

I DIRITTI UMANI DELLA SALUTE ALL'EPOCA DEL COVID-19 (Diritto dei regimi internazionali e risarcibilità dei diritti umani)

Francesco Misuraca
Dottore di ricerca in Filosofia del Diritto

The article defines a common notion of the human right to health and the conditions of its damages' compensation. The topic is relevant after the recent COVID-19 pandemic and affects the field of human health rights, already the subject of declarations of international principle, of constitutional or para-constitutional rank, of international customs and of multiple acts and treaties. In fact, the "positive" international protection of the right to public health is still weak, in the particular case of serious negligence, with regard to e.g. global pandemics, given that both a "universal obligation" for such protection and the related "universal jurisdiction" would be missing. However, an alternative solution could be offered by the "absolute obligation to sentence" and the "universal jurisdiction over human rights", as identified by the 1984 Convention on Torture (from which the English "Law Lords" derived in 2000 the principle of a "universal jurisdiction" for crimes against humanity in the Pinochet case), and furthermore by art. 16 of the same convention regarding "degrading treatments" other than acts of torture. These regulatory analyses lead to the identification of some constitutional principles that impose the criminalization of (i) the malicious development of potential biological weapons (if such is COVID-19) and (ii) the accidental spread of such pathogens with gross negligence (practically equivalent to criminal intent). Principles corroborated by philosophical considerations on the peaceful dissent of NGOs and OGs as a factor in the genesis of international law, criticizing the role of coercive force according to Kant and Kelsen.

Keywords: *diritti umani, salute, risarcimento, COVID-19*

SOMMARIO

1. Introduzione - 2. Il problema di un progresso nella tutela dei diritti umani della salute - 2.1 Il progresso giuridico dei diritti umani alla luce degli ideali filosofici - 3. Dottrina dei diritti umani tutelati dalla forza e i recenti fatti relativi al COVID - 4. Il recente progresso della consuetudine sui diritti umani della salute - 4.1 L'eccezione dell'immunità e della sovranità statale contro i diritti della salute - 5. La nuova genesi consuetudinaria dei diritti umani della salute - 5.1 I regimi come fonte del diritto internazionale - 5.2 Definizione dei regimi internazionali - 5.3 Funzione dei regimi internazionali dei diritti umani - 6. Congettura di una "giurisdizione universale" sulla salute per diritto e ragione - 6.1 La "giurisdizione universale" sui diritti umani "per diritto" - 6.2 I "principi costituzionali" dei diritti della salute e i regimi internazionali - 6.3 La "giurisdizione universale" imperfetta dei diritti umani (della salute) "per ragione" - 6.4 Congettura del fondamento dei diritti umani "per ragione": il dissenso verso la Forza - 6.5 I "regimi internazionali" come base "razionale" dei diritti "quasi assoluti" sulla Salute - 6.5.1 Inconsistenza logica della forza kelseniana e "quasi universalità" del dissenso - 6.6 Fondamento teologico dei "diritti della salute" - 6.7 Critica del sistema monistico del diritto internazionale universale di Kelsen - 7. Conclusioni.

*Corona della sapienza è il timore del Signore;
fa fiorire la pace e la salute.*

Siracide 1, 16

Introduzione

Questo contributo cerca di definire una nozione comune di diritto umano della salute e affronta il tema della sua risarcibilità, a favore di individui o di Stati rappresentanti le collettività colpite, durante la recente pandemia di COVID-19.

Nel far ciò, si farà riferimento alla tendenza generale, che anche i trattati internazionali¹ registrano negli ultimi anni, specie in ambito europeo-occidentale (il noto Statuto di Roma della Corte penale internazionale, in particolare, e le convenzioni che ad esso si richiamano), a tutelare i diritti umani oltre il limite normalmente riconosciuto, limitando di converso la sovranità degli Stati².

Questa tendenza investe anche il tema della salute pubblica e vede, dagli anni '70 del secolo scorso, nascere una certa attenzione giuridica al legame tra diritti umani e la tutela della salute, da un lato, e tra essi e quella di un ambiente sano e sicuro. Questa declinazione ambientalista dei diritti della salute è progressivamente aumentata (specie in connessione al cambiamento climatico). La tutela del diritto umano ad un ambiente sano ha, perciò, causato la stipula di molte convenzioni internazionali dedicate direttamente o indirettamente a questo tema. La lista essenziale di trattati, che hanno cercato di "oggettivare" i singoli diritti, include: La Convenzione sui diritti dell'infanzia, articolo 24 (Salute); la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, articolo 25 (condizioni di vita); il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, articolo 6 (diritto alla vita); il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, articolo 12 (Salute); la Convenzione sull'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, Articolo 14 (condizioni di vita). Tra le Risoluzioni sovranazionali, invece, vi sono quelle adottate dal Consiglio per i Diritti Umani e dal suo predecessore, la Commissione per i Diritti Umani (ad esempio la risoluzione 7/23 del 28 marzo 2008 sui cambiamenti climatici).

Ebbene, dopo aver elencato i diritti "oggettivi", sarà bene elencare i "crimini" contro la salute. Ora, per una loro prima definizione si può citare lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Roma, 17.7.1998). Il fondamentale trattato contiene un'elencazione esplicita di crimini contro l'umanità riferiti alla salute, p.e. quando all'articolo 7 fa riferimento ad: «Altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale». Lo Statuto considera anche crimine di guerra, in relazione allo stesso tipo di diritti umani (art. 8): «cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute».

Quindi, come si vede, il tema dei "diritti umani" e dei "crimini" sulla salute riceve considerazione da molto tempo e rimane molto attuale. Specie di recente, da quando alcuni Stati del mondo hanno invocato contro la pandemia del COVID-19 l'obbligo della Cina, uno Stato sovrano, di risarcire i danni alla salute che Stati terzi hanno subito, come contraccolpo dell'emergenza sanitaria, sia in termini di vite umane sia di danno all'economia nazionale³.

Il problema, semmai, consiste nel fatto che il risarcimento di solito sia molto difficile da ottenere. Non è da dimenticare che, allo stato attuale, dovrebbe essere l'esito della condanna da parte di una Corte di Giustizia Internazionale. Quest'ultima dovrebbe, per di più, operare in forma "arbitrale" e con il "mero consenso" degli Stati legati da un trattato.

1. Il problema di un progresso nella tutela dei diritti umani della salute

Fatta la precedente premessa, sarebbe un'enorme conquista *de jure condendo* che, in un futuro prossimo, potesse configurarsi la risarcibilità tra Stati come "obbligo assoluto". Il presente articolo

¹ International Coordinating Committee of National Human Rights Institutions (ICC), *Working Groups Session 1: Safe and healthy environment*, report. V. per diritti umani e salute pubblica: Open Society Institute UNDP, UNAIDS, and OHCHR, *Human Rights and HIV/AIDS: Now More Than Ever. 10 Reasons Why Human Rights Should Occupy the Center Of The Global Aids Struggle*, New York (the Open Society Institute), GHP Edit., 2009. Si fa riferimento alla riunione (*United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS*) tenutasi nel 2006 sulla "piena realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali [che] per tutti sono un elemento essenziale nella risposta globale alla pandemia di HIV/AIDS". La dichiarazione è stata approvata da oltre 650 organizzazioni e networks nel mondo.

² Statuto di Roma della Corte penale internazionale (Roma, 17.7.1998), artt. 7 ed 8.

³ Vedi *excursus* giornalistico del paragrafo 3.

ha per tema la fattibilità di un tale progresso e le vie per arrivarvi, proponendo argomenti e individuando problemi come segue:

(i) I recenti fatti, vale a dire le possibili ed eventuali negligenze verso la salute pubblica di alcuni Stati, difficilmente costituiscono “Crimini contro l’Umanità”. L’argomento della risarcibilità assoluta è debole. È difficile sostenere, infatti, che vi sia qualche norma “esplicita” sulla grave negligenza che, con certezza possa essere entrata a far parte del diritto internazionale convenzionale. L’unico argomento in contrario è il fatto che le violazioni dei diritti umani, in particolare di quelli della vita e della salute personale, siano già sanzionate in molti strumenti pattizi internazionali, per cui potrebbe almeno dirsi che sia in via di maturazione una consuetudine internazionale incriminatrice, anche di tipo giurisdizionale.

