dei fatti, le cifre rivelano comunque che gli arrestati appartengono spesso a quella che possiamo definire l'*élite* del Paese e che i pubblici funzionari, dai membri degli apparati di sicurezza ai docenti universitari, ne rappresentano una percentuale molto elevata. Non mancano poi i casi di attivisti politici e avversari del partito di Governo³⁵.

Tra le fonti legislative nazionali rilevanti, non tutte sono ricollegabili ai decreti emergenziali. Anzi, le corti turche hanno proceduto a convalidare le misure cautelari tramite un'interpretazione innovativa ed estensiva dell'Articolo 100 del codice di procedura penale (da ora c.p.p.). Si tratta di una disposizione egualmente valida in tempi ordinari ed eccezionali e non esplicitamente modificata dai d.l. In particolare, l'Articolo 100 c.p.p. dispone che una persona possa essere posta in *pre-trial detention* quando c'è un'evidenza fattuale che dia adito a un forte sospetto ("*strong suspicion*") che la persona in questione abbia commesso un reato ("*offence*") e quando la misura sia giustificata sulla base delle seguenti motivazioni: fuga o pericolo di fuga, rischio d'inquinamento delle prove o influenza sui testimoni. Per i reati contro la sicurezza dello Stato e l'ordine costituzionale, ossia quelli rilevanti in questi casi, l'esistenza di una *strong suspicion* è però da sola sufficiente a giustificare la custodia cautelare in carcere³⁶.

Purtroppo, nei casi dei sospetti gülenisti si è vista prevalere da parte delle procure un'interpretazione estremamente lasca d'un requisito a prima vista esigente come quello appena descritto. Articoli di giornale, delazioni anonime, semplici dichiarazioni pubbliche o elementi dal valore ambiguo, quale l'apertura d'un conto in banca presso un istituto ricollegabile alla presunta rete dei golpisti, sono stati tutti elementi ritenuti integrare il requisito della *strong suspicion* di colpevolezza. Quest'interpretazione si è affermata anche nella giurisprudenza di merito, a cominciare dai giudici speciali istituiti nel 2014, mentre la giurisprudenza della Corte costituzionale ha visto una fase iniziale caratterizzata da parziali

³⁴ I giornalisti arrestati sono stati 210, secondo il Commissario europeo per i diritti umani, nel suo intervento in *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 117. Rispetto ai magistrati, nel caso *Alparslan Altan c. Turchia* (12778/17), Sez. II, 16 aprile 2019, al par. 14, si dice che: "[...] some 3,000 judges and prosecutors, including two judges of the Constitutional Court (including the applicant) and more than 160 judges of the Court of Cassation and the Supreme Administrative Court, had been taken into police custody and subsequently placed in pretrial detention. In addition, warrants had been issued for the arrest of thirty judges of the highest courts who were deemed to be fugitives". In *Baş c. Turchia*, cit., par. 99, si riporta, citando la TCC, che "As of 24 July 2017, 4,664 judges and prosecutors were the subject of a criminal investigation, and 2,431". Inoltre, R. Comte cita nel suo report la cifra di 1343 avvocati incriminati, di cui 524 arrestati, PACE, *Report, State of emergency*, cit., par. 99.

³⁵ Ad esempio, si veda *Kavala c. Turchia*, cit.

³⁶ Gli elementi sopra descritti, come il testo dell'Art. 100 c.p.p., sono sempre riportati nelle sentenze della Corte. Ad esse si è guardato anche per la traduzione in inglese dei termini turchi. In particolare, si è guardato alla descrizione fatta in *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 71.

resistenze, per poi adeguarsi progressivamente e dichiarare irricevibili o manifestamente infondati la gran parte dei ricorsi³⁷.

Per quanto riguarda le garanzie dei magistrati, il diritto turco prevede delle tutele rafforzate, particolarmente elevate per i giudici della Corte costituzionale. Quale criterio generale, esse vengono però meno nei casi di flagranza di reato, nei quali ai vari regimi speciali subentrano di nuovo le regole procedurali ordinarie, materia cautelare compresa³⁸. Questo spiega perché l'interpretazione del concetto di *in flagrante delicto*, inteso in senso fortemente estensivo dalle corti nazionali dopo il 2016, svolga un ruolo centrale in questi casi, accanto a quello di forte sospetto³⁹. Oltre i giudici ordinari, i casi giunti a Strasburgo hanno riguardato infatti anche un giudice della Corte costituzionale (*Alparslan Altan c. Turchia*) e un membro del CSM turco (*Baş c. Turchia*).

Nella materia delle garanzie del potere giudiziario troviamo anche un primo intervento diretto dei decreti emergenziali, che hanno abilitato sia la TCC che il CSM a destituire con procedure speciali i propri membri sospettati di vicinanza ai golpisti⁴⁰.

Altre norme introdotte via decreto sono quelle che hanno innalzato il termine massimo entro il quale una persona può essere trattenuta in custodia dalla polizia ("*police custody*") fino a 30 giorni dall'arresto. Sono state inoltre comprese alcune garanzie procedurali e diritti della difesa, tra cui l'accesso al fascicolo dell'accusa durante le indagini, lasciando la decisione allo

³⁷ La citata interpretazione del requisito del forte sospetto di cui all'Art. 100 c.p.p. si rinviene in tutte le sentenze riguardanti la detenzione cautelare. Per tutte, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., parr. 26-29 dove si dà conto dell'interpretazione dei giudici di merito nel caso in oggetto. Sulla resistenza del TCC a questa interpretazione, avvenuta proprio in questo caso, ivi, parr. 35 e 127 ss. La decisione viene citata nelle traduzioni della stessa TCC come *Mehmet Hasan Altan (2)* [Plenary], no. 2016/23672, 11 January 2018 ed è reperibile all'indirizzo https://www.anayasa.gov.tr/media/7212/2018_selected_judgments.pdf.

³⁸ Nel caso dei giudici della Corte costituzionale, fuori dai casi di flagranza, è possibile avviare un'indagine o adottare misure cautelari solo previa votazione a maggioranza della plenaria della Corte. Si vedano le disposizioni della legge turca sulla Corte costituzionale (l. n. 6216 del 2011), riportate in traduzione in *Alparslan Altan c. Turchia*, cit., par. 49. Per i membri del CSM turco e i giudici ordinari, vedi rispettivamente la l. n. 2802 del 1983 sui giudici e i pubblici ministeri e la l. n. 6087 del 2010 sul Consiglio dei giudici e dei pubblici ministeri, citate in *Baş c. Turchia*, cit., parr. 62-70. I d.l. hanno influito sulle garanzie delle magistrature, ma lo hanno fatto sul versante dei licenziamenti, prevedendo procedure speciali e semplificate non presenti nelle leggi ordinarie in materia. Il regime delle indagini e delle misure cautelari è rimasto formalmente invariato.

³⁹ La Corte EDU fa riferimento e censura una sentenza della plenaria penale della Corte di Cassazione Turca datata 10 ottobre 2017 e convalidata dal TCC. L'interpretazione della Cassazione sovrappone e sostituisce di fatto le condizioni previste dall'Art. 100 c.p.p. per la custodia cautelare al più esigente requisito della flagranza, nei casi di giudici sospettati d'appartenere a organizzazioni armate. L'argomento usato è quello del carattere continuato del reato ("*continuing offence*"), interrotto, e dunque ancora in corso, solo al momento dell'arresto. *Alparslan Altan c. Turchia*, cit., parr. 63, 42 e 108-109. Sulle definizioni di flagranza secondo la lettera dell'Art. 2 del c.p.p., vedi ivi, par. 52. Le definizioni sono strettamente legate alla scoperta di un reato mentre o immediatamente dopo la sua commissione.

⁴⁰ Art. 3 del d.l. 667 del 2016, riportato ivi, par. 23.

stesso pubblico ministero⁴¹. I decreti hanno previsto regole speciali per i procedimenti riguardanti la legittimità e il rinnovo periodico della *pre-trial detention*, escludendo la necessità di un'udienza e consentendo di non basare necessariamente la decisione sul fascicolo, cosa che ha comportato una serie di pronunce di fatto quasi prive di motivazioni autonome⁴².

Come si vede, si tratta di uno scenario complesso, alla luce del quale la Corte ha posto gran parte delle violazioni in rapporto al diritto di cui all'Articolo 5 CEDU (libertà e sicurezza), mentre nei casi di detenzione di giornalisti, i primi sui quali la Corte si è pronunciata nel 2018, si sono individuate anche lesioni dell'Articolo 10 della Convenzione⁴³.

In particolare, la Corte ha sempre giudicato che la lettura dell'Articolo 100 c.p.p. e del requisito nazionale della *strong suspicion* fatta dai giudici turchi violasse l'Articolo 5.1, lettera c) CEDU, dove si prevede, tra le eccezioni tassative al diritto, quella dell'arresto o detenzione cautelare, a condizione vi siano motivi plausibili ("*reasonable suspicion*" / "*raisons plausibles*") di sospettare che la persona abbia commesso il reato⁴⁴. L'assenza di precisi riferimenti a fatti o informazioni nei provvedimenti in materia cautelare dei giudici nazionali e nei successivi argomenti del Governo ha costantemente portato la Corte a non ritenere sussistente la ragionevolezza dei sospetti⁴⁵. Una garanzia, quella della ragionevolezza, che pure si porrebbe di per sé al di sotto del requisito del forte sospetto del codice di procedura turco, letto però in modo assai poco garantista dalle corti nazionali.

Nel caso del requisito obbligatorio della flagranza per la custodia cautelare dei membri della magistratura, l'interpretazione nazionale, evidentemente eccentrica rispetto allo stesso diritto turco, è stata ritenuta dalla Corte una "*unreasonable extension of the concept of in flagrante delicto*", imprevedibile e causa di detenzioni qualificate come "*not lawful*" e non condotte "*in*

⁴¹ Le misure descritte sono disposte, in ordine d'elencazione, dai d.l. 667 e 668 del 2016, benché il termine massimo per la custodia da parte della polizia sia stato abbassato a 7 giorni, rinnovabili per altri 7, nel gennaio 2017. Si veda *Alparslan Altan c. Turchia*, cit., par. 77-79.

⁴² D.l. 667 del 2016, citato in *Kavala c. Turchia*, cit., par. 73.

⁴³ Il primo caso in cui si rinviene una lesione dell'Art. 10 è *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 210-213.

⁴⁴ Nella traduzione italiana curata dalla Corte:

Articolo 5. Diritto alla libertà e alla sicurezza

"1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

[...] (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso. [...]".

Si tenga presente che il rischio di commettere un reato o il pericolo di fuga non figurano tra gli argomenti usati dalle corti turche.

⁴⁵ Tra le tante, *Alparslan Altan*, cit., par. 142-145; *Kavala c. Turchia*, cit., par. 154-157; *Şık c. Turchia (n. 2)* (36493/17), Sez. II, 24 novembre 2020, par. 141; *Yücel c. Turchia* (27684/17), Sez. II, 25 gennaio 2022, par. 91-97. La Corte ricorda sempre come per la propria giurisprudenza "*The words 'reasonable suspicion' mean the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence*". *Kavala c. Turchia*, cit., par. 127.

*accordance with a procedure prescribed by law*⁴⁶. In tutti i casi che rientrano in questa categoria, si ha una doppia violazione dell'Articolo 5.1 CEDU e della sua lettera c).

Altre violazioni riscontrate riguardano l'assenza di motivazioni dei provvedimenti cautelari e dei loro rinnovi (lesione del 5.3) e la preclusione dell'accesso al fascicolo con gli elementi a carico del ricorrente (Art. 5.4)⁴⁷. In certi casi, una lesione dell'Articolo 5.4 è stata fatta derivare dalla lunghezza eccessiva del procedimento di revisione della legittimità della detenzione, specie per la fase del ricorso individuale alla Corte costituzionale⁴⁸. In altri, la lesione dello stesso diritto deriva dall'assenza d'udienze per un periodo di tempo prolungato⁴⁹.

Si può notare che molte delle disposizioni interne coinvolte in questi casi non fanno parte del diritto propriamente emergenziale, ossia i decreti-legge, ma di quello ordinario, seppur interpretato in modo 'emergenziale' o 'accomodante' dalle corti nazionali. Ciò vale in particolare per i concetti di *in flagrante delicto* e *strong suspicion*, con le rispettive violazioni del 5.1 e della sua lettera c).

Vedremo che questo è un aspetto rilevante per le strategie interpretative usate dalla Corte EDU nei confronti di questi casi, quando si giunge a doverli analizzare alla luce dell'Articolo 15. Il modo in cui la Corte si è rapportata alla deroga, in questo e nei seguenti insiemi di casi, sarà comunque analizzato a parte, alla fine della panoramica sulla lesione dei diritti sostanziali.

b) *Licenziamenti e chiusure d'attività e associazioni*

Dopo il fallito colpo di Stato, si è assistito a un numero così elevato di licenziamenti da potersi senz'altro parlare di vere e proprie epurazioni degli apparati pubblici e parastatali. Inoltre, tra il 2016 e il 2018, sono stati chiusi o disciolti centinaia di giornali, sindacati, scuole, associazioni e università private⁵⁰. In quest'ambito, le misure sono state adottate pressoché interamente tramite decreti-legge emergenziali, che, nel caso dei licenziamenti, hanno stabilito procedure derogatorie e semplificate, sulle quali le corti competenti hanno esercitato una revisione del

⁴⁶ *Alparslan Altan*, cit., parr. 109-115, dove si afferma che l'applicazione del diritto nazionale è in violazione del principio della "*legal certainty* [...], *but also appear manifestly unreasonable*", ivi, par. 115. Anche *Baş c. Turchia*, cit., parr. 145 ss.

⁴⁷ Entrambe le violazioni sono riscontrate in *Akgün c. Turchia* (19699/18), Sez. II, 21 luglio 2021, parr. 191 e 198-206 (sulla lesione del principio di parità delle armi tra difesa e accusa ex Art. 5.4).

⁴⁸ Ad esempio, *Kavala c. Turchia*, cit., parr. 189-196.

⁴⁹ *Baş c. Turchia*, cit., par. 216.

⁵⁰ I dati sono quelli del report PACE del 2018, già citato in riferimento alla prassi degli Stati. Vedi anche CDL-AD(2016)037, *Opinion*, 12 dicembre 2016, *Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016*. Il numero totale si aggira comunque tra i 130. e 150.000 epurati, tra i quali 33.000 insegnanti, 5000 professori universitari e 4560 giudici. Sono stati chiusi quasi 200 media di vario tipo e chiuse 2000 scuole e 1800 tra fondazioni, associazioni e sindacati. PACE, Report, *State of emergency*, cit. par. 83.

tutto nominale. Siamo dunque del tutto dentro il diritto dello stato d'emergenza interno, anche dal punto di vista della finestra temporale dei casi⁵¹.

Qual è stato dunque il giudizio della Corte?

Nel 2020, in *Pişkin c. Turchia*, i giudici di Strasburgo hanno analizzato il caso alla luce dell'Articolo 6 CEDU e delle garanzie del giusto processo. Nonostante i licenziamenti comportassero aspetti fortemente punitivi, tra i quali il divieto di riassunzione a vita nel settore pubblico, la Corte ha comunque ricondotto la vicenda a una lesione del giusto processo civile, classificando i procedimenti nazionali come “*sui generis*” ed escludendo di conseguenza un vaglio sulla lesione della presunzione d'innocenza, applicabile a un ambito materialmente penale⁵². Si può peraltro notare che i decreti emergenziali e le procedure speciali da essi previste non sono stati ritenuti di per sé incompatibili con la Convenzione. La Corte ha ritenuto i d.l. astrattamente compatibili con la CEDU, a condizione che fossero sorretti nella loro applicazione da una completa supervisione delle corti. Mancando invece questa totalmente nella prassi, è stata individuata una violazione dell'Articolo 6.1, determinata dall'assenza di un controllo giurisdizionale sostanziale sui licenziamenti⁵³.

Le conseguenze sulla vita privata della misura sono state ricondotte a una violazione dell'Articolo 8 CEDU.

Attualmente, vi sono ancora numerosissimi casi simili a *Pişkin* che stanno venendo riesaminati dalle corti turche in conseguenza della sentenza, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri del CoE. Da questo punto di vista possiamo definire *Pişkin* come un *leading judgment*, preso a riferimento dagli organi del CoE nelle loro richieste al Governo turco. Non si tratta però di una sentenza pilota, meccanismo che la Corte ha scelto di non usare nella propria giurisprudenza turca. Inoltre, se possiamo parlare d'un allineamento spontaneo dello Stato, cosa non avvenuta per molte altre decisioni legate al *golpe*, i documenti dello stesso CdM e di varie organizzazioni non governative (ONG) mostrano che si tratta comunque d'un allineamento parziale e non esente da criticità⁵⁴.

⁵¹ *Pişkin c. Turchia*, cit., parr. 33 ss.. Si tenga peraltro presente che i decreti erano stati convertiti in legge, diventando in astratto idonei a confluire nel diritto vigente nei tempi ‘normali’.

⁵² Ivi, par. 110.

⁵³ Ivi, par. 150, dove si afferma che “*whereas the domestic courts theoretically held full jurisdiction to determine the dispute between the applicant and the administrative authorities, they deprived themselves of jurisdiction to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before them*”.

⁵⁴ Per i dati e i documenti rilevanti si rimanda alla pagina internet del *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights* dedicata alla Turchia. In particolare, le informazioni sulla giurisprudenza *Pişkin*, corredate da documenti di ONG e risposte del Governo, si trovano all'indirizzo <https://hudoc.exec.coe.int/eng/?i=004-57513>. Per un commento, in parte critico, della decisione, H. Kaplankaya,

c) *Condanne definitive e valore probatorio dell'app ByLock*

Le condanne definitive delle migliaia di persone accusate d'appartenere alla rete gülenista – classificata come gruppo terroristico dal 2015 – sono fortemente correlate all'utilizzo di un'applicazione per dispositivi telefonici chiamata ByLock, il cui sviluppo e diffusione in Turchia risale agli anni subito precedenti al tentato *golpe*. Le autorità inquirenti turche ritengono l'applicazione sia stata creata dalla rete terroristica allo scopo d'assicurare la segretezza delle comunicazioni tra i membri e pianificare operazioni sovversive. Già nei procedimenti cautelari, la scoperta dell'installazione di Bylock è divenuta spesso un elemento usato, anche retroattivamente, per giustificare gli arresti e respingere le istanze di scarcerazione⁵⁵. Nei giudizi di merito, l'installazione dell'*app* viene ritenuta una prova decisiva dell'appartenenza alla rete terroristica, tanto da diventare di fatto elemento sufficiente alla condanna degli imputati⁵⁶.

Al contempo, resta però poco chiaro il criterio sulla base del quale le autorità turche hanno identificato e perseguito solo 115.000 tra i 600.000 individui che hanno scaricato Bylock nel corso degli anni⁵⁷. Ugualmente poco chiari sono i criteri usati per l'analisi dei dati, spesso sottoposti a forme di segreto e sottratti a un'analisi tecnica indipendente dagli apparati di sicurezza. Si noti inoltre come a essere decisiva per le condanne sia stata spesso la mera installazione, senza prova d'un uso effettivo dell'*app*.

Si tratta insomma d'un caso dove le garanzie previste in materia penale dalla Convenzione incrociano il tema della cybersicurezza. Il terrorismo e lo stato d'emergenza restano però aspetti ben presenti, visto che l'intera vicenda ricade comunque nella deroga adottata dalla Turchia.

La Corte di Strasburgo si è pronunciata nel merito su queste condanne definitive legate all'uso di ByLock solo a partire dalla fine del 2023, quando a farlo è stata la Grande Camera, nell'importante giudizio *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*.

Pişkin v. Turkey: Observations on the failure of the Lawfulness Test and the Engel Criteria within the context of the Turkish Purge, in *Strasbourg Observers*, 29 marzo 2021, all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2021/03/29/piskin-v-turkey-observations-on-the-failure-of-the-lawfulness-test-and-the-engel-criteria-within-the-context-of-the-turkish-purge/>.

⁵⁵ Il tema compariva ad esempio già in *Akgün c. Turchia*, cit., par. 182.

⁵⁶ Si veda *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia* (15669/20) [GC], 26 settembre 2023, parr. 114-130 per quanto riguarda l'uso di ByLock da parte delle autorità turche. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Cassazione, il riferimento è alla decisione della plenaria penale n. E. 2017/16-956, K. 2017/370 del 26 settembre 2017, citata, con altre decisioni rilevanti, ivi, parr. 158 ss. Per la TCC, *Ferhat Kara* (2018/15231) del 4 giugno 2020, citato ivi, parr. 169 ss. insieme ad altri casi successivi.

⁵⁷ *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, cit., par. 91, i soli identificati sono comunque di più, circa 215.000.

Il caso riguarda un insegnante e sindacalista, condannato per il reato d'associazione terroristica, in relazione al tentato colpo di Stato. Si noti che, oltre alla presenza di ByLock, le altre prove alla base della condanna sono rappresentate dall'iscrizione a un sindacato disciolto durante lo stato d'emergenza, dal licenziamento del soggetto durante le purghe del 2016-2018 e dall'aver aperto un conto in una banca ritenuta vicina alla rete gülenista (da ora anche rete terroristica o rete). In breve, i punti contestati in giudizio da Yalçınkaya sono quindi l'assenza di un vaglio sulla sua intenzionalità nel partecipare alla rete, la questione del valore probatorio di ByLock e la mancanza d'imparzialità delle corti turche. La questione principale, che di fatto riconduce a unità i vari punti, è se l'imputazione del reato d'associazione terroristica fosse prevedibile per il ricorrente, oppure se l'interpretazione delle corti turche sia così nuova e inconsistente da integrare una violazione dei principi *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* dell'Articolo 7 CEDU. Questa è la prospettiva adottata dalla Corte, non senza alcune opinioni dissenzienti e antepoendo la lesione del 7 a quella, pure anch'essa riscontrata, del giusto processo penale dell'Articolo 6.1⁵⁸.

Individuare una lesione dell'Articolo 7 significa in questo caso ritenere che nella giurisprudenza nazionale la presenza di ByLock sia diventata non già un indizio ma il reato stesso, con un automatismo incompatibile con la necessaria presenza dell'elemento soggettivo del reato e con la stessa interpretazione del diritto nazionale precedente al 2016⁵⁹.

L'Articolo 6.1 risulta invece violato per le modalità con cui si è limitato l'accesso della difesa alle prove costituite dai dati grezzi sul funzionamento dell'applicazione, con un'insufficiente supervisione giudiziaria e una conseguente lesione del contraddittorio⁶⁰.

La giurisprudenza *Yalçınkaya* è stata recepita con molta più difficoltà di quella sui licenziamenti dalle corti nazionali. Anzi, si può dire che vi sia stata una sostanziale opposizione alla riapertura dei procedimenti secondo i criteri indicati da Strasburgo. In aggiunta, i critici hanno fatto notare come con la successiva sentenza *Yasak c. Turchia* la Corte abbia in parte offerto una 'scappatoia' alle corti turche per giungere comunque a una condanna nei casi degli appartenenti alla rete, adottando un criterio assai poco esigente quando siano presenti altri elementi probatori ulteriori a ByLock⁶¹. *Yasak* resta comunque una decisione isolata, mentre

⁵⁸ Si veda in particolare l'opinione parzialmente dissenziente sull'uso dell'Art. 7 dei giudici Ravarani, Bårdsen, Chanturia, Jelić, Felici e Yüksel, pp. 171 ss e del solo giudice sammarinese Gilberto Felici, ivi, p. 175.

⁵⁹ Ivi, par. 269-272.

⁶⁰ Ivi, par. 341.

⁶¹ *Yasak c. Turchia* (17389/20), Sez. II, 27 agosto 2024. Il ragionamento della Corte non riguarda comunque l'Art. 15. Per delle voci critiche, Y. Gökce, *The European Court's Deference to Türkiye: A Critical Review of the Yasak Judgment*, in *Strasbourg Observers*, 25 ottobre 2024, all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2024/10/25/the-european-courts-deference-to-turkiye-a-critical-review-of-the-yasak-judgment/> e K. Altıparmak, R. Budak, *Yasak v. Türkiye: A Green Light to the Retrospective Application of*

di recente la Corte ha applicato gli stessi principi di *Yalçinkaya* a centinaia di casi simili e sono diverse migliaia quelli attualmente ancora in esame⁶².

d) Altri casi

Altre questioni o casi che si distinguono per aspetti particolari riguardano ad esempio la detenzione e condanna del politico e uomo d'affari Osman Kavala, dove vengono messi in correlazione dalle autorità nazionali aspetti precedenti e successivi al tentato *golpe*, con un tentativo di vera e propria estensione temporale o applicazione retroattiva dell'Articolo 15. È anche uno dei rari casi in cui si è riscontrata una lesione dell'Articolo 18 CEDU nella giurisprudenza turca (e in quella sul 15 in generale)⁶³.

Altro caso peculiare è quello, deciso nel 2024, dell'arresto e della *pre-trial detention* del giudice internazionale Aydın Sefa Akay, dove alla lesione dei parametri già visti nei paragrafi precedenti si unisce la questione dello status del ricorrente alla luce del diritto internazionale e del rispetto degli "altri obblighi internazionali" menzionati dal 15.1⁶⁴.

La Corte davanti all'Articolo 15

È giunto adesso il momento d'analizzare i modi con cui la Corte si è posta rispetto alla deroga turca, un elemento presente in tutti i casi sopra menzionati e che è stato invocato in giudizio dal Governo.

Premettiamo subito che questa giurisprudenza segna un chiaro e generale declino dell'importanza dell'Articolo 15, sia nell'argomentazione che nell'esito dei giudizi. Per questo possiamo parlare d'una vera e propria 'svolta', a partire dal 2018.

Il cambiamento è visibile già a partire dalla struttura delle sentenze. In esse rimane un'analisi a sé stante della sussistenza del requisito del fatto emergenziale e della notifica, ma, nella

Criminal Law in Terror Cases?, in *Strasbourg Observers*, 29 novembre 2024, all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2024/11/29/yasak-v-turkiye-a-green-light-to-the-retrospective-application-of-criminal-law-in-terror-cases/#:~:text=The%20Yasak%20judgment%20is%20a,non%2Dretroactivity%20of%20criminal%20law>.

⁶² *Demirhan e 238 altri c. Turchia* (1595/20), Sez. II, 22 luglio 2025. Nè questa pronuncia nè quella del 2023 sono però qualificati dalla Corte come casi pilota. Sui ricorsi pendenti, vedi il comunicato stampa della Cancelleria della Corte, *European Court notifies Turkish Government of fourth batch of 1000 applications concerning convictions for terrorism offences based on use of Bylock*, doc. ECHR 179 (2024), 8 luglio 2024. Nello stesso documento si citano almeno 8000 ricorsi alla Corte come numero totale. Per lo *status* di (mancata) esecuzione di *Yalçinkaya* sul piano interno, vedi *Department for the Execution of Judgments*, cit., all'indirizzo <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-64007>.

⁶³ *Kavala c. Turchia*, cit., parr. 215 ss.

⁶⁴ *Aydın Sefa Akay c. Turchia* (59/17), Sez. II, 23 aprile 2024.

maggioranza dei casi, l'analisi della stretta necessità non è più fatta in una sezione autonoma, ma è unita all'esame nel merito del diritto violato, come a sottolineare una certa perdita d'autonomia del 15 stesso⁶⁵.

Nel controllo sulla deroga, la Corte ha seguito dal 2018 diverse 'strategie', in particolare per quanto riguarda il test sulla necessità⁶⁶. Esse si sovrappongono spesso tra loro e non è raro trovarle cumulate nella stessa sentenza, tuttavia, è comunque presente una certa evoluzione. Per darne atto e per ragioni di chiarezza logica, si è scelto di dividerle per punti, ognuno riferito a una strategia diversa. Prima della necessità, dobbiamo però vedere quali sono state le analisi del fatto emergenziale e della notifica, punti sui quali la Corte si è mostrata assai più restia a rafforzare il suo controllo.

Analisi del fatto emergenziale

La Corte svolge un'analisi poco approfondita e priva d'autonomia rispetto alle corti nazionali, fin quasi a potersi definire solo formale. Del resto, è un modo di procedere conforme a tutta la giurisprudenza precedente e che, nei primi casi del 2018, appare congeniale al tentativo di stabilire un dialogo coi giudici turchi, in particolare i giudici costituzionali⁶⁷.

A favore dell'integrazione della minaccia esistenziale, depone comunque il carattere certamente molto serio del tentato colpo di Stato. Come fatto notare dalle voci più critiche in dottrina, un controllo sul fatto avrebbe però forse messo in dubbio la necessità di prolungare così a lungo la durata dello stato di deroga, rinnovato per quasi due anni dopo il luglio 2016 e ancora in corso quando Strasburgo si è pronunciata per la prima volta⁶⁸. Ancora una volta, l'allontanamento dalle concezioni che tentano di legare il controllo delle deroghe alla durata dell'emergenza non è però un fatto nuovo. Si è visto come la Corte lo abbia anzi affermato esplicitamente nel caso *A. e altri c. Regno Unito* del 2009, pur in un contesto emergenziale differente⁶⁹.

⁶⁵ Vi sono comunque delle eccezioni, ad esempio *Alparslan Altan c. Turchia*, cit.

⁶⁶ L'uso del termine 'strategia', riferito agli Stati del CoE, si ritrova nella dottrina internazionale, ad esempio M. Ávila Currás, *From dialogue to strategy in migration cases: Third-party interventions by states as a risky patch to a systemic tension*, in *Strasbourg Observer*, 19 agosto 2025. Io qui suggerisco lo si possa riferire anche all'uso dei propri argomenti da parte della Corte, sul modello di J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ & Bruylant, Paris-Bruxelles, LGDJ & Bruylant, 1994, prefazione di M. Troper.

⁶⁷ *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 93, poi sempre richiamato nel corso dell'intera giurisprudenza turca.

⁶⁸ E. Turkut, *The Turkish post-coup*, cit., p. 10.

⁶⁹ *A. e altri c. Regno Unito*, cit., par. 178.

Analisi della notifica

Anche in questo caso, si tratta di un'analisi che viene formalmente fatta, ma presenta delle lacune, specialmente se si considera la scarsa qualità della nota di deroga turca. Quest'ultima non fornisce infatti alcuna indicazione degli Articoli derogati, dà informazioni generiche sulla natura dell'emergenza – riunendo *golpe*, separatismo curdo e attacchi terroristici in un unico disegno sovversivo – e viene aggiornata con alcune omissioni e ritardi sulle misure prese⁷⁰. Tuttavia la Corte nega, seppure in modo un po' ambiguo, che vi sia stata una lesione del 15.3. Più esattamente, nega di poter analizzare *motu proprio* la questione della mancata menzione degli Articoli, laddove non sia sollevata dalle parti⁷¹. Come per il requisito oggettivo, si tratta di una posizione adottata nelle prime sentenze del 2018 e poi ripetuta nelle successive, che segna perfino un passo indietro rispetto alla giurisprudenza degli anni '90. Infatti, la preclusione è riferita dalla Corte all'esame in dettaglio dell'intero atto di notifica, non al solo problema degli Articoli. Peraltro, il punto non risulta essere stato sollevato in nessuno dei ricorsi successivi.

Sotto il profilo della validità temporale della deroga, una conferma indiretta del carattere dichiarativo della notifica si è poi avuta dal fatto che la Corte abbia ritenuto del tutto valide misure prese poco prima della notifica e della stessa dichiarazione dello stato d'emergenza⁷².

Se è vero che la Corte non valorizza il 15.3 come parametro a sé stante, è però anche vero che alcune delle strategie usate nel test di necessità mostrano un legame con le informazioni veicolate dall'atto di notifica. Come vedremo, ciò vale in particolare per la lettura restrittiva del diritto nazionale derogato e per l'analisi del nesso causale esistente tra emergenza e misure.

⁷⁰ Si rimanda all'analisi fatta nelle pagine dedicate alla prassi degli Stati.

⁷¹ “[...] *the Court observes that none of the parties have disputed that the notice of derogation by Turkey satisfied the formal requirement laid down in Article 15 § 3 of the Convention, namely to keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures taken by way of derogation from the Convention and the reasons for them. Accordingly, it is prepared to accept that this formal requirement has been satisfied*”. *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 89.

⁷² *Arpaslan c. Turchia*, cit., parr. 19-21, si parla però di un anticipo molto breve, pari a un giorno soltanto.

Strategie argomentative sulla necessità della deroga

a) Strategie basate sul sostegno alle corti nazionali

Nel dichiarare che le misure in deroga violavano il parametro della stretta necessità, la Corte EDU ha inizialmente cercato d'appoggiarsi a quanto già rinvenuto dalle corti nazionali, rafforzando indirettamente la loro supervisione sullo stato d'emergenza. Questa strategia è evidente nelle prime sentenze 'gemelle' del 2018, che seguono di pochi mesi le pronunce in cui la TCC ha dichiarato una violazione dei diritti fondamentali, nell'ambito dei ricorsi individuali di alcuni giornalisti in detenzione cautelare⁷³. Di fatto, la Corte costituzionale è stata anche l'unica corte turca con la quale la strategia abbia inizialmente funzionato. Del resto, si è visto come l'intera configurazione della TCC dovrebbe renderla particolarmente predisposta al dialogo con Strasburgo e come la Corte EDU abbia intenzionalmente 'aspettato' una sua pronuncia, prima di 'prendere la parola'. Inoltre, quando a Strasburgo sono stati decisi questi ricorsi, in Turchia si era già consumata la disapplicazione della decisione della Corte costituzionale, da parte delle corti di merito.

Sul piano interno, il ragionamento della TCC è che la detenzione del ricorrente non è sorretta da elementi sufficienti a farne sospettare la colpevolezza (la già vista *strong suspicion*). Al contempo, la lesione non è coperta dalla deroga interna ai diritti costituzionali, considerato che anche l'Articolo 15 della Costituzione turca prevede il requisito della necessità delle misure. Ritenere necessaria la detenzione in assenza di ogni fondato sospetto porterebbe a svuotare completamente le garanzie costituzionali della libertà personale.

Anche se non ricorre ai diritti CEDU, il verdetto della TCC è quindi che l'emergenza esiste, ma la misura in questione non era necessaria nei casi concreti. Stesso ragionamento si applica per la lesione della libertà d'espressione, dipendente dall'illegalità della detenzione⁷⁴.

Da questo punto di vista, il caso si avvicina a quello *A. c. Regno Unito* del 2009: una corte nazionale garante dei diritti che dichiara non coperte le misure sulla base di una disposizione interna ritagliata sul modello dell'Articolo 15.

La Corte EDU svolge perciò il proprio ragionamento in maniera conseguente, applicando alla TCC la precedenza conferita alle autorità nazionali in materia d'emergenza. In questo caso, visto anche il rifiuto delle corti di merito di conformarsi all'interpretazione della Corte costituzionale, il punto da chiarire rispetto all'Articolo 15 è se era strettamente necessaria una

⁷³ Si tratta di *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit. e *Şahin Alpay c. Turchia*, cit. Visto che la seconda sentenza riprende pressochè totalmente la prima, ci concentreremo su *Mehmet Hasan Altan*.

⁷⁴ *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., parr. 36 e 38.

deroga al principio di legalità, in relazione all'Articolo 5.1. Naturalmente, la Corte giunge a questa conclusione dopo aver dedicato diversi paragrafi a ricostruire il ruolo della TCC nell'ordinamento turco e, dopo averlo fatto, giunge alla conclusione che *“For another court to call into question the powers conferred on a constitutional court to give final and binding judgments on individual applications runs counter to the fundamental principles of the rule of law and legal certainty”*⁷⁵. La Corte afferma che la deroga non giustifica una simile lesione, anche se, nel testo del solo paragrafo dedicato specificamente al 15, il fallimento del test di stretta necessità è più esattamente riferito al carattere *not lawful* della misura di detenzione⁷⁶.

Anche la seconda violazione rinvenuta nel caso *Mehmet Hasan Altan*, quella dell'Articolo 10, appare strettamente dipendente dal ragionamento sulla non copertura della lesione della libertà personale da parte della deroga e, di conseguenza, dalla sentenza della TCC. Una volta stabilito il carattere non necessario, perché illegale secondo la Corte costituzionale, della detenzione, il fatto che ne siano stati oggetto dei giornalisti porta a estendere le medesime considerazioni sulla non-necessità, argomentando quasi *per relationem*. Notevole è anzi la brevità del paragrafo dedicato alla combinazione degli Articoli 10 e 15, soprattutto se comparato al modo più esteso di trattare le deroghe nella giurisprudenza storica⁷⁷.

Un certo favore verso l'azione della TCC è evidente anche nell'argomentazione della Corte sulla mancata lesione dell'Articolo 5.4. Secondo il ricorrente, la Corte costituzionale avrebbe impiegato un tempo troppo lungo a decidere sulla legalità della detenzione, ben 14 mesi. I giudici di Strasburgo ritengono invece che il tempo non sia eccessivo nelle circostanze specifiche del caso, le quali includono lo stato d'emergenza, la complessità del procedimento e il carico di lavoro della TCC. Si tratta di un'applicazione della dottrina dei *contextual factors*, visto che è la stessa Corte a qualificarla come un'eccezione alla propria giurisprudenza, non applicabile in situazioni 'normali'⁷⁸. Eccezione o meno, l'utilizzo della dottrina delle

⁷⁵ Ivi, par. 139.

⁷⁶ *“Having regard to Article 15 of the Convention and the derogation by Turkey, the Court considers, as the Constitutional Court did in its judgment, that a measure of pre-trial detention that is not ‘lawful’ and has not been effected ‘in accordance with a procedure prescribed by law’ on account of the lack of reasonable suspicion cannot be said to have been strictly required by the exigencies of the situation (see, mutatis mutandis, A. and Others, cited above, §§ 182-90). In that context, the Court notes in addition that the Government have not provided it with any evidence that could persuade it to depart from the conclusion reached by the Constitutional Court”*. Ivi, par. 140. Il riferimento al fatto che un solo paragrafo sia dedicato al 15 riguarda il test di necessità, si mantiene sempre un'apposita sezione dedicata al fatto emergenziale e alla notifica.

⁷⁷ *“Lastly, with regard to the derogation by Turkey, the Court refers to its findings in paragraph 140 of this judgment. In the absence of any strong reasons to depart from its assessment concerning the application of Article 15 in relation to Article 5 § 1 of the Convention, the Court considers that these conclusions are also valid in the context of its examination under Article 10”*. Ivi, par. 213.

⁷⁸ Ivi, ai parr. 165 e 166. La Corte usa i termini *“specific circumstances of the case”* ed *“exceptional situation”*, specificando come *“[...] even in the light of those principles [della propria giurisprudenza sul 5.4], in normal*

circostanze contestuali ‘salva’ la TCC ed evita al contempo che Corte debba giustificare la non violazione con un riferimento alla deroga.

La strategia del sostegno alla Corte costituzionale turca ha però avuto vita breve. Dopo il 2018 non si riscontrano più casi nei quali la Corte EDU possa limitarsi a seguire la TCC. Poco importa che la giurisprudenza di quest’ultima cambi per ragioni politiche o per lo stesso carattere del ricorso individuale, limitato nello scrutinio e negli effetti al caso concreto. Nei casi successivi le decisioni dei giudici costituzionali non offrono più alcuna sponda alla Corte, anzi, convalidano le misure poi ‘impugnate’ a Strasburgo.