(ii) A favore della maturazione di una nuova consuetudine, di tutela della salute mondiale, milita l’ampiezza del consolidamento della consuetudine di stipulare molteplici atti e trattati, nella maggioranza delle aree geopolitiche, sul tema dei diritti della salute: (1) Protocollo aggiuntivo alla Convenzione americana, Articolo 11, (2) Carta africana, Articolo 24, (3) Convenzione europea dei diritti dell’uomo, articoli 2, 8 e 10 (peraltro, mentre la Convenzione europea dei diritti dell’uomo non contiene un vero e proprio diritto ad un ambiente salubre, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha creato un ampio *corpus* giurisprudenziale relativo alle questioni sanitarie, sia pure nell’ambito ristretto della vita privata e familiare), (4) Convenzione di Århus, che tutela un ambiente adeguato alla salute e al benessere umani attraverso i tre punti chiave dell’accesso alle informazioni, della partecipazione pubblica e dell’accesso alla giustizia, (5) Dichiarazione di Rio (1992), (6) Dichiarazione di Stoccolma (1972), (7) Convenzione ILO n. 169 relativa alle popolazioni indigene e tribali in India e nei Paesi indipendenti (1989), che tutela la salubrità dell’ambiente di tali popoli (articoli 2, 6, 7 e 15), (8) Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile (2002), (9) Programma ambientale ONU (UNEP, 1999), (10) Bozza di Dichiarazione di principi delle NU sui diritti umani e l’ambiente (1994), (11) Brundtland Report (1987)⁴.

(iii) Tuttavia, un altro grave problema, per il tema dei delitti internazionali concernenti la salute come diritto umano, è rappresentato dalla difficoltà di scindere la responsabilità dello Stato inadempiente da quella del soggetto agente. Lo Stato estero che pretendesse di perseguire tali fatti dinanzi a qualsiasi tribunale internazionale subirebbe l’eccezione di immunità fondata sulla funzione svolta (il Capo di stato è “lo Stato”, quindi è irresponsabile come individuo). Il funzionario dello stato colpevole, inoltre, potrebbe eccepire che “*par in parem non habet iurisdictionem*” (principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati, di cui all’articolo 2 par. 1 della Carta delle Nazioni Unite).

(iv) Invece, a favore della tutela del diritto alla salute, milita il noto meccanismo arbitrale (la clausola compromissoria, in caso di convenzioni che leghino lo Stato inadempiente ad un sistema sovranazionale di salvaguardia dei diritti umani). Nello stesso tempo la giurisdizione arbitrale non assicura la soluzione dell’altro grave problema dell’indeterminatezza definitoria dei crimini internazionali contro l’umanità. Anche se la prassi internazionale ormai ne riconosce un certo numero (p.e., le convenzioni siglate da buona parte degli Stati, come quella sulla tortura o contro l’*apartheid*, come elencati dall’articolo 7 dello statuto della Corte penale internazionale), diventa facile, anche in un arbitrato pubblico internazionale di un corte sovranazionale di giustizia, eccepire la violazione del principio *nullum crimen sine lege*.

(v) Il futuro, però, riserva sorprese: Il tema dei diritti umani connessi alla salute diventa di giorno in giorno un importante standard per la valutazione della *governmental performance* (efficacia di un governo) nel relativo settore, ma anche per una diretta responsabilità verso i cittadini e verso gli altri Stati partecipi delle convenzioni. Al riguardo, un importante studio del WHO (Organizzazione Mondiale della Sanità) conferma in modo netto come ciò sia, già oggi, l’esito dell’adesione di quasi 21 paesi alla Convenzione su Diritti del Fanciullo, che ha obbligato gli Stati membri a prendere

⁴ I documenti elencati provano l’ampiezza mondiale della consuetudine.

appropriate misure per diminuire la mortalità infantile, per combattere le malattie e la malnutrizione e per assicurare la necessaria assistenza medica, specie l'assistenza primaria infantile (art. 24)⁵.

(vi) La conseguenza giuridica della violazione di tali *standard obbligatori* (o buone pratiche) non sarà, solo, causa di mobilitazione interna ed internazionale, ma anche motivo per invocare la *governmental accountability*, cioè la "responsabilità" dello Stato, chiaramente di tipo sanzionatorio e risarcitorio. Questo importante studio WHO (citato in nota) tratta il tema della tubercolosi, ma il discorso è generalmente inquadrabile nella tutela della salute pubblica, cioè nella tendenza nata negli anni '80 a considerare importante la particolare salute riproduttiva (infanzia e fecondazione umana) e nell'attenzione rivolta alla pandemia HIV/AIDS, tutti argomenti che hanno permesso di associare strettamente i concetti di salute pubblica e diritti umani, non solo per il rinforzo sinergico delle relative tutele, ma anche dopo aver notato che l'assenza di rispetto per i diritti umani (vita, dignità personale e libertà fondamentali) rende più vulnerabili le persone alla malattia e allo stato insalubre.

(vii) Si asserisce in queste spontanee dichiarazioni di "buone pratiche" che il potenziamento dei diritti umani all'educazione, all'informazione, alla libertà dalle varie forme di oppressione della vita (terrorismo, guerra, dittatura, ecc.), dalla disoccupazione e dalla povertà, equivale a determinare un miglioramento della salute pubblica. L'Arcivescovo Desmond Tutu secondo il WHO ha giustamente sottolineato che la mancanza di elementari diritti umani come la libertà e la proprietà, p.e. del denaro per curarsi, provoca la vulnerabilità alla tubercolosi di molte persone, anche unita alla mancata predisposizione statale di cure mediche. Ma il problema peggiore è secondo l'Arcivescovo lo stigma sociale (la perdita di dignità umana) che accompagna il malato afflitto da tubercolosi, che lo porta ad essere emarginato e a vergognarsi della propria situazione personale. Di qui la necessità di combattere lo stigma per mezzo di un vero e proprio diritto umano, che connetta in modo stretto dignità personale e salute e che colleghi al fondamentale diritto umano della dignità personale anche la non secondaria dignità della persona malata, la quale merita la tutela statale della propria salute⁶.

(viii) Le buone pratiche, dichiarate in forma di principio, non sono il solo indice di progresso. Va analizzata anche un'altra ipotesi cruciale e fondamentale per l'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani, della pace tra le nazioni e, in particolare, per il tema della risarcibilità tra stati dei crimini contro la salute pubblica. Vi è la nota Convenzione del 1984 sulla Tortura, la quale si rivela come un importante fondamento giuridico e un prezioso precedente storico, per illuminare il concetto di "obbligo assoluto di condanna" e "giurisdizione universale sui diritti umani". La ragione di ciò sta nel fatto inaudito che la Convenzione del 1984 sulla Tortura è stata invocata dai *Law Lords* inglesi nel 1988 per dedurre logicamente e deliberare giudizialmente il principio della "giurisdizione universale penale" nel caso Pinochet. Occorre far riferimento a ben tre sentenze costituzionali del Regno Unito, adottate dalla *House of Lords* che hanno considerato se l'ex dittatore cileno Augusto Pinochet (in territorio britannico nel 1988 per cure mediche), raggiunto da mandato di arresto internazionale di origine spagnola, avesse o meno il diritto di rivendicare l'immunità di Stato dalle accuse di tortura mosse dal tribunale spagnolo e quindi evitare l'extradizione in Spagna. Si tratta dei tre casi *R (Pinochet Ugarte) v Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate [2000]* decisi con sentenze n. 1 AC 61, n. 119 e n. 147. Le tre sentenze (specie l'ultima) hanno rivestito un fondamentale punto di svolta nel diritto penale internazionale e nel diritto dei diritti umani, gravido di conseguenze anche per il tema attuale (del diritto umano alla salute e al suo risarcimento per negligenza o dolo da parte di uno stato). La terza (n. 147) ha, infatti, riconosciuto il principio di "giurisdizione universale" di qualsiasi tribunale statale, inclusi i tribunali del Regno Unito, sui crimini di tortura (ovunque commessi), sulla base di una legge interna (*section 134 del Criminal Justice Act 1988*) e delle seguenti Convenzioni: Artt. 4 e 6 della Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio (1948); Artt. 28, 29 e 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (1961);

⁵ The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB, Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, Geneva, Editor Karen Reynolds, 2001, pp. 26-27. Vedi anche: Joint Statement of United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS, *Human Rights And Hiv/Aids Now More Than Ever*, New York, The Open Society Institute, 2009, pp. 9-10.

⁶ The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *cit.*, pp.26-27. Vedi inoltre: Joint Statement of United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS, *cit.*, pp. 9-10.

Convenzione internazionale contro la presa di ostaggi (1979); Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (1984)⁷.

2.1 Il progresso giuridico dei diritti umani alla luce degli ideali filosofici

Prima di addentrarsi nei *pro* e *contra* giuridici, è meglio confrontare il progresso attuale dei diritti umani con gli ideali regolativi che ne hanno guidato la nascita. Infatti, un primo chiaro argomento “filosofico”, a favore della “risarcibilità” del diritto umano della salute ai tempi del COVID-19, è sicuramente dato dal recente progresso della prassi internazionale sui diritti umani in relazione al progresso “ideale” della pace tra le nazioni. Nonostante la recente guerra in Ucraina, i principali ideali regolativi della filosofia del diritto occidentale, almeno nel mondo libero, fanno ben sperare nella possibilità di rendere giudicabili e risarcibili gli obblighi di tutelare la salute mondiale, nello stesso modo in cui si cerca di tutelare la pace (il primo è più fondamentale diritto umano, che certamente accompagna e precede quello della salute).

Il progresso della pace, oggi, deve (nonostante la barbarie incombente) lasciarsi misurare dal grado di attuazione dei più noti ideali di pace, primo tra tutti quello formulato dall’illuminista Immanuel Kant in *Per la pace perpetua*.

E la verifica richiede almeno due azioni: 1) identificare un tale l’ideale di pace quanto al modo in cui promuove i diritti umani e, di seguito, 2) confrontarlo con la realtà del diritto internazionale, che in qualche misura frustra sia la pace sia i diritti umani.

Al riguardo si possono sostenere almeno due sotto-argomenti del “primo” (quello per cui quando la prassi della tutela del diritto alla pace è progredita, allora lo è anche il settore dei diritti derivati come quello sulla salute), come segue:

1) Immanuel Kant ha formulato uno dei più semplici schemi ideali di progresso internazionale, in riferimento a quello che potremmo definire il primo dei diritti umani, la pace (primo cronologicamente ed anche logicamente, rispetto a quello della salute). La sua proposta era quella di attuare la pace nel diritto pubblico internazionale mediante una lega pacifica di Stati (tutti gli Stati). Ciò avrebbe comportato il superamento del ricorso usuale al “trattato” bilaterale o anche multilaterale e al relativo “arbitrato”, che impedirebbero la guerra solo tra un numero limitato di Stati. Si perverrebbe, invece, all’equilibrio delle “forze” (che annulla il rischio di guerra) mediante una federazione «che si potrebbe chiamar lega della pace (*foedus pacificum*), distinta dal trattato di pace (*pactum pacificum*)». Il secondo, bilaterale o anche multilaterale «mette[rebbe] fine ad una guerra», la prima «invece a tutte»⁸. Era pur vero come Kant, ai suoi tempi, riferisse tale ideale regolativo per la pace internazionale al solo campo del diritto naturale, cioè all’attuazione legislativa (convenzionale) della naturale tensione alla pace della natura umana e, per di più, solo in generale, senza parlare di un vero e proprio “diritto umano alla salute”, - ma la comprensibilità di questo schema rimane del tutto possibile anche oggi.

2) Ora, l’ideale illuministico di Kant, sul fondamento “militare-coattivo” del diritto internazionale, è del tutto attuale. Infatti, è stato storicamente realizzato (almeno in parte) dalla Società delle Nazioni e poi dall’ONU; inoltre, è affine alla più nota teoria del diritto internazionale, quella di Hans Kelsen, che baserebbe la sua “validità” sulla finale garanzia della forza militare in grado di proteggerlo e attuarlo.

3) Il nucleo comune di queste idee è che il diritto internazionale possa qualificarsi giuridico solo se il suo sistema è coercitivo e se centralizza il potere coercitivo; tali idee appaiono chiaramente in H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*. La conclusione necessaria è che se la forza

⁷ R (*Pinochet Ugarte*) v *Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate* [2000] decisi con sentenze n. 1 AC 61, n. 119 e n. 147 del 2000.

⁸ I. Kant, *Per la pace perpetua*, traduzione di A. Massoni, a cura di G. Landolfi Petrone, Milano, Sonzogno, 2015, p. 38.

protegge la pace mondiale, attraverso un qualche tipo di equilibrio, allora il progresso della pace è tangibile e rende attuabile anche una tutela universale del diritto (o dei diritti) alla salute⁹.

Ora, la struttura ipotetica dell'ideale kantiano è la seguente: Se una rete di accordi tra i singoli non preclude la guerra, allora occorre un accordo unico tra tutti i popoli in forma di lega. Se non vi è un diritto internazionale che disponga della forza coattiva delle armi per spegnere focolai locali-regionali di guerre tra gruppi di Stati, allora la forza dovrà concentrarsi in un'entità conglobante, che annulli le guerre al suo interno ed eserciti la forza solo per fini di "polizia", in tal modo fondando una perpetua validità e pacificità del diritto internazionale («Il diritto internazionale deve esser fondato sopra una federazione di Stati esteri»)¹⁰.

La continuità con la teoria kelseniana è notevole. Infatti, che la realtà del diritto internazionale sia quella di un diritto fondato chiaramente sulla "forza" è tipico delle riflessioni di Hans Kelsen. Questi fonda sulla "potenza" degli apparati governativi la "validità" del diritto internazionale, la sua "giuridicità". In conclusione, il progresso consiste in ciò: Le stesse norme "cogenti", che tutelano la pace, tutelano anche i diritti umani (anche sulla salute), in quanto ogni ordinamento giuridico deriva da un sistema protetto *in extremis* anche dalla guerra¹¹.

Storicamente queste tesi sono sorprendentemente "verificate" dalla realtà della prassi internazionale, cioè dall'esistenza di molteplici basi americane e NATO. Queste assicurano la validità del diritto internazionale in Europa, nel Mediterraneo e nel Medio Oriente. Inoltre, tutelano la pace nello specchio di mondo generalmente occidentale ed europeo. Non solo, in modo del tutto discreto dalla fine della Seconda guerra mondiale confermano la teoria kantiana e quella kelseniana, garantendo pace e rispetto dei diritti umani (salute pubblica) anche solo mediante la minaccia militare (*moral suasion*).

Ciò è talmente vero che esiste una fitta trama di trattati militari che, dopo la (seconda) grande guerra, garantendo la permanenza di forze militari in Europa, a loro volta garantiscono tutto l'impianto "secondario" di convenzioni internazionali "a tutela dei diritti umani".

Solo in Italia vi sono quasi 113 tra basi USA e NATO. I trattati militari che garantiscono tale permanenza di quartieri, basi e dipartimenti militari sono, in parte, di pubblico dominio, in parte segreti: 1) Le clausole segrete della «Convenzione d'Armistizio» del 3 Settembre 1943; 2) Le clausole segrete del «Trattato di pace» imposto all'Italia, il 10 Febbraio del 1947 (Parigi); 3) Il «Trattato NATO» firmato a Washington il 4 Aprile 1949, entrato in vigore il 1 Agosto 1949; 4) L'«Accordo segreto USA-Italia» del 20 ottobre 1954 (Accordo firmato esclusivamente dai rappresentanti del Governo di allora e mai sottoposto alla verifica, né alla ratifica del Parlamento); 5) Il «Memorandum d'intesa USA-Italia» o «Shell Agreement» del 2 Febbraio 1995¹².

1. Dottrina dei diritti umani tutelati dalla forza e i recenti fatti relativi al COVID

La dottrina formulata dal paragrafo precedente è certamente fedele alla storia e agli ideali filosofici occidentali e, tuttavia, insufficiente e deludente. L'ipotesi kantiana, così simile a quella kelseniana sul fondamento "bellico" di validità del diritto internazionale, è in realtà contraddittoria, nei riguardi dei diritti umani. Essi sembrerebbero più espressione della civilizzazione, intesa p.e. da Karl Popper come diminuzione del tasso di violenza della civiltà, che di un indiscriminato amor di guerra.

⁹ H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations, The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1952, pp. 48-51, 56-81. V. D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, «Jura Gentium» (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale), sito web: <https://www.juragentium.org/topics/thil/it/kelsen.htm> 2007.

¹⁰ I. Kant, *Per la pace perpetua*, cit., p. 34.

¹¹ D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, cit., che deduce tale teoria di Kelsen dalle sue opere: *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), Giuffrè, Milano, 1989, e *Principles of International Law* (1952).

¹² A. B. Marantoni, *Dal 'Mare Nostrum' al 'Gallinarium Americanum'. Basi USA in Europa, Mediterraneo e Vicino Oriente*, Saggio comparso in «Rivista Eurasia», diretta da T. Graziani, fascicolo 3 del 2005, pp. 81-94.

Per Popper, più che il frutto della storia delle guerre in Europa, «lo Stato di Diritto nasce proprio dall'eliminazione della violenza, il livello di civilizzazione di una società si deduce dalla capacità di eliminare o ridurre al minimo la violenza e si basa su una necessaria limitazione della libertà personale, nell'ottica di massimizzare la libertà di ciascuno nei limiti imposti dalla libertà altrui»¹³. Ora, l'idea di Popper deriva da Kant, quando individua l'origine del "diritto" nella reciproca limitazione delle libertà, in un patto quasi-economico tra "soggetti egoistici" che accordano in modo ottimale i rispettivi poteri in contrasto. Tuttavia, Popper smentisce Kant e Kelsen quanto alla fonte giuridica di tali fenomeni, stato di diritto e diritti umani: non la forza militare, ma la diminuzione del tasso di violenza come "civilizzazione" sarebbe fattore della loro genesi.