È però notevole che, ancora negli anni seguenti, la Corte citi talvolta nel dettaglio le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali turchi, quasi a voler insistere sulla possibilità d’una diversa interpretazione del diritto nazionale⁷⁹. Anche la strategia che vedremo al punto seguente, mirante a sottrarre dall’ambito applicativo dei provvedimenti d’emergenza molte delle misure, è leggibile come un tentativo di rafforzare le corti turche. Infatti, visto lo scarso margine d’azione della TCC contro i d.l., ogni violazione della CEDU ricondotta al diritto ordinario dovrebbe rafforzare il potere di controllo della Corte costituzionale, in un ordinamento dove la Convenzione prevale sempre sulle leggi ordinarie, specie in materia di diritti. Ugualmente, quando la Corte, nel 2023, riconduce l’uso in giudizio dell’*app* ByLock a una lesione dell’Articolo 7, occorre tenere presente che il principio d’irretroattività penale è fra i diritti inderogabili anche per l’Articolo 15 della Costituzione turca, oltre che per la CEDU.

Insomma, la Corte di Strasburgo ha sempre cercato di recuperare una forma di dialogo con i giudici turchi, anche dopo il 2018. Tuttavia, si è assistito a un generale insuccesso di questi tentativi d’offrire dei ‘buoni argomenti’ per orientare la giurisprudenza nazionale sullo stato d’emergenza verso una maggior tutela dei diritti umani.

b) Strategie volte a evitare l’applicazione dell’Articolo 15

Una soluzione che si è presentata alla Corte in tutti i casi d’applicazione di misure cautelari è quella d’interpretare in modo restrittivo il diritto nazionale toccato dalla deroga. La strategia consiste nel ricondurre all’Articolo 15 solo le misure adottate tramite decreti emergenziali, sottraendovi il diritto ordinario non emendato dai provvedimenti dello stato d’emergenza. In questo modo non ci sarebbe in teoria neppure bisogno di svolgere il test di stretta necessità,

circumstances a period of fourteen months and three days cannot be regarded as ‘speedy’”, salvo poi specificare l’eccezionalità del caso.

⁷⁹ *Kavala c. Turchia*, cit., par. 60. Già in *Mehmet Hasan Altan c. Turchia* la Corte aveva fatto riferimento alle voci dissenzienti entro le corti di merito.

perché si resta fuori dall'ambito d'applicazione dell'Articolo 15. Per finire, si adotta un atteggiamento severo verso l'interpretazione emergenziale che del diritto ordinario fanno le corti nazionali, da considerare a questo punto anch'essa fuori deroga. In teoria, la strategia sarebbe del tutto autosufficiente, ma nella pratica la Corte aggiunge di solito anche altri argomenti.

Visti i paragrafi precedenti, non stupirà che la Corte abbia sviluppato questa tecnica in relazione all'Articolo 100 del codice di procedura penale turco, la disposizione nazionale entro cui ricadono i numerosi casi di *pre-trial detention*. La sottrazione dall'ambito della deroga delle misure cautelari segue a sua volta le suddivisioni interne all'Articolo 100, da un lato il caso generale dell'assenza di *strong suspicion*, dall'altro quello particolare dell'applicazione estensiva della flagranza ai magistrati.

In entrambi i casi la Corte finirà per applicare i medesimi criteri, ma vi è stata una progressiva evoluzione. Infatti, la Corte non ha inizialmente usato questa strategia di tipo 'interpretativo' nei casi del 2018 visti sopra, per seguire un ragionamento più aderente a quello della TCC. In seguito, troviamo il primo riferimento al fatto che l'interpretazione del 100 c.p.p. non possa essere parificata a una misura emergenziale nella sentenza *Alparslan* del 2019, ma solo rispetto alla flagranza⁸⁰. L'estensione al binomio del forte o ragionevole sospetto si ha poi con la successiva pronuncia *Kavala*⁸¹. Tuttavia, in queste decisioni, all'uso della strategia che si va descrivendo si cumulano riferimenti a una dimensione sostanzialmente inviolabile dei diritti, così che non è sempre chiaro quale dei due criteri venga applicato nel caso concreto⁸². La formula usata in *Kavala* sarà comunque ripresa e sistematizzata nei casi successivi, aggiungendovi un espresso riferimento alla non applicabilità dell'Articolo 15⁸³. Dal 2020, si

⁸⁰ *Alparslan c. Turchia*, cit., par. 117.

⁸¹ *Kavala c. Turchia*, cit., par. 158.

⁸² Ad esempio, in *Alparslan c. Turchia*, la non applicazione del 15 alla flagranza sembra dover essere riferita prioritariamente all'interpretazione dell'Art. 100 c.p.p., mentre rispetto al ragionevole sospetto si menziona il solo criterio sostanziale della ragionevolezza. Ivi, par. 146. In *Kavala* si menzionano entrambe le dimensioni, cumulandole nella formula secondo cui: "*To conclude otherwise [rispetto alla non sottoposizione a deroga del 100 c.p.p.] would negate the minimum requirements of Article 5 § 1 (c) regarding the reasonableness of a suspicion justifying deprivation of liberty and would defeat the purpose of Article 5 of the Convention.*". *Kavala c. Turchia*, cit., par 158.

⁸³ "[...] ultimately, no derogating measure was applicable to the situation. To conclude otherwise would negate the minimum requirements of Article 5 § 1 (c) of the Convention". *Sabuncu e altri c. Turchia*, cit., par. 183.

può dire che la giurisprudenza sul punto sia ormai consolidata: le misure di detenzione provvisoria non ricadono nell'ambito coperto dalla deroga⁸⁴.

Lo stesso tipo di tecnica è osservabile rispetto ai licenziamenti, anche qui la Corte adotta infatti un'interpretazione restrittiva del diritto nazionale toccato dalla deroga. La differenza è che stavolta siamo in un ambito fortemente inciso dai decreti, che disciplinano le epurazioni con una procedura speciale. Nella sentenza *Pişkin*, la Corte argomenta però che i d.l. notificati non stabiliscono deroghe ai meccanismi ordinari di supervisione giudiziaria, che restano perciò validi e non possono ridursi a una mera convalida formale. In mancanza d'una statuizione esplicita, si devono ritenere le misure emergenziali pienamente sottoposte al controllo dei giudici, con un'interpretazione orientata al rispetto della *rule of law*⁸⁵.

Da ultimo, è possibile tracciare un primo collegamento tra questa strategia e il tema della notifica. La Corte non lo fa esplicitamente, ma si riferisce piuttosto al fatto che l'Articolo 100 c.p.p. non sia stato "emendato" durante lo stato d'emergenza. Ma da quale atto, se non quello di notifica, la Corte può ufficialmente ricavare questa informazione?

Nel caso *Pişkin* il fatto che il ragionamento si basi su un'interpretazione dell'atto di notifica è ancora più chiara. Ciò non tanto perché solo tramite la mediazione di quest'atto i giudici possono avere conoscenza del diritto nazionale, vi sarebbero infatti altre strade. Il punto è piuttosto che la Corte si basa su una mancata indicazione di parti di questo diritto nella deroga per non applicarvi l'Articolo 15 e ricondurre tutto al diritto 'normale'. Nel caso di specie, i rimedi giurisdizionali ordinariamente disponibili. Cosa è o non è specificato nell'atto notificato acquisisce perciò maggiore importanza, seppur in via indiretta.

c) Strategie basate sul nesso causale tra misure ed emergenza

La Corte ha risolto la maggior parte dei casi riguardanti la base normativa delle misure cautelari e i licenziamenti di massa facendo uso della tecnica interpretativa vista al punto precedente. Questa è la componente più numerosa dei ricorsi giunti a Strasburgo fin dopo il 2020, quando la Corte si è trovata a dover decidere sulle condanne definitive pronunciate in

⁸⁴ *Akgün c. Turchia*, cit., par. 183; *Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia*, cit., parr. 149-150; *Yücel c. Turchia*, cit., par. 95, ma qua il riferimento alla non applicabilità delle misure alla situazione è presente per la prima volta fin dai titoletti riassuntivi della sentenza, curati dalla cancelleria.

⁸⁵ *Pişkin c. Turchia*, cit., parr. 152-153, dove si afferma che "[...] where an emergency legislative decree such as the one at issue in the present case does not contain any clear or explicit wording excluding the possibility of judicial supervision of the measures taken for its implementation, it must always be understood as authorising the courts of the respondent State to exercise sufficient scrutiny so that any arbitrariness can be avoided".

relazione al *golpe*. Rispetto a esse, interviene nel 2023 l'unica sentenza della Grande Camera di questa giurisprudenza, che abbiamo visto essere *Yalçınkaya c. Turchia*.

Al contempo, anche nelle pronunce precedenti ci sono lesioni dell'Articolo 5 CEDU non risolvibili in via interpretativa, ad esempio perché derivano da un intervento diretto dei d.l. su alcuni aspetti dei procedimenti cautelari (udienze, accesso al fascicolo, garanzie della difesa). Inoltre, si è detto come la Corte tenda spesso a cumulare argomenti di segno diverso nella stessa decisione.

Possiamo quindi individuare un'altra strategia usata in questi casi, basata sull'assenza di un nesso causale tra le misure e le circostanze emergenziali. Dall'assenza del nesso deriva il fallimento del test di necessità, con una forma di controllo che si avvicina a un vaglio sull'idoneità o adeguatezza delle misure. La lettura delle necessità come idoneità trova però un freno nella stessa giurisprudenza della Corte, che ne fa un uso molto controllato, dal momento che riferisce sempre la mancanza del nesso causale alla situazione e alla misura concreta, evitando di tracciare un collegamento con la validità dello stato d'emergenza in generale. A essere inidoneo non è mai quest'ultimo, ma sempre le singole misure. L'inidoneità si manifesta perciò in una serie di violazioni specifiche, senza un rapporto con quello che pure è uno dei problemi principali a monte della giurisprudenza turca, ossia l'abuso dello stato d'emergenza per cambiare la forma di governo (se non la forma di Stato). Si può ritenere, come fa Kushtrim Istrefi, che risolvere il problema non rientri tra le funzioni della Corte, dall'altra parte però, si è visto come la giurisprudenza storica riconoscesse alle decisioni sull'Articolo 15 una peculiare, anche se parziale, considerazione del contesto generale, al di là dei soli casi concreti⁸⁶.

Procedendo a una rassegna della giurisprudenza, l'argomentazione basata sul nesso causale si sviluppa relativamente tardi. La troviamo infatti a partire dal caso *Akgün* del 2021, dov'è usata rispetto alla deroga dell'Articolo 5.4. Il riferimento è alle restrizioni all'accesso al fascicolo delle indagini, che riguardavano elementi essenziali per contestare la regolarità della detenzione provvisoria, ossia i dati di Baylock⁸⁷. In questa sentenza e nelle successive, la strategia è peraltro facilitata dalla scarsa qualità delle difese turche, che non forniscono mai

⁸⁶ K. Istrefi, S. Salomon, *Entrenched Derogations*, cit.

⁸⁷ “Quant à l'article 15 de la Convention, la Cour observe que le Gouvernement, qui se contente de dire qu'il n'y avait pas de décision restreignant l'accès au dossier d'enquête, n'a pas expliqué comment le manquement aux exigences décrites ci-dessus pouvait être justifié par la dérogation de la Turquie. Elle estime donc que cette restriction ne peut être considérée comme une réponse appropriée à l'état d'urgence, et qu'une telle interprétation réduirait à néant les garanties prévues par l'article 5 de la Convention (*Baş*, § 160)”. *Akgün c. Turchia*, cit., par. 205.

elementi nuovi, in grado di provare in giudizio la necessità-idoneità della misura rispetto alla situazione concreta. In seguito, ritroviamo un uso dello stesso argomento in *Aydın Sefa Akay c. Turchia* e nella recente sentenza *Uygun*, in relazione agli Articoli 5 e 8 CEDU⁸⁸.

L'argomento del nesso causale è presente anche in una sentenza in grado di mobilitare una molteplicità di strategie delle Corti, quale *Yalçınkaya c. Turchia*. Qui, rispetto all'accesso ai dati grezzi di Baylock e alla violazione dell'Articolo 6.1, i giudici osservano come il Governo non abbia fornito alcun elemento in grado di collegare i d.l. notificati alla compressione dei principi dell'equo processo. Ritroviamo lo stesso argomento riferito alla violazione dell'Articolo 11, per la mancanza di correlazione tra l'emergenza e la necessità di ritenere un fattore incriminante l'iscrizione a un sindacato disciolto via decreto⁸⁹.

Il controllo sul nesso causale fornisce anche un secondo possibile collegamento con l'atto di notifica e i suoi aggiornamenti, che possiamo considerare ai nostri fini come un atto solo. Quest'ultimo rileva in particolare per quanto riguarda le informazioni sulla natura dell'emergenza, alla luce delle quali è possibile escludere il nesso con le misure. Anche in questo caso, la notifica non è l'unica possibile fonte d'informazioni, le si può ottenere ad esempio dagli atti presentati in giudizio dalle parti o dagli organi del CoE. Tuttavia, essa resta un fattore rilevante, dal momento che ci sono elementi, come l'identificazione della minaccia, che sarebbe a nostro parere discutibile riferire a documenti o informazioni che possono essere depositati anni dopo il ritiro della deroga.

d) Strategie basate su un'estensione dell'inviolabilità dei diritti

Il caso più semplice di argomentazione fondata sulla non derogabilità è quello dov'è riferita a un diritto qualificato come non derogabile dal testo stesso della Convenzione. È ciò che avviene in *Yalçınkaya* rispetto all'Articolo 7 CEDU ed è possibile che la scelta della Corte di

⁸⁸ *Aydın Sefa Akay c. Turchia*, cit., par. 130; *Uygun c. Turchia* (9389/19), Sez. II, 3 giugno 2025; vedi anche la precedente *Vedat Şorli c. Turchia* (42048/19) Sez. II, par., 46, 19 ottobre 2021. In *Uygun*, caso che riguardava il controllo della corrispondenza di un detenuto, le misure erano antecedenti allo stato d'emergenza, ma, dopo averlo notato, la Corte aggiunge comunque che: "*This lack of any reference to the emergency context is particularly relevant, as only those measures with a sufficiently strong link to the objectives pursued by a derogation can fall within its scope* (see *Domenjoud v. France*, nos. 34749/16 and 79607/17, § 154, 16 May 2024, with further references). In the present case, such a connection has not been shown".

⁸⁹ "*The Government have not adduced any detailed reasons before it as to whether the specific fair trial issues identified above originated in the special measures taken during the state of emergency and, if so, why they were necessary to avert it or whether they were a genuine and proportionate response to the emergency situation*". *Yüksel Yalçınkaya c. Turchia*, cit., par. 355. In riferimento all'Art. 11: "[...] *the Government did not advance any explanations as to whether the specific use made by the domestic courts of the applicant's membership of the trade union and association in question had been strictly required by the exigencies of the situation giving rise to the state of emergency in Türkiye*". Ivi, par. 399.

ricorrere a questa disposizione non sia estranea alla considerazione della sua non derogabilità. Oltre a *Yalçınkaya*, non ci sono però altri esempi di questa prima variante.

La seconda variante costituisce invece l'uso più notevole di quella che possiamo definire come una nuova forma di inderogabilità, non direttamente ricavabile dalla CEDU. In tutta la giurisprudenza turca, infatti, sono moltissimi i riferimenti ai “*fundamental principles of the rule of law*”, i “*minimum requirements*” degli Articoli o finanche alla “*very essence of the right*”⁹⁰. La Corte arriva a dire chiaramente che “*even in the framework of a state of emergency, the fundamental principle of the rule of law must prevail*”⁹¹.

Questi argomenti vengono usati nel test di necessità, per escludere la legittimità delle misure, e non sono riferiti a disposizioni classificate come inderogabili dal testo della CEDU, li troviamo ad esempio in correlazione agli Articoli 5-6, ma talvolta anche l'8, il 10 e l'11. Per queste ragioni, sembrano aprire le porte a un'autentica inviolabilità del nucleo dei diritti convenzionali, intesa in senso quasi costituzionalistico e diversa dall'originaria non derogabilità, ancorata al dato positivo e limitata a poche disposizioni. Un simile esito potrebbe ben dirsi rivoluzionario, considerando che era del tutto assente nella giurisprudenza precedente. Dopo il 2018, la Corte lo estende invece anche a diritti ordinariamente limitabili e non al solo nucleo delle garanzie procedurali degli Articoli 5-6.

In realtà, il discorso è più complesso. Per ciascuno dei riferimenti all'inviolabilità che si sono citati, a prima vista così importanti, è infatti sempre presente anche un altro argomento, tratto dalle altre strategie, che si unisce alla dichiarazione d'una più o meno specificata inviolabilità. Quest'ultima finisce quindi per avere sempre un valore sussidiario o comunque non autonomo.

Cerchiamo di chiarire il punto con una rassegna dei casi rilevanti.

I primi riferimenti a una dimensione sostanzialmente inviolabile compaiono già nel 2018, nella fase iniziale della giurisprudenza. È qua che la Corte menziona per la prima volta i principi della *rule of law* e della certezza del diritto, in relazione all'applicazione d'una deroga⁹². Formula poi una dichiarazione di carattere generale, insistendo che, perfino negli stati

⁹⁰ Nell'ordine di citazione, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 139; *Alparslan Altan c. Turchia*, cit., par. 148; *Baş c. Turchia*, cit., par. 230.

⁹¹ *Pişkin c. Turchia*, cit., par. 153, ripreso anche in *Yüksel Yalçınkaya c. Turchia*, cit., par. 350.

⁹² Il riferimento è al fatto che “*For another court to call into question the powers conferred on a constitutional court*” va contro i “*fundamental principles of the rule of law and legal certainty*”. *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., par. 139

d'emergenza, ogni sforzo vada fatto per salvaguardare i valori propri d'una società democratica⁹³.

Al contempo però, la presenza di questi principi è fortemente legata al ragionamento svolto dalla TCC e al rimando che a esso fa la Corte⁹⁴. Fuori da tale rimando, la 'dipendenza' dalla strategia del supporto alla Corte costituzionale deriva anche da un altro fattore. Il richiamo al rispetto della *rule of law* è infatti riferito, più che a uno specifico diritto, al rifiuto di dar seguito alle sentenze della TCC da parte dei tribunali nazionali. Il legame è dunque con il ruolo della giustizia costituzionale nell'ordinamento turco. Un aspetto cruciale dal punto di vista sistemico, ma non direttamente pertinente al nostro problema, vale a dire l'esistenza o meno d'un nucleo fondamentale dei diritti convenzionali, tale da estendere la portata della non derogabilità.

Riferimenti a una dimensione inviolabile sono presenti anche nel gruppo di sentenze basate sulla non applicabilità del 15. Ad esempio, la Corte afferma che un'interpretazione diversa dalla propria finirebbe per negare i "*minimum requirements*" dell'Articolo 5, in particolare il livello minimo di ragionevolezza del sospetto nella detenzione cautelare, e "*would defeat the purpose*" dell'intera disposizione⁹⁵. Un'argomentazione simile si ritrova per i licenziamenti, riferita all'Articolo 6⁹⁶.

È evidente che l'uso dell'inviolabilità in questi casi è funzionale alla strategia dell'interpretazione restrittiva del diritto nazionale derogato. Si può parlare di una preferenza interpretativa orientata dall'inviolabilità. Tra le diverse opzioni, una tra le scelte possibili svuoterebbe di senso gli Articoli 5 o 6 della Convenzione e va dunque evitata. Tuttavia, ciò è possibile in primo luogo perché si può adottare un'altra interpretazione, che risolve il problema alla radice. La strategia dell'interpretazione restrittiva, concepibile anche nei termini d'una interpretazione convenzionalmente conforme del diritto interno, rimane perciò la strategia principale. Il riferimento all'inviolabilità va inteso soprattutto come una componente funzionale di questa strategia.

Ritroviamo quasi tutti i termini con i quali la Corte si riferisce all'estensione della non derogabilità nel caso *Yalçınkaya*, nel quale la Grande Camera li mette a sistema, affermando che "*A derogation under Article 15, even if it may be justified by the circumstances surrounding*

⁹³ "*In the Court's view, even in a state of emergency [...] any measures taken should seek to protect the democratic order from the threats to it, and every effort must be made to safeguard the values of a democratic society, such as pluralism, tolerance and broadmindedness*". Ivi, par. 210, dove ciò è riferito alla non necessità di derogare alla libertà d'espressione.

⁹⁴ Ivi, par. 140. Si noti come solo in questo paragrafo vi sia un esplicito riferimento al test dell'Articolo 15, non nel precedente.

⁹⁵ *Alpaslan c. Turchia*, cit., par. 148, sempre ripresa nelle pronunce successive.

⁹⁶ *Pişkin c. Turchia*, cit., par. 153.

*it, does not have the effect of dispensing the States from the obligation to respect the principle of the rule of law and its attendant guarantees. As the Court has previously pointed out, even in the context of a state of emergency, the fundamental principle of the rule of law must prevail*⁹⁷.

Anche in questo caso, osserviamo però che l'argomento del nucleo dei diritti non è il solo usato dalla Corte, che ricorre anche all'assenza del nesso causale tra misure ed emergenza per escludere la stretta necessità delle deroghe agli Articoli 6 e 11⁹⁸. Vi è perciò una somma di strategie diverse.

A partire da questa rassegna di casi, si può discutere se il cumulo d'argomenti sia solo un supporto, servente rispetto all'idea d'un nucleo dei diritti sottratto alla deroga, oppure se non sia in realtà l'idea del nucleo a svolgere una funzione sussidiaria, nel ragionamento della Corte.

A noi sembra che ci sia materiale sufficiente a ridimensionare la portata rivoluzionaria dell'estensione dell'inviolabilità. L'estensione resta comunque uno sviluppo notevole, ma non è un argomento usato in modo autosufficiente.

Inoltre, dagli esempi riportati si vede come la Corte non menzioni tanto il nucleo di disposizioni specifiche, quanto piuttosto la *rule of law*, intesa come principio generale che informa tutta la Convenzione e non può essere sospeso neanche nell'emergenza. L'importanza del principio è evidente, ma del resto essa si collega a una riflessione su cosa sia la *rule of law* in senso sostanziale che la Corte ha iniziato prima della giurisprudenza turca e indipendentemente da essa. La vera novità non sarebbe dunque la dottrina in sé, ma semmai la sua estensione agli stati di deroga. D'altra parte, l'uso di una simile dottrina assicura una grande flessibilità alla Corte, quando voglia dichiarare illegittime delle misure derogatorie, perché lesive di un nucleo dei diritti ritenuto inviolabile in ogni situazione. Fuori dal dato positivo dei diritti non derogabili, non c'è chi non veda come sia difficile individuare davvero un simile nucleo, che non possa mai venire inciso neanche durante la più terribile delle emergenze. Questo s'intende facendo riferimento all'inevitabile flessibilità dell'uso del principio della *rule of law* come limite alle deroghe, flessibilità che in certi casi potrebbe correre il rischio di diventare occasionalismo. Diverso sarebbe se la Corte avesse individuato in modo analitico il nucleo degli Articoli 5 e 6 (o di qualsiasi altra disposizione) che non può essere sottoposto a deroga, per esigenze interne alla Convenzione, ad esempio per non compromettere gli Articoli

⁹⁷ *Yüksel Yalçınkaya c. Turchia*, cit, par. 350.

⁹⁸ Ivi, parr. 355 e 399.

non derogabili veri e propri. Abbiamo visto che un'operazione simile era stata tentata in dottrina già da Rusen Ergec, diversi anni fa. Forse questa è una strada più congeniale alla dottrina che alla giurisprudenza, in ogni caso non è quella che la Corte ha scelto di percorrere.

e) *Altri casi: gli altri obblighi internazionali e la questione dell'Articolo 18 CEDU*

Un argomento peculiare rispetto all'Articolo 15 si trova nella sentenza *Aydın Sefa Akay c. Turchia*, del 2024. Il caso sarebbe di per sé riconducibile alle detenzioni cautelari fuori deroga, ma presenta una particolarità. Il ricorrente era infatti al momento dell'arresto un giudice dell'*International Residual Mechanism for Criminal Tribunals* delle Nazioni Unite (il Meccanismo), organo giurisdizionale incaricato di decidere i casi residui dei precedenti tribunali penali internazionali per il Rwanda e l'ex Jugoslavia⁹⁹.

Il caso era dunque l'occasione per la Corte di ricorrere a una parte poco usata dell'Articolo 15, ossia il riferimento agli "altri obblighi internazionali" che lo Stato è tenuto a osservare, anche in vigenza della deroga. Per la prima volta, la Corte ha effettivamente percorso questa strada, dichiarando che la detenzione di un giudice internazionale viola l'Articolo 29 dello Statuto del Meccanismo e l'Articolo 105.2 della Carta delle Nazioni Unite¹⁰⁰. Dunque, per via mediata, la violazione riguarda lo stesso Articolo 15¹⁰¹. Tuttavia, nel ragionamento della Corte questo argomento segue e rinforza le altre ragioni che motivano la violazione del parametro della stretta necessità, in particolare l'assenza del nesso causale tra misura ed emergenza. La lettera del 15 delinea però la lesione degli "altri obblighi internazionali" come parametro in teoria indipendente. Il ragionamento della Corte sembra dunque rivelare una certa reticenza a fare derivare l'illegittimità delle misure dal solo richiamo agli obblighi internazionali, forse nel timore che ciò assegnerebbe un ruolo quasi subalterno alla Convenzione o per la difficoltà d'interpretare fonti solitamente riservate alla Corte Internazionale di Giustizia. D'altra parte, è la conferma d'un atteggiamento verso il diritto internazionale estraneo alla Convenzione già presente in alcuni precedenti in materia, come *Brannigan e McBride* e *A e altri c. Regno Unito*.

⁹⁹ La vicenda aveva già visto una contrapposizione tra il Segretario Generale delle Nazioni Unite e il Governo turco, anche se, a detta dei critici, l'ONU avrebbe dimostrato in questo caso una certa remissività, decidendo alla fine di non rinnovare il mandato del giudice internazionale. Sulla vicenda, A. Shrivastava, *On an International Judge's Immunity: The ECtHR in Akay v. Turkey*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 17 ottobre 2024, disponibile all'indirizzo <https://www.ejiltalk.org/on-an-international-judges-immunity-the-ecthr-in-akay-v-turkey/>.

¹⁰⁰ *Aydın Sefa Akay c. Turchia*, cit., parr. 116 ss. per un elenco esaustivo delle fonti internazionali e delle sentenze della Corte Internazionale di Giustizia richiamate dalla Corte.

¹⁰¹ Ivi, par. 130.

Interessante è poi il modo con cui la Corte si pone rispetto a un'eventuale lesione dell'Articolo 18. Nella giurisprudenza turca, questa è un'occorrenza molto rara, che si rinviene in un solo caso, *Kavala c. Turchia*, risalente al 2019¹⁰². In tutte le altre pur numerose sentenze nelle quali l'Articolo viene invocato dai ricorrenti, la Corte preferisce dichiarare il punto assorbito, avendo già riscontrato la lesione di diritti sostanziali¹⁰³.

Tornando a *Kavala*, la vicenda presenta delle specificità. In primo luogo, si tratta di un attivista politico, filantropo e uomo d'affari, noto rivale personale dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri turco Erdoğan. In secondo luogo, pur trattandosi in teoria di uno dei casi di detenzione cautelare connessi al *golpe*, in realtà le autorità fanno riferimento soprattutto al ruolo del ricorrente rispetto alle proteste di Gezi Park, avvenute a Istanbul nel 2013. Ciò avviene sia nei provvedimenti cautelari che nella richiesta di rinvio a giudizio della procura, posteriore al ricorso ma della quale la Corte tiene conto in via straordinaria¹⁰⁴. Si sono insomma attesi quattro anni per procedere a quelle che dovrebbero essere in teoria misure di tipo cautelare e alcuni tra i motivi di rinvio a giudizio coincidono in realtà con l'esercizio di diritti convenzionali. Nella sentenza, vengono prese in considerazione anche le dichiarazioni pubbliche di Erdoğan contro l'eventualità di una scarcerazione di quello che resta un avversario politico personale¹⁰⁵. Alla luce di questi elementi, la Corte ritiene perciò integrati i requisiti d'una lesione dell'Articolo 18, aggiornati peraltro pochi anni prima in *Merabishvili c. Georgia*. Secondo questo precedente, si ricorda che il test sotteso a questa particolare disposizione ha un carattere autonomo ed eccezionale e comporta la necessità di provare che una restrizione a un diritto è stata applicata per uno scopo non previsto dalla Convenzione. Proprio l'onere della prova è stato innovato in *Merabishvili*, applicandovi le regole ordinarie, anziché partire da quella che era di fatto una presunzione di buona fede dello Stato¹⁰⁶.

¹⁰² *Kavala c. Turchia*, cit., par. 232. Un'altra violazione dell'Art. 18 si riscontra nella lunga vicenda giudiziaria del politico curdo Demirtas, in particolare *Selahattin Demirtaş c. Turchia (no. 2)* (14305/17) [GC], 22 dicembre 2020. Tuttavia, più ancora che *Kavala*, questa vicenda non è direttamente collegabile all'Articolo 15, mai citato nel testo della decisione.

¹⁰³ Tra i molti esempi, basti citare il primo caso, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit, par. 216.

¹⁰⁴ Su questo punto vedi l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Bošnjak, *Kavala c. Turchia*, cit., pp. 81 e ss.

¹⁰⁵ Ivi, parr. 221-229. Il caso ha visto un intervento del Commissario dei diritti umani, a favore della condanna per lesione dell'Articolo 18. Ivi, par. 210-212.

¹⁰⁶ “*Separate examination of a complaint under that Article is only warranted if the claim that a restriction has been applied for a purpose not prescribed by the Convention appears to be a fundamental aspect of the case*”. Ivi, par. 219. Sui caratteri del test, *Merabishvili c. Georgia* (72508/13) [GC], par. 287 ss., 28 novembre 2017. Rispetto al requisito della parziale autonomia, si ricorda che se l'Articolo 18 è sempre considerato in congiunzione con un altro Articolo, tuttavia “*there can be a breach of Article 18 even if there is no breach of the Article in conjunction with which it applies*”. Ivi, par. 288. Vedi anche D. Harris e AA, *Law*, cit., pp. 853-856.

In *Kavala*, la Corte si riferisce a tutti gli elementi alla luce dei quali ha rinvenuto una lesione dell'Articolo 5.1 per dedurre che la restrizione della libertà personale del ricorrente perseguiva fini ulteriori a quelli ammessi dalla Convenzione¹⁰⁷. Non viene tracciato però alcun collegamento tra l'Articolo 18 e il 15, disposizione che la Corte ha pur dovuto prendere in esame nella stessa decisione, in relazione all'Articolo 5. Ne discende che anche nel solo caso dove troviamo una violazione degli Articoli 15 e 18 nella medesima sentenza, essi non sono posti in relazione tra loro. Il comportamento della Corte rimane perciò piuttosto distante dal modello tracciato ad esempio da *Rusen Ergec*, che abbiamo visto nel corso dell'analisi sincronica dell'Articolo 15. Il 18, pur avendo acquisito autonomia per quanto riguarda il test sulla sua violazione, rimane una disposizione obbligatoriamente associata a un altro Articolo. Tale Articolo non è però mai il 15, la Corte evita l'associazione con l'abuso della clausola di deroga e preferisce invece fare riferimento ai diritti sostanziali, quali l'Articolo 5.

Si è detto che non ci sono altri casi di violazione dell'Articolo 18 e che la Corte generalmente evita accuratamente d'esaminare i ricorsi alla luce di questa disposizione¹⁰⁸. Questo aspetto è però affrontato in modo molto diretto da una serie di opinioni dissenzienti, tutte attribuibili al giudice lituano Egidijus Kūris, la cui posizione riportiamo perchè degna d'interesse. Come scritto nella stessa *opinion*, la ragione del dissenso scaturisce dal fatto che in alcuni casi la Corte non si sia limitata a non esaminare le eventuali lesioni dell'Articolo 18, ma abbia escluso che queste siano state provate oltre ogni ragionevole dubbio.

I casi riguardano la detenzione cautelare di persone appartenenti a vario titolo al mondo dell'informazione e Kūris sostiene che, oltre le singole violazioni, ci sia “*a system, a synergy and a policy behind the measures taken by the State against representatives of the media*”¹⁰⁹. Secondo il giudice, nelle sue conclusioni sulla non violazione dell'Articolo 18, la Corte ignora la “*whole or general picture*” ricavabile dall'insieme dei casi, nonché la presenza d'evidenti “*patterns and tendencies*” rispetto al declino della liberal-democrazia in Turchia¹¹⁰. Questa miopia rispetto al contesto generale è ricondotta, oltre alla perdurante difficoltà interna al test sul 18, al fatto che la Corte non colga i fatti “*in their combination*” e “*in their context*”, mentre negli stessi casi il Commissario per i diritti umani, da organo in senso lato politico, individua

¹⁰⁷ Ivi, parr. 220 e 230-232.

¹⁰⁸ Forse anche alla luce di una certa forzatura dei criteri temporali d'esame delle prove richiesta proprio dall'esame del 18 in *Kavala*. Sul punto, si rimanda alla citata opinione di Bošnjak. L'imminenza o coincidenza temporale tra le restrizioni ai diritti e i fatti posti alla loro base sarà comunque il requisito con cui la Corte distinguerà *Kavala* da tutti i casi seguenti, rispetto all'applicazione dell'Art. 18.

¹⁰⁹ *Ahmet Hüseyin Altan c. Turchia*, cit., pp. 77 ss., anche *Sabuncu e altri c. Turchia*, cit. L'opinione è divisa in paragrafi al suo interno. Vi si cita anche l'intervento del Commissario, intervenuto in ben 10 casi simili a quelli citati, e c'è un'utile tabella sui casi turchi dove la Corte non ha analizzato l'Articolo 18. Ivi, parr. 3 e 5.

¹¹⁰ *Ahmet Hüseyin Altan c. Turchia*, cit., parr. 4-6.

agevolmente il legame delle restrizioni col fine illegittimo, perché è in grado di vedere “*the whole picture*”¹¹¹. L’opinione di Kūris ci ricorda la difficoltà incontrata dalla Corte nell’esprimersi sullo stato d’emergenza come contesto generale, al di là delle singole violazioni. Se tale difficoltà sia il frutto d’una scelta o d’una impossibilità strutturale di fronte al carattere peculiare di disposizioni quali l’Articolo 18 è una questione che per ora lasciamo aperta, come lasciamo aperta un’altra questione ricavabile dall’opinione dissenziente, ossia il deficit di strumenti istruttori a cui la Corte può ricorrere per vagliare il contesto fattuale posto dietro lo stato d’emergenza.

3.2 La non sussistenza dei requisiti di fatto nella deroga Armena del 2008

La sentenza *Dareskizb Ltd c. Armenia* merita un’attenzione particolare, perché è stata la prima pronuncia nella quale la Corte ha ritenuto insussistenti i requisiti di fatto dell’Articolo 15. Il celebre *Greek Case* del 1969 aveva visto un’analoga conclusione, ma a raggiungerla era stata la Commissione, non la Corte. A controbilanciare questo aspetto innovativo della sentenza, resta il fatto che essa è stata pronunciata nel 2021, mentre lo stato d’emergenza armeno del quale la Corte dichiara l’illegittimità risale al 2008.

Andando con ordine, la deroga armena riguardava una serie di proteste di piazza contro il Governo, caratterizzate da alcuni episodi di violenza, che dalla sentenza ricaviamo essere stati in realtà piuttosto marginali, rispetto al carattere generalmente pacifico delle manifestazioni. Molto più violenta è stata invece la reazione delle autorità, che hanno sgomberato a forza il centro della capitale, Yerevan, provocando diversi feriti e alcuni morti.

Dal punto di vista giuridico, la reazione è stata retta internamente dalla dichiarazione dello stato d’emergenza, previsto dalla Costituzione armena.

Aspetto piuttosto interessante, il testo costituzionale vigente nel 2008 conferiva il potere di dichiarare l’emergenza e adottare le misure richieste dalla situazione al Presidente della Repubblica, disponendo però che una futura legge avrebbe dovuto disciplinare nel dettaglio la materia. Nelle more di questa legge, la stessa Costituzione prevedeva che il Presidente, in caso di pericolo imminente, potesse prendere “*the measures as required by the exigencies of the situation*”¹¹². Una legge sullo stato d’emergenza non è però mai entrata in vigore, almeno fino

¹¹¹ Ivi, par. 11.

¹¹² Le disposizioni pertinenti sono citate nella sentenza della Corte, dalla quale riprendo la traduzione. Vedi ivi, parr. 31-33:

a dopo il 2008¹¹³. Questo ha creato in Armenia una situazione peculiarmente vicina a quella avutasi in Germania con l'Articolo 48 della Costituzione di Weimar, e che valorizza ancora di più le garanzie convenzionali. Come in Turchia, anche in Armenia troviamo infatti una disposizione che regola la restrizione temporanea di alcuni diritti durante gli stati d'emergenza e, proprio come in Turchia, è presente sia un richiamo espresso alla Convenzione che un influsso del modello dell'Articolo 15 CEDU¹¹⁴.

Che il fatto sia estraneo o meno al rinvio costituzionale, l'Armenia ha notificato una deroga al Segretario Generale, contemporanea alla repressione delle proteste.

Le vicende dell'atto di deroga si caratterizzano peraltro per una notevole confusione. La deroga non menziona inizialmente gli Articoli derogati, salvo farlo in un aggiornamento di alcuni giorni successivo, posteriore però alla fine delle proteste di piazza. Da quest'atto ricaviamo comunque che la deroga è limitata alla sola capitale e riguarda gli Articoli 8.1, 10.1, 11.1 CEDU e l'art. 2.1 P.4. Un elenco piuttosto lungo, in cui figura un riferimento esplicito alla sospensione della libertà di stampa¹¹⁵.

Proprio un giornale, al quale era stata temporaneamente interdetta l'attività, riveste il ruolo di ricorrente nel caso deciso a Strasburgo nel 2021.

Venendo alla sentenza e restando nell'ambito formale della notifica, la Corte non ritiene, in assenza di doglianze delle parti, di dover esaminare il punto della conformità dell'atto al 15.3,

“Article 55 § 14 provides that, if there is an imminent danger threatening the constitutional order, the President of Armenia, after having consulted the President of the National Assembly and the Prime Minister, declares a state of emergency and takes measures as required by the exigencies of the situation. The legal framework of a state of emergency must be set out in law.

Article 56 provides that the President of Armenia adopts decrees which must not contradict the Constitution and the Laws.

Article 117 § 6 provides that, until the enactment of a bill regulating the legal framework of a state of emergency, if there is an imminent danger threatening the constitutional order, the President of Armenia, after having consulted the President of the National Assembly and the Prime Minister, takes measures as required by the exigencies of the situation.”

La Costituzione armena vigente nel 2008, risalente al 1995 e già revisionata nel 2005, è stata in seguito fortemente modificata nel 2017, passando da una forma di governo semi-presidenziale a una parlamentare. Le disposizioni rilevanti sono state modificate di conseguenza, pur essendo ancora presente uno stato d'emergenza modellato sull'esperienza precedente.

¹¹³ L'informazione si ricava dalla sentenza della Corte. Ivi, par. 20 e 75.