Ciò sminuisce categoricamente il ruolo di sanzione, forza coercitiva e "guerra giusta" quali fondamenti, contenuti e garanzia del "diritto" (umano). Essi garantirebbero tutela solo secondaria, ancillare, "strumentale".

Tuttavia, l'ipotesi kantiana non ne risulta smentita, anzi realizzata dall'ONU e dai suoi organismi coordinati, anche in riferimento ai particolari "diritti umani alla salute". L'unica incrinatura nel sistema risiederebbe nella sorprendente prassi internazionale dell'ONU di affiancare a sé "organizzazioni nazionali" di tutela, le NHRI (*National Human Rights Institutions*). Le quali, pur essendo di derivazione Statale e sotto l'egida dell'ONU (le NHRI si conformano ai "Paris Principles" dell'ONU dell'ottobre 1991 e sono partecipate sia da rappresentanti governativi che non governativi), invece, lottano alacremente per limitare il predominio degli interessi degli Stati sovrani, mediante penetranti poteri di indagine e sollecitazione.¹⁴

La dottrina fondamentale da cui dipendono i diritti umani alla salute, tuttavia, è manifestata, nonostante queste oscillazioni, in un documento ONU. In esso si rintracciano proprio le direttive dell'ideale kantiano di una Lega delle Nazioni (pacificatrice per mezzo della forza) e, di riflesso, la correlata tutela della salute.

Si parla della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che all'art. 25 recita: «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia...». Il mondo ha guardato a questo nucleo di diritto internazionale ONU nei difficili mesi della pandemia. Ma tale dichiarazione di diritto è garantita dalla forza (dell'ONU)...

Il quarto potere, la stampa, non smentisce tale teoria. I principali giornali mondiali, durante l'emergenza COVID-19, hanno guardato al diritto internazionale come a un preziosissimo parametro di riferimento per la difesa dell'umanità dal rischio biologico.

Gli stessi Stati del mondo hanno invocato questo strumento contro la pandemia del COVID-19, per fondare "giuridicamente" l'obbligo della Cina, uno Stato indipendente, di risarcire i danni alla salute da loro subiti, durante e dopo l'emergenza, in termini di vite umane e di danno all'economia nazionale.

Già dai primi del giugno 2020 gli organi di stampa e gli altri media riferivano che la pretesa responsabilità della Cina per l'epidemia mobilitava vari Stati per chiedere risarcimenti alla Cina. Si andava dalla denuncia pubblica dei dirigenti cinesi alla Corte penale internazionale, alle petizioni di privati cittadini per indurre un singolo Stato a farsi promotore di un'azione, alle *class action* intraprese da cittadini americani in California, Florida, Nevada e Texas, alla causa civile depositata dallo Stato del Missouri in una corte federale (lamentando la perdita di vite umane e danni per decine di miliardi di dollari)¹⁵.

Da parte sua, Pechino, con il portavoce del ministero degli Esteri, Geng Shuang, ricordava come le misure adottate dalla Cina fossero «al di fuori della giurisdizione dei tribunali americani»,

¹³ A. Borghini, *Karl Popper. Politica e Società*, Milano, Franco Angeli, 2000, p. 130.

¹⁴ I principi stabiliscono uno standard minimo di indipendenza dai governi, che fu approvato nel 1992 dalla *Commission on Human Rights* e nel dicembre 1993 dall'Assemblea delle Nazioni Unite.

¹⁵ M. T. De Luca, *Cina. Fioccano le richieste di risarcimento danni per l'epidemia di COVID-19*, articolo in «Bari, Il progresso», magazine online, edizione giugno 2020: <https://ilprogressonline.it/2020/06/cina-fioccano-le-richieste-di-risarcimento-danni-per-lepidemia-di-COVID-19/>

inoltre definendo “questa cosiddetta denuncia, che non si basa su fatti o prove» come «completamente assurda». Ciò nonostante, in Europa, in Francia, nel Regno Unito ed in Italia i Codacons raccoglievano adesioni per azioni presso i rispettivi tribunali domestici. In Italia, p.e., destava stupore l’iniziativa dell’Hotel De La Poste di Cortina d’Ampezzo di convenire in giudizio il ministero della Sanità cinese dinanzi al Tribunale di Belluno.

Come sopra, gli esperti hanno, tuttavia, in vario modo sconfessato tali iniziative. In considerazione dell’elementare principio di diritto internazionale per cui lo Stato estero non può essere convenuto in giudizio, su questioni connesse all’esercizio della sovranità, nel cui *genus* ricadono le attività pubblicistiche di gestione della salute, un’attività originaria e indipendente (*superiorem non recognoscens*). Perciò, a poco vale l’obiezione che in Cina l’attività espletata negligenzemente dal laboratorio di *Wuhan* fosse di natura privatistica (ovvero destinata alla fabbricazione e commercializzazione di prodotti farmaceutici). Peraltro, simili *class action* avviate dagli USA hanno, in modo contraddittorio, chiamato in causa addirittura il partito comunista cinese e il presidente della Repubblica; dimenticando del tutto che il partito comunista si identifica con lo Stato e il Presidente *Xi Jinping*, nella sua qualità di capo di stato, e che questi è protetto dall’immunità di organo, essendo quindi la sua condotta direttamente imputabile allo Stato cinese. Il risultato inevitabile di tali sforzi è stato che i tribunali hanno dovuto giocoforza dichiararsi incompetenti a giudicare la controversia.

Lo stesso dicasi per l’Italia. Anche se la giurisprudenza italiana ammette un’eccezione al principio di immunità, quando le attività sovrane di uno Stato estero ledano principi inderogabili del diritto internazionale, tuttavia, il tribunale, che si dichiara competente per la *class action*, avrebbe scarse probabilità di successo nel far eseguire la sentenza vittoriosa. Infatti, porre sotto sequestro beni cinesi nello Stato italiano si scontrerebbe contro i trattati firmati dall’Italia per la protezione degli investimenti stranieri, oltre che con una consolidata consuetudine internazionale che assicura l’extraterritorialità diplomatica di tali beni in molti casi.

L’agenzia Reuters ha riportato, tuttavia, l’opinione di vari esperti di diritto internazionale, che, interpellati come Tom Ginsburg, professore di Diritto internazionale all’Università di Chicago, hanno sottolineato come la dottrina legale dell’immunità sovrana garantisca ai governi stranieri ampia protezione da eventuali cause intentate presso tribunali americani; o come Chimène Keitner, professore di Diritto internazionale dell’Università della California, che hanno consigliato di intentare causa alla Cina solo presso una corte internazionale. Ma di queste difficoltà ed eccezioni, relative alla “maturità” del diritto internazionale sul tema salute, si parlerà nel prossimo paragrafo¹⁶.

Conclusivamente e intanto, queste notizie¹⁷, esaminate alla luce della crescente integrazione tra gli Stati del mondo come auspicata da Kant in *Per la pace perpetua*, confermano quanto l’ideale progresso dei diritti umani collegati alla pace e alla salute abbia trovato un valido riscontro sia nei fatti della generale mobilitazione di Stati, privati ed imprese sia nella recente evoluzione del diritto convenzionale e delle istituzioni ONU. La lotta tra il “monolite” degli Stati sovrani ed i difensori dei diritti umani (anche della salute) prosegue...

1. *Il recente progresso della consuetudine sui diritti umani della salute*

In generale, i diritti umani sono oggetto di dichiarazioni di principio internazionale, che hanno rango costituzionale. Quello in cui l’Italia inserisce tali dichiarazioni nel sistema delle fonti; come chiarito da due sentenze gemelle nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale, che hanno risolto un conflitto tra legge italiana e convenzione CEDU (Conv. Eur. per la salvaguardia dei diritti dell’uomo), assegnando a quest’ultima lo stesso rango dell’art. 117, primo comma, Cost.¹⁸.

¹⁶ M. T. De Luca, *Cina. Fioccano le richieste di risarcimento danni per l’epidemia di COVID-19*, cit.

¹⁷ M. T. De Luca, *Cina. Fioccano le richieste di risarcimento danni per l’epidemia di COVID-19*, cit.

¹⁸ CEDU del 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953 e ratificata dall’Italia con L. 4 agosto 1955, n. 848.

Anche i diritti della salute godono dello stesso rango costituzionale e, nella maggioranza delle aree geopolitiche, si consolida la consuetudine internazionale di approvare, su tali diritti, molteplici atti e trattati di pari importanza¹⁹.

Tuttavia, la tutela internazionale “positiva” del diritto alla salute pubblica è debole, in relazione all’importante caso della “negligenza grave”. Anche se esistono molteplici previsioni di “reato”, tutt’altro che teoriche, raccolte e sanzionate in molti strumenti pattizi internazionali, tuttavia manca una fattispecie “tassativa”, che permetta di condannare come Crimini contro l’umanità le possibili ed eventuali “negligenze” di Stati, diversi dalla Cina, impegnati nello sviluppo di armi biologiche.

Tra i molteplici patti internazionali che tutelano la salute si possono menzionare i seguenti²⁰: (i) Convenzione sui diritti dell’infanzia, articolo 24 (Salute); (ii) Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, articolo 25 (condizioni di vita); (iii) Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, articolo 6 (diritto alla vita); (iv) Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, articolo 12 (Salute); (v) Convenzione sull’eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne, Articolo 14 (condizioni di vita).

In effetti, queste generali fattispecie para-costituzionali sono già state attivate in indagini concrete. Vi è il precedente del Presidente Brasiliano, *Jair Messias Bolsonaro*, a suo tempo indagato (ma senza esito) ex art. 53 dello Statuto di Roma (istitutivo della Corte Penale Internazionale, CPI), per la sua negligenza nel non fronteggiare, con misure governative, la pandemia di COVID-19. L’indagine è stata avviata dall’Associazione brasiliana dei giuristi per la democrazia (*Associação brasileira de juristas pela democracia*, ABJD). L’ABJD ha esplicitamente denunciato alla CPI la sussistenza di un crimine contro l’umanità, per effetto della fattispecie di “atti inumani [...] diretti a provocare [...] grandi sofferenze o gravi danni all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale” ai sensi dell’art. 7(1)(k) dello Statuto di Roma²¹. La CPI ha avuto diritto, peraltro, di applicare al caso la stessa lista essenziale di convenzioni internazionali sopra citate, ai sensi dell’art. 1 dello Statuto. Non solo: la capacità della CPI di giudicare non è mai stata limitata dall’immunità di organo del presidente *Bolsonaro*, dato che ai sensi dell’art. 27(1) dello Statuto di Roma, la carica Presidenziale “non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale” per la commissione di crimini internazionali. La CPI ha quindi il potere di rivendicare giurisdizione sulla persona fisica; inoltre, in modo complementare ad una corte statale (precedente per crimini internazionali contro la salute), ha giurisdizione qualora lo Stato “non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento”, ex art. 17(1)(a) dello Statuto.

Tuttavia, lo Statuto (come preannunciato in premessa) non contiene un’”esplicita” previsione di un delitto contro la salute, l’art. 7 ha una formulazione generica e purtroppo *residuale*, per cui la giurisdizione della CPI corre comunque il rischio di non identificare correttamente una negligenza di Stato e dei relativi organi. La condotta di *Bolsonaro* (negligente o volontaria attività di disinformazione sui rischi per la popolazione, unita all’omissione di qualsiasi misura di confinamento contro la diffusione del COVID-19, come richiesta dalle autorità nazionali e internazionali) è analogicamente riducibile agli “atti inumani [...] diretti a provocare [...] grandi sofferenze o gravi danni all’integrità fisica o alla salute fisica o mentale”, di cui art. 7(1)(k), - ma l’analogia è formalmente vietata o non ammessa nel campo penale (internazionale), occorrendo sempre, per l’incriminazione, la previsione “tassativa”.

¹⁹ (1) Protocollo aggiuntivo alla Convenzione americana, Articolo 11, (2) Carta africana, Articolo 24, (3) Convenzione europea dei diritti dell’uomo, articoli 2, 8 e 10, (4) Convenzione di Århus, (5) Dichiarazione di Rio (1992), (6) Dichiarazione di Stoccolma (1972), (7) Convenzione ILO n. 169 relativa alle popolazioni indigene e tribali in India e nei Paesi indipendenti (1989), articoli 2, 6, 7 e 15, (8) Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile (2002), (9) Programma ambientale ONU (UNEP, 1999), (10) Bozza di Dichiarazione di principi delle NU sui diritti umani e l’ambiente (1994), (11) Brundtland Report (1987).

²⁰ N. Lanzoni, *La (mancata) risposta di Bolsonaro al COVID-19: un crimine contro l’umanità?*, «Jus in Itinere», 20 aprile 2020 in www.iusinitinere.it/la-mancata-risposta-di-bolsonaro-al-COVID-19-un-crimine-contro-lumanita-27011

²¹ N. Lanzoni, cit., *passim*.

Tra l'altro, tra le condotte che la CPI ha qualificato, nella sua anteriore giurisprudenza, come «atti inumani» figurano casi del tutto diversi, come il bombardamento di luoghi di aggregazione sociale, l'aver inferito mutilazioni, l'aver ordinato o posto in essere deportazioni e la pratica delle sparizioni forzate, la morte di una o più persone, cioè varie forme di «omicidio» o «sterminio»²².

Conclusivamente, “*de jure condendo*”, è un vero problema la mancanza di una previsione esplicita di crimini contro l'umanità in relazione alla salute (di natura dolosa o colposa). Nonostante la nutrita serie di convenzioni, sembra che manchi un unico “diritto alla salute”, nonché un unico “obbligo universale” e un'unitaria “giurisdizione”, anch'essa “universale” per difenderla. La giurisdizione universale richiederebbe in particolare il potere di giudicare di qualsiasi tribunale statale, indipendentemente dalla territorialità del crimine e dalla sovranità dello stato terzo responsabile.

Se in un futuro prossimo ogni tribunale regionale o statale potesse condannare tali crimini, senza ricorrere ad una Corte di Giustizia Internazionale, che operi in forma arbitrale e con il mero consenso degli Stati legati da un trattato, - cioè rappresenterebbe un enorme progresso della pace tra le nazioni. Forse ben oltre i pur audaci ideali regolativi degli illuministi I. Kant e H. Kelsen, del tutto confinati nella speranza di un ottimale (razionalistico) equilibrio di forze militari²³.

4.1 *L'eccezione dell'immunità e della sovranità statale contro i diritti della salute*

La svolta nell'evoluzione del diritto umano della salute, deriva, oggi, da una crescente limitazione del potere degli Stati Sovrani (superiorità ed indipendenza). Oggi si rivendica per tutto il sistema dei diritti umani una “priorità assoluta”. Che consiste, non solo, nel fatto che l'“Umanità” esiga prepotentemente, attraverso la “rete” dei molteplici enti, ONG, OG, NHRI, dei diritti nei riguardi degli Stati, bensì anche nel fatto che inizi persino a disconoscere il fondamento Statale.

Non la forza dello Stato o dell'ONU (una lega di Stati) fonderebbe l'impianto legale e sanzionatorio della “validità giuridica” dei diritti umani (anche della salute), bensì qualcosa d'altro. L'umanità dissente dall'idea di un potere assoluto, immune da responsabilità. L'immunità fondata sulla funzione svolta, che proteggeva il funzionario dello stato colpevole, non esime, più, per l'opinione pubblica mondiale un Putin o un Bolsonaro dalla colpa per un delitto contro l'umanità. I capi di stato non possono più lecitamente dire di essere un “mero organo” o che lo Stato *par in parem non habet iurisdictionem* (principio di sovrana uguaglianza tra gli Stati).

Esemplare sarebbe stato il caso *Bolsonaro* e della Corte Penale Internazionale. La CPI avrebbe potuto giudicare il Presidente *Bolsonaro* senza il limite dell'immunità di organo, se il giudizio preteso da alcune associazioni per le sue negligenze sul COVID si fosse instaurato (!), perché per l'art. 27(1) dello Statuto di Roma la carica Presidenziale “non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale” (per crimini internazionali). Non solo: La CPI avrebbe potuto rivendicare giurisdizione in modo “complementare” al potere giudicante di una corte statale (che potrebbe farsi carico del processo per i crimini internazionali, anche, contro la salute), potendo giudicare qualora lo Stato “non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento”, ex art. 17(1)(a) dello Statuto.

Questa attenuazione della sovranità nazionale è la chiave di volta per sospettare un'evoluzione prossima futura di un diritto umano “*absolutus*” (cioè, sciolto da limiti territoriali, di tempo e personali), costruito su una razionalità universale (“*ratione materiae*” e “*ratione personae*”). E che sarà un diritto “diffuso” di qualsiasi persona, individuo o Stato, di vedersi “risarcire” (anche per la salute, minata dal COVID-19) il danno umano ed economico da parte degli Stati responsabili. Non solo: la responsabilità degli Stati sarà “assoluta” (“*universal accountability*”).

²² N. Lanzoni, cit., *passim*.

²³ D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, cit., *passim*

1. *La nuova genesi consuetudinaria dei diritti umani della salute*

Sui diritti umani (anche quelli della salute) sta maturando una nuova consuetudine internazionale, negli ultimi anni. Quella di ritenere “responsabili” gli Stati, per la violazione di norme internazionali sui diritti umani.