¹¹⁴ *“Article 44 provides that certain fundamental rights and freedoms of a person and a citizen, with the exception of those provided by Articles 15, 17-22 and 42 of the Constitution, may be temporarily restricted in accordance with the procedure prescribed by law in the event of martial law or a state of emergency, within the limits of international commitments undertaken by Armenia concerning derogation from commitments in emergency situations”.* Citato ivi, par. 30.

¹¹⁵ Vedi *Derogation*, cit. e *Declaration contained in a Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Armenia, dated 6 March 2008, transmitted by the Permanent Representative of Armenia and registered by the Secretariat General on 6 March 2008 – Or. Engl.*, reperibile con tutti gli aggiornamenti all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=ARM&numSte=005&enVigreur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=04-13-2019>.

richiamando esplicitamente la giurisprudenza dei primi casi turchi, che si può perciò considerare ormai sistematizzata¹¹⁶.

Il profilo più rilevante è però quello della violazione del requisito oggettivo. Nel prenderlo in esame, c'è un primo elemento particolarmente evidente. Si tratta del peso dato al (mancato) ruolo delle corti, non solo nell'esaminare la legittimità delle misure ma anche la dichiarazione dello stesso stato d'emergenza. La sentenza si configura dunque come un altro capitolo di quell'«asse» con le corti nazionali che la Corte ha perseguito in materia dal 2009, con la differenza che in questo caso nessun giudice aveva previamente esaminato nè l'esistenza del fatto emergenziale nè la sostanza delle misure¹¹⁷. Sul piano interno, ce ne sarebbe stata peraltro la possibilità, considerando i diversi ricorsi della società ricorrente, ostacolati prima dal rigetto per irricevibilità da parte dei giudici amministrativi, motivato proprio dall'assenza di una legge disciplinante lo stato d'emergenza, poi dalla ritrosia della Corte costituzionale armena a vagliare la costituzionalità dei decreti presidenziali¹¹⁸. Così facendo, le corti nazionali hanno creato, di fatto, una zona sottratta al controllo giurisdizionale. Preme però osservare che dalla sentenza *Dareskizb* emerge che questa mancanza di controllo non riguarda solo le misure, ma la stessa dichiarazione d'emergenza, che sul piano convenzionale rileva in via mediata per il ricorso all'Articolo 15.

La mancata sussistenza del fatto emergenziale va perciò intesa in stretta correlazione con questo ruolo ormai accresciuto del giudiziario nella giurisprudenza sull'Articolo 15, che si rispecchia anche nella doverosità del controllo e nella sanzione della sua assenza. Tale ruolo viene del resto presentato dalla Corte come una semplice estensione al potere giudiziario della primazia da sempre conferita al controllo nazionale sull'esistenza della minaccia.

D'altra parte, non si può escludere che nel caso un controllo giudiziario sul fatto ci fosse stato, anche a prescindere dal suo grado d'effettiva accuratezza, la Corte avrebbe ritenuto integrato il requisito oggettivo, per concentrare piuttosto la sua attenzione sul requisito della necessità.

¹¹⁶ “The Court notes at the outset that it has not been disputed in the present case that the notice of derogation by Armenia satisfied the formal requirements laid down in Article 15 § 3 of the Convention, namely to keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures taken by way of derogation from the Convention and the reasons for them. Accordingly, it is prepared to accept that this formal requirement has been satisfied (see, *mutatis mutandis*, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, no. 13237/17, § 89, 20 March 2018)”. Ivi, par. 55.

¹¹⁷ “While accepting that weight must be attached to the judgment of Armenia’s executive and Parliament on this question [il riferimento è a un’inchiesta parlamentare che aveva confermato l'emergenza], the Court notes, however, that the necessity of declaring a state of emergency and the particular measures involved were apparently never subjected to any judicial scrutiny at the domestic level (contrast *A. and Others v. the United Kingdom*, § 177, and *Mehmet Hasan Altan*, § 93 [...])”. Ivi, par. 58.

¹¹⁸ Ivi, parr. 19-27. Come nel caso turco, la Corte costituzionale armena appare formalmente dotata di ampi poteri, tra i quali la possibilità d'esaminare i ricorsi presentati individualmente, anche se solo nel caso delle leggi. Vedi ivi, par. 35.

Torniamo però alla non sussistenza della minaccia. Una volta appurato il mancato controllo nazionale, come fa la Corte ad escluderla? Un apporto decisivo viene dal materiale istruttorio presentato in giudizio dagli altri organi del CoE deputati alla tutela dei diritti umani, in particolare il Commissario, ma anche dalle loro controparti nazionali (l'*Ombudsman* armeno)¹¹⁹. Tutti questi attori presentano davanti alla Corte *report* con una descrizione dei fatti che esclude l'esistenza della grave minaccia. In aggiunta, la Corte rimanda più volte a quanto emerso in alcune sentenze precedenti, sempre riguardanti i fatti del 2008, ma nelle quali l'Articolo 15 non è mai invocato¹²⁰.

Alla luce di questi elementi la Corte può affermare che:

*Thus, while accepting that the situation in Yerevan on 1 March 2008 was undoubtedly very tense and could be considered a serious public-order situation, the Court nevertheless considers that the Government failed to demonstrate convincingly and to support with evidence their assertion that the opposition demonstrations – which, moreover, were apparently confronted by heavy-handed police intervention – could be characterised as a public emergency 'threatening the life of the nation' within the meaning of Article 15 of the Convention*¹²¹.

La sentenza *Dareskizb* è ancora troppo recente per dire se il riferimento alle prove che il Governo deve presentare per avvalorare l'esistenza della minaccia preluda a una vera e propria istruttoria della Corte sul punto. Sarebbe una relativa innovazione, ma resterebbero alcune questioni da chiarire, come il possibile nesso con le informazioni veicolate dalla notifica o gli strumenti con cui si possa davvero rendere il controllo effettivo. Sulla base dell'uso fatto dalla Corte del materiale fornito dalle terze parti intervenienti, valorizzare maggiormente queste informazioni potrebbe rappresentare una strada percorribile, anche considerando che la fine della vecchia Commissione ha effettivamente indebolito le possibilità di controllo della Corte sul requisito oggettivo delle deroghe.

¹¹⁹ Estratti dei *report* sono ripresi ivi, parr. 44 e 50 ss.

¹²⁰ Ad esempio *Mushegh Saghatelyan c. Armenia* (23086/08), 20 settembre 2018, parr. 230-233 e 247.

¹²¹ Ivi, par. 62.

3.3 Il giudizio della Corte sui casi francesi (2023-2024)

I casi francesi si riferiscono alle misure adottate durante la deroga successiva agli attentati terroristici del 2015, rimasta in vigore per circa due anni, fino al 2017.

Sul piano interno, lo stato d'emergenza è retto dal regime dell'*état d'urgence*, previsto a livello legislativo dal 1955 e che tradurremo d'ora in avanti come stato d'emergenza¹²². Il carattere esclusivamente legislativo della fonte, pur in presenza d'una Costituzione che prevede degli appositi stati d'emergenza costituzionali, ha peraltro fatto sì che la legge fosse modificata più volte tra il 2015 e il 2017, anche a seguito delle pronunce del Conseil Constitutionnel (CC) e dell'interpretazione delle supreme magistrature. Dopo il ritiro formale della deroga e dell'*état d'urgence*, alcune disposizioni previste da quest'ultimo sono state peraltro recepite dal diritto applicabile ordinariamente, con una conseguente e relativa 'normalizzazione' del regime emergenziale.

Infine, si ricorderà che la Francia ha apposto una riserva all'interpretazione proprio dell'Articolo 15.1 della Convenzione, al momento della sua ratifica, nel 1974. La riserva in questione, di dubbia validità ai sensi della CEDU per la sua generalità, prevede che i requisiti oggettivi che abilitano ad adottare una deroga vadano interpretati a ricomprendere quelli, in generale più estensivi, del diritto francese, sia di fonte costituzionale (Articolo 16 della Costituzione, *état de siège*) che legislativa (*état d'urgence*)¹²³. In almeno un caso tra quelli giunti a Strasburgo, si ricava che un giudice nazionale abbia in effetti fatto ricorso alla riserva per interpretare l'Articolo 15, tuttavia, la Corte EDU eviterà di pronunciarsi sulla sua legittimità, basandosi sul fatto che essa non sia invocata in giudizio. Questo aspetto non ha perciò giocato un ruolo rilevante nei casi che esamineremo¹²⁴.

¹²² Il riferimento è alla l. n. 55-385 del 3 aprile 1955, *relative à l'état d'urgence*, il testo aggiornato è disponibile all'indirizzo <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000695350>.

¹²³ Abbiamo citato la riserva e i suoi critici nei paragrafi sulla prassi degli Stati. Il testo inglese prevede che “[...] in respect of paragraph 1 of Article 15, to the effect, firstly, that the circumstances specified in Article 16 of the Constitution regarding the implementation of that Article, in Section 1 of the Act of 3 April 1878 and in the Act of 9 August 1849 regarding proclamation of a state of siege, and in Section 1 of Act No. 55-385 of 3 April 1955 regarding proclamation of a state of emergency, and in which it is permissible to apply the provisions of those texts, must be understood as complying with the purpose of Article 15 of the Convention and that, secondly, for the interpretation and application of Article 16 of the Constitution of the Republic, the terms to the extent strictly required by the exigencies of the situation shall not restrict the power of the President of the Republic to take the measures required by the circumstances”. *Reservation*, cit.

¹²⁴ *Domenjoud c. Francia*, cit., par. 148. La corte francese che interpreta sulla base della riserva è il tribunale amministrativo di Cergy-Pontoise, che considera “*que les circonstances énumérées par l'article 1er de la loi du 3 avril 1955 doivent être comprises comme correspondant à l'objet des stipulations précitées de l'article 15 de la [Convention]; qu'ainsi, et conformément au deuxième paragraphe de cet article, le requérant ne peut utilement se prévaloir des stipulations de l'article 2 du protocole no. 4 (...) et des articles 5, 8 et 10 de cette convention pour*

Rispetto ai paragrafi precedenti, si descriveranno comunque solo per sommi capi il diritto e il contesto nazionale, confidando sul fatto che il diritto francese sia probabilmente più noto e accessibile al lettore italiano di quello turco¹²⁵.

L'avvallo dell'état d'urgence nei primi giudizi della Corte

La notifica della deroga francese precede quella turca e, per molti aspetti, ne anticipa i difetti, tra cui la mancata menzione degli Articoli e la relativa povertà d'informazioni. Al contempo, è fuor di dubbio che il sacrificio dei diritti convenzionali (e costituzionali) sia stato molto minore. Non abbiamo qua arresti e detenzioni di massa e men che meno un mutamento della forma di governo, pur a fronte della menzionata normalizzazione dell'emergenza e di critiche formulate anche dagli organi nazionali di tutela dei diritti¹²⁶.

Dal punto di vista dei tempi d'accesso alla Corte, questo minore sacrificio spiega la scarsa priorità accordata ai casi in oggetto. Le prime decisioni sono infatti del 2023, quelle più rilevanti del 2024, ciò a fronte di ricorsi presentati già nel 2016. I tempi lunghi trovano una probabile spiegazione nel diritto al quale la Corte ha ricondotto le restrizioni, ossia la libertà di circolazione di cui all'Articolo 2 del Protocollo 4 (Articolo 2 P.4). Il riferimento alla sola libertà di circolazione non era tuttavia scontato, considerando che anche altre sono le lesioni lamentate dai ricorrenti nelle cause francesi. Fra l'altro, si tratta di un diritto inciso molto spesso anche durante la pandemia, pur con una giurisprudenza sul punto ancora piuttosto limitata. Anche se le circostanze (e le emergenze) sono diverse, si può dunque immaginare che la giurisprudenza sulle limitazioni alla libertà di movimento in Francia possa avere delle ripercussioni anche sui futuri casi Covid.

Veniamo ora alle misure esaminate dalla Corte nelle sue prime pronunce. La più centrale è la misura amministrativa dell'assegnazione a residenza obbligatoria nell'ambito dell'*état d'urgence* ("*assignation à résidence*"), consistente nell'obbligo di soggiornare in un

contester la légalité de l'arrêté attaqué [...]" Citato ivi, par. 32. Si tratta di una chiara lettura della deroga come una sospensione all'applicabilità dei corrispondenti Articoli della CEDU.

¹²⁵ Fondamentale per ripercorrere la vicenda dello stato d'emergenza da una prospettiva interna restano comunque O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, L.G.D.J., Issy-Les-Moulineaux, 2016 (2^a ed. 2018). Per una breve panoramica, S. Platon, *From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France*, 9 aprile 2020, in *Verfassungblog*, disponibile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/from-one-state-of-emergency-to-another-emergency-powers-in-france/>. Per un'introduzione più approfondita, benchè risalente, P. Ardant, O. Duhamel (curr.), *Les pouvoirs de crise*, in *Pouvoirs*, numero speciale, PUF, Parigi, 1979. Si rimanda inoltre agli altri autori francesi citati nell'Introduzione teorica.

¹²⁶ *Défenseur des droits de la République française, Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, Rapport de recherche*, Convention n°2016 DDD/CREDOF, febbraio 2018. Per alcuni dati quantitativi sulle misure, *Domenjoud c. Francia*, cit., parr. 6-7.

determinato luogo, il quale può avere estensione variabile, ma che di solito corrisponde al comune di residenza. La misura è rivolta agli individui giudicati potenzialmente pericolosi per l'ordine pubblico e può essere correlata da ulteriori restrizioni, quali i divieti di recarsi in certi luoghi o d'incontrare certe persone o l'obbligo di recarsi da una a tre volte al giorno in un posto di polizia¹²⁷. Obbligo eventuale ma particolarmente penetrante è poi quello della permanenza nella propria abitazione durante le ore notturne ("*astreinte à domicile*"). Le misure sono considerate avere carattere amministrativo e preventivo, eventuali infrazioni, sia della misura principale che di quelle eventuali, sono però sanzionate penalmente.

Proprio in relazione al carattere preventivo delle assegnazioni a residenza, fa la sua comparsa uno strumento molto contestato, ossia le note bianche ("*notes blanches*"). Si tratta di documenti redatti e utilizzati dai servizi di *intelligence* per trasmettere informazioni ad altre autorità, non sono né datati né firmati e sono epurati da qualsiasi indicazione che possa identificare l'autore e le sue fonti¹²⁸.

Questi documenti non vengono usati solo nella decisione sulla sottoposizione alla misura, adottata dal ministro dell'Interno, ma anche davanti ai giudici.

Infatti, il provvedimento d'assegnazione a residenza può essere impugnato davanti alla giustizia amministrativa francese posteriormente alla sua applicazione e sulla base di diversi tipi di ricorso, in particolare tramite *référé-liberté* o ricorso d'annullamento per *excès de pouvoir*¹²⁹. Rispetto all'impianto iniziale della legge, gli interventi successivi alla sua applicazione nel 2015 hanno visto un irrobustimento proprio delle garanzie giurisdizionali. Il Conseil d'État (CE) applica infatti una presunzione d'urgenza al controllo giudiziario delle misure. La giurisprudenza amministrativa richiede inoltre che le note bianche siano sottoposte a contraddittorio e che acquisiscano valore probatorio solo se riguardanti fatti precisi e circostanziati, non seriamente contestati in giudizio. Se non è convinto, il giudice può chiedere all'amministrazione informazioni supplementari, l'amministrazione può rifiutarle, ma il giudice ne terrà conto nella decisione¹³⁰.

¹²⁷ Nella versione emendata nel novembre 2015, i destinatari della misura sono individuati come "[*toute personne*] à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics". Citata in *Pagerie c. Francia*, cit., par. 67. Ciò permette d'includere nel campo delle azioni sospette anche semplici frequentazioni, a prescindere dal fatto che l'attività della persona si sia in precedenza rivelata pericolosa.

¹²⁸ *Domenjoud c. Francia*, cit., parr. 90-91.

¹²⁹ Ivi, parr. 74 ss. Nel caso del *référé-liberté*, il giudice amministrativo ordina tutte le misure necessarie al fine di rimediare a un "*atteinte grave et manifestement illégale*" a una libertà fondamentale. Nel caso dell'*excès de pouvoir*, il giudizio verte sull'esattezza dei presupposti fattuali delle misure e sulla qualificazione giuridica dei fatti. Tutti questi procedimenti possono arrivare fino al *Conseil d'État* e su di essi può innestarsi un rinvio alla Corte costituzionale francese.

¹³⁰ Ivi, parr. 92 ss.

Al netto di tutto ciò, l'uso delle *notes blanches* è rimasto uno degli aspetti più criticati dello stato d'emergenza francese¹³¹.

Rispetto al tema della normalizzazione dell'emergenza, si può inoltre notare come l'assegnazione a residenza sulla base delle note bianche sia tra le misure confluite nel diritto ordinario, dopo la fine dello stato d'emergenza e la revoca della deroga. Una legge del 2017 ha infatti introdotto una forma d'assegnazione a residenza sotto la definizione di “*mesure individuelle de contrôle administratif et de surveillance*” (MICAS)¹³². Nel primo caso arrivato davanti alla Corte, *Pagerie c. Francia*, il ricorrente era stato sottoposto consecutivamente prima all'assegnazione a residenza sotto lo stato d'emergenza e poi alla MICAS. Un profilo interessante, visto che si tratta di giudicare la medesima misura restrittiva e rispetto allo stesso diritto, ma in due contesti diversi, dentro o fuori da uno stato d'emergenza e di deroga. Nel 2023, la Corte ha ritenuto comunque irricevibile il ricorso rispetto alla sola MICAS, per mancato esaurimento delle vie interne¹³³. Un altro caso, del tutto al di fuori dello stato di deroga, riguarderà queste misure nel 2024 e ne confermerà la legittimità ai sensi della Convenzione¹³⁴.

Analizziamo ora la prima decisione della Corte, *Pagerie c. Francia*. Il caso è quello d'un individuo di cui si sospetta la radicalizzazione in carcere, da dove viene rilasciato nel 2015, in corrispondenza dei primi attentati islamisti in Francia. Al ricorrente viene quindi applicata la misura dell'assegnazione a residenza. Seguono numerosi ricorsi ai giudici amministrativi, nell'ambito dei quali s'innestano peraltro le prime *questions prioritaires de constitutionnalité* (QPC) sull'*état d'urgence*, e al ricorrente viene sempre confermata l'applicazione della misura, pur graduata in conseguenza dell'evoluzione dell'istituto.

La Corte si trova dunque investita della decisione sulla legittimità dello stato d'emergenza francese, sotto i profili della lesione degli Articoli art. 8, 9 e 14 CEDU e, in via subordinata, dell'Art. 2 P.4. La legge del 1955 e i requisiti dell'*état d'urgence* vengono attratti nel giudizio sotto il profilo della base legale delle misure. Il signor Pagerie ritiene infatti che la legge sia eccessivamente indeterminata e imprevedibile nel dettare le condizioni d'imposizione della misura, basata esclusivamente sul valore probatorio delle note bianche.

¹³¹ Ivi, par. 94, dove si cita un parere della *Commission nationale consultative des droits de l'homme* (CNCDH) del 18 febbraio 2016.

¹³² L. n. 2017-1510 del 30 ottobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (*loi SILT*), vedi gli articoli da L. 228-1 a L. 228-7 del *code de la sécurité intérieure*. (*loi SILT*), citato ivi, par. 87.

¹³³ Ivi, par. 110.

¹³⁴ *M. B. c. Francia* (31913/21), Sez. V, 5 dicembre 2024.

Trattandosi d'un ricorso presentato in vigenza di deroga, la questione dell'applicazione dell'Articolo 15 rientra nel giudizio e infatti il Governo la fa valere nelle sue difese, pur se in via subordinata. Tuttavia, la Corte precisa che il controllo di necessità sulla base del 15 sarà effettuato solo una volta esclusa la legittimità delle restrizioni alla luce dei diritti pertinenti, prescindendo dalla deroga.

Si coglie dunque un parziale recupero del controllo 'in due fasi distinte', tipico della giurisprudenza storica e poi decisamente indebolito nel corso delle vicende turche. In questo modo, la Corte svolge la propria supervisione sull'*état d'urgence* come parte del controllo sulla lesione dei diritti sostanziali, in particolare attraverso il test sulla qualità della legislazione. L'esito del test le eviterà peraltro d'addentrarsi nell'analisi della deroga.

Andando con ordine, la sola libertà di circolazione resiste agli argomenti d'irricevibilità per non esaurimento delle vie interne avanzati dal Governo¹³⁵. Questo diritto è delineato nella giurisprudenza di Strasburgo sul modello della libertà personale, della quale rappresenta quasi una 'versione minore', distinguibile più per ragioni quantitative che qualitative¹³⁶. Sul versante delle restrizioni, un'importante differenza è però che l'Articolo 2 P.4 viene delineato dalla CEDU come un diritto limitabile per necessità generali di sicurezza, ordine pubblico, protezione della salute, della morale o dei diritti altrui. Non esclusivamente dunque per specifiche eccezioni, come l'Articolo 5, ma comunque solo tramite previsioni legali e "necessarie in una società democratica", il che ci riporta al controllo sulla legge francese del 1955¹³⁷.

Seppure non condotto alla luce dell'Articolo 15, il metodo di questo controllo nel caso *Pagerie* è molto interessante. La Corte vi richiama a più riprese i criteri stabiliti nella propria

¹³⁵ Ivi, par. 143.

¹³⁶ Articolo 2 Protocollo 4. Traduzione italiana a cura della Corte.

Libertà di circolazione

"1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza.

2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il proprio.

3. L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui.

4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica".

¹³⁷ Per i precedenti citati dalla Corte, ivi, parr. 152-159, in particolare vedi *De Tommaso c. Italia* (43395/09) [CG], 23 febbraio 2017; *Rotaru c. Moldavia* (26764/12), Sez. II, 8 dicembre 2020; *Ilias e Ahmed c. Ungheria* (47287/15) [CG], 21 novembre 2019. Sulla relazione e le differenze tra Articolo 5 e Art. 2 P.4, *Austin e altri c. Regno Unito* (39692/09, 40713/09 e 41008/09) [GC], 15 marzo 2012, parr. 55 ss. In dottrina sulla libertà di movimento, Harris e AA., *Law, cit.*, pp. 964 ss. Vedi anche ECtHR, Registry, *Guide on Article 2 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights-Freedom of movement*, ultimo aggiornamento del 28 febbraio 2025.

giurisprudenza sull'Articolo 2 P.4, ma dà anche molto spazio al tipo di legge di cui si tratta e alle circostanze della sua applicazione¹³⁸. Nel caso portato all'attenzione della Corte, le misure non possono che essere applicate durante lo stato d'emergenza, dunque davanti a circostanze di gravità eccezionale, pur se previste dalla legge, e comunque solo in via temporanea¹³⁹. Le circostanze in questione sono anzi talmente imprevedibili da rendere inevitabile il ricorso a formule ampie, come quelle tipiche del diritto emergenziale e, nel caso di specie, della legge sull'*état d'urgence*¹⁴⁰.

Oltre all'applicazione dei criteri già stabiliti nella giurisprudenza sulla libertà di circolazione, è impossibile non vedere in questi paragrafi anche un richiamo alla dottrina dei fattori contestuali dell'emergenza. In ogni caso, il controllo della Corte, una volta appurato che la legge del 1955 rispetta i requisiti di prevedibilità e determinatezza, si concentra sul versante delle garanzie, tra cui ovviamente quelle giurisdizionali¹⁴¹. È su questo versante che, passata in rassegna la giurisprudenza nazionale, si conferma che l'assegnazione a residenza supera il test di legalità. Per quanto riguarda le note bianche, la Corte valorizza e considera sufficienti le garanzie procedurali offerte dall'ordinamento. Il controllo sulla proporzionalità dell'applicazione in concreto della misura conferma il giudizio, la restrizione alla libertà è da ritenersi legittima¹⁴².

Proprio tale legittimità, interna alle limitazioni ammesse dal testo dell'Articolo 2 P.4, rende superfluo un controllo di conformità della deroga¹⁴³. L'Articolo 15 non entra dunque formalmente in gioco nel caso *Pagerie*. L'*état d'urgence* è legittimo anche senza ricorrere alla deroga, almeno nei limiti messi in risalto dal caso di specie.

Tuttavia, per certi aspetti, il modo di risolvere la questione del 15 da parte della Corte, che non stravolge la propria giurisprudenza sull'Articolo 2 P.4, ma certo valorizza molto le circostanze emergenziali del caso, è rivelatore del 'nuovo' approccio alla deroga, successivo al 2018. Questo prevede la massima valorizzazione del contesto o, in altri termini, l'assorbimento

¹³⁸ “La Cour rappelle que le niveau de précision de la législation interne qu'elle exige dépend dans une large mesure du contenu de la loi en question, du domaine qu'elle est censée couvrir et du nombre et du statut de ceux à qui elle est adressée (De Tommaso, précité, § 108 [...])”. *Pagerie c. Francia*, cit., par. 180.

¹³⁹ “La législation en cause, qui déroge au droit commun, a donc vocation à ne s'appliquer qu'à titre exceptionnel, dans un espace et un temps limités”. Ivi, par. 181.

¹⁴⁰ Ivi, par. 184-185, la Corte parla di “événements d'une gravité exceptionnelle et largement imprévisibles”. Ivi, par. 185. Un altro riferimento è nel test di proporzionalità ivi, par. 199-200.

¹⁴¹ Ivi, par. 187 ss., ma anche la supervisione parlamentare sullo stato d'emergenza è presa in considerazione.

¹⁴² Parr. 207 e 209. Le medesime conclusioni sono raggiunte nel successivo (e simile) caso *Fanouni c. Francia* (31185/18), Sez. V, 15 giugno 2023.

¹⁴³ *Pagerie c. Francia*, cit., par. 209.

dell'emergenza agli ordinari criteri d'analisi dei diritti. Al contempo, si evita chiaramente di ricorrere all'Articolo 15, la cui rilevanza sembra così destinata a un progressivo declino.

La sentenza Domenjoud c. Francia

Non in tutti i casi è però possibile evitare l'Articolo 15 e così è anche nella giurisprudenza sulla deroga francese. Nel maggio 2024, in *Domenjoud c. Francia*, la Corte ha pronunciato la sua prima condanna, non ritenendo giustificata la lesione neanche dalla vigenza della deroga.

Il caso riguarda due fratelli, Cédric e Joël Domenjoud, appartenenti non a movimenti islamisti ma a gruppi della sinistra radicale. Poco dopo gli attentati di Parigi del 13 novembre 2015, i due ricorrenti erano stati sottoposti alla stessa misura di polizia amministrativa vista nel caso *Pagerie*, con la motivazione d'evitare una loro partecipazione alle proteste violente contro la ventunesima Conferenza degli Stati parte della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP 21). Aspetto fattuale rilevante, la COP 21 si è svolta a Parigi solo due settimane dopo gli attentati. Sia davanti alle corti nazionali che a Strasburgo, il Governo fa dunque valere la necessità di non distrarre inutilmente le forze di polizia dal compito gravoso di prevenire nuovi attacchi terroristici. Da qui l'imposizione della misura, comunque basata sulla dichiarazione dell'*état d'urgence*, anche a membri di gruppi radicali non riconducibili ai terroristi del sedicente Stato islamico (ISIS).

I fratelli Domenjoud sono stati tra i militanti sottoposti a obbligo di residenza, anche se per un periodo assai più breve di *Pagerie*, meno di un mese, e dalla loro vicenda prende le mosse un vivace contenzioso davanti alle giurisdizioni nazionali, sia amministrative che costituzionali. Le vie di ricorso interne scelte dai fratelli sono in parte diverse, ma in entrambi i casi i giudici nazionali confermano sia la legittimità dell'applicazione delle misure emergenziali ai due militanti, sia la proporzionalità in concreto delle modalità d'applicazione dell'assegnazione a residenza. Su quest'ultimo punto, peraltro, è proprio a partire da una QPC sollevata nel caso di Cédric Domenjoud che il Conseil Constitutionnel interpreta l'*assignation à résidence* come non lesiva della libertà personale, ma solo di quella di movimento, fintanto che l'*astreinte à domicile* nelle ore notturne sia limitata a dodici ore¹⁴⁴. Si tratta di un'interpretazione comparabile a quella seguita dalla Corte EDU rispetto ai diritti

¹⁴⁴ CC, *décision* n. 2015-527 QPC, 22 dicembre 2015, *M. Cédric. D.*, par. 6, riportata in *Domenjoud c. Francia*, cit., par. 24. La disposizione interna rilevante è sempre l'Art. 6 della legge del 1955. Si noti che il CC si preoccupa d'escludere la possibilità d'applicare misure di detenzione amministrativa extragiudiziale sul modello di quelle viste così spesso nella giurisprudenza sul 15, ad esempio in *Lawless*.

convenzionali rilevanti in questi casi, a essere ristretta non è cioè la libertà personale, ma quella di circolazione¹⁴⁵.

Il profilo per noi più interessante è però quello del nesso tra il pericolo costituito dal ricorrente e la minaccia terroristica, per come descritta nella proclamazione dell'*état d'urgence* e nella deroga, dal momento che la notifica ripete il contenuto dell'atto interno. Tutte le corti francesi, pur nella diversità dei criteri e tipi di giudizio, considerano esistente il nesso tra lo stato d'emergenza e le misure. Questo vale per il controllo effettuato in concreto dai giudici amministrativi, ma anche per il CC, il quale compie l'operazione di riconoscere la necessità che le misure debbano essere in astratto "*justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence*" e al contempo non esclude la legittimità d'un legame solo indiretto. Proprio tale legame indiretto, fatto valere dal Governo con l'argomento del carico di lavoro della polizia, è quello convalidato dalla giurisprudenza del Conseil d'État¹⁴⁶.

Visto il legame tra la deroga e lo stato d'emergenza interno, il problema del nesso si ripresenta naturalmente anche a livello sovranazionale. Ciò accade sia per quanto riguarda l'ammissibilità del nesso in astratto, laddove le misure sono applicate a tipi di situazioni non direttamente riconducibili alla minaccia proclamata, sia per quanto riguarda l'accertamento in concreto rispetto ai singoli ricorrenti.

Nel caso dei fratelli Domenjoud, l'accertamento in concreto rivela una certa differenza tra i due casi. Cédric Domenjoud presenta infatti un maggiore profilo di pericolosità, mentre Joël non ha precedenti penali, pur rivestendo un ruolo nel gruppo politico di cui fanno parte tutti e due. Nel giudizio delle corti nazionali, il nesso con l'emergenza viene però sempre confermato per entrambi i fratelli¹⁴⁷.

A Strasburgo, le parti più importanti del ragionamento della Corte riguardano proprio la questione del nesso tra l'emergenza descritta nella notifica e le misure applicate nel caso concreto. La qualificazione del diritto rilevante è infatti la medesima del caso *Pagerie*. Anche il test sulla legalità dell'*état d'urgence* riprende molti principi del caso precedente, ma i giudici si mostrano consapevoli della novità del problema del nesso indiretto tra misure ed emergenza.

¹⁴⁵ Ivi, par. 69.

¹⁴⁶ Secondo il CE, nell'esposizione della sua posizione fatta dalla Corte EDU: "[...] *une personne peut être légalement assignée à résidence pour des motifs distincts de ceux ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence «dès lors que des raisons sérieuses donnent à penser que [son comportement] constitue, compte tenu du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence, une menace pour la sécurité et l'ordre publics»*. CE, sect., 11 dicembre 2015, *M. Gauthier et M. Domenjoud*, nn. 394990 e 395009, riportata in *Domenjoud c. Francia*, cit., par. 40.

¹⁴⁷ Joël presenta due ricorsi alla giustizia amministrativa, uno per *référé-liberté* e l'altro per *excès de pouvoir*. Sono rigettati in entrambi i casi. Ivi, parr. 27 ss.

In astratto, la Corte ne riconosce l'ammissibilità, pur richiedendo comunque l'esistenza di un "lien suffisamment fort". Sempre in astratto, si riconosce che la presenza di tale legame viene richiesta anche dalle magistrature nazionali, nella loro supervisione dell'*état d'urgence*¹⁴⁸.

Siamo di fronte al primo problema sollevato dal nesso indiretto, ossia la legittimità d'applicare le misure emergenziali a categorie di persone non direttamente riconducibili all'emergenza. Si tratta d'un controllo eminentemente astratto, correlato al test sulla base legale delle misure e la costruzione del requisito del "legame indiretto, ma sufficientemente forte", consente alla Corte di risolvere la questione confermando la legittimità delle restrizioni¹⁴⁹.

Resta però aperto il problema della loro necessità in concreto, l'altra faccia del problema del nesso causale tra emergenza e misure¹⁵⁰. Qui acquisiscono rilievo le differenze tra i due ricorrenti in materia di pericolosità, per come provate in giudizio dalle note bianche, ed è qui che la Corte ritiene integrato il requisito del legame sufficientemente forte nei confronti del solo Cédric, con una presa in conto di quelle che considera le circonstances "très particulières" dell'emergenza francese¹⁵¹.

Per quanto riguarda il fratello Joël, invece, gli elementi a disposizione non sono ritenuti sufficienti a provare il rischio specifico. A questo punto, ragiona la Corte, le autorità avrebbero dovuto ricorrere alle "garanties compensatoires" indicate nella giurisprudenza convenzionale sul terrorismo¹⁵². Non avendovi esse provveduto, c'è stata una lesione sia delle garanzie procedurali del ricorrente che del requisito della proporzionalità delle misure¹⁵³.

La lesione della libertà di circolazione potrebbe essere però coperta dalla deroga. È sotto questo profilo che la Corte deve rapportarsi all'Articolo 15, cosa che fa in una sezione a sé stante, comprensiva delle opinioni sulla deroga dei terzi intervenienti e dei giudizi sulla validità della notifica e del requisito oggettivo¹⁵⁴.

¹⁴⁸ La Corte afferma che "[...] *le lien entre le but poursuivi lors de la déclaration de l'état d'urgence et la justification des mesures prises sur son fondement peut être indirect, mais un lien suffisamment fort doit exister afin de prévenir les abus.*". Affermazione che integra e amplia il requisito "[...] *qu'une loi sur l'état d'urgence ne peut permettre aux autorités internes d'adopter des mesures restrictives de liberté dénuées de lien avec les circonstances ayant justifié sa mise en œuvre sans manquer à l'exigence de prévisibilité de la loi*". Ivi, par. 98

¹⁴⁹ Ivi, par. 101, traduzione mia.

¹⁵⁰ La definizione della Corte è di un controllo "Sur l'existence d'un lien suffisant avec le cadre de l'état d'urgence et la proportionnalité de la mesure". Ivi, par. 123.

¹⁵¹ Ivi, par. 124.

¹⁵² Giurisprudenza riassunta ivi, par. 127, specie citando *Muhammad e Muhammad c. Romania* (80982/12) [GC], 15 ottobre 2020, par. 177.

¹⁵³ Ivi, parr. 129 (garanzie procedurali) e 133 (necessità delle misure in una società democratica).

¹⁵⁴ Le posizioni dei terzi sono generalmente critiche. Il Difensore dei diritti francesi sostiene che la deroga sia stata applicata in modo illegittimamente estensivo e che addirittura non copra l'Art.2 P.4, nel silenzio della CEDU al riguardo. Ivi, parr. 141-143. Sul requisito oggettivo, peraltro non contestato, ivi, par. 150. Sui punti che seguono, vedi parr. 149-155.

La posizione sulla notifica segue quanto già osservato nella giurisprudenza turca e nel caso armeno, vale a dire che, in assenza di contestazioni, la mancanza di riferimenti agli Articoli non comporta una lesione del 15.3. La Corte rinviene poi senz'altro la presenza del requisito oggettivo, in conformità con la sua giurisprudenza sul punto. Più innovativo, benché prevedibile, è il fatto che si dichiari liberamente derogabile l'Articolo 2 P.4, di fronte al silenzio del dato testuale. Il principio posto esplicitamente dalla Corte è che, se la Convenzione non interdice di derogare a un diritto, l'Articolo 15 sia da ritenersi applicabile.

Nonostante il recupero di un'analisi separata del 15, l'indipendenza del test di necessità sembra a prima vista relativa. L'argomento è sempre quello del nesso causale, già usato dalla Corte per la lesione 'in via ordinaria' del diritto e, soprattutto, già visto nei casi turchi sul 15, nella forma del nesso tra misura ed emergenza. Un'innovazione però c'è, ossia l'esplicito riferimento alla nota di deroga e agli obblighi informativi del 15.3, che vengono così logicamente integrati nel requisito del nesso. Nelle parole del Giudice di Strasburgo:

La Cour considère que seules les mesures présentant un lien suffisamment fort avec la finalité poursuivie lors de la dérogation sont susceptibles d'être couvertes par celle-ci [...]. En juger autrement priverait d'effet utile l'obligation d'information prévue à l'article 15 § 3¹⁵⁵.

Esposto il principio, la Corte esclude che un sufficiente legame causale tra la l'assegnazione a residenza e la lotta al terrorismo sussista nel caso del secondo ricorrente e dichiara non necessaria la misura adottata nei suoi confronti.

Ci sono almeno due modi di leggere la sentenza, a seconda che se ne mettano in risalto gli aspetti più o meno garantisti. La giudice monegasca Mourou-Vikström valorizza molto bene un primo aspetto nella sua opinione dissenziente, quando elogia il fatto che la Corte convalidi l'accettazione d'un legame indiretto tra l'“*assignation à résidence et les raisons ayant initialement justifié la déclaration de l'état d'urgence*”, con un “*constat simple et pragmatique*” delle circostanze emergenziali¹⁵⁶. Da questo punto di vista, la deroga passa una volta di più in secondo piano, perché la Corte può compiere una simile operazione (e così fa rispetto al primo ricorrente) alla luce dei fattori contestuali, assorbendoli nell'analisi ordinaria del diritto.

¹⁵⁵ “La Corte ritiene che solo le misure che presentano un nesso sufficientemente stretto con la finalità perseguita dalla deroga possano essere coperte da quest'ultima [...]. Giudicare diversamente priverebbe di effetto utile l'obbligo di informazione previsto dall'articolo 15(3)”. Traduzione mia. Ivi, par. 154.

¹⁵⁶ Ivi, p. 41. La giudice si riferisce naturalmente al principio statuito in via generale e alla sua applicazione concreta al primo dei ricorrenti, mentre critica fortemente la condanna della Francia.

La seconda lettura, più garantista, consiste nel vedere un rafforzamento della ‘strategia’ del nesso causale, in relazione all’Articolo 15. Sviluppata nei più tardi tra i casi turchi, con *Domenjoud* essa rinvia esplicitamente a un legame tra requisiti materiali e procedurali della deroga, tra 15.1 e 15.3. Un’idea sulla quale abbiamo più volte insistito in queste pagine.

Entrambi gli aspetti sono presenti nella pronuncia, che presenta anche la non secondaria caratteristica di avere condannato il Paese derogante, un esito pur sempre più frequente dopo il 2009.

Guardando al contesto generale in cui s’inserisce il caso *Domenjoud*, dobbiamo però constatare che la caratteristica più evidente è il declino d’importanza delle deroghe nel giudizio della Corte. L’aver fatto uno Stato ricorso all’Articolo 15 gioca un ruolo molto minore che in passato nella decisione di condannarlo o meno. Ciò emerge chiaramente nella giurisprudenza turca, ma lo vediamo anche nei casi francesi.

Quando ha ritenuto di ‘salvare’ le misure emergenziali, la Corte non lo ha fatto per via della deroga, ma ha riletto la propria giurisprudenza ‘ordinaria’ alla luce dei fattori contestuali del caso. Quando invece ha condannato lo Stato, l’invocazione dell’Articolo 15 non è servita a evitare la condanna. Per questo il declino della deroga rimane il portato più rilevante della ‘svolta’ giurisprudenziale successiva al 2018. Le nuove strategie usate nell’interpretare la disposizione possono mostrare alcune vie percorribili per un recupero della sua importanza, ma la questione principale resta se tale recupero sia desiderabile o meno.

Vi sono nondimeno dei rischi a mettere da parte l’Articolo 15 e con esso il modello neo-romano o modello della separazione. Il rischio principale, in prospettiva, è quello d’una normalizzazione degli strumenti emergenziali, magari tramite un ricorso eccessivo all’argomento dei fattori contestuali.

Proprio nei casi francesi, dove questo argomento compare spesso, possiamo scorgere una parziale normalizzazione d’una misura tipica della legge sull’*état d’urgence*, quale l’*assignation à résidence*. Nel 2017, essa viene infatti recepita nel diritto ordinario sotto forma delle già citate MICAS, che ne riprendono molte delle caratteristiche, pur in un quadro di maggiori garanzie. La normalizzazione non avviene però solo a livello nazionale, ma è stata convalidata da Strasburgo nel caso *M.B. c. Francia* del dicembre 2024, dove le restrizioni vengono sempre lette alla luce della libertà di circolazione. Non si può affermare che la Corte stravolga la propria giurisprudenza sull’Articolo 2 P.4, anche perché in essa sono state ritenute legittime misure più restrittive o aventi comunque una durata più lunga delle MICAS. Nondimeno, nel leggere la sentenza *M.B.*, risalta particolarmente il contrasto tra la

giustificazione di misure divenute permanenti nel diritto francese e, dall'altra parte, la valorizzazione della temporaneità dell'*état d'urgence* fatta in *Pagerie* solo un anno prima¹⁵⁷.

¹⁵⁷ “*En l'espèce, la Cour relève que les dispositions litigieuses ne peuvent être appliquées que dans le cadre de l'état d'urgence, et dans les zones où celui-ci reçoit application. Or, l'état d'urgence ne peut être déclaré que dans des situations exceptionnelles, qui sont strictement définies par la loi [...]. La législation en cause, qui déroge au droit commun, a donc vocation à ne s'appliquer qu'à titre exceptionnel, dans un espace et un temps limités*”. *Pagerie c. Francia*, cit., par. 181. Un anno dopo, la giustificazione non prende più in conto che la delimitazione spaziale, oltre al carattere legalmente prestabilito e alle garanzie nei confronti delle misure. L'eccezionalità persiste, ma è riferita non più a un tempo particolare, quello dello stato d'emergenza, ma a una categoria di persone, i sospetti terroristi. Il diritto antiterroristico conferma quindi il suo stretto rapporto con la normalizzazione dell'emergenza. *M.B. c. Francia*, cit., par. 53.

Capitolo IV

La pandemia di fronte alla Corte

4.1 Il posto del Covid nella più ampia giurisprudenza sugli stati d'emergenza

Le ragioni per le quali si è scelto di dedicare una sezione a parte all'emergenza pandemica risulteranno, forse, autoevidenti al lettore italiano. Al momento d'iniziare la nostra ricerca, l'emergenza Covid era ancora in corso e si poteva presentare come un caso estremo ed irripetibile, il famoso “cigno nero” di cui scriveva lo studioso Nassim Nicholas Taleb quasi vent'anni fa¹. A differenza di altri Paesi del Consiglio d'Europa, anche a noi vicini, l'Italia non aveva mai conosciuto emergenze d'entità paragonabile a quella pandemica, dal suo ingresso nel sistema convenzionale e, con la possibile eccezione dei cosiddetti anni di piombo, non si era mai posto prima il problema d'una possibile deroga alla CEDU.

Come per molti altri Stati, questo problema si è posto invece nel 2020 e nei due anni successivi. Come molti altri Stati, l'Italia ha scelto di non ricorrere allo strumento della deroga, anche se a chi scrive non risultano ad oggi disponibili documenti o materiali che permettano di sapere se un dibattito sul punto si sia effettivamente mai svolto entro le istituzioni italiane.

Al di là del nostro Paese, è poi vero che nessun'altra emergenza aveva prima d'ora colpito tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa allo stesso tempo e con modalità molto simili, se non identiche. Simili sono state del resto anche le misure introdotte, quali confinamenti e *screening* di massa, restrizioni agli spostamenti tra Stati e internamente agli Stati e, in una fase successiva, vaccinazioni obbligatorie per alcune categorie o incentivate tramite i cosiddetti pass sanitari, nei confronti della generalità dei cittadini.

Eppure, nonostante queste considerazioni, uno dei risultati che ci sembra di poter trarre dalla ricerca è che la prassi e la giurisprudenza Covid si situano in piena continuità con la fase precedente, se le analizziamo dalla prospettiva dell'Articolo 15, nostro osservatorio d'elezione.

Al riguardo, dobbiamo naturalmente distinguere, appunto, tra prassi e giurisprudenza. Il discorso è infatti parzialmente diverso per la prassi. Innanzitutto, quest'ultima ha la

¹ N.N. Taleb, *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, trad. it. di E. Nifosi, Il Saggiatore, Milano, 2008. Allo scoppio della pandemia, l'Autore ha peraltro negato che il Covid fosse definibile come un “cigno nero”, perchè un'eventualità simile era prevedibile e perfino prevista dall'OMS già da diversi anni.

caratteristica d'essersi ormai inevitabilmente conclusa, visto che l'ultima deroga Covid è stata ritirata alla fine del 2022 e l'OMS ha smesso di considerare il Covid un'emergenza sanitaria internazionale nel maggio 2023.

Analizzeremo meglio la pratica degli Stati nel prossimo paragrafo, ma è vero che, da questo punto di vista, un carattere inedito è il dato quantitativo del numero di deroghe. Hanno infatti derogato più Stati nel solo 2020 che in tutti i decenni precedenti. Tuttavia, anche questo dato va in parte ridimensionato, se si tiene conto del fatto che le deroghe precedenti sono durate spesso più a lungo, che una buona parte è stata adottata in un contesto in cui molti meno erano i Paesi membri e che le deroghe riguardavano nel complesso Stati assai più popolosi di quelli che hanno derogato nel 2020. Non è perciò corretto dire che una percentuale più alta di titolari di diritti convenzionali abbia vissuto uno stato di deroga durante il Covid rispetto, ad esempio, al biennio 2016-2017, quando erano in stato di deroga tre grandi Paesi membri come Francia, Turchia e Ucraina.

L'altra constatazione riguardo alla prassi è di tipo qualitativo. Le deroghe del 2020-2021 non presentano infatti significative differenze rispetto a quelle che le precedono (o le seguono). Se alcune differenze ci sono, sono spiegabili con la grande varietà di Stati che hanno fatto ricorso all'Articolo 15, ma i difetti e, se così si può dire, i pregi delle notifiche restano largamente invariati.

Questo non significa che la prassi degli Stati sia rimasta invariata dal suo inizio, nei lontani anni '50, anche se alcune patologie hanno senz'altro un'origine risalente, ma indica piuttosto che si debbano inserire le notifiche pandemiche nel più ampio contesto del 'diluvio' di deroghe verificatosi negli ultimi dieci anni. Prova ne è che, anche dopo la fine della pandemia, il ricorso alla deroga non è cessato, anzi, ve ne sono state alcune legate ad altri disastri naturali (come il terremoto in Turchia del 2023) e, soprattutto, alle crisi geopolitiche che hanno seguito il Covid (Armenia, Azerbaijan, Moldavia e soprattutto Ucraina). Il *trend* dell'aumento delle deroghe è dunque più ampio, anche se il 2020 spicca senz'altro come un anno particolare.

La giurisprudenza della Corte non ha peraltro ancora fornito delle specifiche risposte sui caratteri e le eventuali patologie delle deroghe pandemiche strettamente intese, anche perché si è occupata di Stati che non avevano derogato o di casi posteriori al ritiro delle deroghe.

Venendo proprio alla giurisprudenza relativa all'emergenza Covid, la sua analisi rivela che essa non può, ad oggi, essere considerata come realmente innovativa rispetto alla 'svolta' già operata negli anni precedenti. Chiariamo subito che un problema preliminare è, in questo caso, che abbiamo a che fare con un fenomeno ancora in corso. Vedremo che le prime decisioni della

Corte sono state pronunciate durante la pandemia, ma, per quanto non privi d'interesse, si tratta di casi d'irricevibilità, che non presentano aspetti innovativi rispetto all'Articolo 15 (con la parziale eccezione di *Terheș c. Romania*). Essendo l'Articolo 15 il punto d'osservazione dal quale si è scelto d'analizzare il tema dell'emergenza nel presente lavoro, non da ultimo come trasposizione del modello dualista, a questo facciamo riferimento nel dire che la giurisprudenza Covid non presenta radicali tratti innovativi.

Al riguardo, ciò che c'interessa è soprattutto cosa la Corte dice o non dice rispetto al ricorso alle deroghe a parità di situazioni emergenziali, un problema di cui in effetti la pandemia ha mostrato l'attualità. Da questo punto vista, le pronunce che possiamo ritenere rilevanti non sono solo quelle che coinvolgono direttamente la deroga, possiamo infatti estendere l'analisi alla prospettiva più ampia del ruolo dell'emergenza nel ragionamento della Corte, anche laddove una deroga non c'è stata. Tuttavia, non rientrano nella nostra indagine altri aspetti sui quali la giurisprudenza Covid potrebbe invece ben essersi rivelata innovativa, ad esempio in materia di tutela della salute. Simili aspetti, di norma legati al contenuto sostanziale dei diritti, ci interessano in questa sede solo in maniera strumentale al nostro oggetto di studio, vale a dire l'Articolo 15 e, più in generale, la considerazione dell'emergenza da parte della Corte, da alcuni ribattezzata "giurisprudenza di crisi"².

Chiariti i termini della questione, vedremo come alle decisioni d'irricevibilità e a un'iniziale apertura abbiano fatto seguito pronunce in cui la Corte ha infine scelto di non affrontare il problema dell'eventuale trattamento differenziato tra Stati deroganti e non (*Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera* [GC]). D'altra parte, le decisioni che analizzano il tema delle restrizioni nel merito sono in primo luogo molto recenti e, soprattutto, riguardano Stati che non avevano derogato, pur ricorrendo magari a stati d'emergenza interni (*Central Unitaria de Traballadores/as c. Spagna*). Entrambi gli aspetti sono ancora più evidenti nelle davvero recentissime decisioni riguardanti la Russia, le prime finora a riscontrare una violazione da parte delle restrizioni.

Precisato dunque che l'evoluzione della giurisprudenza in corso potrebbe cambiare significativamente il nostro giudizio, resta da chiarire in che termini la giurisprudenza non sia di per sé particolarmente innovativa.

Come per la prassi degli Stati, la risposta è che anche la giurisprudenza va inserita nel più ampio contesto della 'svolta' successiva al 2018. Si può obiettare che alcune delle sentenze

² S. Jamal, *Le contentieux «Covid» devant la Cour européenne des droits de l'homme: l'émergence d'une jurisprudence de crise*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 35, 2024, pp. 71 ss.

viste nella sezione precedente sono anch'esse contemporanee o perfino successive alla pandemia, è questo ad esempio il caso delle sentenze sulla deroga francese. La risposta è però che la radice di quella che abbiamo chiamato la 'svolta' si trova nella giurisprudenza turca, giurisprudenza i cui principi fondamentali, in relazione alle nuove tecniche interpretative del 15, vengono formulati nel biennio 2019-2020, anche se sono poi estesi e consolidati in contemporanea allo svolgersi della pandemia.

Se poi il fattore contestuale di vivere uno stato d'emergenza generalizzato possa aver giocato un ruolo nella considerazione di questi casi, resta un elemento eminentemente extragiuridico, oltre che difficilmente conoscibile. Si può comunque notare che un altro fattore di differenziazione tra queste giurisprudenze risiede proprio nella diversa emergenza storica o fattuale alla loro origine, in un caso antecedente alla pandemia e risalente al biennio 2015-2016, nell'altra naturalmente successiva al 2020 e di tipo tutto sommato piuttosto inedito.

Una volta inserita nel contesto dell'ultimo decennio, la giurisprudenza Covid ne condivide i caratteri sotto un aspetto fondamentale, al di là della questione delle strategie usate davanti al 15, che risultano poco rilevanti per il fatto che non abbiamo pronunce di merito sugli Stati che al 15 hanno fatto ricorso. Questo *trend* generale è allora quello del declino del ruolo della deroga nella considerazione della giurisprudenza, specie nella forma della distinzione tra Stati deroganti e non, e, parallelamente, della forte valorizzazione del contesto emergenziale del caso, interpretabile alla luce della categoria dei fattori contestuali.

Prima d'esaminare la giurisprudenza, vediamo però quale è stato il comportamento degli Stati durante la pandemia, segnato, all'opposto della Corte, da una parziale valorizzazione della clausola di deroga.

4.2 La prassi degli Stati e i suoi problemi

Prima d'esaminare le deroghe adottate per far fronte alla pandemia dal Covid-19, vale la pena di notare che non sono state le prime deroghe legate a un'emergenza epidemiologica. Nel 2006, la Georgia aveva infatti notificato una nota verbale rispetto all'epidemia d'influenza aviaria (virus H5N1). La minaccia era rimasta comunque localizzata e il testo della deroga stessa limitava la propria applicazione a uno specifico distretto territoriale³. Si tratta peraltro della

³ *Derogation contained in a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 2 March 2006, transmitted by the Permanent Representation of Georgia and registered at the Secretariat General on 3 March 2006 - Or. Engl. - and withdrawn by a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 23 March*

prima deroga nella storia della Convenzione a menzionare una minaccia di tipo naturale e non direttamente antropico o intenzionale, un elemento che appare passato ampiamente sottotraccia, forse anche per l'assenza d'un contenzioso riconducibile alla vicenda.

Venendo all'emergenza Covid, si è detto che ben dieci Stati hanno fatto ricorso alle deroghe nel corso della pandemia. La grande maggioranza di esse si concentra però nell'anno 2020, specie durante la cosiddetta prima ondata o prima fase della pandemia, in sintonia col carattere non previsto dell'emergenza.

Per quanto riguarda gli Stati deroganti, essi sono: Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Lettonia, Macedonia del Nord, Moldavia, Romania, San Marino e Serbia. Stiamo dunque parlando d'un numero di Paesi considerevole, ma non maggioritario nel CoE e, eccetto Romania e Serbia, circoscritto a Stati dalle popolazioni piuttosto ridotte. Si osserva inoltre una tendenza alla divergenza lungo l'asse est-ovest, con un maggiore ricorso alle deroghe da parte degli Stati che hanno aderito alla Convenzione dopo la caduta del blocco socialista⁴. Una parziale eccezione è rappresentata da San Marino, un caso interessante per il lettore italiano, sia per la fortissima somiglianza delle misure introdotte con quelle adottate dall'Italia, pur se in assenza di deroga, sia per la loro evidente accessibilità linguistica⁵.

Tuttavia, al di là della riluttanza a derogare dei principali Stati dell'Europa occidentale, la decisione di derogare o meno non appare essere stata strettamente legata al tipo di misure introdotte. Infatti, i provvedimenti emergenziali adottati in materia di chiusura delle attività commerciali, istruzione e restrizioni alla circolazione sono stati in molti casi del tutto simili tra Stati deroganti e non deroganti. Anzi, alcuni Paesi che non hanno derogato hanno adottato misure restrittive forse anche più severe, come mostrano alcune recenti condanne della Russia, Stato oggi non più parte del CoE, ma caratterizzato da una lunga tradizione d'emergenze non

2006, registered at the Secretariat General on 28 March 2006 - Or. Engl. Period covered: 03/03/2006 - 16/03/2006. La nota indica i diritti derogati, gli Artt. 1 P.1 e 2 P.4, ma non sono allegate traduzioni delle misure specifiche adottate.

⁴ Oltre al sito del *Treaty Office*, indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/concerning-a-given-treaty?module=declarations-by-treaty&numArticle=15&territoires=&codeNature=0&codePays=&numSte=005&enVigueur=false&ddateDebut=05-05-1949&ddateStatus=>, per le deroghe pandemiche è stata resa disponibile una pagina apposita di più agevole consultazione e comprensiva della scannerizzazione dei documenti originali, all'indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>. Per coerenza, la denominazione delle deroghe sarà comunque citata a partire dal primo dei due link. In dottrina, si segnala in particolare M. Afroukh, *Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 32, 2021, pp. 275 ss.

⁵ *Derogation contained in a Note verbal from the Ministry of Foreign Affairs of San Marino, dated 10 April 2020, registered at the Secretariat General on 10 April 2020 - Or. Engl., withdrawn in a Note Verbale Ref 59080/2020 from the Ministry of Foreign Affairs of San Marino, dated 1 July 2020, registered at the Secretariat General on 7 July 2020 - Or. Engl.*

dichiarate o emergenze di fatto. Ungheria e Azerbaigian forniscono altri esempi di severe restrizioni adottate senza una previa deroga, ma che hanno con ogni probabilità violato i diritti convenzionali, tra i quali ad esempio la libertà d'espressione⁶.

In ogni caso, anche fuori dalle situazioni più immediatamente patologiche, le stesse misure anti-covid italiane e francesi appaiono essere state severe tanto quanto quelle di molti dei Paesi deroganti, ad esempio gli Stati Baltici, se non forse anche più restrittive. L'esempio francese mostra inoltre come numerosi Stati membri non deroganti abbiano comunque dichiarato o introdotto uno stato emergenziale interno. Nel caso della Francia si è trattato di un nuovo *état d'urgence sanitaire* appositamente creato per via legislativa, nel caso della Spagna o della Svizzera di fonti o stati emergenziali di natura costituzionale. Se la ricognizione delle prassi interne esula dai nostri fini, questi esempi assumono comunque il loro rilievo, perché vedremo che sono alla base di due casi rilevanti giunti davanti alla Corte.

Tornando all'esame degli atti di notifica e guardando ai diritti derogati, nella maggior parte dei casi questi sono stati indicati esplicitamente, con una predominanza di deroghe agli Articoli 8 e 11 CEDU, agli Articoli 1 e 2 del Protocollo 1 e all'Articolo 2 del Protocollo 4. In un numero minore di casi, sono state applicate deroghe anche agli articoli 5 (Georgia, Estonia) e 6 CEDU (Estonia)⁷.

Almeno per quanto riguarda la prima serie di articoli, si tratta indubbiamente dei diritti più facilmente riconducibili all'emergenza pandemica. Tuttavia, tra gli Stati che hanno invocato la deroga, alcune misure adottate dalla Moldavia, dalla Romania e in particolare dall'Armenia potrebbero implicare anche una deroga all'articolo 10 della CEDU, sebbene tale articolo non venga esplicitamente menzionato nelle note verbali⁸. Inoltre, nel citare gli articoli, alcuni Stati

⁶ Ciò è particolarmente evidente proprio per quanto riguarda le restrizioni adottate in relazione all'articolo 10 della CEDU, vedi PACE, *The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law, Report*, Doc. 15139, 16 settembre 2020, *Standing Committee*, Relatore Vladimir Vardanyan, par. 8. Sulla situazione negli Stati est europei, è utile il volume collettaneo di Z. Nagy, A. Horváth, *Emergency Powers*, cit.

⁷ *Derogation contained in a Note verbal from the Permanent Representation of Estonia to the Council of Europe, dated 20 March 2020, registered at the Secretariat General on 20 March 2020 - Or. Engl., and withdrawn by the Note Verbale No. 1-16/10 of the Permanent Representation of Estonia, dated 16 May 2020, registered at the Secretariat General on 16 May 2020 - Or. Engl.; Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Georgia, dated 21 March 2020, registered at the Secretariat General on 23 March 2020 - Or. Engl.*

⁸ *Derogation contained in a Note verbal from the Permanent Representation of Romania to the Council of Europe, dated 17 March 2020, registered at the Secretariat General on 17 March 2020 - Or. Engl., completed in the Note Verbale No. 670 from the Permanent Representation of Romania, dated 21 April 2020, registered by the Secretariat General on 21 April 2020 - Or. Engl., and withdrawn in Note Verbale No. 805 from the Permanent Representation of Romania, dated 15 May 2020, registered at the Secretariat General on 15 May 2020 - Or. Engl.* Vedi anche i documenti ivi allegati. Per altri esempi, *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of Moldova, dated 18 March 2020, and registered at the Council of Europe on 19 March 2020 - Or. Engl.; Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of Armenia, dated 19 March 2020, registered at the Secretariat General on 19 March 2020 - Or. Engl.,*

hanno adottato la tecnica delle deroghe ‘preventive’ o ‘precauzionali’, dichiarando talvolta apertamente di non essere sicuri della natura derogatoria delle misure, ma di voler evitare una possibile sentenza di violazione dinanzi alla Corte, data la natura senza precedenti dell’emergenza⁹. Ciò si riflette spesso nel testo delle note con l’uso d’espressioni ambigue come “*may contain derogations*”, anche quando gli articoli sono citati con precisione¹⁰. A volte è stata però utilizzata una clausola più problematica, lasciando aperta la porta a deroghe rivolte a diritti diversi da quelli specificati nella nota¹¹.

Al contrario, nei casi dell’Armenia, della Serbia e di San Marino, gli articoli della Convenzione oggetto di deroga non sono specificati, sebbene le restrizioni riguardassero un numero presumibilmente elevato di diritti, se si leggono le misure prodotte insieme all’atto e i relativi aggiornamenti¹². Anche nel caso della Romania gli articoli della Convenzione non compaiono nel testo della notifica, sebbene possano essere dedotti dall’elenco dei diritti fondamentali menzionati nella proclamazione dello stato d’emergenza, allegata alla nota verbale.

Per quanto riguarda il contenuto sostanziale delle deroghe, le giustificazioni fanno quasi sempre riferimento in modo succinto allo stato di emergenza dichiarato dall’Organizzazione mondiale della sanità, senza fornire dettagli specifici sulla situazione epidemiologica del paese,

and withdrawn in a Note verbale from the Permanent Representation of Armenia, dated 16 September 2020, registered at the Secretariat General on 16 September 2020 - Or. Engl. Il caso dell’Armenia, in particolare, sembra problematico. Secondo i documenti del Consiglio d’Europa, mentre nei casi della Moldavia e della Serbia il governo non sembra aver fatto uso dei suoi poteri restrittivi, nel caso dell’Armenia lo ha fatto. Vedi CoE, Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Peter Noorlander, *Covid and free speech. The impact of COVID-19 and ensuing measures on freedom of expression in Council of Europe member states, Background Paper for the Ministerial Conference on the Artificial Intelligence of Cyprus*, 2020, par. 6. La Moldavia ha derogato esplicitamente all’articolo 10 della CEDU anche nella deroga adottata a causa dell’aggressione russa contro l’Ucraina e, forse in modo meno comprensibile, nel caso delle due deroghe adottate a causa della crisi energetica nel 2021 e nel 2022.

⁹ Si veda quanto esplicitamente dichiarato dai rappresentanti del governo estone al CoE, in CDDH-SCR, *Compilation of replies to the questionnaire on national practices in relation to derogations from the European Convention on Human Rights in situations of crisis*, CDDH-SCR(2022)05, 18 ottobre 2022, parr. 30 e ss.

¹⁰ Si tratta comunque di una prassi già presente nelle deroghe del 2015-2016 e che risale a quelle turche, britanniche e irlandesi dei primi decenni della Convenzione. Non è dunque nuova come sostenuto dal Treaty Office davanti allo *Steering Committee for Human Rights, Drafting Group of Human Rights in Situations of Crisis* (CDDH-SCR), *Presentation of relevant Council of Europe bodies’ work on issues within the mandate of the Group*, CDDH-SCR(2022)01, 18 ottobre 2022, par. 9.

¹¹ Moldavia, *Derogation*, 2020, cit., par. 2, dove ci si riferisce a “*certain provisions of the Convention and its Protocols, in particular, Articles [...]*”. Sottolineatura mia.

¹² Nel caso della Serbia, la notifica non fa riferimento alla legislazione nazionale né include una traduzione delle misure, la nota rimanda semplicemente alla Gazzetta ufficiale. *Derogation contained in a Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia, dated 6 April 2020, registered at the Secretariat General on 6 April 2020 – Or. Engl.*

mentre il grado di completezza dell'elenco delle misure adottate, allegato alla nota, varia sensibilmente a seconda degli Stati¹³.

Se si guarda poi alla tempestività della notifica, la maggior parte delle note è stata emessa poco dopo l'adozione delle misure, che a loro volta sono state precedute da una qualche forma di proclamazione interna d'uno stato d'emergenza. Si osservano però alcuni casi di ritardi superiori al termine di 12 giorni fissato dalla Corte nella sentenza *Lawless* del 1961. Per quanto ciò non implichi di per sé un'automatica violazione, tale ritardo riguarda Lettonia (quasi due mesi nel caso della seconda deroga nel 2020), San Marino (35 giorni) e Serbia (21 giorni)¹⁴.

Inoltre, la qualità e la precisione delle misure sembrano deteriorarsi durante i rinnovi periodici delle deroghe, spesso legati ai rinnovi previsti dal diritto costituzionale nazionale, probabilmente anche a causa dell'inflazione di regole generali e misure applicative causata dalla natura dell'emergenza. Come si è accennato, le deroghe sono state solitamente limitate alla prima fase della pandemia, il che suggerisce che gli stessi Stati membri non le abbiano più ritenute necessarie per le ondate successive.

L'eccezione più rilevante è quella della Georgia, dove la deroga ai diritti sanciti dalla CEDU è durata ininterrottamente per più di due anni, fino al 31 dicembre 2022. In Lettonia e Moldavia, vi è stata prima una revoca e poi una nuova notifica d'una seconda deroga. In quest'ultimo caso, la fine dello stato d'emergenza e la conseguente revoca della seconda deroga sono state determinate da una decisione della Corte costituzionale moldava, nel 2021¹⁵. Nel caso della Serbia, la revoca delle misure è stata notificata quattro mesi dopo la fine dello stato di emergenza interno, mentre in tutti gli altri casi l'eventuale ritardo è sempre stato contenuto.

¹³ Nel caso della Serbia si fa ad esempio un semplice richiamo via link alla Gazzetta ufficiale nazionale, senza fornire ulteriori dettagli o traduzioni.

¹⁴ *Declaration of Derogation contained in the Note verbale No. EP – 26162 from the Permanent Representation of Latvia to the Council of Europe, dated 30 December 2020, registered at the Secretariat General on 31 December 2020 – Or. Engl.*, si noti che una precedente deroga lettone copre anche il periodo compreso tra marzo e giugno 2020. Per le altre deroghe si rimanda alle citazioni precedenti e alla pagina internet del CoE.

¹⁵ *Withdrawal of derogation contained in the Note Verbale No. FRA-CoE/352/175 from the Permanent Representation of the Republic of Moldova, dated 29 April 2021, registered at the Secretariat General on 29 April 2021 – Or. Engl.*, par. 2, ivi per la citazione della decisione della Corte costituzionale della Repubblica di Moldavia, datata 28 aprile 2021.

4.3 Le prime pronunce della Corte (2020-2022)

La modifica emergenziale dei termini

Un primo adeguamento della Corte all'emergenza ha avuto, come per i casi turchi, carattere procedurale, anche se, a differenza del 2017, questa volta la modifica è stata transitoria. Facciamo riferimento all'estensione dei termini entro cui presentare il ricorso a Strasburgo, estensione inizialmente dovuta alla pratica della Cancelleria di sospendere i termini, prima per un mese e poi per altri due supplementari. In seguito, la proroga ha trovato un riconoscimento in un intervento diretto del Presidente della Corte, tramite l'Articolo 9 del Regolamento, con la previsione dell'aggiunta automatica di tre mesi per tutti i nuovi ricorsi giunti alla Corte nella fase più dura della pandemia, da marzo alla metà di giugno 2020¹⁶.

Ad alcuni anni di distanza, abbiamo anche una pronuncia della Corte che analizza la sua stessa prassi, nel caso *Saakashvili c. Georgia*¹⁷. Al riguardo, è interessante notare come la Corte offra in questa decisione diverse giustificazioni a sostegno della modifica, indirettamente contestata dal Governo georgiano. Troviamo innanzitutto argomenti di carattere 'interno' al sistema convenzionale, come la centralità della CEDU quale strumento d'ordine pubblico europeo, essenziale alla tutela dei diritti anche in circostanze emergenziali. Tale centralità si riflette naturalmente sul ruolo della Corte, in virtù dell'Articolo 19 della Convenzione e, dal punto di vista funzionale, dell'Articolo 32¹⁸. La Corte rimanda però anche al concetto internazionalistico 'esterno' di forza maggiore ("*force majeure*"), che rilegge in modo inedito, non per non eseguire un obbligo internazionale ma per non seguire la lettera d'un articolo della Convenzione stessa¹⁹. Numerosi sono anche i riferimenti al carattere eccezionale e inedito delle circostanze emergenziali, tali da rendere oggettivamente difficile il ricorso entro i termini ordinari. La Corte compie perciò una prima interpretazione o un primo adattamento in senso emergenziale della Convenzione, anche se, guardando a questo caso, si può condividere

¹⁶ ECtHR, Cancelleria, Comunicato stampa, *La Cour européenne des droits de l'homme prend des mesures exceptionnelles*, CEDH 094(2020), 16 marzo 2020; Cancelleria, Comunicato stampa, CEDH 108(2020), 9 aprile 2020, *Prolongation des mesures exceptionnelles à la Cour européenne des droits de l'homme*. La vicenda viene ripercorsa in A. Glazewski, *Le contentieux covid-19 devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, dossier *La France et la Convention européenne des droits de l'homme (année 2022)*, vol. 39, 2023, disponibile all'indirizzo <https://revuedlf.com/cedh/le-contentieux-covid-19-devant-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>, pp. 4 ss.

¹⁷ Ai nostri fini, rileva la decisione sull'ammissibilità *Saakashvili c. Georgia* (6232/20 e 22394/20), Sez. V, decisione, 1 marzo 2022, per la pronuncia sul merito dello stesso caso, *Saakashvili c. Georgia* (6232/20 e 22394/20), Sez. V, 23 maggio 2024.

¹⁸ *Saakashvili c. Georgia*, decisione, cit., parr. 53-54.

¹⁹ Ivi, par. 55., dove la Corte cita anche la massima "*contra non valentem agere nulla currit praescriptio*".

l'osservazione secondo la quale, nella prassi pandemica, non tutti gli scarti dalle regole hanno avuto il risultato d'indebolire i diritti e le libertà, quanto piuttosto quello di preservarli²⁰.

Le prime decisioni d'irricevibilità

Tutti i casi che vedremo di seguito si concludono con una pronuncia d'irricevibilità, ma, tra i primi ricorsi decisi a Strasburgo, un certo numero si segnala per la sua evidente inidoneità ad arrivare alla fase del merito. Si tratta di casi di segno opposto, accomunati però dal tentativo, talvolta esplicito, di 'forzare' i meccanismi della Corte, davanti a una reazione degli Stati nazionali alla pandemia ritenuta insoddisfacente. Così, in *Le Mailloux c. Francia*, un gruppo di sanitari francesi si rivolge a Strasburgo perché ritiene insufficienti le misure adottate dal proprio Governo nella primissima fase della pandemia, alla luce degli obblighi positivi derivanti dalla Convenzione. Come prevedibile, la Corte dichiara irricevibile il ricorso, per la mancanza dello status di vittima del ricorrente e il carattere puramente astratto delle allegazioni, tale da configurare un vero e proprio tentativo di *actio popularis*²¹.

Di segno opposto, ma esito simile, il ricorso presentato da numerosi cittadini che si opponevano al pass sanitario (*pass sanitaire* o *health pass*) introdotto dalle autorità francesi nel 2021 e del tutto equivalente al cosiddetto *green pass* italiano²². Preludio alla decisione era già stato il diniego delle misure provvisorie richieste da più di 600 ricorrenti, in quanto ritenute fuori dal campo d'applicazione dell'Articolo 39 del Regolamento della Corte²³. Seguono le decisioni d'irricevibilità nei casi *Zambrano* e *Thevenon c. Francia*, quest'ultimo direttamente legato alla vicenda delle misure provvisorie prima descritta.

Tra i due casi, è però *Zambrano* il più interessante, sia perché precedente a *Thevenon*, che ne riprende i criteri, sia perché vede un vero e proprio tentativo di forzare i meccanismi d'accesso alla Corte. Il signor Zambrano, infatti, aveva invitato un numero imprecisato di persone, tramite un appello sul proprio sito internet, a compilare e inviare un modulo di ricorso da lui preimpostato, con l'obbiettivo dichiarato d'avanzare una sorta di ricorso collettivo, per "paralizzare il sistema e costringere la Corte all'azione"²⁴. Sono giunti così alla Corte circa

²⁰ "[...] les éventuels écarts à la règle n'ont pas été que de nature à fragiliser les droits et libertés mais aussi à les préserver". A. Glazewski, *Le contentieux covid-19*, cit., p. 6.

²¹ *Le Mailloux c. Francia* (18108/20), Sez. V, decisione, 5 novembre 2020, par. 12-15.

²² Il riferimento è alla legge francese n. 2021-689 del 31 maggio 2021, più volte rinnovata.

²³ ECtHR, Cancelleria, Comunicato stampa, *Les demandes de mesures provisoires de 672 sapeurs-pompiers concernant la loi relative à la gestion de la crise sanitaire n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 39 du règlement de la Cour*, CEDH 243 (2021), 25 agosto 2021.

²⁴ *Zambrano c. Francia* (41994/21), Sez. V, decisione, 21 settembre 2021, par. 10-11, traduzione mia.

18.000 ricorsi, ma senza ottenere in verità alcun effetto paralizzante, dal momento che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che non integrassero tutti i requisiti richiesti all'Articolo 47(1) del Regolamento. Richiesto d'integrare i ricorsi standardizzati, dei quali era stato automaticamente qualificato rappresentante, Zambrano non vi ha provveduto, portando al loro mancato esame. Per quanto riguarda invece il ricorso individuale dell'attivista francese, la Corte lo ha dichiarato irricevibile per il mancato esaurimento delle vie interne. Infatti, secondo una giurisprudenza consolidata, né il fatto che il Conseil Constitutionnel si sia pronunciato in via preliminare sulla costituzionalità in astratto d'una legge, né il fatto che il Conseil d'État abbia espresso un parere favorevole in sede consultiva giustificano il mancato esperimento del ricorso amministrativo, in questo caso evidentemente rivolto contro gli atti applicativi della legge sul pass sanitario²⁵. La Corte però si spinge oltre, aggiungendo che, oltre a mancare ogni indizio dello status di vittima, nel caso di Zambrano si può rinvenire un esempio di vero e proprio abuso del diritto di ricorso individuale, potenzialmente idoneo a procurare un danno ad altri ricorrenti, indirettamente danneggiati dalla mole di 'ricorsi fotocopia' giunti alla Corte²⁶.

Considerazione a parte merita invece la decisione *Terheș c. Romania* del 2021. Il caso trae origine dal ricorso d'un eurodeputato rumeno, che lamentava la lesione del proprio diritto alla libertà personale a causa delle misure di confinamento adottate dalla Romania nella prima fase del Covid, dunque in vigore della deroga e dello stato d'emergenza interno. In effetti, la Romania costituisce un caso piuttosto interessante, perché, dall'analisi della nota di deroga e del diritto allegato, oltre che dalla decisione della Corte, si può notare come il diritto emergenziale applicato si caratterizzi per un forte dualismo. Si è avuta cioè l'attivazione di quello che viene letteralmente definito come uno stato d'assedio, alla proclamazione del quale fanno seguito una serie d'ordinanze militari limitative dei diritti costituzionali²⁷.

Se la Corte giunge anche in questo caso a una decisione d'irricevibilità, fornisce però diversi elementi interessanti per un inquadramento giuridico dei diritti ristretti o derogati, anche in prospettiva dei casi futuri.

²⁵ Ivi, parr. 23 ss. L'argomento del mancato esaurimento delle vie interne di ricorso è ripreso in *Thevenon c. Francia* (46061/21), Sez. V, decisione, 13 settembre 2022.

²⁶ Ivi, parr. 31 ss.

²⁷ Si veda la deroga rumena e i documenti ivi allegati (indirizzo <https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>), in specie doc. JJ9014C Tr./005-226 - del 18 marzo 2020. Si veda anche *Terheș c. Romania* (49933/20), Sez. IV, decisione, 13 aprile 2021, parr. 20 ss. La Costituzione rumena, i cui Artt. rilevanti sono i numeri 73, 93, 115 e 152 prevede uno stato d'assedio e uno stato d'emergenza (*starea de asediu; starea de urgență*), mostrando a nostro parere una chiara influenza dei modelli e dei termini francesi, in relazione all'emergenza. Sia la traduzione che la versione in lingua originale si trovano sul sito ufficiale della Presidenza rumena, all'indirizzo <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania>.

Si ripercorrono dapprima i principi generali che, nella giurisprudenza consolidata, reggono la distinzione tra libertà personale e libertà di circolazione²⁸. Li abbiamo già visti trattando dei casi francesi, ma si può osservare come nel descrivere i criteri legati alla modalità della restrizione, in particolare durata ed effetti, la Corte aggiunga come si debba prendere in considerazione anche il contesto nel quale le limitazioni vengono adottate. L'attenzione al “*contexte exceptionnel imprévisible*”, evidenziata anche dall'ampia ripresa di documenti e dichiarazione dell'OMS, è presente del resto in altri passaggi della decisione, anche quando si tratta d'applicare i principi generali al caso di specie. Quasi a voler stemperare la rilevanza di quest'attenzione, la Corte si preoccupa comunque di precisare che:

[...] *bien que la Convention soit un instrument vivant, elle ne saurait toutefois, en vue de répondre aux nécessités, conditions, vues ou normes actuelles, en dégage des droits n'y ayant pas été insérés au départ ou créer des «exceptions» ou «justifications» qui n'y sont pas expressément reconnues*²⁹.

Venendo all'applicazione dei principi al caso del ricorrente, la Corte giunge alla conclusione che, passate in rassegna le restrizioni adottate dal Governo rumeno, non si raggiunga la soglia d'intensità necessaria a inquadrarle sotto l'Articolo 5. Non si può parlare dunque di limitazioni alla libertà personale, ma piuttosto a quella di circolazione³⁰.

Giova a questo inquadramento anche la debolezza del ricorso, che, forse per il suo forte carattere politico, non fornisce dettagli sul danno subito dal ricorrente o sulla sua specifica situazione, limitandosi a presentare come prive di base legale e sproporzionate le misure adottate verso la generalità della popolazione.

Pur prendendo in considerazione queste mancanze del ricorso, dal caso *Terheş* si ricava comunque che la maggior parte delle misure di confinamento adottate dagli Stati saranno esaminate alla luce dell'Articolo 2 P.4, data l'elevata soglia di gravità richiesta per qualificarle altrimenti³¹. Tornando al caso specifico, l'irricevibilità deriva comunque dall'errata

²⁸ *Terheş c. Romania*, cit., par. 36, dove si citano *Austin e altri c. Regno Unito*, cit., parr. 57 e 59; *De Tommaso c. Italia*, cit., parr. 80-81.