Il tema della *State Accountability* (responsabilità dello Stato) è dunque il focus del presente contributo. Esso è, in modo non ovvio, il “futuro prossimo” dei diritti umani (anche di quelli della salute) e della relativa consuetudine internazionale, una fonte di progresso della pace, forse, ben più audace dei pur lungimiranti ideali regolativi di Kant e Kelsen.²⁴

L’argomento deriva dalla stretta connessione tra *Governmental Accountability* e i c.d. “regimi internazionali”. Si ipotizza che la responsabilità dello Stato si fondi, anziché “solo” sui trattati e sulla giurisdizione delle corti internazionali di giustizia arbitrali come la CPI, “anche” su alcuni ordini internazionali decentrati, i predetti regimi. Nel campo dei diritti umani della salute ciò è chiaramente esemplificato dai regimi emergenti all’esito dell’attività di due note OG, 1) *The Stop Tuberculosis Partnership Secretariat del WHO* e 2) *lo United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS*.

I regimi internazionali operano anche nel campo dei diritti umani e sono simili strutturalmente a quelli esemplificati, nel commercio estero, dalla *Lex Mercatoria*, dagli usi e dalle consuetudini commerciali, dagli standard tecnici, da quelli di certificazione, ecc. Quelli emersi “anche” nel campo dei diritti umani, sorgono proprio per supplire all’“irresponsabilità” e alla “non-cooperazione” degli Stati. Essi, peraltro, sono in grado di porre obblighi giuridici internazionali del tutto effettivi e sanzionati, anche in assenza di una polizia e/o giurisdizione centralistica e/o di un sistema deterrente di sanzioni militari.

Estrapolando, si può, persino, dedurre l’ipotesi del tutto legittima e originale che la genesi stessa dei diritti umani si compia all’interno degli anarchici “regimi internazionali dell’*Accountability*” e che qui siano anche autonomamente tutelati²⁵.

Questa ipotesi “imbelle” potrebbe distaccare dallo Stato la fonte del diritto umano e finalmente renderlo “*absolute*” (*absolutus*, universale), quanto più lo svincola dalla garanzia della forza “contingente” (relativa) degli eserciti statali.

Occorre, però, identificare quei regimi “effettivi” in tema di *State Accountability* che smentiscono l’ipotesi cruciale che solo la Forza Statale centralizzata (o una Lega di Nazioni Unite) sia il fattore genetico “giuspositivo” dei diritti umani²⁶.

5.1 *I regimi come fonte del diritto internazionale*

Si può persino pensare che tali regimi “pacifici” gettino luce anche sulla stessa “origine” del diritto internazionale, dato che la dottrina in materia riconosce ai “regimi internazionali” (2) di essere una fonte d’ordine internazionale, (3) d’impedire la guerra tra gli agenti mondiali, (4) d’assicurare un *background* di regole condivise alle istituzioni mondiali, (5) di correggere le deficienze di quest’ultime, (6) di diffondere trasparenza ed informazione tra gli Stati, (7) di porre le basi per la persistenza delle istituzioni internazionali, (8) di creare proprie istituzioni che influenzano quelle

²⁴ Joint Statement of United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS, cit., p. 7-8: I principi qui enunciati, nn. 7 ed 8, collegano diritti umani e *accountability* ai diritti della salute. Vedi inoltre: The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB. Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, cit., p. 22: Il testo parla del pressante obbligo degli Stati di assicurare standard sanitari adeguati, sotto pena di *governmental accountability*.

²⁵ R.O. Keohane, *The demand for international regimes*, «Review: International Organization 36, 2, Spring 1982», Massachusetts, MIT Edit, 1982, pp. 344-345. P. Hunt, *Neglected diseases: a human rights analysis*, Geneve, Edit. World Health Organization, 2007, p. 4: “*Human rights declarations are non-binding, although many of them include norms and principles that reflect binding customary international law*”.

²⁶ P. Hunt, *Neglected diseases: a human rights analysis*, cit., p. 4.

mondiali preesistenti e (9) di compensare, infine, la decadenza nel tempo dell'ordine egemonico statale²⁷.

Ora, che il diritto internazionale possa sorgere dai regimi deriva da un quadro di osservazioni non solo giuridiche, ma anche sociologico-matematiche, politologiche ed etiche. Tuttavia, la premessa maggiore del discorso è realmente “giuridica”. Il punto di partenza è, infatti, la doppia conseguenza giuridica che ogni violazione dei diritti umani (anche della salute) provoca,

- (i) sia con la prassi internazionale della “mobilitazione interna ed internazionale”, che è atto giuridico di “forte dissenso” verso lo “stigma sociale”, la “vergogna” e lo “scandalo” che le violazioni dei diritti umani (anche della “salute”) determinano²⁸,
- (ii) sia con quel processo di mobilitazione, altrettanto “giuridico”, dell’invocata “*governmental accountability*”, cioè della “responsabilità dello Stato”, chiaramente di tipo sanzionatorio e risarcitorio, attivata o da individui o da ONG o da NHRI (*National Human Rights Institutions*).

La (i) mobilitazione e (ii) l’*accountability*, come lotta e dissenso verso lo “stigma sociale”, sono “atti unilaterali giuridici” di soggetti di vario tipo (ONG, OG, NHRI, comunità diffuse). Forse, non sono neanche una forma eterodossa di *Soft Law*, perché non tendono ad applicare alcuna sanzione, per rimediare allo “stigma” subito dalle “vittime” di crimini contro l’umanità (diverso chiaramente dallo stigma, inteso come “vergogna”, di cui sono portatori i “carnefici” per i loro atti). Semmai, sono una *Soft Law sui generis*, dato che, pur non infliggendo ai responsabili sanzioni militari, condanne a morte, reclusione o altri tipi di afflizione penale, applicano sanzioni *soft* come censura, esclusione, riprovazione, denuncia e simili, e, in aggiunta, non escludono la “riconciliazione” tra le comunità dei carnefici e delle vittime²⁹.

Questa tesi apparentemente “contro-fattuale” sull’emersione dei diritti umani nei due atti giuridici (i) della mobilitazione e (ii) *governmental accountability* deriva dall’esame attento della prassi delle ONG e OG (organizzazioni governative e NHRI) e della consuetudine, non solo, a stipulare determinati trattati, ma anche a sviluppare alcune “*buone pratiche*” rese effettive da strumenti diversi dalla forza (p.e. il monitoraggio, la denuncia, il rapporto, l’attività di Lobby, ecc.)³⁰.

Il dato saliente è, però, che questo sviluppo di pratiche e il non difenderle con la forza, ma imporle come una forma di superiore “civilizzazione”, è esattamente un “regime internazionale”, la cui natura sarà definita tra breve, e non un “trattato”, cioè una fonte del diritto autonoma.

Infatti, il concetto essenziale di (i) mobilitazione e (ii) di *governmental accountability* è già posto dai trattati a fondamento dell’efficacia ed effettività dei diritti umani (inclusi quelli relativi alla salute pubblica). La “nuova genesi” del diritto umano risiede, invece, nell’aspettativa, esterna ai trattati, che i trattati pongano “anche” adeguati “standard sanitari”. È questo il caso p.e. delle due note OG, 1) *The Stop Tuberculosis Partnership Secretariat del WHO* e 2) lo *United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS*. La loro attività, ponendo tali “standard” compete “con i trattati” nel dar vita a sistemi di regole accoppiati e neo-istituzioni: appunto, i “regimi internazionali” di cui sopra.

²⁷ R.O. Keohane, *The demand for international regimes*, cit., pp. 325, 332, 334, 338, 340, 348-350.

²⁸ Joint Statement of United Nations High Level Meeting on HIV/AIDS, cit., pp.7 e 10. The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB. Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, cit., pp. 8, 13, 20, 22-23.

²⁹ Un abbozzo di *accountability* degli Stati è contenuto nella Convenzione CEDU, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1953), art. 13. Vedi per il profilo del rimedio allo stigma sociale derivante dal mancato rispetto di adeguati standard sanitari: P. Hunt, *Neglected diseases: a human rights analysis*, cit., pp.27 ss. Sul concetto di mobilitazione, The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB. Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, WHO Edit., Geneve, 2001, pp.7-9. Sulla connessione necessaria tra diritti umani, pace e riconciliazione, D. Tutu, *Nobel Lecture*, «Nobel Lectures, Peace 1981-1990», Singapore, World Scientific Publishing Co., 1997.

³⁰ P. Hunt, *Neglected diseases: a human rights analysis*, cit., pp. 27-28.