²⁹ “Sebbene la Convenzione sia uno strumento vivo, essa non può tuttavia, al fine di rispondere alle esigenze, alle condizioni, alle opinioni o alle norme attuali, dedurre diritti che non vi erano stati inseriti inizialmente o creare «eccezioni» o «giustificazioni» che non vi sono espressamente riconosciute”. Traduzione mia, ivi, par. 37.

³⁰ “[...] *le degré des restrictions apportées à la liberté de circulation du requérant n'est pas d'une intensité telle qu'elle permette de considérer que le confinement général imposé par les autorités ait constitué une privation de liberté*”. Ivi, par. 45.

³¹ Ivi, parr. 42-44. Nell'analisi delle misure rumene, la Corte valorizza soprattutto libertà di uscire dalla propria abitazione, prevista per varie ragioni e in varie ore della giornata, nonché il carattere generale e non individuale o rivolto a uno specifico gruppo delle restrizioni.

qualificazione giuridica del diritto, visto che si è appunto mancato d'invocare la libertà di circolazione.

Terheş ci dice però anche qualcosa sull'Articolo 15. La Romania è infatti uno degli Stati deroganti e il ricorso ricade pienamente nel periodo di vigenza della deroga. Inoltre, l'atto di notifica rumeno è tra quelli sprovvisti di un'indicazione specifica degli Articoli derogati nella nota stessa, anche se un elenco di diritti ristretti in virtù della proclamazione dello stato d'emergenza interno è presente nella traduzione del relativo decreto presidenziale, allegato alla notifica³².

Questo forse aiuta a spiegare perché la Corte faccia comunque un breve riferimento all'Articolo 15, cosa non necessaria una volta constatata l'irricevibilità del ricorso. Lo fa utilizzando una formula un po' ambigua, vediamola di seguito:

*Enfin, la Cour note que la Roumanie entendait appliquer la dérogation prévue à l'article 15 de la Convention aux obligations découlant de l'article 2 du Protocole no 4 à la Convention qui garantit la liberté de circulation [...], droit que le requérant n'a pas invoqué devant la Cour. En tout état de cause, étant donné que l'article 5 §1 de la Convention n'est pas applicable en l'espèce, il n'est pas nécessaire non plus d'examiner la validité de la dérogation déposée par la Roumanie auprès du Conseil de l'Europe (paragraphe 18 ci-dessus ; voir, mutatis mutandis, A. et autres c. Royaume-Uni [GC], n o 3455/05, § 161, CEDH 2009)*³³.

La Corte fa mostra d'interpretare l'atto di notifica nel senso di aver esplicitamente menzionato la libertà di circolazione. Si è visto del resto che questo è uno dei diritti elencati nella proclamazione interna, che invece non menziona la libertà personale.

Il punto che si pone è allora quello di capire se l'atto di diritto interno sostituisca di fatto la mancata indicazione dei diritti derogati e, se la risposta è affermativa, se ciò avvenga per la sua traduzione e allegazione insieme alla nota verbale o in modo del tutto indipendente da essa.

³² Si rimanda all'atto di notifica rumeno, la traduzione del decreto presidenziale n. 195 del 2020 è alle pp. 3 e ss. degli allegati alla nota. L'Art. 2 del decreto dichiara ristretti (“*restricted*”) i seguenti diritti:

- a) *Freedom of movement*;
- b) *Right to intimate, family and private life*;
- c) *Inviolability of home*; d) *Right to education*;
- e) *Freedom of assembly*;
- f) *Right of private property*;
- g) *Right to strike*;
- h) *Economic freedom*”.

³³ “Infine, la Corte rileva che la Romania intendeva applicare la deroga prevista dall'articolo 15 della Convenzione agli obblighi derivanti dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione che garantisce la libertà di circolazione [...], diritto che il ricorrente non ha invocato dinanzi alla Corte. In ogni caso, dato che l'articolo 5 §1 della Convenzione non è applicabile al caso di specie, non è nemmeno necessario esaminare la validità della deroga depositata dalla Romania presso il Consiglio d'Europa (paragrafo 18 sopra; cfr., mutatis mutandis, A. e altri c. Regno Unito [GC], n. 3455/05, § 161, CEDH, 2009)”. Traduzione mia. Ivi, par. 46.

Nel primo caso si avrebbe un'interpretazione di quello che rimane comunque l'atto di deroga, sebbene 'esteso' al materiale allegato, nel secondo caso l'interpretazione della Corte si rivolgerebbe invece al diritto nazionale in quanto tale, con un parallelo con un'interpretazione che abbiamo visto fare in precedenza nei confronti delle misure derogatorie, ma mai rispetto alla scelta dei diritti derogati. Infatti, nella giurisprudenza turca e francese la Corte non ha messo in dubbio che, non indicando gli Articoli, gli Stati avessero applicato una deroga potenzialmente generale, anche se ha poi tentato di circoscriverne l'ambito sotto altri punti di vista, quali lo scopo o le misure notificate.

L'ambiguità di questo *obiter dictum* deriva dal fatto che la Corte mostra di ritenere esplicitamente derogata la libertà di circolazione, ma non offre elementi atti a chiarire se anche l'Articolo 5 possa essere stato validamente derogato. In altre parole, resta poco chiaro se l'elenco presente nell'allegato alla notifica rumena, che riproduce un atto di diritto nazionale, sia da considerare come un elenco esaustivo dei diritti derogati anche ai sensi della CEDU.

Un'eventuale limitazione straordinaria dell'Articolo 5 sarebbe potuta ricadere sotto la deroga? Probabilmente no, ma questa domanda resta senza una chiara risposta da parte della Corte.

La condizione delle persone detenute e migranti

Se nel paragrafo precedente ci siamo concentrati sulle sole decisioni d'irricevibilità, rispetto ai ricorsi di persone private della libertà troviamo invece anche pronunce di merito, per questa ragione le esaminiamo a parte, anche se c'è in realtà molto spesso una sostanziale sovrapposizione dei principi e criteri adottati.

La prima sentenza, *Feilazoo c. Malta*, si distingue sia per la sua relativa celerità (il ricorso era di fine 2019 e viene deciso nel marzo 2021), sia per la condanna dello Stato. Tuttavia, si tratta di aspetti che vanno in una certa misura ridimensionati. A una lettura della sentenza, si constata infatti che il Covid-19 è soltanto uno degli elementi alla base delle violazioni riscontrate, che si ricollegano piuttosto alle condizioni di detenzione a cui la persona era stata sottoposta già prima della pandemia. Il caso è quello di un cittadino nigeriano condannato dalle autorità maltesi per traffico di droga e, in seguito al suo rilascio, detenuto in attesa di rimpatrio obbligatorio. Alcuni episodi di violenza sono comunque alla base della prolungata detenzione in carcere del ricorrente, segnata però da periodi di isolamento completo e prolungato in condizioni che la Corte giudica inumane e degradanti. È in relazione a queste condizioni che entra in gioco la considerazione della pandemia, in quanto il ricorrente, dopo l'isolamento, è stato confinato con altri detenuti in quarantena Covid, senza evidenti ragioni mediche per farlo.

Questo aspetto integra la violazione dell'Articolo 3, che però abbiamo visto essere in realtà collegata alle più generali condizioni di detenzione³⁴.

Sempre a un procedimento di rimpatrio attiene un altro caso, *Bah c. Paesi Bassi*, questa volta terminato con un'irricevibilità a favore dello Stato, in quanto il ricorso sarebbe stato manifestamente infondato. Il punto controverso non riguardava stavolta le condizioni di detenzione, ma l'Articolo 5(4) della Convenzione. Al ricorrente era stato infatti negato d'assistere, in presenza o da remoto, all'udienza di fronte ai giudici nazionali, a causa dell'indisponibilità di strumentazione adeguata all'inizio della prima fase della pandemia. Facendo riferimento alle circostanze imprevedibili d'inizio 2020, la Corte ritiene sufficiente che il ricorrente sia stato rappresentato dal suo avvocato in udienza³⁵.

L'ampio riconoscimento dell'eccezionalità della situazione è un elemento costante di tutte le pronunce successive. Tra quelle di merito, tutte legate a persone detenute, lo troviamo ad esempio in *Fenech c. Malta*³⁶. In questo caso, il ricorrente non lamentava solo le restrizioni subite in conseguenza al Covid, ma piuttosto la mancanza di misure preventive volte a proteggere i detenuti dal contagio, in particolare chi si trovava in condizioni di particolare fragilità (al ricorrente mancava un rene). I punti più rilevanti della sentenza si sviluppano insomma a partire dagli obblighi positivi legati agli Articoli 2 e 3 CEDU. In astratto, la Corte non esclude di poter rinvenire un nesso tra l'inadeguatezza delle misure e la lesione del diritto alla vita nei casi Covid, tuttavia esclude che una violazione ci sia stata nel caso concreto. In particolare, viene preso in considerazione e negato il rischio specifico dovuto alle condizioni del ricorrente, sia perché non sufficientemente provato nel ricorso, sia perché si ritiene che le autorità abbiano adottato misure sufficienti a evitare la propagazione del contagio. È in relazione a quest'ultimo punto che sono valorizzate le circostanze eccezionali della pandemia e l'incertezza legata alla sua evoluzione negli stadi iniziali³⁷. Dal punto di vista dell'istruttoria, è anche significativo che la Corte prenda in considerazione documenti e dati successivi al deposito delle osservazioni delle parti ed estranei a quest'ultime³⁸.

Nel complesso, si può comunque osservare che la Corte adotta un parametro di giudizio piuttosto favorevole verso gli Stati, in particolare rispetto all'onere della prova del rischio

³⁴ *Feilazoo c. Malta* (6865/19), Sez. I, 11 marzo 2021, par. 92. Altre violazioni riscontrate riguardano gli Artt. 5(1) e 36 CEDU.

³⁵ *Bah c. Paesi Bassi* (35751/20), Sez. IV, 22 giugno 2021, par. 44.

³⁶ *Fenech c. Malta* (19090/20), Sez. I, 1 marzo 2022.

³⁷ Ivi, parr. 130-139.

³⁸ Ivi, par. 139. Il riferimento è ai dati presenti sul sito dell'*Institute for Health Metrics and Evaluation* (IHME), il cui link si trova nella sentenza, che informa anche della data dell'ultimo accesso.

specifico richiesto al ricorrente in relazione alle misure o alla loro insufficienza, fortemente legato all'evoluzione delle conoscenze scientifiche a disposizione degli Stati³⁹.

Possiamo rinvenire principi simili nel di poco successivo caso *Constantin-Lucian Spînu c. Romania*, sebbene il ricorso sia incentrato sulla contestazione delle restrizioni subite dal detenuto, in particolare rispetto all'impossibilità di partecipare in presenza alle funzioni religiose⁴⁰. Anche in questo caso, per arrivare a dichiarare proporzionate le misure, si fa riferimento al carattere imprevedibile dell'emergenza e a una concezione evoluzionistica della risposta necessaria a farvi fronte⁴¹. La Corte dice anche chiaramente che gli Stati beneficeranno in questi casi di un ampio margine d'apprezzamento, principio del resto ricavabile anche dalle pronunce precedenti⁴².

In alcuni dei casi descritti fa la sua comparsa anche un altro principio, non di natura strettamente emergenziale ma d'indubbia rilevanza nei casi Covid. Il riferimento è alla solidarietà sociale ("*social solidarity*" o "*solidarité sociale*"), per come formulata nella sentenza *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca*⁴³. Questa sentenza riguarda un caso di vaccinazione obbligatoria di minori, introdotto con ricorso precedente ed indipendente dal Covid, ma deciso dalla Grande Camera nel 2021, con l'ovvia conseguenza di ritenerlo, per tema e tempistiche, utile a interpretare i possibili indirizzi della giurisprudenza pandemica.

In realtà, quando la Corte si è occupata, alcuni anni più tardi, del tema dei cosiddetti certificati vaccinali, ha avuto cura di distinguerli dalla sentenza del 2021, evidenziandone la differenza rispetto a un vero e proprio obbligo vaccinale⁴⁴. La ricezione di *Vavříčka* nei casi precedentemente descritti e nei successivi esula però dal tema specifico della vaccinazione, dal momento che l'applicazione del principio di solidarietà sociale viene riferita, più in generale, alle limitazioni dei diritti, talvolta in forma esplicita, in altri casi implicitamente o adottando formule simili⁴⁵. Se con la solidarietà sociale la Corte si esprime nei termini tipici di un bilanciamento tra diritti, un altro aspetto presente in *Vavříčka* e che verrà recuperato nella

³⁹ Così s'esprime A. Glazewski, *Le contentieux covid-19*, cit., p. 8.

⁴⁰ *Constantin-Lucian Spînu c. Romania* (29443/20), Sez. IV, 11 ottobre 2022. Il ricorso prende il via da fatti posteriori alla fine della deroga rumena, nel maggio 2020.

⁴¹ Ivi, parr. 68-70.

⁴² Ivi, parr. 53 e 71.

⁴³ *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca* (47621/13 e altri) [GC], 14 aprile 2021, parr. 279, 306, dove si afferma che "*The Court considers that it cannot be regarded as disproportionate for a State to require those for whom vaccination represents a remote risk to health to accept this universally practised protective measure, as a matter of legal duty and in the name of social solidarity, for the sake of the small number of vulnerable children who are unable to benefit from vaccination.*"

⁴⁴ *Pasquinelli e altri c. San Marino* (24622/22), Sez. I, 29 agosto 2024, parr. 56 ss.

⁴⁵ Un riferimento testuale alla solidarietà sociale si trova in *Constantin-Lucian Spînu c. Romania*, cit., par. 68, un legame implicito in *Fenech c. Malta*, cit., par. 136 e in *Terheş c. Romania*, cit., parr. 36 e 39-40, dove compare anche nei termini di bene comune ("*bien commun*").

giurisprudenza Covid è l'ampio margine d'apprezzamento concesso agli Stati in materia sanitaria. Nel caso *Vavříčka* tale margine esula dalle crisi sanitarie, ed è perciò idoneo ad operare anche in tempi ordinari, nei successivi il contesto è invece tipicamente emergenziale, pur in assenza di una deroga. In entrambi i casi risulta comunque chiaro che la sanità pubblica è un ambito nel quale la Corte si muove con molta prudenza e interpreta la propria funzione come rigorosamente sussidiaria⁴⁶.

4.4 La giurisprudenza più recente (2022-2025)

I casi visti nei paragrafi precedenti hanno impostato alcune delle direttrici principali della giurisprudenza Covid. Ad esempio, le pronunce successive che si occupano della condizione dei detenuti e dell'adeguatezza delle misure anti-contagio nelle carceri sembrano avviate a seguire i precedenti che abbiamo descritto⁴⁷.

Al contempo, i criteri adottati dalla Corte fin dal 2021 pongono la grande maggioranza delle restrizioni dovute al confinamento in relazione con la libertà di circolazione. Considerando le politiche di priorità di Strasburgo e visti i tempi richiesti nei precedenti casi della deroga francese, questo probabilmente spiega come mai non si abbiano ancora, al 2025, sentenze che entrino nel merito dell'Articolo 2 P.4.

Invece, dal 2022 in avanti, troviamo pronunce riguardanti altri diritti ristretti durante la fase dei confinamenti o *lockdown*. In queste vicende, il diritto che entra in gioco è in particolare la libertà di riunione, garantita dall'Articolo 11 CEDU, spesso in connessione coi tentativi di protesta dei sindacati. Che i ricorsi siano partiti dai sindacati non deve stupire, perché il fatto che obblighi e restrizioni non abbiano molto spesso comportato l'interruzione delle attività delle imprese è stato uno dei fronti di maggiore tensione sociale della prima fase del Covid.

⁴⁶ La citazione dell'ampio margine conferito agli Stati è in *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca*, cit., par. 274 e 280. Viene poi chiaramente ripresa in *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera (21881/20)* [GC], 27 novembre 2023, par. 160. Sul punto si veda anche Afroukh M., Marguénaud, J.-P., *La jurisprudence européenne relative à la Covid-19 : le troublant triomphe de l'irrecevabilité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, 27 novembre 2023)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 35, 2024, p. 1050.

⁴⁷ Sulle condizioni dei detenuti durante la pandemia, vedi ad esempio *S.M. c. Italia (16310/20)*, Sez. I, 17 ottobre 2024, dove la Corte non rinviene violazioni. Tuttavia, di recente troviamo anche una pronuncia più severa, dove si censura l'uso generico della crisi pandemica come argomento autosufficiente per negare la richiesta di *extraordinary leave* di un detenuto. *Rigó c. Ungheria (54953/21)*, Sez. II, Comitato, 24 marzo 2025.

Le restrizioni all'Articolo 11 nella vicenda svizzera

In Svizzera, Stato dal quale ha origine il primo di questi ricorsi, i luoghi di lavoro sono rimasti per la maggior parte aperti durante l'intera pandemia, pur a fronte del divieto di assembramenti superiori a un numero molto ristretto di persone e alla chiusura di scuole e altri luoghi d'attività sociale non strettamente lavorativa.

Spostando temporaneamente la nostra attenzione sul diritto nazionale, allo scoppio della pandemia la Svizzera disponeva già di un'apposita legge federale sulle epidemie (LEp), le cui previsioni si spingevano a disciplinare anche i casi eccezionali, sotto la qualifica di "situazione straordinaria"⁴⁸. Durante tale situazione, il Governo svizzero (il Consiglio Federale o CF) dispone di poteri emergenziali assai penetranti, in parte proprio per il carattere di clausola aperta dell'Articolo 7 LEp, in un Paese dove la Costituzione sottrae le leggi federali, ma anche gli atti ritenuti meramente esecutivi o riproduttivi di quest'ultime, alla disapplicazione o all'annullamento da parte dei giudici⁴⁹. Ai sensi della LEp, lo stadio della situazione straordinaria è comunque preceduto da quello della "situazione particolare", nel quale i poteri dell'Esecutivo sono meno estesi, in particolare rispetto all'autonomia dei cantoni, una componente essenziale dell'ordinamento elvetico.

Nel 2020, il CF ha inizialmente adottato i primi provvedimenti di contenimento sulla base della situazione particolare, mentre la fase più acuta dell'emergenza ha visto l'attivazione della situazione straordinaria, attivata dal 16 marzo 2020 fino alla fine del mese di maggio.

Peraltro, nella stessa dottrina svizzera c'è stato un vivo dibattito sulle fonti che hanno effettivamente retto l'intervento federale nella prima fase della pandemia, prima dell'adozione di una specifica legge federale sul Covid. Questo perché, al di là del testo della LEp, la Costituzione elvetica prevede anche la possibilità per il Governo federale d'adottare ordinanze

⁴⁸ Legge federale 818.101 del 2012, *Legge federale sulla lotta contro le malattie trasmissibili dell'essere umano – Legge sulle epidemie (LEp)*. Vedi l'Art. 7 LEp: "Se una situazione straordinaria lo richiede, il Consiglio federale può ordinare i provvedimenti necessari per tutto il Paese o per talune parti di esso." Il testo della legge è disponibile sul sito ufficiale della Confederazione, all'indirizzo <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2015/297/it>. Si fa riferimento alla versione italiana, considerando il suo valore ufficiale in Svizzera, accanto al tedesco e al francese.

⁴⁹ Il riferimento è all'immunità prevista per le leggi federali e il diritto internazionale dall'Art. 190 della Cost. Svizzera, consultabile all'indirizzo <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/it>. Su questo e gli aspetti seguenti di diritto elvetico, si rimanda a V. Martenet, *Il Covid 19 e il federalismo Svizzero*, in P. Bertoli, F. De Rossa, G. Grasso (curr.), *Federalismo, regionalismo, pandemia. Una comparazione tra Svizzera e Italia*, in *Sovranità, federalismo, diritti*, collana economico-giuridica del Centro di Ricerca "Federalismo e autonomie locali" dell'Università dell'Insubria, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 7 ss. Nello stesso volume si veda anche N. Ferrario, *Sul ruolo del giudice ai tempi del coronavirus: note ai margini del caso svizzero*, ivi, pp. 91 ss. Inoltre, J. Jean-Petit-Matile, *Gerichtliche Kontrolle von Notrecht, Effektiver Rechtsschutz bei der Krisenbewältigung*, in *Jusletter*, n. 1198, 27 maggio 2024. Sull'ordinamento svizzero in generale, S. Gerotto, P. Mahon, R. Sánchez Ferriz, *Il sistema costituzionale svizzero*, Walters Kluwer-CEDAM, Milano, 2020.

indipendenti nei casi d'emergenza⁵⁰. Alla luce delle previsioni costituzionali, tale tipologia d'ordinanze può tuttavia, con alcune eccezioni, essere sottoposta a un controllo di costituzionalità in concreto da parte dei giudici, quando si trovino a dover fare applicazione delle ordinanze. Il controllo in questione è esercitabile in modo diffuso, ma il ruolo più importante spetta in questi casi al Tribunale federale, massimo organo giurisdizionale della Confederazione, al quale la Costituzione stessa sottrae invece esplicitamente il controllo in astratto sugli atti dell'Esecutivo⁵¹.

Le tutele legali che il cittadino può far valere contro le ordinanze emergenziali indipendenti sono perciò maggiori di quelle disponibili contro le ordinanze dipendenti, cioè adottate sulla base d'una legge federale, perché in questo caso potrebbero ricadere, in via indiretta, nell'immunità stabilita per le leggi federali dall'Articolo 190 della Costituzione. Il margine di controllo dei giudici sarà in questo caso molto ristretto, con tutto ciò che ne consegue anche per la tutela dei diritti convenzionali⁵².

Nel caso del Covid, il punto controverso a livello nazionale è stato esattamente il tipo di fonte a cui ricondurre le ordinanze del Governo. Il problema ha riguardato sia quelle antecedenti che quelle successive all'attivazione della LEp, visto che ad ordinanze chiaramente attinenti all'ambito sanitario, dunque di più facile riconduzione alla categoria delle ordinanze dipendenti dalla legge, si sono unite ordinanze volte a disciplinare aspetti economici o sociali non direttamente attinenti alla sanità pubblica. Proprio rispetto a una di queste ordinanze, il TF ha ritenuto fra l'altro di poter esercitare il proprio controllo di costituzionalità in concreto, dichiarando illegittima una norma che escludeva la ricorribilità in giudizio di alcuni provvedimenti legati ai ristori economici⁵³.

Nel caso delle interdizioni a manifestare, rette da ordinanze più volte emendate ma sempre riconducibili alla LEp, la giurisprudenza è stata invece più restrittiva. In un caso del 2020 partito dal cantone di Ginevra, dunque il medesimo luogo da cui prende le mosse la vicenda poi decisa a Strasburgo, le corti cantonali hanno ritenuto legittimo il provvedimento con cui le autorità avevano negato l'autorizzazione a manifestare in luogo pubblico. Il caso è stato portato davanti al TF che, un anno dopo, ha ritenuto mancasse l'attualità dell'interesse a ricorrere, visto il trascorrere della data scelta per la manifestazione e l'intervenuta modifica in senso assai

⁵⁰ Art. 185(3) Cost. svizzera

⁵¹ Art. 189(4) Cost. svizzera, che prevede comunque la possibilità per le leggi federali d'attribuire esplicitamente il controllo in astratto al TF, in deroga alla regola generale.

⁵² La qualificazione delle ordinanze ex Art. 7 LEp come dipendenti è comunque oggetto di dibattito, come si ricava da J. Jean-Petit-Matile, *Gerichtliche Kontrolle*, cit.

⁵³ TF, II Corte di diritto pubblico, decisione 2D_32/2020 del 24 marzo 2021 (*recours constitutionnel subsidiaire*), BGE 147 I 333 S. 334, or. fr.

meno restrittivo del diritto rilevante, tale da escludere il ripetersi di casi simili al momento della decisione⁵⁴.

Sempre rispetto al divieto di riunirsi in luoghi pubblici, si deve infine notare che la portata dell'interdizione varia notevolmente, pur prendendo in considerazione i soli primi sei mesi del 2020. Le prime ordinanze federali, adottate nella "situazione particolare" LEp, prevedevano l'interdizione delle manifestazioni con più di cento persone e lasciavano libere le autorità cantonali di stabilire deroghe eccezionali, in particolare nel caso di raduni finalizzati all'esercizio di diritti politici⁵⁵. Solo pochi giorni dopo, in seguito all'ingresso nella "situazione straordinaria", l'ordinanza veniva modificata in senso restrittivo, vietando tutte le manifestazioni e limitando le deroghe ai soli casi in cui i cantoni ritenessero sussistere un interesse pubblico preponderante, senza più menzionare i diritti politici⁵⁶. Il 21 marzo 2020 entravano in fine in vigore le misure più restrittive adottate in Svizzera per far fronte alla pandemia, che prevedevano l'interdizione degli assembramenti di più di cinque persone e, soprattutto, punivano con la pena detentiva fino a tre anni chiunque organizzasse eventuali manifestazioni pubbliche, in violazione dell'ordinanza.

Nel contesto sopra descritto s'inserisce il caso giunto a Strasburgo. Il sindacato ricorrente (CGAS), infatti, aveva ritirato la propria domanda d'autorizzazione a tenere una manifestazione per il 1 maggio 2020, in seguito alle dichiarazioni pubbliche della polizia ginevrina, secondo le quali nessuna autorizzazione sarebbe stata approvata dal cantone. Per questa ragione la CGAS dichiara nel proprio ricorso a Strasburgo di non aver tentato di giovare delle eccezioni previste nelle diverse versioni dell'ordinanza Covid⁵⁷. Al contempo, il sindacato non sottopone neanche il proprio caso alle giurisdizioni svizzere, cantonali o federali

⁵⁴ TF, I Corte di diritto pubblico, decisione 1C_524/2020 del 12 agosto 2021, or. fr. Si tratta del cosiddetto caso dello "sciopero per il clima", a cui farà in seguito riferimento anche la Corte EDU.

⁵⁵ Artt. 6 e 7, Ordinanza 2 sui provvedimenti per combattere il coronavirus (COVID-19) (Ordinanza 2 COVID-19), 13 marzo 2020.

⁵⁶ Testo in vigore dal 17 marzo 2020.

⁵⁷ Troviamo l'argomentazione riassunta in *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera* (21881/20), Sez. III, 15 marzo 2022, rinviato alla Grande Camera, par. 33 (da ora *CGAS c. Suisse*, cit., 2022). In dottrina, ripercorrono e commentano le due pronunce M. Afroukh, J.-P. Marguénaud, *La jurisprudence*, cit. Per un'opinione di segno parzialmente diverso, perché più critica della sentenza del 2022, F. Gianoni, G. Grasso, *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte EDU nella causa Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse del 15 marzo 2022*, in *Diritti Comparati*, 21 aprile 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.diritticomparati.it/divieto-della-liberta-di-riunione-e-tutela-giurisdizionale-al-tempo-della-pandemia-note-critiche-sulla-decisione-della-corte-edu-nella-causa-communaut-genevoise-daction-syndicale-cgas-c/>. Infine anche N. Holcroft-Emmess, *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v Switzerland: proportionate limitation or (non-notified) derogation? A chamber divided over Covid-19 pandemic restrictions*, in *European Human Rights Law Review*, 2023, pp. 482 ss.

(mancava del resto un atto amministrativo di diniego contro cui ricorrere), scegliendo invece immediatamente la strada di Strasburgo⁵⁸.

Questi aspetti procedurali acquisiranno una notevole importanza nel giudizio di fronte alla Corte, in particolare nella pronuncia della Grande Camera che, a fine 2023, ha completamente ribaltato la decisione raggiunta dalla Terza Sezione un anno prima. La Grande Camera (GC) ha infatti dichiarato il ricorso inammissibile per non esaurimento dei rimedi interni, laddove invece la Sezione lo aveva ritenuto non solo ricevibile, ma anche fondato, condannando la Svizzera per la lesione della libertà di riunione⁵⁹.

Le due pronunce vanno dunque lette insieme, ma solo la prima affronta nel merito la violazione dei diritti nel contesto della pandemia. Sotto questo profilo, la sentenza della Sezione tocca anche la questione del mancato ricorso all'Articolo 15. Altri aspetti della vicenda sono lo scrutinio della Corte nel caso di Stati dove un controllo di costituzionalità sulle leggi e gli atti parificati è assente o limitato o, ancora, il configurarsi d'un approccio restrittivo alle condizioni di ricevibilità da parte della GC.

La questione della (mancata) deroga resta però la più interessante ai nostri fini, mentre l'approccio restrittivo o meno alla ricevibilità rileva nella misura in cui è possibile leggerci una strategia legata alla considerazione dell'emergenza. C'interessa cioè vedere come la Corte adatti i propri criteri in relazione al caso emergenziale e, in prospettiva, alla giurisprudenza sul Covid, al fine di potersi pronunciare sul merito delle misure, nonostante i dubbi sulla ricevibilità o, all'opposto, quando si esima dal farlo, adottando un'interpretazione rigorosa del suo ruolo sussidiario.

Evidentemente, alla fine è stata questa seconda interpretazione a prevalere, ma, nel 2022, la Sezione aveva al contrario menzionato proprio la particolarità del contesto pandemico mondiale nel suo ragionamento sulla ricevibilità del ricorso⁶⁰.

Nei paragrafi dedicati alla questione, la Corte applica in primo luogo all'associazione ricorrente lo status di vittima potenziale, in quanto è stata obbligata a rinunciare all'esercizio d'un diritto per timore delle sanzioni penali previste dall'ordinanza Covid⁶¹. In secondo luogo, applica in modo flessibile la propria giurisprudenza sull'esaurimento dei rimedi interni,

⁵⁸ Il ricorso è del 26 maggio 2020.

⁵⁹ Il riferimento è a *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera* (21881/20) [GC], 27 novembre 2023 (da ora *CGAS c. Svizzera*, cit., 2023).

⁶⁰ Ivi, par. 58.

⁶¹ Ivi, par. 42.

considerando troppo residuale la possibilità per il ricorrente di rientrare tra le eccezioni previste dalle ordinanze⁶².

Il problema principale che si pone davanti alla Corte è però la mancata possibilità per le corti nazionali di svolgere un controllo sul caso di specie, vista l'assenza d'un provvedimento amministrativo di diniego. È sotto questo profilo che la Sezione fa valere la debolezza del controllo esercitato dal TF in situazioni simili a *CGAS c. Svizzera*, ossia legate alla libertà di riunione durante la pandemia. È il caso della decisione del 2021 sullo "sciopero climatico", nella quale si è visto come il Tribunale federale si sia rifiutato d'entrare nel merito delle restrizioni e di svolgere un controllo sulla costituzionalità delle ordinanze, limitandosi a riscontrare la mancanza d'attualità dell'interesse nel caso concreto. La decisione è posteriore al ricorso della CGAS, ma ciò non impedisce alla Sezione di tenerne conto, concludendo che:

*Compte tenu de ce qui précède et eu égard au contexte sanitaire et politique global, la Cour n'est pas convaincue que l'association requérante bénéficiât au moment des faits pertinents d'un recours effectif et disponible en pratique qui lui aurait permis de se plaindre d'une violation de sa liberté de réunion au sens de l'article 11 de la Convention*⁶³.

Una volta entrati nel merito delle restrizioni al diritto, le censure della Corte si concentrano sempre sulla supervisione insufficiente da parte dei tribunali, con un ragionamento che riprende le conclusioni raggiunte rispetto alla non-necessità dell'esaurimento dei ricorsi interni. La severità e, soprattutto, il carattere generale e prolungato delle restrizioni avrebbero imposto, secondo la Sezione, un controllo particolarmente penetrante e tempestivo da parte delle corti nazionali, che la giurisprudenza del TF ha mostrato invece di non saper garantire⁶⁴.

A questo punto, la Corte affronta direttamente il problema della mancata attivazione dell'Articolo 15, affermando esplicitamente che l'assenza di deroga comporta che i parametri usati nell'analisi dei casi restino quelli ordinari, pur dovendosi tenere conto delle circostanze

⁶² In particolare visto il ristrettissimo margine di tempo intercorso tra le due versioni dell'ordinanza. Ivi, par. 56. Rispetto ai precedenti in materia, vedi ivi, parr. 52-54, dove si citano in particolare i casi *Ringelsen c. Austria* del 16 luglio 1971, par. 89 e *Cardot c. Francia* del 19 marzo 1991, par. 34. Mustapha Afroukh nota però come il principio sia ripreso in primo luogo da *Stögmüller c. Austria*, 10 novembre 1969, dove la Corte già faceva riferimento ai principi del diritto internazionale generalmente riconosciuti (Art. 35(1) CEDU), per indicare che alcune circostanze possono dispensare i ricorrenti dall'esaurimento dei ricorsi interni, se giudicati per natura inadeguati alla tutela del diritto. M. Afroukh, J.-P. Marguénaud, *La jurisprudence*, cit., p. 1045.

⁶³ "Alla luce di quanto sopra e tenuto conto del contesto sanitario e politico globale, la Corte non è convinta che, al momento dei fatti rilevanti, l'associazione ricorrente disponesse di un ricorso effettivo e disponibile nella pratica che le avrebbe consentito di denunciare una violazione della sua libertà di riunione ai sensi dell'articolo 11 della Convenzione". Traduzione mia. Ivi, par. 59.

⁶⁴ La Corte fa mostra di ritenere che un controllo giudiziario approfondito *ex post* sia tanto più necessario quanto più debole è, per via dell'urgenza, quello parlamentare. Ivi, par. 88.

concrete. La Corte fa dunque mostra di sposare una concezione rigorosa della deroga, ricordando come:

“[...] la Suisse n'a pas, face à la crise sanitaire mondiale, fait usage de l'article 15 de la Convention permettant à un État partie de prendre certaines mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation. Elle était, dès lors, tenue de respecter la Convention en vertu de son article premier et, s'agissant du cas d'espèce, de se conformer pleinement aux exigences de l'article 11, tenant compte de la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue⁶⁵.

Tuttavia, a ben vedere, non appare corretto dire che nella sentenza non ci sia una specifica considerazione della gravità della situazione. Essa viene però usata per giustificare un controllo più severo, e non più deferente, delle misure emergenziali, se necessario interpretando con larghezza le condizioni di ricevibilità, allo scopo di pronunciarsi quanto prima sulla lesione dei diritti. Questo finisce per giustificare anche che la Corte arrivi, di fatto, a sostituirsi a uno scrutinio delle corti nazionali percepito come troppo debole⁶⁶.

In effetti, la principale critica che si può muovere alla pronuncia è proprio d'esprimere una condanna a priori dei giudici svizzeri, trasformando la Corte di Strasburgo in una giurisdizione di prima istanza sulle misure emergenziali degli Stati. Queste sono le espressioni che troviamo nell'opinione dissenziente alla sentenza del 2022 e vengono in larga parte riprese dalla Grande Camera l'anno seguente⁶⁷.

Il ragionamento della Grande Camera è opposto a quello seguito dalla Terza Sezione della Corte. Nel primo caso si giustificava la possibilità d'allentare le regole sulla ricevibilità, nell'altro si ha invece una loro lettura in termini rigorosi, secondo i critici perfino troppo rigidi⁶⁸.

Così la GC, contro la Sezione, nega all'associazione ricorrente lo status di vittima, perchè ha mancato anche solo di tentare d'avvalersi delle eccezioni stabilite dal diritto nazionale per

⁶⁵ “[...] di fronte alla crisi sanitaria mondiale, la Svizzera non ha fatto ricorso all'articolo 15 della Convenzione, che consente a uno Stato parte di adottare determinate misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Essa era quindi tenuta a rispettare la Convenzione ai sensi del suo articolo 1, e, nel caso di specie, a conformarsi pienamente ai requisiti dell'articolo 11, tenendo conto del margine di discrezionalità che le deve essere riconosciuto.” Traduzione mia. Ivi, par. 90.

⁶⁶ Questa concezione compare in più punti della sentenza, vedi ad esempio i parr. 86 e 91.

⁶⁷ Al riguardo, la sentenza del 2022 era stata espressione di una Sezione assai divisa al suo interno, con quattro giudici contro tre che hanno votato a favore della condanna. Vedi l'opinione dissenziente dei giudici Ravarani, Seibert-Fohr e Roosma, ivi, alle pp. 39 e ss. Si noti peraltro che il giudice svizzero, Andreas Zünd, è stato nella maggioranza del 2022 e nella minoranza dissenziente del 2023.

⁶⁸ La critica di una certa rigidità della Corte, anche rispetto alla propria giurisprudenza consolidata, si trova in M. Afroukh, J.-P. Marguénaud, *La jurisprudence*, cit., pp. 1045-1046.

l'organizzazione di manifestazioni, ipotesi divenuta via via più difficile, ma mai scomparsa del tutto dal testo delle ordinanze⁶⁹.

Come si vede, l'assenza della qualità di vittima è strettamente legata alla questione dell'esaurimento delle vie interne, un collegamento che la CG afferma esplicitamente. Anche su questo punto l'apprezzamento della Grande Camera è opposto a quello della Sezione. Il controllo del Tribunale federale sulle ordinanze viene cioè considerato un rimedio potenzialmente adeguato, del quale il ricorrente ha mancato d'avvalersi. Il punto centrale della sentenza del 2022, ossia l'inidoneità della prassi del TF, viene risolto nel senso di rileggere la sua precedente decisione nel caso dello "sciopero per il clima" del 2021 alla luce delle circostanze specifiche di quel caso. La Corte mostra dunque che un apprezzamento del merito si era avuto da parte delle corti inferiori, ossia delle giurisdizioni cantonali.

Questo però non toglie che un controllo effettivo del TF sul ragionamento di merito delle giurisdizioni cantonali non ci sia stato. Forse perché consapevole di questa debolezza, la GC si avvale anche di un altro argomento. Si tratta del carattere successivo della pronuncia del TF rispetto alla presentazione del ricorso della CGAS. Un aspetto, quest'ultimo, su cui più si concentra la critica d'eccessiva rigidità mossa alla Grande Camera, che non pare in altri casi aver fatto di un simile criterio cronologico un elemento preclusivo⁷⁰.

Si potrebbe pensare che, se il problema di fondo è quello dell'interpretazione più o meno emergenziale da dare al testo della Convenzione in mancanza di deroga, la soluzione della CG eviti di doversi porre la questione rispetto alle norme sostanziali, appunto perché rimane sul terreno dell'assenza delle condizioni di ricevibilità. In realtà, pur non essendo tecnicamente richiesto dall'esito del giudizio, la Grande Camera si spinge oltre, offrendo anche spunti sul merito della questione, seppure a livello di *obiter dicta*.

La Corte fa leva soprattutto sul principio di sussidiarietà, che d'altronde costituisce in casi come questo un principio-ponte tra ammissibilità e merito della questione. Lontano dall'essere solo un requisito procedurale, la Corte individua nel principio di sussidiarietà uno dei tratti fondamentali del sistema convenzionale, che va certo valorizzato in ogni circostanza, ma che rileva in modo particolare durante le situazioni di crisi eccezionale. In questi casi è particolarmente indicato che siano in prima istanza le autorità (e le corti) nazionali a vagliare l'equilibrio tra gli interessi pubblici concorrenti e tra i diversi diritti in gioco. Quasi a implicare

⁶⁹ CGAS c. Svizzera, cit., 2023, parr. 118 ss.

⁷⁰ Ivi, parr. 157-159. Per le critiche vedi M. Afroukh, J.-P. Marguénaud, *La jurisprudence*, cit., p. 1045.

il probabile giudizio a favore dello Stato che avrebbe avuto un'analisi del merito, la Corte cita poi l'ampio margine d'apprezzamento concesso in materia sanitaria⁷¹.

Dei tre argomenti sostanziali usati nell'*obiter*, non sono però né l'ampio margine d'apprezzamento né l'insistenza sul ruolo sussidiario della Corte a presentarsi come particolarmente problematici, a giudizio di chi scrive. Quel che si può invece contestare è il modo con cui la decisione, una volta scelto di formulare osservazioni di carattere generale, ignori completamente il tema della deroga e della differenziazione degli standard applicabili tra Stati deroganti e non.

La precedente sentenza aveva il pregio di affrontare la questione, esprimendo una chiara preferenza per l'uso dei criteri ordinari in mancanza di deroga. Se vogliamo, si trattava d'una soluzione in sintonia con un modello giuridico di netta separazione tra stati d'ordinarietà e straordinarietà. La Grande Camera riprende nei paragrafi conclusivi l'idea della straordinarietà della situazione, implicando anche che ciò debba avere evidentemente un peso nella ponderazione di casi simili. Tuttavia, a un'analisi dell'Articolo 15, si sostituisce una ricognizione della prassi degli Stati, non però in relazione alla scelta di derogare o meno, quanto piuttosto alle misure e alle restrizioni adottate⁷².

Da questa prospettiva, è facile per la Corte fermarsi alla sostanziale identità dei tipi di restrizioni, tale almeno a un livello superficiale, salvo ignorare le differenze che invece hanno contraddistinto il ricorso o meno all'Articolo 15. Un'analisi su questo punto sarebbe risultata probabilmente meno agevole.

La considerazione dell'emergenza in modo slegato dalla deroga, della quale diventa anzi quasi un surrogato, esprime comunque una chiara vicinanza alla dottrina dei fattori contestuali, convalidando implicitamente il declino dell'Articolo 15 davanti alla Corte, riscontrabile, almeno per il momento, anche nella giurisprudenza sul Covid.

⁷¹ Ivi, parr. 160-161, dove è citato anche il precedente *Vavříčka e altri c. Repubblica Ceca*.

⁷² “*In examining this case, the Grand Chamber cannot ignore the exceptional nature of the context which existed at the relevant time [...]. The emergence of the COVID-19 pandemic presented the States with the challenge of protecting public health while guaranteeing respect for every person's fundamental rights. The Court notes that all the member States of the Council of Europe decided to restrict certain fundamental rights, including freedom of assembly in public places.*” Ivi, par. 162. La prassi era stata estesamente descritta dalla Corte, sempre nel silenzio sull'Art. 15, ai parr. 71-74 della decisione.

Central Unitaria de Traballadores/as c. Spagna e la recente violazione riscontrata in un caso russo

Alcune recenti pronunce di merito hanno permesso alla Corte d'esprimersi nuovamente sulle limitazioni alla libertà di manifestazione durante la pandemia, con esiti di segno diverso.

In uno dei due casi il ricorso era peraltro di nuovo avanzato da un sindacato, questa volta spagnolo, e sempre in riferimento al diniego di tenere una manifestazione per il primo maggio 2020⁷³. Il ricorso in questione dunque presenta alcuni tratti in comune col precedente svizzero, l'attinenza alla libertà di riunione sotto l'Articolo 11 della Convenzione, in primo luogo, ma anche un contesto nazionale segnato dall'attivazione di uno stato d'emergenza interno ma dall'assenza di deroga⁷⁴.

Al contempo, troviamo degli elementi nuovi, in particolare la presenza d'un pieno scrutinio sulle restrizioni da parte delle corti nazionali, tra cui il Tribunal Constitucional spagnolo (da ora anche Tribunale costituzionale) e alcune differenze sul piano dei fatti, come la presenza d'una vera e propria notificazione del ricorrente alle autorità, comprensiva degli adattamenti della manifestazione alle circostanze eccezionali⁷⁵.

La sentenza *Central Unitaria de Traballadores/as c. Spagna* (da ora *Central Unitaria*) si pone dunque quasi come un'integrazione della 'saga' svizzera, un giudizio sullo stesso diritto e in circostanze molto simili, questa volta deciso nel merito dalla Corte e che sfugge alla critica d'affrontare in termini astratti la risposta degli Stati al Covid.

Un punto rilevante che ci preme precisare è però la sua sostanziale distanza dal problema dell'Articolo 15. Di nuovo, ci troviamo di fronte a uno Stato che non ha derogato, ma questa volta non ci sono tracce di riferimenti alla questione nel ragionamento della Corte. La Grande Camera in *CGAS c. Svizzera* sembra cioè avere dettato, seppure con il proprio silenzio, la linea d'indirizzo sulla questione, che non viene ripresa né in questa né nella recentissima sentenza in cui la Corte condanna la Russia per le restrizioni pandemiche agli Articoli 10 e 11⁷⁶. Da qui deriva il minor interesse di questi casi ai fini della nostra ricerca che, lo ricordiamo, non è rivolta specificamente alla giurisprudenza sul Covid, quanto al dualismo emergenziale insito

⁷³ *Central Unitaria de Traballadores/as c. Spagna* (49363/20), Sez. V, 17 ottobre 2024.

⁷⁴ In questo caso, a differenza di quelli svizzeri, la Corte dichiara però d'interpretare la libertà di riunione anche alla luce dell'Articolo 10 CEDU, "dove appropriato". Ivi, par. 50.

⁷⁵ La manifestazione organizzata dal sindacato avrebbe dovuto svolgersi in auto, per assicurare il distanziamento tra i partecipanti. Dalla sentenza si ricava che l'ordinamento spagnolo, a differenza di quello (cantonale) svizzero visto nel caso precedente, non prevede un'autorizzazione delle manifestazioni pubbliche, quanto una comunicazione alle autorità, che possono vietare i raduni organizzati in luogo pubblico in un numero limitato di casi, come avviene anche in Italia. Le disposizioni rilevanti sono analizzate ai parr. 33-34 della sentenza.

⁷⁶ Se si esclude la lapidaria osservazione secondo la quale: "*It noted that Spain had not made use of Article 15 of the Convention*". Ivi, par. 56.

nella Convenzione. Le pronunce degli ultimi due anni possono certamente fornirci delle informazioni utili al riguardo, proprio nella misura in cui accolgono al loro interno l'argomento emergenziale, pur senza menzionare quello del ricorso alla deroga. Esse costituiscono però tutti esempi di un'emergenza intesa come *contextual factor*, in altre parole confermano il distacco dal modello dualista.

La materia con cui la Corte si confronta resta comunque quella dell'emergenza e da questa prospettiva leggeremo le sentenze, cogliendo la valorizzazione che del fatto emergenziale fa la Corte. Meno attenzione si presterà invece alla lettura dei diritti sostanziali in gioco.

Si è già detto che il caso *Central Unitaria c. Spagna* prende le mosse dalla richiesta d'organizzare una manifestazione da parte d'un sindacato spagnolo, respinta dalle autorità amministrative competenti e, in seguito ai ricorsi interni, anche da quelle giurisdizionali. Bisogna però precisare che un elemento di debolezza della posizione del Governo spagnolo è proprio l'estrema concisione del provvedimento iniziale di divieto, che, dopo aver menzionato la crisi sanitaria, si limita ad affermare l'impossibilità di ricondurre la richiesta del sindacato alle eccezioni alla limitazione generale della libertà di circolazione previste dallo stato d'emergenza. Non a caso, l'analisi dei giudici di Strasburgo si concentra piuttosto sulle pronunce delle corti nazionali investite della questione, il Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e il Tribunale costituzionale spagnolo, sostituendole, di fatto, al ragionamento dell'amministrazione⁷⁷.

A parte la sua concisione e vaghezza, la debolezza di tale ragionamento è innanzitutto nella fonte citata, il decreto reale n. 463/20, che ha dichiarato uno stato d'allarme per la gestione della crisi sanitaria⁷⁸. Lo stato d'allarme è uno dei tre stati d'emergenza previsti dalla Costituzione spagnola, insieme agli stati d'assedio e d'eccezione, ma si configura come il meno severo tra essi, escludendo in particolare la possibilità che i decreti emergenziali possano sospendere i diritti costituzionali. In termini molto chiari, testualmente espressi dalla Costituzione e poi ripresi dal Tribunal constitucional, ci troviamo qui un ambito in cui si possono operare solo limitazioni ai diritti, non loro sospensioni⁷⁹.

⁷⁷ Questa è anche una delle critiche principali espresse dall'opinione dissenziente della giudice monegasca Mourou-Vikström, giudice che abbiamo invece visto avere un'opinione più favorevole allo Stato nei casi delle deroghe francesi. Ivi, pp. 33 ss. Per la critica della Corte alla qualità della risposta delle autorità amministrative competenti, ivi, par. 71. La pronuncia costituzionale alla quale facciamo riferimento è Tribunal Constitucional (TC), *Auto* (decisione) 40/2020, 30 aprile 2020, *recurso de amparo* n. 2056-2020, ECLI:ES:TC:2020:40A.

⁷⁸ Real Decreto 463/2020, 14 marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*, BOE-A-2020-3692

⁷⁹ Le disposizioni rilevanti del diritto spagnolo, evidentemente molto vicino a una concezione neo-romana dell'emergenza, sono gli Artt. 55 e 116 della Costituzione. Si veda anche la Ley Orgánica 4/1981, 1 giugno, *de los estados de alarma, excepción y sitio*, BOE-A-1981-12774. Per il riferimento alla Costituzione spagnola, oltre

L'interpretazione del diritto nazionale è peraltro ulteriormente complicata proprio da una sentenza del Tribunale costituzionale, che, nel 2021, ha dichiarato parzialmente incostituzionali le norme del decreto reale n. 463/20 riguardanti la libertà di circolazione, affermando che la loro generalità travalica i limiti di una limitazione ai diritti, comportando appunto una vera e propria sospensione. Il criterio usato dal Tribunale costituzionale è appunto che una limitazione non possa applicarsi in modo generale o assoluto⁸⁰.

La Corte EDU prende in considerazione questa pronuncia, nonostante sia posteriore alla data del ricorso del sindacato, ma essa non riveste una particolare importanza nella sentenza del 2024. Il motivo è che, nel caso giunto a Strasburgo, le doglianze del ricorrente sono state esaminate e respinte dai giudici spagnoli alla luce di altri criteri, rispetto al solo decreto emergenziale. Ripercorrendo le pronunce interne, la Corte è soddisfatta dal richiamo alle disposizioni costituzionali e legali sulla libertà di riunione, rapportate dai giudici alle esigenze dell'emergenza sanitaria, secondo un tipico giudizio di bilanciamento tra diritti e interessi pubblici differenti⁸¹.

Le sentenze delle corti nazionali sono peraltro state alquanto tempestive, intervenendo entrambe prima della data prevista per la manifestazione. È un altro elemento che facilita la loro considerazione privilegiata da parte della Corte, quando si tratta d'esprimersi sul requisito della legalità della restrizione.

È però nel giudizio sulla necessità della restrizione al diritto che possiamo osservare gli argomenti che più contraddistinguono la giurisprudenza Covid, usati per escludere la violazione dell'Articolo 11 da parte delle autorità spagnole.

Troviamo dunque il riferimento all'ampio margine concesso agli Stati in materia di salute pubblica, anche in tempi ordinari. Si ribadisce poi il ruolo sussidiario di Strasburgo rispetto al giudizio delle autorità nazionali, specie delle corti, perché in diretto contatto con la situazione

ai paragrafi rilevanti della sentenza, si rimanda al Boletín Oficial del Estado (BOE), Constitución Española, 29 dicembre 1978, BOE-A-1978-31229, all'indirizzo [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)).

⁸⁰ Tribunal Constitucional (TC), *sentencia* 148/2021, 14 luglio 2021, BOE-A-2021-13032. Il caso partiva dal *recurso de inconstitucionalidad* n. 2054-2020, avanzato dai parlamentari del partito Vox. Sul quale vedi A.M. Russo, *Allarme* o "eccezione? Il TC spagnolo accoglie parzialmente l'incostituzionalità delle prime misure anti-pandemiche del Governo Sánchez, 27 luglio 2021, in *Diritti Comparati*, disponibile all'indirizzo <https://www.diritticomparati.it/allarme-o-eccezione-il-tc-spagnolo-accoglie-parzialmente-lincostituzionalita-delle-prime-misure-anti-pandemiche-del-governo-sanchez/>. Il criterio

⁸¹ Ivi, par. 73. La differenza con il giudizio del 2021 si spiega anche col fatto che il controllo del Tribunale costituzionale spagnolo sia nel nostro caso avvenuto sotto forma di giudizio di *amparo*, limitato dunque alle esigenze del caso concreto. Sui diritti limitati nell'ordinamento nazionale, si precisa inoltre che la libertà di riunione, a differenza di quella di circolazione, non figurava tra i diritti esplicitamente limitati dal decreto del 2020. Nella stessa risposta dell'amministrazione spagnola al sindacato, la restrizione al diritto di riunione era fatta derivare indirettamente dalla limitazione della possibilità di muoversi liberamente

del caso concreto. S'insiste anche sul peso della prassi comune degli Stati durante la pandemia, seppure questa sia letta in modo più sfumato che nella CG del 2023⁸².

Altro aspetto interessante, è che nel descrivere la natura dell'interferenza la Corte riprenda la distinzione tra sospensione e limitazione dei diritti, senz'altro facilitata in questo dal ragionamento delle corti nazionali. Senza entrare negli aspetti teorici della distinzione, nella sentenza essa viene ricondotta alla contrapposizione pratica tra divieti generali e specifici. La Corte si accontenta d'osservare che il caso *Central Unitaria* è riconducibile alla seconda tipologia, visto che lo stato d'emergenza attivato dalla Spagna non prevede una sospensione dei diritti.

Nella sentenza non troviamo di più sul punto, ma è evidente che il tema ha un indiretto interesse rispetto all'Articolo 15. Ci si può cioè chiedere se l'attivazione di uno tra gli stati d'emergenza nazionali che autorizzano la sospensione dei diritti avrebbe obbligatoriamente richiesto una deroga. Ancora, ci si può chiedere se una deroga sia sempre richiesta in caso di sospensione, posto che i *general* o *blanket ban* all'esercizio del diritto menzionati dalla Corte, in questo o in altri casi Covid, siano effettivamente sovrapponibili alla categoria dogmatica della sospensione⁸³.

I criteri sopra descritti sono usati dalla Corte al fine d'individuare in via preliminare l'ampiezza del margine di discrezionalità applicabile in *Central Unitaria c. Spagna*, con ciò che ne consegue per quanto riguarda il livello di controllo sulla condotta dello Stato. Nel caso del 2024, l'ampio margine garantisce che il controllo sia limitato alle garanzie procedurali che accompagnano la limitazione del diritto⁸⁴. Compiuto questo giudizio di proporzionalità, rivolto in concreto alla ragionevolezza delle motivazioni delle corti nazionali nell'escludere le modalità proposte per la manifestazione, la Corte può concludere che:

[...] in the face of unprecedented conditions, such as those which obtained in the first months of the COVID-19 pandemic, even an overly cautious approach in matters such as those at issue in the present case, cannot be seen, as such, as disproportionate to the legitimate aims pursued. At all events, in the present case the applicant trade union's arguments, including those pertaining to specific parameters of the proposed demonstration, were swiftly

⁸² Ivi, parr. 77-83. Il riferimento rispetto all'ampio margine in materia di salute pubblica è sempre il caso *Vavříčka*, a cui s'aggiunge ora anche la CG del 2023, nel caso *CGAS c. Svizzera*. Il caso svizzero è ripreso più volte anche per quanto riguarda il ruolo sussidiario della Corte. La prassi degli Stati viene giudicata comune nel giudizio sulla necessità d'imporre restrizioni, ma la Corte riconosce l'assenza di un consenso sulle forme concrete di quest'ultime. È assente ogni riferimento al 15.

⁸³ *Central Unitaria c. Spagna*, cit., par. 65. Si noti che in *CGAS c. Svizzera* [GC] il Governo francese, intervenendo in giudizio, aveva esplicitamente sostenuto che un *blanket ban* a tutti gli eventi pubblici fosse giustificato nella prima fase della pandemia. Ivi, par. 99.

⁸⁴ “[...] *the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded [...]*”. Ivi, par. 82.

*reviewed by the courts, which, acting within the limits of the margin of appreciation left to the respondent State, rejected them with reference to weighty public health considerations, which were specific to the early stage of the pandemic and relevant to the proposed demonstration. In the particular circumstances of the case and having regard to the domestic courts' detailed assessment of those circumstances, the Court finds that they cannot be considered to have failed to explore potential solutions [...], or, more generally, to have given insufficient reasons for the decision to prohibit the demonstration*⁸⁵.

Come si vede, il ruolo delle corti e la loro supervisione delle restrizioni emergenziali svolgono una funzione importante nell'escludere una violazione. Dalle parole riportate sopra, si coglie però anche la considerazione del fattore emergenziale in quanto tale, già rapportata dalla Corte all'esistenza di un *pressing social need* che motivi le restrizioni⁸⁶.

Al riguardo, è interessante osservare come questa giurisprudenza inquadri l'eccezionalità della *public health emergency*. Per vederlo meglio, distanziamoci dal solo caso *Central Unitaria c. Spagna* e leggiamo direttamente le parole della Corte, prese da un caso del 2025 ma sostanzialmente sovrapponibili a quelle usate nel 2024:

*The Court has already noted that the COVID-19 pandemic threatened to have very serious consequences not just for health but also for society, the economy, the functioning of State institutions and the organisation of life in general. It could therefore be regarded as an exceptional and unforeseeable situation. When examining various restrictions put in place to contain the pandemic, the Court has found that they were introduced in view of significant health considerations concerning not only the applicants but society at large (see, in so far as relevant, *Terheş v. Romania* (dec.), no. 49933/20, 13 April 2021; *Pasquinelli and Others v. San Marino*, no. 24622/22, § 94, 29 August 2024; and *Central Unitaria de Traballadores/as v. Spain*, no. 49363/20, §§ 74 and 83, 17 October 2024)*⁸⁷.

Questa citazione proviene dal giudizio *Nemytov e altri c. Russia*, un caso di condanna dello Stato, ma proprio perché più recente ha il pregio di ripercorrere interamente la giurisprudenza Covid ad oggi maggiormente rilevante.

Cosa ne possiamo ricavare? Un elemento che spicca particolarmente è il carattere generale dell'emergenza, rapportata non solo all'ambito sanitario e non solo al diritto alla vita, ma anche all'esistenza organizzata della società e dello Stato in generale. È evidente la sovrapponibilità di questa definizione con la minaccia alla vita della nazione dell'Articolo 15, ancora di più se

⁸⁵ Ivi, par. 94.

⁸⁶ Ivi, par. 83.

⁸⁷ *Nemytov e altri c. Russia* (1257/21), Sez. III, 27 maggio 2025, par. 112.

letta alla luce delle definizioni date dalla Commissione e dalla Corte nella giurisprudenza storica⁸⁸.

Alla luce di tutto ciò, ci si può chiedere se nella giurisprudenza Covid non si finiscano per riprendere alcuni degli elementi tipici del test dell'Articolo 15, pur fuori deroga.

Oltre al modo in cui è delineata la minaccia, possiamo citare anche la primazia accordata al giudizio delle autorità nazionali, su cui tanto insiste a livello generale la Grande Camera del 2023. Tale deferenza viene poi applicata, in termini concreti, soprattutto agli organi giudiziari, anche questo uno sviluppo ben presente nella giurisprudenza sull'Articolo 15 almeno dal 2009. Tra le componenti del vecchio test sulla deroga che la Corte pare 'diluire' nei casi Covid scompare invece del tutto, inevitabilmente, la necessità di dichiarare formalmente il ricorso allo stato d'emergenza convenzionale. Proprio la caratteristica centrale del modello dualista.

Cosa aggiunge a tutto ciò il caso russo del 2025, che pure abbiamo menzionato? Per prima cosa si deve precisare che parliamo di una sentenza molto recente. Per questo motivo necessiterebbe senz'altro un maggiore approfondimento di quanto è stato possibile fare nella stesura finale di questa ricerca⁸⁹. Al di là di questo, il caso coinvolge effettivamente la libertà di riunione (in connessione con quella d'espressione) e costituisce una delle prime condanne d'uno Stato in relazione alle restrizioni pandemiche.

Tuttavia, ci sono alcuni elementi da tenere in considerazione. Per prima cosa lo Stato di riferimento. Si tratta infatti di un Paese non derogante, ma soprattutto d'uno Stato membro che ha assunto, dopo l'aggressione all'Ucraina del febbraio 2022, una posizione del tutto particolare rispetto alla CEDU e al CoE, di cui ha cessato di essere ufficialmente parte nel settembre 2022⁹⁰. Non si tratta di considerazioni solo extragiuridiche, considerando che si ripercuotono sulla qualità delle difese del Governo in casi come questo⁹¹.

⁸⁸ Si ricorda che nel caso *Lawless* la Corte definiva la minaccia come una: "situazione di crisi o di pericolo eccezionale e imminente che colpisce tutta la popolazione e costituisce una minaccia per la vita organizzata della comunità che compone lo Stato". *Lawless c. Irlanda*, Corte, cit., par. 28, traduzione mia.

⁸⁹ Oltre a *Nemytov e altri c. Russia* vi sarebbe in realtà un altro caso di condanna della Russia in relazione al Covid, *Avagyan c. Russia* (36911/20), Sez. III, 29 aprile 2025. Il caso *Avagyan c. Russia* non coinvolge però la libertà di riunione, ma il solo Art. 10, peraltro nella sua dimensione strettamente individuale. Un aspetto usato anche dalla Corte per distinguere il caso russo da un altro caso in cui il 10 entrava in relazione con la pandemia, nella dimensione del discorso pubblico, ossia *Bielau c. Austria* (20007/22), Sez. IV, 27 agosto 2024.

⁹⁰ Per un inquadramento generale del tema, vedi E. Bates, K. Dzehtsiarou, A. Forde, *Russia, the Council of Europe and the European Convention on Human Rights. A Troubled Membership and Its Legacy*, Bristol University Press, Bristol, 2025.

⁹¹ Nel caso di specie, il Governo ha mancato di depositare osservazioni scritte sul caso di uno dei tre ricorrenti, manifestando così la sua intenzione d'astenersi. La Corte osserva che "*the cessation of a Contracting Party's membership in the Council of Europe does not release it from its duty to cooperate with the Convention bodies*". Ivi, par. 88. Tuttavia è difficile negare che la circostanza abbia una sua rilevanza, quando si tratta di generalizzare l'esito dei giudizi che coinvolgono la Russia.

Del resto, al momento della pronuncia della sentenza, quasi non si contano le violazioni della CEDU derivanti da problemi strutturali dell'ordinamento russo ed esse sono presenti anche nel caso di specie, indipendentemente dalle misure pandemiche. In particolare si fa riferimento alle violazioni degli Articoli 5 e 6 CEDU nelle procedure previste dal Codice degli illeciti amministrativi russo (*Code of Administrative Offences* o CAO nell'inglese della Corte), già riscontrate dalla giurisprudenza consolidata di Strasburgo, che la sentenza si limita perciò a richiamare⁹².

Proprio tali sanzioni, in particolare quella della “*administrative detention*”, sono state applicate nei tre ricorsi riuniti e decisi dalla Corte nella sentenza *Nemytov*. I casi sono simili tra loro e riguardano tutti forme di protesta verificatesi in Russia tra la prima ondata Covid del 2020 e il 2021, in condizioni dunque parzialmente diverse per quanto riguarda lo sviluppo e la gravità della pandemia a Mosca e San Pietroburgo, le due città interessate dai fatti. A fronte di tali differenze, della sentenza si ricava che in queste città un divieto generalizzato (*blanket ban*) di tenere riunioni in luogo pubblico è restato in vigore ben oltre la graduale riapertura delle attività commerciali e di svago, tanto che la Corte accenna a un suo rinnovo nel 2022 e nel 2023, comunque fino a dopo l'espulsione della Russia dal CoE⁹³.

A proposito della somiglianza tra i casi, va poi specificato che le forme di protesta scelte dai primi due ricorrenti si svolgevano, proprio per le restrizioni Covid, nella forma di manifestazioni pubbliche individuali o in piccoli gruppi (“*static solo demonstration*”), mentre la terza manifestazione era un vero e proprio raduno di migliaia persone, risalente al gennaio 2021. Le differenze in questione assumono una certa rilevanza ai fini di considerare prevalente l'Articolo 10 o l'11, ma si consideri che la Corte li applica comunque entrambi, pur con peso diverso, a tutte le situazioni descritte⁹⁴.

In termini generali, non c'è dubbio che la Corte riscontri molteplici violazioni. Escludendo quelle estranee alle restrizioni Covid, l'esito è una condanna dello Stato anche in riferimento agli Articoli 10 e 11, rispetto a tutti e tre i ricorrenti. Non sembra però potersi dire che ci sia stato un sostanziale cambiamento dei principi della giurisprudenza Covid da parte della Corte, quanto piuttosto una loro precisazione.

⁹² Ivi, parr. 164-166.

⁹³ Ivi, par. 11.

⁹⁴ La considerazione dell'11 va in ordine crescente. Nel primo caso c'è solo un'interpretazione dell'Articolo 10 alla luce dei principi generali stabiliti per l'11; nel secondo la manifestazione ‘a turno’ di un piccolo gruppo d'individui viene comunque ricondotta all'Art. 11 e il terzo ricade chiaramente in una manifestazione di massa. Si tenga anche presente che il primo ricorrente, il signor Nemytov, aveva partecipato a diverse manifestazioni individuali successive, con le differenze del caso. Ivi, parr. 91 ss.

La continuità si vede innanzitutto in alcune definizioni, che sembrano avviarsi ad acquisire il valore di massime ripetute in tutti i casi Covid. Troviamo dunque la definizione dell'emergenza che abbiamo citato nelle pagine precedenti e anche l'affermazione che vi sia stata una prassi comune degli Stati solo sulla necessità d'adottare misure urgenti, ma non sulle loro modalità concrete⁹⁵.

Rispetto alla deferenza mostrata nei casi precedenti, anche in *Nemytov* la Corte afferma inoltre di dover applicare un ampio margine d'apprezzamento allo Stato, non solo per via del contesto emergenziale, ma anche per il proprio ruolo sussidiario rispetto alle corti nazionali.

Al momento d'esaminare i divieti assoluti o *blanket ban*, la Corte non ne esclude inoltre la legittimità in astratto, pur dopo averli inquadrati in termini vicini a una vera e propria sospensione del diritto coinvolto⁹⁶. Il discorso può certo apparire comprensibile in relazione alla prima fase della pandemia, alla quale la sentenza fa esplicito riferimento, ma si noti che questa risulta anche la prima volta in cui la legittimità in astratto d'un divieto assoluto viene confermata nei casi Covid. Sia nel caso svizzero (nell'interpretazione data dalla GC) che in quello spagnolo, erano disponibili eccezioni che non rendevano insuperabile il divieto.

Non si tratta di affermazioni prive di risvolti pratici, se si considera il modo con cui la Corte giudica uno dei casi che coinvolgono proprio il signor Nemytov.

Nel contesto di una manifestazione individuale terminata con la detenzione amministrativa del ricorrente, la Corte valorizza infatti la decisione del giudice nazionale di riqualificare la condotta di Nemytov sotto differenti disposizioni del CAO e di applicargli una sanzione pecuniaria al posto della detenzione amministrativa. Si noti che il ricorrente aveva comunque già trascorso tre giorni di detenzione e che la sua protesta è inquadrata dalla Corte EDU come pacifica e del tutto individuale. Nonostante questo, la Corte giudica l'interferenza come non sproporzionata, tenendo conto del "*wide margin of appreciation afforded to the domestic authorities in this case and the Court's subsidiary role*"⁹⁷.

Tutti gli altri casi decisi nella sentenza, anche quelli riguardanti la stessa persona, hanno certamente un esito diverso, ma anche rispetto ad essi si può notare che la condanna dello Stato deriva sempre dal mancato superamento del test di proporzionalità. Le misure anti-Covid prese dalla Russia superano cioè sempre l'analisi basata sulla legittimità del fine e sulla qualità della

⁹⁵ "As regards the existence of a consensus within the Contracting States, the Court has recently observed, in the context of the early stages of the pandemic, that there was common ground among the member States of the Council of Europe regarding the need to take urgent measures to protect public health. At the same time, however, there was no European consensus concerning the form those measures should take". Ivi, par. 116. Il precedente citato è il caso spagnolo del 2024.

⁹⁶ Ivi, parr. 123-124 e 142.

⁹⁷ Ivi, par. 134.

base legale. Com'è noto, quello della proporzionalità è certamente il criterio più usato dalla Corte nella generalità dei casi, tuttavia non si deve dimenticare che ci troviamo qua davanti a un contesto di violazioni particolarmente evidenti e ripetute, commesse da uno Stato espulso dal CoE. Tenendone conto, l'approccio di Strasburgo si può considerare ancora abbastanza deferente.

La Corte compie però anche una rettifica o precisazione dei propri criteri.

Un aspetto in particolare riguarda la cornice temporale dei casi legati all'emergenza pandemica. Da un lato, la Corte ci dice che considererà come casi Covid quelli precedenti al ritiro della dichiarazione di *public health emergency of international concern* da parte dell'OMS. L'orizzonte temporale rilevante per questa giurisprudenza arriva dunque fino al maggio 2023⁹⁸.

Dall'altro lato, in *Nemytov* si pone però il criterio del graduale aumento del livello di scrutinio della Corte col progredire della pandemia e con il migliorare della situazione sanitaria. Non si tratta di un criterio rigido, perché dipende dal concreto configurarsi delle successive 'ondate' del virus, ma appare chiaro che il margine concesso agli Stati è massimo per i fatti risalenti alla prima fase del 2020 e va poi progressivamente diminuendo⁹⁹. Si tratta d'un aggiornamento rilevante soprattutto guardando a contesti come quello russo, dove i provvedimenti emergenziali interni sono rimasti in vigore per periodi molto lunghi e con scopi evidentemente ulteriori a quelli sanitari¹⁰⁰. Nell'applicazione pratica del criterio, la Corte lo integra ulteriormente, stabilendo che un eventuale allentamento delle misure possa essere usato come indice d'una mancanza di proporzione, quando esclude in modo irragionevole dal proprio ambito l'esercizio d'un diritto. Si è visto, infatti, come nel caso russo a una riapertura delle attività economiche e sociali non si fosse unita una pur parziale revisione del divieto assoluto di raduni in spazi pubblici¹⁰¹.

La giurisprudenza futura potrà dirci di più sui possibili sviluppi delle direttrici interpretative viste in questo e nei casi precedenti. Per ora, possiamo però concludere osservando che l'approccio della Corte rimane tendenzialmente deferente rispetto alla condotta degli Stati, pur avendo da ultimo manifestato che anche questa tolleranza trova i suoi limiti, nel caso degli

⁹⁸ Ivi, par. 138.

⁹⁹ Il principio è fissato subito dopo aver affermato che gli Stati godono di un margine ampio rispetto al Covid, precisando che "*The Court cannot, however, exclude the possibility that this margin may become narrower with the passage of time*". Ivi, par. 117.

¹⁰⁰ Per chiarire la strumentalità del Covid in alcune delle restrizioni, basti pensare che la Corte EDU evita la questione del Covid per alcune delle manifestazioni individuali represses nel 2020 perché i giudici russi non si sono preoccupati d'indicare le restrizioni pandemiche tra i motivi delle condanne, riferendosi solo all'assenza d'autorizzazione. Ivi, par 155.

¹⁰¹ Ivi, parr. 142-144.

abusi più palesi e, non a caso, nei riguardi d'uno Stato ormai fuori dalla Convenzione come la Russia¹⁰².

Tale approccio deferente è presente in quasi tutti i casi della giurisprudenza Covid di cui si è dato atto, che si concludano con una pronuncia di merito o d'irricevibilità.

In effetti, possiamo ricondurre a questo insieme anche l'unico recente caso che non abbiamo analizzato, ossia la sentenza *Pasquinelli e altri c. San Marino*, risalente all'estate 2024. La sentenza riguarda uno Stato che ha scelto di derogare nella prima fase della pandemia, ma i fatti non prendono le mosse da questo periodo temporale, bensì dalla campagna di vaccinazione globale del 2021. Non riguarda perciò l'Articolo 15 e, peraltro, la Corte rimarca come la situazione sia qui materialmente diversa dal proprio precedente (non pandemico) *Vavříčka*. Nel caso di San Marino le vaccinazioni non vengono infatti considerate come obbligatorie, integrando piuttosto una mera ripercussione sulla situazione finanziaria degli interessati, ricondotta in questo caso all'Articolo 8 CEDU¹⁰³. Il caso non rientra dunque che indirettamente nel nostro campo d'interesse e rimandiamo perciò ad altri e più esaurienti commenti in dottrina¹⁰⁴. Restando però sui soli profili emergenziali, vale a dire la valorizzazione delle circostanze straordinarie in assenza di deroga, questi trovano spazio nella sentenza, che da questo punto di vista condensa diversi tra gli argomenti elaborati nei casi che la precedono, pur in relazione a un diritto 'nuovo' nella giurisprudenza Covid. Oltre al peso dell'"*exceptional and unforeseeable context*", è fortemente valorizzato nel ragionamento della Corte il modo con cui il principio di sussidiarietà è stato inteso dalla Grande Camera¹⁰⁵. Questo sia in rapporto ai tempi 'straordinari' e perciò con un riferimento alla decisione sul caso svizzero del 2023, ma anche di quelli ordinari, con un riferimento ai principi generali del caso *Vavříčka*, che pure non è ritenuto comparabile per quanto riguarda la situazione di fatto e i diritti in gioco¹⁰⁶.

¹⁰² Nel giudizio sulla deferenza dell'approccio generale, seguiamo M. Afroukh, J.-P. Marguénaud, *La jurisprudence*, cit.

¹⁰³ I ricorrenti lamentavano anche un trattamento discriminatorio ai loro danni, ma la Corte ritiene di non doversi occupare nel merito di questo punto, giudicato inammissibile. *Pasquinelli e altri c. San Marino*, cit., par. 125 ss.

¹⁰⁴ M. Ferrario, *Le misure sanzionatorie rivolte agli operatori sanitari non vaccinati: il posizionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE Online*, 68, 2024, disponibile all'indirizzo <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2405/2642>; P. Järvinen, V. Vikman, *Pasquinelli and Others v San Marino: The momentous competing interests of the community as a whole against healthcare workers refusing the Covid-19 vaccine*, in *Strasbourg Observers*, 4 ottobre 2024, all'indirizzo <https://strasbourgobservers.com/2024/10/04/pasquinelli-and-others-v-san-marino-the-momentous-competing-interests-of-the-community-as-a-whole-against-healthcare-workers-refusing-the-covid-19-vaccine/>.

¹⁰⁵ Per il riferimento al contesto emergenziale, ivi, par. 97, dove la Corte riprende esplicitamente la formula dal proprio precedente *Terheş c. Romania* del 2021.

¹⁰⁶ Per il riferimento alla preminenza del bilanciamento tra interessi contrastanti operato dagli Stati, vedi il richiamo a *Vavříčka* al par. 108, la distinzione tra i due casi è al precedente par. 63. Un riassunto complessivo degli argomenti usati è offerto ivi al par. 128.

Il caso dunque conferma nel complesso quanto già scritto sulla giurisprudenza precedente e subito successiva, pur presentando anche alcuni profili secondari di differenziazione¹⁰⁷.

La sentenza della Sezione nel caso svizzero del 2022 pare dunque destinata a restare isolata nella notevole severità dello scrutinio applicato agli Stati, anche in circostanze emergenziali. Non a caso, è stata rapidamente ribaltata dalla Grande Camera dell'anno successivo. Realisticamente, si tratta del resto di un esito comprensibile, in primo luogo per i rischi insiti nella funzione di giudice di primo grado sulle misure emergenziali che la Corte avrebbe altrimenti finito per avere. In secondo luogo, l'esito della Grande Camera del 2023 risulta però comprensibile anche per il giudizio sul merito che vi è espresso, se si considera che le restrizioni adottate dalla Svizzera sono state complessivamente assai più blande di quelle prese, ad esempio, dalla Francia o dall'Italia. Al netto della strutturale debolezza del controllo giudiziario sulle misure dell'esecutivo nell'ordinamento svizzero, la conferma della condanna avrebbe probabilmente comportato severe conseguenze anche per gli altri casi del contenzioso Covid. Insistendo invece fermamente sulla sussidiarietà come principio fondamentale della propria giurisprudenza 'di crisi', la Corte ha evitato un simile esito.

Dove invece è a nostro giudizio possibile muovere delle critiche alla giurisprudenza Covid, Grande Camera *in primis*, è appunto nella scarsa considerazione del problema dell'Articolo 15, che nel 2022 era stato invece quantomeno affrontato. Anche su questo fronte la giurisprudenza futura potrà riservarci delle sorprese, ma per ora riscontriamo una sostanziale continuità con gli sviluppi che si sono già descritti, nel senso di un declino della rilevanza attribuita alla clausola di deroga da parte della Corte, ma non degli Stati, e un'interpretazione dell'emergenza alla luce della dottrina dei fattori contestuali. Nei casi più recenti, sembra perfino di potersi cogliere un recupero di parti del linguaggio tipico della giurisprudenza sulla deroga, ma sempre riferendole alla considerazione del fatto o contesto emergenziale, fuori da ogni riferimento esplicito all'Articolo 15.

¹⁰⁷ In particolare, rispetto ad altri casi Covid, si può notare una minore insistenza sulla necessità di rapportare il giudizio allo stato delle conoscenze disponibili alle autorità al momento dei fatti e, di converso, una maggiore valorizzazione della ragionevolezza 'oggettiva' del bilanciamento operato dallo Stato.

Conclusioni

Quale futuro per l'Articolo 15?

1. L'Articolo 15 e il modello dualista: un bilancio

Un dibattito istruttivo

Nelle prime, concitate, fasi della pandemia, alcuni studiosi si sono posti il problema della necessità di derogare alla Convenzione, in particolare di fronte alle misure di *lockdown* adottate dalla maggior parte degli Stati. Troviamo questo tipo di dibattiti in Francia e soprattutto nel Regno Unito, forse perché in due Stati che avevano fatto ricorso alle deroghe nel ventennio precedente, di fronte alla minaccia terroristica, più naturale poteva essere chiedersi il perché della mancata deroga nel 2020.

Ad alcuni anni di distanza, rileggere questi dibattiti è utile, non solo per vedere se le prognosi formulate dagli autori si sono avverate, ma anche perché tra essi c'è Alan Greene, del cui tentativo di difesa e ri-attualizzazione del modello neo-romano si è già dato conto nell'Introduzione. Per questo motivo, il dibattito britannico risulta il più interessante, perché iniziato da Greene, che vi dà un'immediata impostazione teorica dualista, pur calata nel diritto convenzionale, e continuato da autori che assumono in questo caso posizioni critiche del dualismo emergenziale¹.