L'attività di questi regimi è sintomaticamente rivelata dai seguenti indizi. Il loro effetto comporta una consuetudinaria (i) "mobilitazione sociale" diffusa ed (ii) una *accountability* che pretende rimedi contro lo Stato o Stati terzi, attraverso un uso distribuito del potere (potere di rete) come il ricorso a (1) meccanismi giudiziari, ad es. contenzioso in tribunale, (2) meccanismi quasi giudiziari, ad es. processi di mediazione e commissioni nazionali per i diritti umani, (3) meccanismi amministrativi, ad es. preparazione, revisione e pubblicazione di report valutativi del rispetto dei diritti umani; (4) meccanismi politici, ad es. processi e inchieste parlamentari o petizioni per abrogazione di leggi³¹, (5) a livello internazionale, comitati di esperti indipendenti, che controllano il rispetto dei diritti da parte degli Stati, (6) rapporti informativi redatti obbligatoriamente dagli Stati o rapporti di ONG, NHRI ed OG, (7) a livello regionale, meccanismi di monitoraggio e responsabilità di organizzazioni intergovernative come il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione degli Stati americani e l'Unione Africana³².

5.2 Definizione dei regimi internazionali

Le "reti di potere" diffuso e "pacifico" di cui sopra sono denominate "regimi internazionali" e la loro spiegazione teorica rimanda alla matematica economica delle "reti sociali"³³. Il "regime internazionale" sarebbe, da un lato, un "insieme di principi impliciti o espliciti, norme, regole e procedure decisionali attorno alle quali convergono le aspettative degli attori" in una varietà di settori delle relazioni internazionali (commercio, navigazione, diritti umani, ecc.)³⁴. D'altro lato, sono strutture sociologico-matematiche descritte dalla letteratura come l'operare di una vera e propria "rete di attori sociali", le cui condotte hanno rilievo "micro-economico"³⁵.

L'approccio micro-economico e "matematico" deriva da fondamentali autori come Stephen Krasner e Robert Keohane³⁶. Peraltro, il tema (delle reti) non è del tutto estraneo agli stessi ideali illuministici di "pace". Lo stesso schema ideale di Lega Pacifica degli Stati di Kant è, in fondo, una semplificata e minima applicazione della matematica delle reti (economizzare forza e violenza, legando in equilibrio tutte le forze in una rete di stati, il *foedus pacificum*).

In particolare, il modello di Robert Keohane spiega nel pionieristico articolo *La domanda di regimi internazionali* i regimi come interazioni micro-economiche di alcuni agenti mondiali (Stati, istituzioni statali e non-statali, ma anche, soprattutto, operatori del diritto), che generano una sorta di abbozzo di prassi e consuetudine internazionale, ben poco garantita dalla forza. In tal modo, le scelte razionali e utilitaristiche di vari agenti egoisti della politica mondiale, già legati da una rete di rapporti (sociali), "convergerebbero" verso un conscio, anarchico ma "cooperativo" (pacifico) insieme di utilità, costitutive di un sistema di vincoli: il "mercato dei regimi"³⁷.

Questa tensione verso nuovi vincoli e incentivi è una logica collettiva (di una rete senza protagonisti unici) ed ha l'esito o di creare un regime internazionale o di procurare un'adesione crescente ad uno preesistente. Il fenomeno è esemplificato, - nel commercio estero-, dalla nascita

³¹ Sulla promozione di abrogazioni di leggi come forma di *State Accountability* per violazioni dei diritti della salute, vedi UNFPA 2019, *A Guide in Support of National Human Rights Institutions: Country Assessments and National Inquiries on Human Rights in the Context of Sexual and Reproductive Health and Wellbeing*, New York, UNFPA, 2019, p. 11.

³² P. Hunt, *Neglected diseases: a human rights analysis*, cit., pp. 27-28. Un esplicito riconoscimento convenzionale ai meccanismi di *governmental accountability* è anche contenuto nel paragrafo 28 della *Amman Declaration and Programme of Action* adottata dall'ICC, la Commissione Internazionale di Coordinamento delle NHRI tenutasi in Giordania tra il 5 e il 7 novembre 2012.

³³ Per l'impiego della teoria sociologico-matematica dei networks di istituzioni e altri soggetti internazionali vedi il riferimento fatto al lavoro di Maoz e altri (2006), in M.D. Ward, K. Stovel, A. Sacks, *Network Analysis and Political Science*, «Annual Rev. of Polit. Sci.», 2011, n.14, on-line in *polisci.annualreviews.org*, p. 251.

³⁴ R.O. Keohane, *The demand for international regimes*, cit., p. 325.

³⁵ R.O. Keohane, cit., pp. 327 ss.

³⁶ R.O. Keohane, cit., *ibidem*.

³⁷ R.O. Keohane, cit., pp. 325, 338, 342.

spontanea (pacifica) di nuovi standard tecnici, regole di certificazione e clausole stereotipate che divengono p.e. i nuovi INCOTERMS, ecc. Altro esempio, in ciò che ci riguarda, nel campo dei diritti umani della salute, è dato dalla nascita di nuovi standard sanitari, di buone pratiche per i governi elaborate dalle NHRI, dalle ONG e dalle altre organizzazioni governative³⁸.

In tutti i casi, gli attori retroagiscono ai cambiamenti di un sistema (rete), decidono o accettano i vincoli, negoziano alla pari o con attori più potenti, ma l'anarchia regna sovrana (sotto forma di pace e diritto diffuso), sotto la semplice condizione che i benefici superino i costi. La natura del regime, costituente il precipitato di tali reti, è spesso un "quasi-accordo", cioè un sistema di aspettative su regole e principi, ma anche un "abbozzo di stabile istituzione"³⁹. Infatti, essendo la funzione di un regime internazionale quella di facilitare la conclusione di accordi reciprocamente vantaggiosi, gli attori di questo modello operano all'interno di un sistema di *auto-aiuto* (Waltz) che tende alla "stabilità". Non potendo, ricorrere ad autorità superiori per risolvere i loro problemi o ricevere protezione, per Keohane, gli agenti cooperano sempre in qualche modo "istituzionale". "Cooperazione" ed "istituzione" sono termini controversi, ma il modo in cui Keohane li usa, sono quelli di una (i) conformità a regole dei comportamenti degli agenti mondiali, che permette di tradurre (ii) una "istituzione specifica" in termini di regole durevoli. Entrambe le cose, (i) cooperazione ed (ii) istituzione prescrivono ruoli comportamentali per gli attori che ne sono vincolati. Infatti, scopo dei regimi e delle loro istituzioni e procedure è ridurre l'incertezza e il rischio, migliorando la quantità e la qualità delle informazioni disponibili per i partecipanti. Invece, l'inganno e la non-trasparenza, tipica di un soggetto egemonico e sovrano come uno Stato monopolizzatore della forza militare, sono meno redditizi di un "gioco istituzionale continuo e stabile": di qui la spiegazione "economico-matematica" di come i regimi "creino istituzioni", siano trasparenti e facciano a meno di Stati e forza

40

È, insomma, l'ipotesi che la genesi "istituzionale" del "diritto internazionale stesso" poggi su un ambiente di regimi internazionali, nati da una rete sociale anarchica anziché da Stati militarizzati. Anche gli Stati Sovrani, da parte loro, offrono "dall'alto" regimi (teoria della stabilità egemonica), ma il loro mercato è un modello economico-matematico fallimentare, a causa della notevole instabilità della politica mondiale. Nasce spontaneamente una "domanda di altri regimi internazionali", con migliori costi di transazione, senza lo "spionaggio" degli Stati sovrani e senza la loro non-trasparenza informativa. In tal modo, il commercio, le altre attività globali e l'umanità in generale trovano risposte decentrate più efficaci e un ambiente internazionale "più confortevole", in un coerente quadro di regole, norme, principi e procedure di negoziazione⁴¹.

Su tale "confortevolezza" Keohane si richiama anche a Ronald Coase e al suo Teorema (di Coase), che afferma tre modi in cui i regimi internazionali possono aiutare gli accordi presi: a) il quadro giuridico stabilisce la "responsabilità per le azioni" (*accountability*); b) produce il più possibile un'informazione perfetta attraverso "buone pratiche" (*good practices*) o "standard"; c) porta a zero i costi di transazione, cioè attua un beneficio, in senso lato, "economico", che rende "superfluo l'uso della forza" per far rispettare le regole⁴².

Ora, questa logica di rete non è solo un vantaggio matematico-razionale e utilitaristico. Il suo modello anarchico e cooperativo (appunto di rete, sistemico e non egemonico) è persino un fattore etico genuino di genesi e universalità delle "istituzioni internazionali" (del diritto, dei trattati, quasi certamente dei "diritti umani" e, forse, degli stessi Stati). Per capirlo, occorre dimostrare (come si tenterà nei prossimi paragrafi) che l'egemonia e la "relativa forza militare" non sono una "condizione

³⁸ The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB. Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, cit., p.10: "Human rights refers to an internationally agreed upon set of principles and norms by governments that are contained in treaties, conventions, declarations, resolutions, guidelines, and recommendations at the international and regional levels".

³⁹ R.O. Keohane, cit., p. 333.

⁴⁰ R.O. Keohane, cit., pp. 350 ss.