¹ Si citano di seguito gli interventi in cui si articola il dibattito. L'ordine di citazione segue quello cronologico. Per quanto riguarda il contesto britannico, si vedano A. Greene., *Derogating from the European Convention on Human Rights in response to the coronavirus pandemic: if not now, when?*, in *European human rights law review*, 3, 2020, pp. 262 ss.; K. Dzehtsiarou, *Article 15 derogations: are they really necessary during the COVID-19 pandemic?*, in *European human rights law review*, 4, 2020, pp. 359 ss.; A. Greene., *On the value of derogations from the European Convention on Human Rights in response to the COVID-19 pandemic: a rejoinder*, in *European human rights law review*, 5, 2020, pp. 526 ss.; T. Hickman, *The coronavirus pandemic and derogation from the European Convention on Human Rights*, in *European human rights law review*, 6, 2020, pp. 593 ss.; A. Greene, *Derogations, deprivation of liberty and the containment stage of pandemic responses*, in *European human rights law review*, 4, 2021, pp. 389 ss.. Greene ha anche scritto una monografia che riprende ed estende le tesi già espresse nel dibattito e nel volume del 2018, Id., *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021. Per il contesto francese, vedi S. Touzé, *La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation*, in *La Semaine juridique*, 94, 27 avril 2020, pp. 819 ss.; in senso opposto F. Sudre, *La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Semaine juridique*, 94, 27 avril 2020, pp. 817 ss. Il fatto che si citino soprattutto autori di lingua inglese o francese non vuol dire che altrove non ci siano

La posizione di Greene è che il Regno Unito (e in generale gli Stati membri) avrebbero dovuto fare ricorso all'Articolo 15 nel primo periodo di restrizioni pandemiche, in modo da segnalare chiaramente l'eccezionalità delle misure e, quel che è più importante, impedire una futura lettura 'al ribasso' o in senso emergenziale dei diritti coinvolti, una volta che questi casi fossero giunti davanti alla Corte.

A Greene si oppongono gli altri autori inglesi citati, che, pur con sfumature diverse, contestano la necessità e i benefici della deroga.

Si noti che tutti i partecipanti al dibattito ritengono necessarie le restrizioni concretamente adottate nella prima fase della pandemia. A motivare le diverse posizioni sono argomenti di natura sistemica, in particolare l'impatto che questo precedente avrà sui casi futuri, su altre emergenze dai contorni meno 'oggettivi' di quella pandemica. Traspare inoltre il timore di un'eventuale reiterazione e di un eccessivo prolungamento delle stesse misure Covid.

Il primo argomento domina comunque sul secondo e in Greene è legato in modo evidente alla necessità di separare nettamente normalità ed eccezione. Le altre posizioni vedono invece nel test di proporzionalità ordinariamente operato dalla Corte una garanzia sufficiente, sia dal punto di vista dei diritti che, ed è un punto centrale, dal punto di vista della presa in conto delle circostanze concrete.

La giurisprudenza della Corte garantisce già la flessibilità sufficiente per consentire agli Stati di rispondere all'emergenza senza temere di violare la Convenzione². Inoltre, notano alcuni autori, il requisito della proporzionalità è presente anche nel 15, il che porterebbe a un'inutile duplicazione di un esame svolto secondo gli stessi parametri, evidenziando d'altro canto le contraddizioni strutturali della clausola di deroga³.

Dal punto di vista dell'interpretazione delle misure di confinamento, è interessante che tutti gli autori pongano le restrizioni sotto l'eccezione alla libertà personale dell'Articolo 5(1) lettera e)⁴. Questo avviene sia nei termini di una prognosi sulla giurisprudenza della Corte che come

stati interventi immediati sugli stessi problemi, ma ci sembra che i contesti citati sopra esemplifichino bene la contrapposizione tra un approccio dualista e non, oltre che provenire dai Paesi le cui lingue nazionali sono anche quelle ufficiali del CoE. In Italia, vedi E. Sommario, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SIDiblog*, 27 marzo 2020, <https://www.sidiblog.org/2020/03/27/misure-di-contrasto-allepidemia-e-diritti-umani-fra-limitazioni-ordinarie-e-deroghe/>.

² Fatta salva ovviamente la supervisione su eventuali abusi, ma la preoccupazione è qui più che altro la giustificazione di una condotta statale ritenuta gravosa per i diritti ma necessaria, senza incorrere in censure della Corte.

³ Sul primo punto, cioè l'obsolescenza del 15, insiste K. Dzehtsiarou, *Article 15 derogations*, cit., p. 367. Sul secondo punto, T. Hickman, *The coronavirus pandemic*, cit., pp. 595 ss.

⁴ Article 5(1)

1. *Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:*

[...]

considerazione d'opportunità. A differire è al massimo l'interpretazione data a uno dei rarissimi precedenti sulle restrizioni in ambito sanitario, la sentenza *Enhorn c. Svezia* del 2005, che per Greene potrebbe essere ostativa ad applicare il 5(1) lettera e) a chi non sia effettivamente malato, ma solo a rischio di contagio, cosa da cui ricava il rischio di un'interpretazione al ribasso da parte della Corte e la conseguente preferibilità della deroga⁵. Chi vi si oppone sostiene invece che *Enhorn c. Svezia* sia superabile o derubricabile a semplice *obiter dictum*, per quanto riguarda il punto rilevante.

Un altro argomento che emerge, ma tra gli autori francesi più che in quelli inglesi, è inoltre che gli Stati che hanno scelto di non derogare abbiano implicitamente accettato di essere sottoposti a uno scrutinio più penetrante di quello riservato ai deroganti⁶.

Cosa possiamo ricavare da questo dibattito?

Possiamo innanzitutto confrontare le prognosi che si facevano cinque anni fa con la giurisprudenza della Corte.

Come si è detto, essa è ancora in divenire e non abbiamo pronunce di merito che si occupino in modo specifico dei *lockdown*, le misure a cui pensavano gli autori citati⁷. Tuttavia, si è visto come in *Terheş c. Romania* la Corte inquadri le restrizioni sotto la libertà di circolazione, negando siano riconducibili all'Articolo 5.

Senza dubbio, è vero che si tratta d'una pronuncia d'irricevibilità. Non si può inoltre escludere che la Corte decida diversamente nei casi di restrizioni più gravi, in una materia come questa, fortemente dipendente dal contesto. Tuttavia, possiamo notare che nessuno degli autori del dibattito inglese del 2020 riteneva probabile una riconduzione del diritto ristretto all'Articolo 2 P.4, questo non solo nel caso del Regno Unito, Stato che non ha mai ratificato il Protocollo, ma anche in termini generali⁸. Greene giudicava anzi proprio l'evenienza di una simile interpretazione come l'esito peggiore d'una mancata deroga.

Prendiamo un altro problema concreto, quello della differenziazione o meno tra Stati deroganti e non deroganti. Al contrario di quanto sostenessero alcuni autori, sembra ad oggi piuttosto probabile che la Corte non opererà alcuna distinzione tra i criteri usati per le due situazioni, nella giurisprudenza sulla pandemia⁹.

(e) *the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;*

[...]

⁵ *Enhorn c. Svezia* (56529/00), Sez. II, 25 gennaio 2005.

⁶ S. Touzé, *La restriction*, cit., p. 819.

⁷ Quelle sull'Articolo 11 lo fanno in termini parzialmente differenti, come ostacolo alla libertà di riunione.

⁸ Regno Unito e Turchia non hanno ratificato il P.4, Grecia e Svizzera non lo hanno mai sottoscritto.

⁹ Si rimanda a quanto scritto sulla vicenda svizzera e la GC del 2023.

Naturalmente, le posizioni degli autori che abbiamo citato in questo paragrafo non esauriscono quelle espresse dall'intera dottrina e non è nostra intenzione prenderle come tali. Sono però indicative dei problemi oggi sul tavolo quando parliamo di Articolo 15 e della contrapposizione, teorica ma anche pratica, tra il dualismo e i suoi critici. Nel contesto della Convenzione, essa assume i caratteri del contrasto tra deroga e interpretazione via fattori contestuali o adeguatrice.

Quadro dei problemi

Al di là della giurisprudenza Covid, come possiamo riassumere i problemi che abbiamo descritto nelle righe precedenti?

Più che di problemi, possiamo forse parlare di questioni aperte, perché chiariamo subito che chi scrive non crede che dall'abbandono del dualismo derivino necessariamente conseguenze negative. Dei rischi però esistono, bisogna esserne consapevoli.

La questione principale è ovviamente il declino del 15, nell'importanza che ad esso viene data dalla Corte. Che ci si trovi di fronte a un declino è innegabile. Ne abbiamo dato conto nell'analisi precedente e si ricorda che l'ultima volta che la deroga è stata effettivamente utile nel giudizio della Corte, ossia ha evitato una violazione altrimenti presente, è stata nel 1993 o nel 2001, se si considerano le pronunce d'inammissibilità¹⁰.

Al contempo però, l'ombra della deroga è rimasta presente anche successivamente, sia per la prassi degli Stati che per le stesse tecniche usate dalla Corte per non considerare, di fatto, l'Articolo 15. Anche nella giurisprudenza della 'svolta', posteriore al 2018, non c'è infatti una rottura completa, ma i principi elaborati nelle sentenze 'storiche' del periodo precedente vengono anzi sempre richiamati, nell'analisi del diritto CEDU rilevante. Formalmente, lo Stato gode dunque ancora di un *wide margin* su pressoché tutte le condizioni del 15, ma nella pratica non è più così, come non lo è negli argomenti o strategie introdotti dal 2018 in avanti.

Il cambiamento dunque c'è stato ed è nel segno di un voluto declino dell'Articolo 15. Quali sono i fattori strutturali che hanno determinato tale declino?

Un primo elemento è la parziale contraddizione insita nella disposizione stessa, con la sua scarsa chiarezza sulla propria natura di limitazione speciale e rafforzata o di sospensione delle disposizioni derogate. Anche da questo consegue la difficoltà, concettuale e non solo pratica,

¹⁰ *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, cit.; *Marshall c. Regno Unito*, cit.

di differenziare il test di stretta necessità del 15 da quello di proporzionalità ordinariamente applicato dalla Corte¹¹.

Chi scrive ritiene però che ci sia un fattore più profondo e decisivo dietro il declino della clausola di deroga, considerando che i limiti della disposizione non ne hanno impedito la valorizzazione fino agli anni '2000. Facciamo riferimento al generale affermarsi, nella cultura giuridica europea, di un approccio per bilanciamenti tra principi e interessi e alla progressiva flessibilizzazione dei testi giuridici che ne consegue. Questo ha consentito d'inglobare più facilmente il problema dell'emergenza nell'apprezzamento delle circostanze concrete del caso e nella parametrizzazione su di esse dell'applicazione dei diritti, per via interpretativa¹².

La flessibilizzazione offerta da quest'approccio deve aver fatto sembrare del tutto obsoleto o non più necessario il dispositivo della deroga, ormai privo di particolari specificità e oltretutto legato in modo aleatorio alla scelta politica di derogare o meno. Inoltre, un ruolo deve aver avuto proprio la diffidenza sviluppatasi verso la prassi derogatoria degli Stati, che abbiamo visto essere stata molto spesso una prassi di abusi.

Se queste sono le cause, il risultato è che si è operata in questo modo una scissione tra l'emergenza, intesa come fatto, e lo stato d'emergenza come regime giuridico. L'idea è che la prima possa essere gestita anche senza il secondo.

Ci sono però dei rischi insiti in questo approccio 'monista', che nella giurisprudenza della Corte assume le forme della dottrina dei fattori contestuali.

Una flessibilizzazione eccessiva potrebbe infatti spingere al ribasso la tutela dei diritti offerta dalla Corte o renderla eccessivamente dipendente dal contesto dei casi concreti e dunque instabile.

Non dobbiamo dimenticare che il pregio teorico della deroga è proprio quello di rendere eccezionale la compressione del diritto coinvolto, in questa condizione l'interpretazione che si applica al caso è intesa in termini necessariamente provvisori. Invece, un'interpretazione emergenziale fuori deroga non presenta naturali barriere a una sua estensione ai casi 'normali'. Il limite è qui costituito dalla valutazione delle circostanze di fatto e dal giudizio sulla loro 'normalità', che è però sempre altamente soggettivo. Proprio dal voler evitare una traccimazione

¹¹ Oltre che a quanto sostenuto nella Parte I della tesi, per analoghe osservazioni si rimanda anche a T. Hickman, *The coronavirus pandemic*, cit., pp. 595-596.

¹² Forse saremo influenzati dal nostro punto d'osservazione, ma ci sembra che il contesto generale del fenomeno trascenda i limiti del diritto convenzionale o di quello internazionale e abbia molti caratteri in comune con le trasformazioni del modo d'intendere il diritto costituzionale, occorse dalla fine del '900. In questo senso scriviamo di una "generalità" del cambiamento, facendo riferimento alla cultura giuridica europea in senso esteso. Del resto, la Corte EDU è influenzata dalla cultura costituzionalistica degli Stati e la influenza a sua volta.

della logica emergenziale può derivare la scarsa stabilità citata prima, frutto d'una giurisprudenza troppo ondivaga nell'applicare parametri diversi a seconda del contesto.

Rispetto al controllo che si può effettuare tramite il 15, il "contesto" rimanda qui a due fenomeni parzialmente diversi. Nell'analisi dell'emergenza fuori deroga, il contesto sono inevitabilmente le circostanze dei singoli casi concreti. Nel 15, il contesto è l'esistenza dell'emergenza che costituisce il requisito oggettivo della deroga. Questo non elimina l'inevitabile soggettività del giudizio, ma può far sì che la giurisprudenza sul 15 assuma quello specifico carattere di generalità che gli è stato in passato riconosciuto anche dalla stessa Corte. Viceversa, la visione monista dell'emergenza potrebbe fare perdere questo peculiare carattere di generalità. Peraltro, l'uso del condizionale è qua d'obbligo, perché anche sotto il 15 la possibilità di esercitare un controllo più ampio del singolo caso è una scelta della Corte e abbiamo visto che ha evitato di farlo nella giurisprudenza turca.

Nel complesso, si tratta dei rischi già evidenziati da Greene nella sua critica e noi non riteniamo che siano inevitabili o necessariamente peggiori di un sistematico abuso della deroga. Tuttavia, essi sono presenti e tutto sommato ci sembra che la Corte non abbia ancora elaborato dei rimedi volti a costituire delle efficaci contromisure ai difetti del monismo emergenziale.

Le alternative della Corte

La rinuncia al dualismo non è ancora definitiva. Essa è anzi reversibile, perché l'Articolo 15 è tuttora presente nel testo della Convenzione e gli Stati non hanno smesso di farvi ricorso, anzi, come si è visto la prassi offrirebbe molte occasioni per tornare a occuparsi della disposizione.

La scelta che si pone alla Corte è dunque quella tra desuetudine o rivalorizzazione. Si tratta a tutti gli effetti di una scelta di politica del diritto, rispetto alla quale nessuna delle due alternative è giusta o sbagliata a priori. Il giudizio è d'opportunità, sul metodo migliore nel perseguire il medesimo risultato, ossia contenere le emergenze.

Eppure, nonostante il carattere 'politico' della scelta, realisticamente non può che essere la Corte a decidere. Che gli Stati prendano l'iniziativa, magari emendando il testo del 15, appare del tutto incredibile, nell'attuale situazione di crisi del CoE e del multilateralismo di cui esso è espressione. Non dimentichiamo che gran parte delle emergenze che già ci sono o che si profilano all'orizzonte sono dovute alle tensioni politiche tra Stati membri o interne ad essi¹³.

¹³ Il giudizio su un momento di crisi del CoE, almeno dall'aggressione russa all'Ucraina nel 2022, forse già da prima è ampiamente diffuso in dottrina. Si vedano le conclusioni, di B. Wassenberg, *History*, cit. La percezione

Maggiori speranze si possono nutrire rispetto ad alcuni organi del CoE, specie quelli non intergovernativi. Ci torneremo, ma siamo comunque convinti che la decisione finale tra dualismo o monismo spetti alla Corte, nel suo ruolo d'interprete della Convenzione.

Se la scelta sarà quella di non limitarsi a reprimere o ignorare le deroghe, ma di sviluppare un ragionamento su di esse, la Corte dovrà garantire il dualismo in modi nuovi. Non si avverte il bisogno, infatti, di replicare la giurisprudenza 'storica' sul 15, di cui abbiamo visto i limiti e che comunque proviene da un contesto ormai passato.

Un recupero del dualismo comporta un serio controllo sul fatto emergenziale, allo scopo di rafforzare la separazione tra stato normale ed eccezionale, requisito essenziale del modello. Come abbiamo visto, questo è stato invece un punto debole del dualismo della prassi 'storica', che ha condotto a deroghe durate decenni. Appunto per questo occorre una revisione esplicita dell'ammissibilità delle deroghe prolungate.

Nel giudizio sull'esistenza del requisito oggettivo, il precedente armeno del 2021 costituisce già una novità positiva, segno che la Corte ha la capacità di agire più incisivamente sul punto. Al contempo, non possiamo nasconderci che il fatto che una sentenza intervenga a più di dieci anni di distanza dal fatto ne inficia fortemente l'efficacia. Specialmente in un ambito come quello emergenziale. Nei limiti consentiti dal sistema, una maggiore rapidità nel giudicare i casi di deroga sarebbe dunque senz'altro auspicabile, come condizione preliminare a ogni seria rivalutazione dell'Articolo 15.

Dire che la Corte deve rafforzare il suo controllo sul fatto però non basta. Quello che bisogna capire è che se si vuole ancorare il dualismo a standard giuridici affidabili lo si deve legare a un atto formale che segni il passaggio da uno stato di normalità a uno stato eccezionale. Così di solito avviene a livello nazionale, dove la proclamazione riveste un ruolo essenziale, e a questo ci si deve ispirare, pur tenendo in debito conto le differenze tra i due tipi d'ordinamento. In quello del CoE, l'atto rilevante non può che essere la notifica della deroga.

D'altre parte, anche nel caso la Corte optasse invece definitivamente per la flessibilità offerta dal monismo, una maggiore considerazione del fatto emergenziale potrebbe essere egualmente utile.

In merito, rimarchiamo però l'aspetto distintivo di cosa intendiamo come "fatto" nei due approcci. Infatti, nel monismo giurisprudenziale della Corte il fatto non rimanda tanto

emergeva chiaramente tra i funzionari del CoE, i pratici del diritto e gli studiosi presenti al Convegno *The Council of Europe: Where do we go from here after 75 years? The past, present and future of an international organisation in its seventies. Selected topics*, organizzato dall'Université Grenoble Alpes e dall'Institut Universitaire de France nel dicembre 2024, al quale chi scrive ha avuto l'onore di partecipare presentando una relazione.

all'evento scatenante l'emergenza, quanto alle circostanze del caso concreto. Ancora una volta, si ribadisce che il 15 ha invece proprio la caratteristica di consentire un giudizio esteso oltre i singoli casi. Quando parliamo di un controllo sul fatto facciamo perciò riferimento a un ambito più esteso.

2. Possibili correttivi

Strumenti già disponibili

Vediamo quali strumenti la Corte potrebbe usare per aumentare il proprio controllo sul fatto emergenziale.

In primo luogo, ci sono gli strumenti di cui già dispone. Si fa riferimento in particolare ai poteri istruttori della Corte, che trovano oggi fondamento nell'Articolo 38 CEDU e sono ulteriormente disciplinati dal Regolamento. In base a tali disposizioni, la Corte può già sentire testimoni ed esperti e richiedere documenti alle parti. Ancora più rilevante, può avviare un'investigazione inviando una propria delegazione sul territorio degli Stati interessati¹⁴.

Almeno in materia di deroghe, la Corte ha però manifestato una tendenziale ritrosia nel fare uso di tali strumenti. Un comportamento che contrasta invece con le istruttorie portate avanti in quest'ambito dalla vecchia Commissione¹⁵.

In questo caso, si tratta dunque di usare meglio i mezzi già esistenti, applicandoli però a una categoria specifica di fatti, ossia quelli che possano provare l'esistenza dell'emergenza e la necessità di continuare a fare ricorso alla deroga.

¹⁴ Article 38 CEDU, Examination of the case

“The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities.”

Regolamento della Corte, Allegato introdotto dalla Corte il 7 luglio 2003 (Annex concerning investigations). Rules A1- A8.

Rule A1-Investigative measures

1. *“The Chamber may, at the request of a party or of its own motion, adopt any investigative measure which it considers capable of clarifying the facts of the case. The Chamber may, inter alia, invite the parties to produce documentary evidence and decide to hear as a witness or expert or in any other capacity any person whose evidence or statements seem likely to assist it in carrying out its tasks.”*

¹⁵ Proprio perché la Commissione era un organo più ‘politico’, è plausibile che l'istruttoria sul campo non fosse usata solo nell'ottica d'ottenere informazioni, ma anche come strumento di pressione sugli Stati sospettati di violazioni. L'uso di questo strumento conosce comunque un parziale declino, in relazione al 15, nei casi dei primi anni '90.

Un altro strumento già disponibile, considerabile come ‘esterno’ alla Corte ma che confluisce sempre nel giudizio, è la nota di notifica. La Corte dovrebbe sviluppare una giurisprudenza coerente sui requisiti e la funzione di quest’atto.

Se debitamente valorizzata alla luce del 15(3), la notifica può essere un indice importante nel giudizio sulla validità della deroga, anche senza attribuirle carattere costitutivo. Occorre che la Corte si esprima sul grado di completezza richiesto per l’atto ed eserciti un controllo più severo di fronte a notifiche lacunose o viziate. L’esplicita indicazione degli Articoli derogati andrebbe poi richiesta in modo obbligatorio. L’indice costituito dalla notifica potrebbe così realmente servire a integrare le informazioni necessarie al test sull’elemento oggettivo del 15(1).

Altri strumenti ‘esterni’ alla Corte, ma già disponibili, sono le informazioni veicolate dai terzi intervenienti. Nei casi degli stati d’emergenza, si pensi in particolare ai *report* del Commissario europeo dei diritti umani o ad altri esempi di organi interni al CoE.

Validi contributi possono però essere anche esterni sia alla Corte che al CoE. Un esempio sono le Organizzazioni non governative che intervengono in giudizio, ma anche gli organi delle Nazioni Unite che si occupano di diritti umani. Rispetto a quest’ultimi, sarebbe opportuno perseguire uno standard comune in materia di stati di deroga interni alla CEDU e al ICCPR, rivedendo l’ambiguo precedente giurisprudenziale sul punto costituito dalla sentenza *A. e altri* del 2009 (dov’è espresso peraltro in forma di *obiter*).

A livello nazionale, troviamo invece il materiale elaborato dagli organi non-giurisdizionali di tutela dei diritti, se presenti, e soprattutto le decisioni delle corti degli Stati. Rispetto a quest’ultime, si è visto come Strasburgo già persegua un dialogo sul controllo degli stati di deroga, valorizzando le decisioni delle corti nazionali e penalizzando l’assenza di una supervisione dei fattori costitutivi della minaccia.

È dunque una strada già da tempo aperta. La Corte non dovrebbe però delegare in modo completo ai giudici nazionali il controllo sul fatto, per poi riservarsi magari maggiore spazio nel test di proporzionalità. Per quanto importante possa essere il principio di sussidiarietà, dentro e fuori l’emergenza, non bisogna sottovalutare un fenomeno da cui molto mettono in guardia gli autori americani, ossia il sentimento di “*rally around the flag*”, che durante un’emergenza può colpire anche le corti. Esse possono allora rivelarsi poco inclini a contraddire il giudizio dei rispettivi governi o organi legislativi, specie sul requisito della continua esistenza della minaccia.

Da questo punto di vista, il non avere un contatto diretto con la situazione rivela anche dei vantaggi. La distanza dai fatti dei giudici internazionali, fisica e temporale, può contribuire a renderne più ponderato il giudizio.

Al di là di questo aspetto, fare un eccessivo affidamento sulle sole corti per vagliare l'esistenza dell'emergenza rischia di non tenere conto di tutte quelle situazioni in cui i giudici non sono abilitati a svolgere tale controllo oppure, com'è frequente in certi contesti, temono le ripercussioni personali delle loro decisioni.

Riepilogando, tutti gli strumenti che abbiamo menzionato sono già disponibili. Di alcuni tra essi, come le sentenze delle corti nazionali, viene fatto abbondante uso, mentre gli altri appaiono oggi in parte o del tutto sotto-dimensionati nella prassi e nell'argomentazione delle decisioni. La Corte dovrebbe perciò solo decidersi a utilizzarli e talvolta 'adattarli' al controllo sul fatto emergenziale costitutivo del 15(1).

Nuovi strumenti

Anche in questo caso, non facciamo riferimento a mezzi che richiedono un intervento normativo degli Stati o del Comitato dei Ministri. Ci rivolgiamo però ad alcune innovazioni già proposte nell'ambito del CoE e ad oggi non implementate.

A seguito delle deroghe del 2015-2016, l'Assemblea parlamentare del CoE è infatti tornata più volte sul tema degli stati d'emergenza. Si è già citata la relazione scritta dal parlamentare svizzero Raphaël Comte sulla situazione in Francia, Ucraina e Turchia¹⁶.

In seguito alla relazione, l'Assemblea ha votato una Risoluzione e una Raccomandazione in cui ha richiesto agli Stati membri e al CM un controllo più stringente sulle deroghe¹⁷. Non si è però fermata a questo, ma ha sollecitato l'adozione di un sistema basato sull'avvio sistematico per ogni futuro caso di deroga di un'indagine del Segretario Generale, ai sensi dell'Articolo 52 CEDU¹⁸.

Il sistema in questione è stato presentato principalmente come un'opportunità per gli Stati di beneficiare dell'assistenza e della cooperazione del Segretario, estesa alla valutazione della necessità stessa della deroga. Tuttavia, è chiaro che lo scopo del vero e proprio obbligo di fornire spiegazioni sull'implementazione della CEDU nel contesto dell'articolo 52 sarebbe, in questo caso, quello di esercitare una forma di controllo.

¹⁶ PACE, Report, *State of emergency*, cit. Nel corso della redazione della tesi, si è avuto il piacere di poter parlare personalmente con il signor Comte sul contenuto del report.

¹⁷ PACE, *Resolution 2209 (2018)* e *Recommendation 2125 (2018)*, *State of emergency: proportionality issues in relation to derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 24 aprile 2018.

¹⁸ Art. 52 CEDU. *Inquiries by the Secretary General*
“*On receipt of a request from the Secretary General of the Council of Europe any High Contracting Party shall furnish an explanation of the manner in which its internal law ensures the effective implementation of any of the provisions of the Convention.*”

La proposta era peraltro già avanzata nella relazione di Comte.

La Risoluzione chiedeva inoltre esplicitamente agli Stati d'indicare gli Articoli derogati e di fornire informazioni più esaurienti sulle deroghe, implementando i requisiti del 15(3). PACE è però andata oltre, raccomandando al CM d'adottare delle linee guida sul contenuto e le procedure della notifica, con l'evidente intento di creare degli standard uniformi, complementari e ulteriori a quelli del 15.

Questo intervento ha sollevato il problema del controllo politico, oltre che giuridico, sulle deroghe, ma non ha inizialmente avuto molto successo, né presso il CM né presso il SG. Quest'ultimo non ha, nel 2020, fatto uso dell'Articolo 52.

Tuttavia, con la pandemia il tema è tornato a fare discutere. Una nuova sollecitazione dell'Assemblea ha visto l'attivazione da parte del CM di un gruppo di lavoro entro lo *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*¹⁹. Dopo due anni, questo ha portato all'adozione di una Raccomandazione del CM sulla protezione dei diritti umani in situazioni di crisi, comprensiva di un memorandum e di un allegato, dove si cercano di offrire agli Stati principi e linee guida per la gestione delle emergenze. Il documento non riguarda solo le deroghe (vi si menzionano anche le emergenze di fatto) ma è probabilmente il più comprensivo mai elaborato dal CoE sul tema²⁰.

Al contempo, in questo sforzo non ha trovato menzione o riconoscimento il cuore della proposta PACE del 2018, ossia il meccanismo di controllo tramite automatica richiesta d'informazioni da parte del SG²¹. Richiesta alla quale, lo si ricorda, gli Stati sono obbligatoriamente tenuti a ottemperare, secondo quanto dispone l'Articolo 52.

Tuttavia, il punto di forza del meccanismo proposto nel 2018 è quello di non avere bisogno di ulteriori interventi normativi, dato che si basa su disposizioni già vigenti. Basterebbe che il SG decidesse d'applicarlo, accogliendo le due risoluzioni PACE in tal senso, per renderlo effettivo²².

¹⁹ Drafting Group on Human Rights in Situations of Crisis del CoE (CDDH-SCR). Nel corso dei due anni d'attività, il CDDH-SCR ha adottato diversi documenti e relazioni interessanti, spesso in dialogo con gli Stati membri e la Commissione di Venezia. L'elenco completo è disponibile all'indirizzo <https://rm.coe.int/liste-documents-groupe-de-redaction-dh-en-situation-de-crise/1680a548bf>.

²⁰ *Recommendation CM/Rec(2024)7 of the Committee of Ministers to member States on the effective protection of human rights in situations of crisis and its Explanatory Memorandum (Adopted by the Committee of Ministers on 19 November 2024 at the 1512th meeting of the Ministers' Deputies)* (anche CM/Rec(2024)7). Per l'intervento PACE del 2020, PACE, *Recommendation 2180 (2020), The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law*, 13 ottobre 2020. La Raccomandazione del 2024 è stata influenzata anche dal precedente studio della Commissione di Venezia, CDL-AD(2020)014, *Respect for democracy*, cit.

²¹ Si può peraltro constatare come la Raccomandazione del CM eviti in egual modo di menzionare l'obbligo per gli Stati d'indicare gli Articoli nella notifica.

²² Sostiene l'immediata applicabilità del meccanismo proposto da PACE nel 2018 K. Istrefi, *Supervision of Derogations in the Wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 aprile 2020, all'indirizzo

Fino a qui, il discorso riguarda la possibile supervisione politica sulle deroghe. Un aspetto importante, la cui assenza ha spesso comportato un aggravio del compito che grava sulla Corte. Tuttavia, non un problema a prima vista collegato alla considerazione giurisdizionale delle deroghe.

Come legare allora questi due aspetti, il controllo politico proposto dall'Assemblea e il possibile dualismo rinnovato della Corte?

Il punto di contatto è costituito proprio dalla notifica. La prospettiva di un reale controllo tramite il 52 CEDU potrebbe portare a un aumento di qualità delle notifiche, intese come atto complesso, comprensivo non della sola proclamazione iniziale ma anche dei rinnovi e delle informazioni depositati successivamente. Di questa accresciuta quantità e qualità delle informazioni beneficerebbe anche la Corte, in sede di controllo giudiziario, perché l'atto di notifica potrebbe così davvero divenire un indice rilevante nella qualificazione del fatto e delle misure emergenziali.

Proprio rispetto al fatto, è vero che la Corte già avrebbe, in teoria, poteri istruttori sufficienti per esaminarlo. Ci sembra però, innanzitutto, che la soluzione proposta prima controbilanci la ritrosia dimostrata dal giudice di Strasburgo a fare uso degli strumenti esistenti, affidando una funzione istruttoria a un organo politico, ma al contempo neutrale rispetto ai singoli Stati e dotato di ampie conoscenze tecniche.

C'è però anche un altro aspetto rilevante, legato stavolta al metro con cui la Corte giudica il fatto emergenziale. Ebbene, se la deroga è stata ritirata al momento della decisione, il criterio non potrà che basarsi sullo stato di conoscenze e rischi noto alle autorità quando hanno deciso di derogare o di rinnovare la deroga. Del resto, questa è anche una garanzia d'oggettività, oltre che un aspetto che è stato ribadito di recente nella giurisprudenza Covid.

Se il giudizio sulla minaccia è di questo tipo, lo strumento rappresentato dalle informazioni allegare nella nota verbale o fornite al SG nel pieno dell'emergenza si presenta come particolarmente adatto. Esso infatti riflette lo stato delle conoscenze e delle valutazioni del Paese derogante, ad emergenza ancora in corso.

In quest'ultimo paragrafo, si è consapevoli d'aver descritto innovazioni che non dipendono dalla sola Corte, ma anche da altri organi del CoE. In una certa misura, il punto è proprio che il controllo giuridico sulle deroghe non può che accompagnarsi a un controllo politico internazionale. Se ciò avvenisse, entrambi ne uscirebbero rafforzati. Al contempo, in

<https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe/>.

conclusione di questa ricerca, si ribadisce che la fuoriuscita dal dualismo o la sua adozione in forme rinnovate resta però una decisione che spetterà alla Corte, nei futuri giudizi sulle deroghe.

Quanto alla decisione sull'uso buono o cattivo che si fa degli stati d'emergenza, essa non potrà che gravare in primo luogo sugli Stati, oggi come ieri.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman B., *La Costituzione di emergenza: come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, trad. it. di A. Ferrara, Meltemi, Roma, 2005.
- Ackerman B., *Prima del prossimo attacco. preservare le libertà civili in un'era di terrorismo globale*, trad. it. di A. Quarenghi, prefazione di R. Bin, Vita e Pensiero, Milano, 2008.
- Afroukh M., *Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 32, 2021, pp. 275 ss.
- Afroukh M., Marguénaud, J.-P., *La jurisprudence européenne relative à la Covid-19: le troublant triomphe de l'irrecevabilité (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse, 27 novembre 2023)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 35, 2024, pp. 1039 ss.
- Agamben G., *Stato di eccezione. Homo sacer II*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- Altıparmak K., Budak R., *Yasak v. Türkiye: A Green Light to the Retrospective Application of Criminal Law in Terror Cases?*, in *Strasbourg Observers*, 29 novembre 2024, <https://strasbourgobservers.com/2024/11/29/yasak-v-turkiye-a-green-light-to-the-retrospective-application-of-criminal-law-in-terror-cases/#:~:text=The%20Yasak%20judgment%20is%20a,non%2Dretroactivity%20of%20criminal%20law>.
- Angiolini V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1986.
- Ardant P., Duhamel O. (curr.), *Les pouvoirs de crise*, in *Pouvoirs*, numero speciale, PUF, Paris, 10, 1979.
- Auriel P., Beaud O., Wellman C. (curr.), *The Rule of Crisis. Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Springer, Cham (Svizzera), 2018.
- Barthélemy J., *Le droit public en temps de guerre*, in *Revue de Droit Public*, 23, 1915.
- Barthélemy J., *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1932.
- Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012.
- Bates, E., Dzehtsiarou, K., Forde, A., *Russia, the Council of Europe and the European Convention on Human Rights. A Troubled Membership and Its Legacy*, Bristol University Press, Bristol, 2025.
- Beaud O., Guérin-Bargues C., *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, L.G.D.J., Issy-Les-Moulineaux, 2016 (2^a ed. 2018).
- Benedikt H., Plotnikov O., *Ukraine's Derogation from the European Convention on Human Rights*, *Austrian Review of International and European Law*, 22, 2019, pp. 29-66.
- Böckenförde E.W., *The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances* [1978], trad. ing. di M. Künkler e T. Stein, in E.W. Böckenförde,

- Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, vol. I, Oxford University Press, London-New York, 2017, pp. 108 ss.
- Brucher A., *Unpacking the uses of the essence of rights in ECtHR case law: Symbol, paradox and normative statement*, in *Strasbourg Observers*, 11 luglio 2025, <https://strasbourgobservers.com/2025/07/11/unpacking-the-uses-of-the-essence-of-rights-in-ecthr-case-law-symbol-paradox-and-normative-statement/>.
- Camp Keith L., Poe S., *Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration*, in *Human Rights Quarterly*, 26, 2004, pp. 1071 ss.
- Carducci M, Bernardini d'Arnesano B., *Turchia*, collana *Si governano così*, Il Mulino, Bologna, 2008, ed. online 2013.
- Carlassare, L., *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33, 1988, pp. 479 ss.
- Carré de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Vol I, CNRS, Parigi, 1920-1922.
- Casolari F., Zorzi Giustiniani F., Sommaro E., Bartolini G. (curr.). *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 98 ss.
- Cataldi G., *La clausola di deroga della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 24, 1983, pp. 3-22.
- Clapham A., *War*, OUP, Oxford, 2021.
- Croce M., Salvatore A., *Cos'è lo stato di eccezione*, Nottetempo, Milano, 2022.
- Demir-Gürsel E., *For the sake of unity: the drafting history of the European. Convention on Human Rights and its current relevance*, in (curr.) Aust H.P, Demir-Gürsel E., *The European Court of Human Rights. Current Challenges in Historical Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK), 2021, pp. 109 ss.
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, vol. III, *La Théorie générale de l'Etat*, Boccard, Paris, 1928.
- Duranti M., *The Conservative Human Rights Revolution. European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2017.
- Dyzenhaus, D., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Dyzenhaus, *The state of emergency in legal theory*, in V. Ramraj, M. Hor, K. Roach (curr.), *Global anti-terrorism law and policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 69 ss.
- Dzehtsiarou K., *Article 15 derogations: are they really necessary during the COVID-19 pandemic?*, in *European human rights law review*, 4, 2020, pp. 359 ss.
- Ergec R., *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles*, Bruylant, Bruxelles, 1987.
- Esen S., *The right of derogation from the ECHR and the case of Turkey*, in (curr.) J. García Roca, R. Bustos Gisbert, *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 241-275.

- Ferejohn J., Pasquino P., *The law of the exception. A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210 ss.
- Ferrario M., *Le misure sanzionatorie rivolte agli operatori sanitari non vaccinati: il posizionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPCE Online*, 68, 2024, <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/2405/2642>;
- Ferrario N., *Sul ruolo del giudice ai tempi del coronavirus: note ai margini del caso svizzero*, in P. Bertoli, F. De Rossa, G. Grasso (curr.), *Federalismo, regionalismo, pandemia. Una comparazione tra Svizzera e Italia*, in *Sovranità, federalismo, diritti*, collana economico-giuridica del Centro di Ricerca "Federalismo e autonomie locali" dell'Università dell'Insubria, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 91 ss.
- Friedrich C.J., *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Blaisdell, New-York, Toronto, London, 1950.
- Friedrich C.J., *Constitutional Reason of State*, Brown University Press, Providence, 1957.
- Gerotto S, Mahon P., Sánchez Ferriz R., *Il sistema costituzionale svizzero*, Walters Kluwer-CEDAM, Milano, 2020.
- Gianoni F., Grasso G., *Divieto della libertà di riunione e tutela giurisdizionale al tempo della pandemia. Note critiche sulla decisione della Corte EDU nella causa Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse del 15 marzo 2022*, in *Diritti Comparati*, 21 aprile 2021, <https://www.diritticomparati.it/divieto-della-liberta-di-riunione-e-tutela-giurisdizionale-al-tempo-della-pandemia-note-critiche-sulla-decisione-della-corte-edu-nella-causa-communaut-genevoise-daction-syndicale-cgas-c/>.
- Glazewski A., *Le contentieux covid-19 devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue des droits et libertés fondamentaux*, dossier *La France et la Convention européenne des droits de l'homme (année 2022)*, 39, 2023, disponibile all'indirizzo <https://revuedlf.com/cedh/le-contentieux-covid-19-devant-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/>.
- Gökce Y., *The European Court's Deference to Türkiye: A Critical Review of the Yasak Judgment, in Strasbourg Observers*, 25 ottobre 2024, <https://strasbourgobservers.com/2024/10/25/the-european-courts-deference-to-turkiye-a-critical-review-of-the-yasak-judgment/>.
- Goldhaber Michael D., *A People's History of the European Court of Human Rights*, Rutgers University Press, New Brunswick (New Jersey and London), 2007.
- Greene A., *Derogating from the European Convention on Human Rights in response to the coronavirus pandemic: if not now, when?*, in *European human rights law review*, 3, 2020, pp. 262 ss.
- Greene A., *Derogations, deprivation of liberty and the containment stage of pandemic responses*, in *European human rights law review*, 4, 2021, pp. 389 ss.
- Greene A., *Emergency Powers in a Time of Pandemic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- Greene A., *On the value of derogations from the European Convention on Human Rights in response to the COVID-19 pandemic: a rejoinder*, in *European human rights law review*, 5, 2020, pp. 526 ss.

- Greene A., *Permanent States of Emergency and the Rule of Law Constitutions in an Age of Crisis*, Hart Publishing, Oxford, 2018.
- Greene A., *Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1764 ss.
- Greene A., *Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1764 ss.
- Gross O., Ni Aolain F., *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in "Human Rights Quarterly" (HRQ), 23, 2001, pp. 625 ss.
- Gross O., Ni Aolain F., *Law in times of crisis. Emergency powers in theory and practice*, Cambridge University Press, New York, 2006.
- Gross O., *Once More unto the Breach. The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *Yale Journal of International Law*, 23, 1998, pp. 437 ss.
- Guastini R., *Dogmatica giuridica in Digesto delle discipline civilistiche*, vol. VII, UTET, Torino, 1992, pp. 8 ss. (estratto).
- Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. (curr.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2023 [5th ed.].
- Hartman J.F., *Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies. A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, in *Harvard International Law Journal*, 22, 1981, pp. 1 ss.
- Hauriou M., *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1929.
- Hayrulloğlu B., *Turkish and Italian Legal Systems from Monist and Dualist Perspectives and Individual Application. Proposal for Strengthening the Central Role of the Italian Constitutional Court*, in *University of Milano-Bicocca School of Law Research Paper*, 18 febbraio 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4080849.
- Hickman T., *The coronavirus pandemic and derogation from the European Convention on Human Rights*, in *European human rights law review*, 6, 2020, pp. 593 ss.
- Higgins R., *Derogations under Human Rights Treaties*, in *The British Yearbook of International Law*, 48, 1977, pp. 281 ss.
- Holcroft-Emmess N., *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v Switzerland: proportionate limitation or (non-notified) derogation? A chamber divided over Covid-19 pandemic restrictions*, in *European Human Rights Law Review*, 23, 2023, pp. 482 ss.
- Holcroft-Emmess N., *Derogating to Deal with Covid 19: State Practice and Thoughts on the Need for Notification*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 10 aprile 2020, <https://www.ejiltalk.org/derogating-to-deal-with-covid-19-state-practice-and-thoughts-on-the-need-for-notification/>.
- Istrefi K., Salomon S., *Entrenched Derogations from the European Convention on Human Rights and the Emergence of Non-Judicial Supervision of Derogations*, in *Austrian Review of International and European Law*, 22, 2017, pp. 7-28.

- Istrefi K., *Supervision of Derogations in the Wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 6 aprile 2020, <https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe/>.
- Jamal S., *Le contentieux «Covid» devant la Cour européenne des droits de l'homme: l'émergence d'une jurisprudence de crise*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 35, 2024, pp. 71 ss.
- Järvinen P., Vikman V., *Pasquinelli and Others v San Marino: The momentous competing interests of the community as a whole against healthcare workers refusing the Covid-19 vaccine*, in *Strasbourg Observers*, 4 ottobre 2024, <https://strasbourgobservers.com/2024/10/04/pasquinelli-and-others-v-san-marino-the-momentous-competing-interests-of-the-community-as-a-whole-against-healthcare-workers-refusing-the-covid-19-vaccine/>.
- Jean-Petit-Matile J., *Gerichtliche Kontrolle von Notrecht, Effektiver Rechtsschutz bei der Krisenbewältigung*, in *Jusletter*, n. 1198, 27 maggio 2024.
- Kaplankaya H., *Pişkin v. Turkey: Observations on the failure of the Lawfulness Test and the Engel Criteria within the context of the Turkish Purge*, in *Strasbourg Observers*, 29 marzo 2021, <https://strasbourgobservers.com/2021/03/29/piskin-v-turkey-observations-on-the-failure-of-the-lawfulness-test-and-the-engel-criteria-within-the-context-of-the-turkish-purge/>.
- Keller H, Stone Sweet A. (curr.), *A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2008.
- Kretzmer D., *Emergency, State of*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law (MPIL)*, online, ottobre 2021, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e786>.
- Loevy K., *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2016.
- Manin B., *Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme*, in *La vie des idées*, 15 dicembre 2015, <https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception>.
- Martenet V., *Il Covid 19 e il federalismo Svizzero*, in P. Bertoli, F. De Rossa, G. Grasso (curr.), *Federalismo, regionalismo, pandemia. Una comparazione tra Svizzera e Italia*, in *Sovranità, federalismo, diritti*, collana economico-giuridica del Centro di Ricerca "Federalismo e autonomie locali" dell'Università dell'Insubria, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, pp. 7 ss.
- Mengoni L., *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 25 ss.
- Mérieau E., *Géopolitique de l'État d'exception. Les mondialisations de l'état d'urgence*, Le Cavalier Bleu, Paris, 2025.
- Modugno F., voce *Stato d'assedio*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970-1971.
- Morelli G., *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Giuffrè, Milano, 1965.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, 9ª ed., 1975-76.
- Mortati C., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962.

- Moses D., Duranti M., Burke R. (curr.), *Decolonization, Self-Determination, and the Rise of Global Human Rights Politics*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2020.
- Nagy Z., Horváth A. (curr.), *Emergency Powers in Central and Eastern Europe From Martial Law to COVID-19*, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Academic Publishing, Budapest-Miskolc, 2022.
- Nagy Z., Horváth A., *The (too?) complex regulation of emergency powers in Hungary*, in Nagy Z., Horváth A. (curr.), *Emergency Powers in Central and Eastern Europe From Martial Law to COVID-19*, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Academic Publishing, Budapest-Miskolc, 2022, pp. 149 ss.
- O. Gross, *Chaos and Rules. Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, in *Minnesota Public Law Research Paper*, 112, 2003, pp. 1043 ss.
- Perassi T., *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, ora anche in *Scritti giuridici*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, 193 ss.
- Platon S., *From One State of Emergency to Another – Emergency Powers in France*, 9 aprile 2020, in *Verfassungblog*, disponibile all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/from-one-state-of-emergency-to-another-emergency-powers-in-france/>.
- Posner E., Vermeule A., *Accommodating Emergencies*, in M. Tushnet (cur.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham (USA), 2005, pp. 55 ss.
- Posner E., Vermeule A., *Terror in the Balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Questiaux N., *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, *UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, 27 luglio 1982.
- Rehnquist W., *All the laws but one. Civil liberties in wartime*, New York, 1998.
- Riondato S., Alagna R. (curr.), *Diritto penale della Repubblica di Turchia*, Padova University Press, Padova, 2012.
- Ronzitti N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, 2011 [4^a ed.]
- Rossiter C., *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, Princeton University Press, Princeton, 1948.
- Russo A.M., “Allarme” o “eccezione? Il TC spagnolo accoglie parzialmente l’incostituzionalità delle prime misure anti-pandemiche del Governo Sánchez”, 27 luglio 2021, in *Diritti Comparati*, <https://www.diritticomparati.it/allarme-o-eccezione-il-tc-spagnolo-accoglie-parzialmente-lincostituzionalita-delle-prime-misure-anti-pandemiche-del-governo-sanchez/>.
- Saint-Bonnet F., *L’Etat d’exception*, PUF, Paris, 2001.
- Schmitt C., *Dottrina della Costituzione* [1928], trad. it. di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984.
- Schmitt C., *La dittatura del Presidente del Reich secondo l’articolo 48 della Costituzione di Weimar*, in appendice a *La dittatura. Dalle origini dell’idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* [1924], trad. di A. Caracciolo, Edizioni Settimo Sigillo, Roma, 2006.

- Schmitt C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* [1921], trad. di A. Caracciolo, Edizioni Settimo Sigillo, Roma, 2006.
- Schmitt C., *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* [1922], trad. it. di P. Schiera, in C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- Seibert-Fohr A., Villiger M.E. (curr.) *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, in *Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- Shrivastava A., *On an International Judge's Immunity: The ECtHR in Akay v. Turkey*, in *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 17 ottobre 2024, <https://www.ejiltalk.org/on-an-international-judges-immunity-the-ecthr-in-akay-v-turkey/>.
- Simpson A. W. B., *Human Rights and the End of Empire. Britain and the Genesis of the European Convention*, OUP, Oxford-New York, 2001.
- Sommario E., *Limitation and Derogation Provisions in International Human Rights Law Treaties and their Use in Disaster Settings*, in F. Casolari, F. Zorzi Giustiniani, E. Sommario, G. Bartolini (curr.). *Routledge Handbook of Human Rights and Disasters*, Routledge, London-New York, 2018, pp. 98 ss.
- Sommario E., *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani, fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in SIDIBlog, 27 marzo 2020, <https://www.sidiblog.org/2020/03/27/misure-di-contrasto-allepidemia-e-diritti-umani-fra-limitazioni-ordinarie-e-deroghe/>.
- Sommario E., *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2018, specie pp. 25 ss.
- Sudre F., *La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Semaine juridique*, 94, 27 avril 2020, pp. 817 ss.
- Taleb N.N., *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, trad. it. di E. Nifosi, Il Saggiatore, Milano, 2008.
- Touzé S., *La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation*, in *La Semaine juridique*, 94, 27 avril 2020, pp. 819 ss.
- Tulli U., *L'Europa dei diritti. Nascita ed evoluzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Contemporanea*, XXVII, 2024, pp. 559-582.
- Turkut E., A. Yildiz, *The Individual Application Mechanism is on the Verge of Collapse, and so is Turkish Constitutionalism*, in *Verfassungsblog*, 23 novembre 2023, all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/the-individual-application-mechanism-is-on-the-verge-of-collapse-and-so-is-turkish-constitutionalism/>.
- Turkut E., *The Turkish post-coup emergency and European responses: shortcomings in the European system revisited*, in *European yearbook on human rights*, anno 2022, pp. 445-482.
- Tushnet M., *Defending Korematsu? Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in Tushnet M. (cur.), *The Constitution in Wartime. Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, Durham (USA), 2005, pp. 124 ss.
- Van Dijk, P., Van Hoof G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, Deventer, 1984.
- Velu J., *Le droit pour les Etats de déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la*

nation, in *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1982, pp. 71-147.

Villarreal P., *Public Health Emergencies and Constitutionalism Before COVID-19. Between the National and the International*, in R. Albert, Y. Roznai (curr.), *Constitutionalism Under Extreme Conditions*, Springer, Leiden, 2020, pp. 217 ss.

Wassenberg B., *History of the Council of Europe. 75 years of European co-operation*, Council of Europe Publishing/Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2024.

DOCUMENTI CITATI

● Carte internazionali dei diritti

African Charter on Human and Peoples' Rights o Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (sottoscritta il 27 giugno 1981, in vigore dal 21 ottobre 1986)

American Convention on Human Rights o Convenzione americana dei diritti umani o "Patto di San José", (sottoscritta il 22 novembre 1969, in vigore dal 18 luglio 1978). Disponibile su [LINK](#).

International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) o Patto internazionale sui diritti civili e politici (sottoscritto il 16 dicembre 1966, in vigore dal 23 marzo 1976).

● Nazioni Unite

United Nations Human Rights Committee (CCPR), *General Comment No 29. Article 4. Derogations during a State of Emergency*, 31 August 2001, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, disponibile su <https://digitallibrary.un.org/record/451555?v=pdf>.

United Nations Commission on Human Rights (UNCHR), *Commission on Human Rights, 8th session. Summary record of the 330th meeting*, doc. E/CN.4/SR.330.

UNCHR, Questiaux N., *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency*, doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, *UN Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, 27 luglio 1982.

United Nations Office for Disaster Risk Reduction (UNDRR), *Terminology Framework*, su <https://www.undrr.org/understanding-disaster-risk/terminology/hips/so0001>.

United Nations Security Council (UNSC), *Resolution 1368* (2001), 12 settembre 2001;
UNSC, *Resolution 1373* (2001), 28 settembre 2001.

United Nations Secretary-General (UNSG), *Draft International Covenants on Human Rights. Annotation/prepared by the Secretary-General*, doc. A/2929.

UNSG, Office of the High Commissioner of Human Rights (OHCHR), Special Rapporteur on counter-terrorism and human rights, *Press Release, Preliminary findings of the visit: UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism concludes visit to France*, 23 maggio 2018.

OHCHR, Special Rapporteur on counter-terrorism and human rights, *Rapport de la Rapporteuse spécial sur la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste sur sa visite en Franc - Commentaires de l'État*, doc. A/HRC/40/52/Add.9, 26 febbraio 2019.

●Altri organi internazionali

Prima Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze armate in campagna, Ginevra, 12 agosto 1949, Collezione Ufficiale delle Convenzioni di Ginevra (*Official Record*), Vol. I, *International Committee of the Red Cross* (ICRC).

Primo Protocollo aggiuntivo, Ginevra, 8 giugno 1977, *Official Records*, Vol. II, ICRC.

ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention*, 2016, disponibile su <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016#44>.

●Consiglio d'Europa

Steering Committee for human rights (CDDH), *Report on member States' practice in relation to derogations from the ECHR in situations of crisis*, CDDH(2022)R97, Addendum 4 del 16 dicembre 2022.

CDDH, *Explanatory Memorandum to Recommendation CM/Rec(2024)7 of the Committee of Ministers to member States on the effective protection of human rights in situations of crisis*, CM(2024)168-addfinal.

Steering Committee for Human Rights, Drafting Group of Human Rights in Situations of Crisis (CDDH-SCR), *Compilation of replies to the questionnaire on national practices in relation to derogations from the European Convention on Human Rights in situations of crisis*, CDDH-SCR(2022)05, 18 ottobre 2022.

CDDH-SCR, *Presentation of relevant Council of Europe bodies' work on issues within the mandate of the Group*, CDDH-SCR(2022)01, 18 ottobre 2022.

Commissione di Venezia (CDL), CDL-AD(2020)014, *Study*, 19 giugno 2020, *Respect for democracy, human rights and the rule of law during states of emergency. Reflections*.

CDL-AD(2016)007, *Study*, 18 marzo 2016, *Rule of Law Checklist*.

CDL-AD(2016)037, *Opinion*, 12 dicembre 2016, *Turkey-Opinion on Emergency Decree Laws N°s667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016*.

CDL-AD(2017)004, *Opinion*, 13 marzo 2017, *Turkey-Opinion on the duties, competences and functioning of the criminal peace judgeships*.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms o *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, STE no. 005 (sottoscritta il 4 novembre 1950, in vigore dal 3 settembre 1953).

Council of Europe's Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Peter Noorlander, *Covid and free speech. The impact of COVID-19 and ensuing measures on freedom of expression in Council of Europe member states, Background Paper for the Ministerial Conference on the Artificial Intelligence of Cyprus*, 2020.

Council of Europe's Division of Co-operation Programmes, *Legal analysis of the derogation made by Ukraine under Article 15 of the European Convention of Human Rights and Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, novembre 2022.

Comitato dei Ministri (CM), CM/Rec(2024)7, *Recommendation CM/Rec(2024)7 of the Committee of Ministers to member States on the effective protection of human rights in situations of crisis and its Explanatory Memorandum (Adopted by the Committee of Ministers on 19 November 2024 at the 1512th meeting of the Ministers' Deputies)*.

CM, *Resolution DH(97) 376, Human Rights, Application No. 176/1956, Greece against the United Kingdom*, 17 September 1997, 599th meeting of the Ministers' Deputies.

CM, *Resolution on the Publication of the Commission's Report in the Greek Case*, 15 aprile 1970.

CM-CDDH 2024, *Appendix to Recommendation CM/Rec(2024)7*, 19 novembre 2024

Commissioner for Human Rights (CommHR), *Lettre au Sénat français sur le respect des droits de l'homme dans le contexte de la lutte contre le terrorisme*, par Nils Muižnieks, *Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe*, [CommDH\(2017\)23](#), 17 luglio 2017.

Corte europea dei diritti dell'uomo (ECtHR), Cancelleria, Comunicato stampa, *La Cour européenne des droits de l'homme prend des mesures exceptionnelles*, CEDH 094(2020), 16 marzo 2020.

ECtHR, Cancelleria, Comunicato stampa, *Les demandes de mesures provisoires de 672 sapeurs-pompiers concernant la loi relative à la gestion de la crise sanitaire n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 39 du règlement de la Cour*, CEDH 243 (2021), 25 agosto 2021.

ECtHR, Cancelleria, Comunicato stampa, CEDH 108(2020), 9 aprile 2020, *Prolongation des mesures exceptionnelles à la Cour européenne des droits de l'homme*

ECtHR, Cancelleria, *Guide on Article 2 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights-Freedom of movement*, ultimo aggiornamento del 28 febbraio 2025.

ECtHR, Cancelleria, *Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights-Derogation in time of emergency*, ultimo aggiornamento del 28 febbraio 2025.

ECHR, *Rules of Court*, Articolo 28, *Inability to sit and recusal*, modifiche del 15 dicembre 2023, in vigore dal 22 gennaio 2024.

ECHR, *President of the Court, Practice direction, Recusal of judges*, 22 gennaio 2024
European Social Charter (Revised) o Carta sociale europea (riveduta), STE n. 163, (sottoscritta il 3 marzo 1996, in vigore dal 1 luglio 1999).

PACE, *Resolution 1659 (2009), Protection of human rights in emergency situations*, 27 aprile 2009.

PACE, *Resolution 2209 (2018), State of emergency: proportionality issues in relation to derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 24 aprile 2018.

PACE, *Recommendation 2125 (2018), State of emergency: proportionality issues in relation to derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, 24 aprile 2018.

PACE, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Report, doc. 14506, *State of emergency: proportionality issues concerning derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, relatore R. Comte, 27 febbraio 2018.

PACE, Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe (Monitoring Committee), *Report*, doc. 14282 *The functioning of democratic institutions in Turkey*, relatori I. Godoskesen, M. Mikko, 5 aprile 2017.

PACE, *The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law*, Report, doc. 15139, 16 settembre 2020, *Standing Committee*, Relatore Vladimir Vardanyan.

PACE, *Recommendation 2180 (2020), The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law*, 13 ottobre 2020.

PACE, *Resolution 2338 (2020), The impact of the Covid-19 pandemic on human rights and the rule of law*, 13 ottobre 2020.

CA (Consultive Assembly), *Recommendation (103) 1956*, 25 ottobre 1956.

CA, *Report*, doc. 540, relatore P.-H. Teitgen, 8 settembre 1956.

ECHR, *Travaux Préparatoires* (TP), ART15-CDH(77)5, *Bilingual text, Information documents prepared by the ECtHR Registry*, 27 gennaio 1977 (da ora ART15-CDH(77)5).

● Documenti adottati internamente agli Stati

Francia:

Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), plenaria, *Avis sur le suivi de l'état d'urgence*, 18 febbraio 2016.

Conseil d'État, *Étude annuelle 2021, Les états d'urgence: la démocratie sous contraintes*, collana "Les rapports du Conseil d'État" (già "Études et documents du Conseil d'État", EDCE), La Documentation française, 8 luglio 2021.

Défenseur des droits de la République française, *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, Rapport de recherche*, Convention n°2016 DDD/CREDOF, febbraio 2018.

● Deroghe adottate ai sensi dell'Articolo 15 CEDU

Albania:

- *Derogation contained in a Note Verbale from the Ministry for Foreign Affairs of Albania, dated 4 March 1997, registered at the Secretariat General on 10 March 1997*
- *Or. Engl., Period covered: 10/03/1997 - 24/07/1997.*

Armenia:

- *Derogation contained in a Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of Armenia, dated 2 March 2008, transmitted by the Permanent Representation of Armenia and registered by the Secretariat General on 4 March 2008 - Or. Engl., Period covered: 04/03/2008 - 21/03/2008.*
- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of Armenia, dated 19 March 2020, registered at the Secretariat General on 19 March 2020 – Or. Engl., and withdrawn in a Note verbale from the Permanent Representation of Armenia, dated 16 September 2020, registered at the Secretariat General on 16 September 2020 - Or. Engl.*

Estonia:

- *Derogation contained in a Note verbal from the Permanent Representation of Estonia to the Council of Europe, dated 20 March 2020, registered at the Secretariat General*

on 20 March 2020 - Or. Engl., and withdrawn by the Note Verbale No. 1-16/10 of the Permanent Representation of Estonia, dated 16 May 2020, registered at the Secretariat General on 16 May 2020 – Or. Engl.

Francia:

- *Derogation contained in a letter from the Chargé d'affaires a.i. of France, dated 7 February 1985, registered at the Secretariat General on 8 February 1985 – Or. Fr. – and withdrawn by a letter from the Chargé d'affaires a.i. of France, dated 2 September 1985, registered at the Secretariat General on 3 September 1985 – Or. Fr. Period covered: 08/02/1985 - 30/06/1985.*
- *Declaration [derogation] contained in a letter from the Permanent Representative of France to the Council of Europe, dated 24 November 2015, registered at the Secretariat General on 24 November 2015 – Or. Fr., doc. JJ8375C Tr./005-203.*
- *Declaration contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of France, dated 25 February 2016, registered at the Secretariat General on 25 February 2016 - Or. Fr.*

Irlanda:

- *Derogation contained in a letter from the Secretary General of the Department of External Affairs of Ireland, dated 20 July 1957, registered at the Secretariat General on 22 July 1957 – Or., Engl. Period covered: 22/07/1957 - 09/03/1962 [solo se indicato a cura del TO].*
- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ireland, dated 18 October 1976, registered at the Secretariat General on 21 October 1976 – Or. Engl., Period covered: 21/10/1976 - 16/10/1977.*

Georgia:

- *Derogation contained in a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 2 March 2006, transmitted by the Permanent Representation of Georgia and registered at the Secretariat General on 3 March 2006 - Or. Engl. - and withdrawn by a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 23 March 2006, registered at the Secretariat General on 28 March 2006 - Or. Engl. Period covered: 03/03/2006 - 16/03/2006.*
- *Declaration contained in a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 7 November 2007, registered at the Secretariat General on 9 November 2007 - Or. Engl. - and withdrawn by a letter from the Minister of Foreign Affairs of Georgia, dated 16 November 2007, registered at the Secretariat General on 19 November 2007 - Or. Engl.*
- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Georgia, dated 21 March 2020, registered at the Secretariat General on 23 March 2020 – Or. Engl.*

Moldavia:

- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the Republic of Moldova, dated 18 March 2020, and registered at the Council of Europe on 19 March 2020 – Or. Engl.*
- *Derogation contained in the Note verbale No. FRA-CoE/352/536 of the Permanent Representation of Moldova, dated 3 November 2021, registered at the Secretariat General on 3 November 2021- Or. Engl.*
- *Derogation contained in the Note verbale No. FRA-CoE/352/81 from the Permanent Representation of Moldova to the Council of Europe, dated 25 February 2022, registered at the Secretariat General on 25 February 2022 - Or. Engl.*

Regno Unito:

- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 24 May 1954, registered at the Secretariat General on 24 May 1954 – Or. Engl., Period covered: 24/05/1954 - 12/12/1963.*
- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 7 October 1955, registered at the Secretariat General on 7 October 1955 – Or. Engl., Period covered: 07/10/1955 - 19/06/1959*
- *Communication contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 11 May 1960, registered at the Secretariat General on 11 May 1960 – Or. Engl., Period covered: 11/05/1960 - 16/09/1963.*
- *Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 27 June 1957, registered at the Secretariat General on 27 June 1957 – Or. Engl., Period covered: 27/06/1957 - 22/08/1984.*
- *Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of the United Kingdom, dated 23 December 1988, registered at the Secretariat General on 23 December 1988 - Or. Engl. - and withdrawn by a Notification from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 19 February 2001, deposited with the Secretary General on 19 February 2001 - Or. Engl.*
- *Derogation contained in a Note Verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom, dated 18 December 2001, registered by the Secretariat General on 18 December 2001 - Or. Engl.Engl. - and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of the United Kingdom dated 16 March 2005, registered at the Secretariat General on 16 March 2005 – Or. Engl.*

Romania:

- *Derogation contained in a Note verbal from the Permanent Representation of Romania to the Council of Europe, dated 17 March 2020, registered at the Secretariat General on 17 March 2020 - Or. Engl., completed in the Note Verbale No. 670 from the Permanent Representation of Romania, dated 21 April 2020, registered by the Secretariat General on 21 April 2020 - Or. Engl., and withdrawn in Note Verbale No. 805 from the Permanent Representation of Romania, dated 15 May 2020, registered at the Secretariat General on 15 May 2020 - Or. Engl.*

San Marino:

- Derogation contained in a Note verbal from the Ministry of Foreign Affairs of San Marino, dated 10 April 2020, registered at the Secretariat General on 10 April 2020 - Or. Engl., withdrawn in a Note Verbale Ref 59080/2020 from the Ministry of Foreign Affairs of San Marino, dated 1 July 2020, registered at the Secretariat General on 7 July 2020 – Or. Engl.

Serbia:

- Derogation contained in a Note verbale from the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Serbia, dated 6 April 2020, registered at the Secretariat General on 6 April 2020 – Or. Engl.

Turchia:

- Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 19 June 1970, registered at the Secretariat General on 19 June 1970 – Or. Fr. – and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 19 September 1970, registered at the Secretariat General on 29 September 1970 – Or. Fr
- Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 30 April 1971, registered at the Secretariat General on 4 May 1971 – Or. Fr. – and withdrawn by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 14 September 1973, registered at the Secretariat General on 17 September 1973 – Or. Fr., completed by a Note verbale from the Permanent Representation of Turkey, dated 27 September 1973, registered at the Secretariat General on 27 September 1973 – Or. Fr.
- Derogation contained in two Notes verbales from the Permanent Representation of Turkey, dated 12 September 1980, registered at the Secretariat General on 12 September 1980 – Or. Fr.
- Declaration contained in a letter from the Permanent Representative of Turkey, dated 21 July 2016, registered at the Secretariat General on 21 July 2016 - Or. Engl., and withdrawn in a letter from the Permanent Representative of Turkey, dated 8 August 2018, registered by the Secretariat General on 9 August 2018 - Or. Engl., doc. JJ8190C Tr./005-192
- Derogation contained in a letter from the Permanent Representative of Türkiye to the Council of Europe, dated 10 February 2023, registered at the Secretariat General on 10 February 2023 - Or. Engl., Period covered: 10/02/2023 - 12/05/2023.

Ucraina:

- Derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 5 June 2015, registered at the Secretariat General on 9 June 2015 - Or. Engl. La lista dei territori in cui si applica la deroga è in Declaration contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 3 November 2015, registered at the Secretariat General on 4 November 2015 – Or. Engl.

- *Communication and Partial withdrawal of a derogation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of Ukraine, dated 29 November 2019, registered by the Secretariat General on 3 December 2019 - Or. Engl.*
- *Derogation contained in the Note Verbale No. 31011/32-017-3 from the Permanent Representation of Ukraine to the Council of Europe, dated 28 February 2022, registered at the Secretariat General on 1 March 2022, – Or. Engl.*
- *Partial withdrawal of derogation contained in Note verbale No. 31011/32-119-46585 from the Permanent Representation of Ukraine, dated 4 April 2024, registered at the Secretariat General on 5 April 2024, concerning Articles 4.3, 9, 13, 14 and 16 of the Convention - Or. Engl.*

PRONUNCE CITATE

COMMISSIONE e CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

A. e altri c. UK (3455/05) [GC], 19 febbraio 2009.

Akgün c. Turchia (19699/18), Sez. II, 21 luglio 2021.

Aksoy c. Turchia (21987/93), 18 dicembre 1996.

Aydın Sefa Akay c. Turchia (59/17), Sez. II, 23 aprile 2024.

Ahmet Hüsrev Altan c. Turchia (13252/17), Sez. II, 13 aprile 2021.

Alparslan Altan c. Turchia (12778/17), Sez. II, 16 aprile 2019.

Austin e altri c. Regno Unito (39692/09, 40713/09 e 41008/09) [GC], 15 marzo 2012.

Avagyan c. Russia (36911/20), Sez. III, 29 aprile 2025.

Bah c. Paesi Bassi (35751/20), Sez. IV, 22 giugno 2021.

Baka c. Ungheria (20261/12) [GC], 23 giugno 2016.

Baş c. Turchia (66448/17), Sez. II, 3 marzo 2020.

Barseghyan c. Armenia (17804/09), Sez. IV, 2021, del 21 settembre 2021.

Bielau c. Austria (20007/22), Sez. IV, 27 agosto 2024.

Brogan e altri c. Regno Unito (11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), 29 novembre 1988.

Brannigan e McBride c. Regno Unito (14553/89; 14554/89), 25 maggio 1993.

Brannigan e McBride c. Regno Unito, Commissione (14553/89 e 14554/89), 3 dicembre 1991.

Çatal c. Turchia (2873/17), Sez. II, 7 marzo 2017.

Central Unitaria de Traballadores/as c. Spagna (49363/20), Sez. V, 17 ottobre 2024.

Chahal c. Regno Unito (22414/93), GC, 15 novembre 1996.

Cipro c. Turchia (6780/74 e 6950/75), Commissione, 10 luglio 1976.

Cipro c. Turchia (II) (8007/77), Commissione, 4 ottobre 1983.

Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse (21881/20), Sez. III, 15 marzo 2022, rinviato alla Grande Camera.

Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse (21881/20) [GC], 27 novembre 2023.

Constantin-Lucian Spînu c. Romania (29443/20), Sez. IV, 11 ottobre 2022.

Dareskizb Ltd c. Armenia (61737/08), Sez. IV, 21 settembre 2021.

Demirhan e 238 altri c. Turchia (1595/20), Sez. II, 22 luglio 2025.

De Tommaso c. Italia (43395/09) [CG], 23 febbraio 2017 [disponibile in traduzione italiana a cura del Ministero della Giustizia].

Domenjoud c. Francia (34749/16 e 79607/17), Sez. V, 16 maggio 2024.

Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia (il caso viene definito anche il “*Caso Greco* o “*Greek case*”) (3321/67-3323/67 e 3344/67), Commissione, 5 novembre 1969.

Enhorn c. Svezia (56529/00), Sez. II, 25 gennaio 2005.

Fanouni c. Francia (31185/18), Sez. V, 15 giugno 2023

Feilazoo c. Malta (6865/19), Sez. I, 11 marzo 2021.

Fenech c. Malta (19090/20), Sez. I, 1 marzo 2022.

Georgia c. Russia (II) (38263/08) [GC], 21 gennaio 2021.

Grecia c. Regno Unito (176/56), Commissione europea dei diritti umani (da ora Commissione), 26 settembre 1958.

Hassan c. Regno Unito (29750/09) [GC], 16 settembre 2014.

Ilias e Ahmed c. Ungheria (47287/15) [CG], 21 novembre 2019.

Irlanda c. Regno Unito (85310/71), 18 gennaio 1978

Irlanda c. Regno Unito (5310/71), Commissione, 25 gennaio 1976.

Isayeva c. Russia (57950/00), Sez. I, 24 febbraio 2005.

Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia (57947/00, 57948/00 and 57949/00), Sez. I, 24 febbraio 2005.

Lawless c. Irlanda (no. 3) (332/57), 1 luglio 1961.

Lawless c. Irlanda (332/57), Commissione, 19 dicembre 1959.

Le Mailloux c. Francia (18108/20), Sez. V, decisione, 5 novembre 2020.

Marshall c. Regno Unito, (41571/98), Sez. IV, 10 giugno 2001.

M. B. c. Francia (31913/21), Sez. V, 5 dicembre 2024.

Merabishvili c. Georgia (72508/13) [GC], par. 291, 28 novembre 2017.

Mercan c. Turchia (56511/16), Sez. II, 8 novembre 2016.

McVeigh e altri c. Regno Unito (8022/77; 8025/77; 8027/77), Commissione, 18 marzo 1981.

Mehmet Hasan Altan c. Turchia (13237/17), Sez. II, 20 marzo 2018.

Muhammad e Muhammad c. Romania (80982/12) [GC], 15 ottobre 2020.

Mushegh Saghatelyan c. Armenia (23086/08), 20 settembre 2018.

Navalnyy e altri c. Russia (29580/12) [GC], 15 November 2018.

Nemytov e altri c. Russia (1257/21), Sez. III, 27 maggio 2025.

Kavala c. Turchia (28749/18), Sez. II, 10 dicembre 2019.

Klass e altri c. Germania, (5029/71), sentenza del 6 settembre 1978.

Köksa c. Turchia (70478/16), Sez. II, 6 giugno 2017.

Pasquinelli e altri c. San Marino (24622/22), Sez. I, 29 agosto 2024.

Pagerie c. Francia (24203/16), Sez. V, 19 gennaio 2023.

Parıldak c. Turchia (66375/17), Sez. II, 19 marzo 2024.

Pişkin c. Turchia (33399/18), Sez. II, sentenza del 15 dicembre 2021.

Reczkowicz c. Polonia (43447/19), Sez. I, 22 giugno 2021.

Rigó c. Ungheria (54953/21), Sez. II, Comitato, 24 marzo 2025.

Rotaru c. Moldavia (26764/12), Sez. II, 8 dicembre 2020.

Saakashvili c. Georgia (6232/20 e 22394/20), Sez. V, decisione, 1 marzo 2022.

Saakashvili c. Georgia (6232/20 e 22394/20), Sez. V, 23 maggio 2024.

Şahin Alpay c. Turchia (16538/17), Sez. II, 20 marzo 2018.

Sakık e altri c. Turchia (87/1996/706/898-903), 26 novembre 1997.

Selahattin Demirtaş c. Turchia (14305/17) [GC], 22 dicembre 2020.

Sabuncu e altri c. Turchia (23199/17), Sez. II, 10 novembre 2020.

Şık c. Turchia (n. 2) (36493/17), Sez. II, 24 novembre 2020.

S.M. c. Italia (16310/20), Sez. I, 17 ottobre 2024.

Terheş c. Romania (49933/20), Sez. IV, decisione, 13 aprile 2021.

Thevenon c. Francia (46061/21), Sez. V, decisione, 13 settembre 2022.

Tyrer c. Regno Unito (5856/72), 25 aprile 1978.

Uygun c. Turchia (9389/19), Sez. II, 3 giugno 2025.

Vavřička e altri c. Repubblica Ceca (47621/13 e altri) [GC], 14 aprile 2021.

Vedat Şorli c. Turchia (42048/19) Sez. II, par., 46, 19 ottobre 2021.

X c. Repubblica Federale di Germania (104/1955), Commissione, 17 dicembre 1955.

Yasak c. Turchia (17389/20), Sez. II, 27 agosto 2024

Yücel c. Turchia (27684/17), Sez. II, 25 gennaio 2022.

Yüksel Yalçınkaya c. Turchia (15669/20) [GC], 26 settembre 2023.

Zambrano c. Francia (41994/21), Sez. V, decisione, 21 settembre 2021.

GIURISDIZIONI NAZIONALI⁶³⁷

Francia:

Conseil constitutionnel (CC), *décision* n. 2015-527 QPC, 22 dicembre 2015, *M. Cédric. D.*

CC, *décision* n. 2017-624 QPC del 16 marzo 2017, *M. Sofiyan I.*

CC, *décision* n. 2017-691 QPC del 16 febbraio 2018, *M. Farouk B.*

Conseil d'État (CE), *sect.*, 11 dicembre 2015, *M. Gauthier et M. Domenjoud*, nn. 394990 e 395009.

Regno Unito:

House of Lords, *A and others v Secretary of State for the Home Department*, UKHL 56, 16 dicembre 2004.

Spagna:

Tribunal Constitucional (TC), *Auto* 40/2020, 30 aprile 2020, *recurso de amparo* n. 2056-2020, ECLI:ES:TC:2020:40A

TC, *sentencia* 148/2021, 14 luglio 2021, BOE-A-2021-13032.

Stati Uniti:

Supreme Court of the United States (SCOTUS), *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).

SCOTUS, *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

SCOTUS, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

SCOTUS, *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

Svizzera:

⁶³⁷ Dove possibile, si è cercato di mantenere il modo di citazione usato nei rispettivi ordinamenti, con le opportune traduzioni in italiano.

Tribunale federale (TF), II Corte di diritto pubblico, decisione 2D_32/2020 del 24 marzo 2021 (*recours constitutionnel subsidiaire*), BGE 147 I 333 S. 334, or. fr.

TF, I Corte di diritto pubblico, decisione 1C_524/2020 del 12 agosto 2021, or. fr.

Turchia:

Corte costituzionale turca [Anayasa Mahkemesi] (TCC), sentenza *Mehmet Hasan Altan* (2016/23672), 18 gennaio 2018.

Ucraina:

Corte costituzionale ucraina [Konstytucijnyj Sud Ukraïny], decisione n. 8-r(II)/2024 del 18 luglio 2024.

INDICE

Presentazione. p. 3

Introduzione. Modelli e concetti degli stati d'emergenza p. 5

1. Metodo e uso dei modelli

2. Descrizione dei modelli

3. Il dualismo: un modello basato sulla separazione

4. Dogmatica dell'emergenza

5. Applicazione dei modelli

PARTE I

Origini, struttura e funzione dell'Articolo 15 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Capitolo I. Ragioni d'interesse e origini dell'Articolo 15. p. 27

1.1 Perché studiare l'ordinamento del Consiglio d'Europa?

1.2 Genesi dell'Articolo 15

Capitolo II. Struttura e funzione dell'Articolo 15. p. 38

2.1 Le condizioni di esercizio

2.2 La "misura resa strettamente necessaria dalle esigenze della situazione"

2.3 La conformità con gli altri obblighi internazionali

2.4 I diritti non derogabili

2.5 Gli obblighi procedurali

2.6 Gli obblighi procedurali: questioni aperte

2.7 Funzione dell'Articolo 15: problemi e prospettive

PARTE II

Prassi e controllo degli stati d'emergenza

Capitolo I. La prassi degli Stati membri p. 88

1.1 Panoramica sulla prassi

1.2 La decolonizzazione

1.3 Le deroghe fino al 2000: tra lotta politica e terrorismo

1.4 I primi anni '2000: il caso britannico e il relativo declino delle deroghe

1.5 L'aumento delle deroghe nell'ultimo decennio

Capitolo II. La Giurisprudenza storica sull'Articolo 15.	p. 110
2.1 <i>La prima fase: dalla rivolta di Cipro al Greek Case (1956-1969)</i>	
2.2 <i>L'assestamento dell'approccio auto-limitativo della Corte nella lunga vicenda nord-irlandese (1978-1993)</i>	
2.3 <i>I primi segnali d'evoluzione: dal caso "Askoy ad A e altri c. Regno Unito" (1996-2009)</i>	
Capitolo III. La svolta: la giurisprudenza della Corte dopo il 2018.	p. 162
3.1. <i>Contesto</i>	
3.2 <i>Le vicende turche: un test per la Corte (2018-2025)</i>	
3.3 <i>Il giudizio della Corte sui casi francesi (2023-2024)</i>	
Capitolo IV. La pandemia di fronte alla Corte.	p. 214
4.1 <i>Il posto del Covid nella più ampia giurisprudenza sugli stati d'emergenza</i>	
4.2 <i>La prassi degli Stati e i suoi problemi</i>	
4.3 <i>Le prime pronunce della Corte (2020-2022)</i>	
4.4 <i>La giurisprudenza più recente (2022-2025)</i>	
Conclusioni: Quale futuro per l'Articolo 15?	p. 250
1. <i>L'Articolo 15 e il modello dualista: un bilancio</i>	
2. <i>Possibili correttivi</i>	
Bibliografia	p. 263
Documenti citati	p. 271
Pronunce citate	p. 280
Indice	p. 287