⁴¹ R.O. Keohane, cit., pp. 350 ss.

⁴² R.O. Keohane, cit., pp. 336-338.

necessaria” per i regimi internazionali stabili, anzi che la forza o la sanzione (anche giusta) da sole non fondano, non garantiscono e non danno contenuto al “valido diritto internazionale”⁴³. Ma prima occorre definire, almeno in abbozzo, i caratteri generali di un valido diritto internazionale non basato né sulle “piccole” reti (piccole di numero) degli Stati Sovrani né sulla loro “forza”. Inoltre, grazie a questo risultato, si abbozzerà un modello di una “giurisdizione universale”; come accadrà nel prosieguo.

5.2 Funzione dei regimi internazionali dei diritti umani

I regimi come reti di potere diffuso svolgono un’azione di genesi e rinnovamento delle normative sui diritti umani che, usando i concetti dell’epistemologia sociale di K.R. Popper impliciti nel suo concetto di “civilizzazione”, si potrebbe dire che equivalgono ad una crescita di “conoscenza giuridica”⁴⁴.

In altre parole, molteplici soggetti mondiali (ONG, NHRI ed OG) avanzano di giorno in giorno ipotesi creative di “teorie giuridiche” sempre più raffinate ed audaci. Queste nuove congetture di “buone pratiche” svolgono una vigorosa “critica razionale” della violenza inumana ed inutile. Questa teorizzazione critica non è dissimile dal procedimento delle scienze naturali. Come la comunità scientifica fa avanzare le scienze così quella rete di operatori giuridici fa avanzare la “civilizzazione”. Come la prima congettura per tentativi ed errori (*trial and error*, ipotesi e falsificazione) la struttura profonda della realtà fisica, così la seconda “mobilità” creativamente e pacificamente il dissenso verso i crimini contro l’umanità mediante la proposta di “buone prassi” e, poi, le sottopone a critica. Infatti, la nuova teoria giuridica, che incorpora il rimedio allo stigma ed il dissenso dalla forza inumana dei carnefici, è sottoposta a falsificazione nei procedimenti di *accountability* degli Stati, il tutto in modo pacifico, etico e “cognitivo”.

1. Congettura di una “giurisdizione universale” sulla salute per diritto e ragione

Sembra che non vi sia un collegamento tra i regimi internazionali come fonte giuridica “imbelle” (non-Statale) dei diritti umani e il sistema del diritto positivo (dei diritti umani) garantito dalla forza militare degli Stati.

In realtà si può segnalare l’esistenza di un tenue ponte tra il monolite degli Stati e l’Umanità delle vittime in cerca di tutela. Una possibile via d’uscita dalla contrapposizione è data da una Convenzione del 1984 e dalla interessante interpretazione che ne hanno dato alcuni giudici supremi inglesi.

Si propone, qui, l’analisi, come ipotesi di lavoro, ma anche come precedente storico (per il concetto di “obbligo assoluto di condanna” e “giurisdizione universale sui diritti umani”) della famosa Convenzione del 1984 sulla Tortura, dalla quale i *Law Lords* inglesi ritennero nel 2000 di ricavare il principio della giurisdizione universale nel caso Pinochet.

Si tratta del più prezioso precedente storico di riconoscimento di (i) una “giurisdizione universale” e del correlativo (ii) “diritto universale di punire” le violazioni dei diritti umani, ed è, per paradosso, proprio un testo giuridico “positivo”.

La Convenzione internazionale contro la tortura (New York, 10 dicembre 1984) dichiara espressamente che il diritto e l’obbligo di punire la tortura (ii), mediante una giurisdizione “universale” (i), sono posizioni giuridiche correlate al (iii) diritto umano di non essere torturati. Infatti, queste posizioni (i), (ii) e (iii) sono “assolute” o “universali” secondo il preambolo della convenzione: “Gli

⁴³ R.O. Keohane, cit., pp. 331, 338, 344.

⁴⁴ La tesi è ispirata da K.R. Popper, *Conjectures And Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, New York-London, Basic Books, 1962, pp. 101, 151, 341, 355, 373.

Stati sono tenuti, in virtù della Carta, e in particolare dell'articolo 55, a promuovere il rispetto *universale ed effettivo* dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, tenuto conto dell'articolo 5 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* e dell'articolo 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, i quali stabiliscono entrambi che “nessuno sia sottoposto a tortura o ad altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, ..., animati dal desiderio di aumentare l'efficacia della lotta contro la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti *nel mondo intero*”⁴⁵.

Al riguardo, la convenzione del 1984 non accenna ai “regimi internazionali” come fonte del diritto umano, né lo fanno i *Lords* con la loro enunciazione nella sentenza del 2000 di alcuni supposti “principi costituzionali” di tutela, secondo ragione e diritto, dei diritti umani contro la tortura.

Tuttavia, il *modus operandi* dei giudici inglesi, lo si vedrà tra breve, ha in qualche modo forzato i limiti stessi della convenzione ed assicurato una giustizia, parziale e oscillante, ma in direzione di una “quasi universale” giurisdizione dei diritti umani.

Infatti, la “*mobilizzazione*” e l’“*accountability*” tipiche dei regimi dei diritti umani sono in qualche modo presenti nelle deliberazioni, per la verità complesse e involute, espresse dai *Lords* per estradare il dittatore Pinochet dal Regno Unito. Essi stessi hanno espresso con la loro decisione il tipico “dissenso verso la forza”, la tipica “perenne” critica della contingenza della forza militare. E lo hanno fatto in modo aperto e negoziale, con una decisione che sembra un “quasi-contratto” tipico dei regimi internazionali. Nel farlo, hanno profittato del carattere aperto e generalizzante delle enunciazioni della Convenzione del 1984.

Infatti, quanto alla “giurisdizione universale” (i) il trattato del 1984 sulla Tortura sembra, solo apparentemente, limitato alle parti contraenti. In realtà gli Stati possono adottare leggi per giudicare nel proprio territorio fatti ed autori dei reati commessi “fuori dal proprio territorio” (art. 5, comma 2). Nello stesso modo si riservano di giudicare fatti commessi anche “nelle giurisdizioni degli altri Stati contraenti” (art.8, comma 4). Non solo, possono con competenza assoluta negare l'extradizione verso “qualsiasi Stato terzo”. Ciò accade se si teme che il soggetto da estradare possa essere sottoposto a tortura in tale giurisdizione estera. I giudici domestici possono, quindi, compiere un esame “extra-territoriale” delle ragioni per temere che nello Stato estero interessato vi sia un “insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo” (art. 3, comma 2).

Considerata questa “estensione di giurisdizione” è chiaro che il diritto di punire (ii) altri Stati per violazioni dei diritti umani tende a porsi come “assoluto” (incluso il diritto di condurre una guerra giusta contro di essi). Il diritto di punire si attiva in base all'art. 3 (comma 2), in caso di un “insieme di violazioni sistematiche, gravi, flagranti o massicce, dei diritti dell'uomo”. Per contenuto esso è definito dal singolo Stato (art. 4): “Ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura”. A tale diritto di punire si affianca anche una “riparazione” ed un “risarcimento” delle vittime (art.14): “Ogni Stato Parte, nel proprio ordinamento giuridico, garantisce alla vittima di un atto di tortura il diritto ad una riparazione e ad un risarcimento equo ed adeguato che comprenda i mezzi necessari ad una riabilitazione la più completa possibile. Se la vittima muore in seguito ad un atto di tortura, gli aventi causa hanno diritto ad un risarcimento”. È qui già presente un primo importante riferimento alla risarcibilità alla salute lesa dalla tortura, che ha più di un contatto semantico con il problema di questo contributo, cioè di quell'altra risarcibilità della salute illecitamente colpita dalla “negligenza grave”, addebitabile agli esperimenti biologici militari (veri o supposti) che si celano dietro il COVID.

6.1 La “giurisdizione universale” sui diritti umani “per diritto”

⁴⁵ Il corsivo pone in risalto alcuni termini, per evidenziare l'universalità dei concetti, ma non è contenuto nel testo originale.

La Convenzione del 1984 sulla Tortura illumina, così, il concetto di “obbligo assoluto di condanna” e “giurisdizione universale sui diritti umani” anche in relazione alle vittime di COVID-19. Infatti, per venire al tema dei diritti umani della salute, è importante notare che (i) la giurisdizione, (ii) il diritto di punire ed (iii) il diritto umano si attecchiano nella convenzione come una “legittima difesa” delle vittime.

Proprio a causa della tendenziale “universalità” della giurisdizione dei tribunali domestici (artt. 3, 5 e 8), sembra che la convenzione del 1984 regoli una sorta di “vigorosa autotutela” delle vittime contro gli Stati. Infatti, l’autore del reato può essere colpito direttamente da un tribunale domestico o anche essere estradato, con le “notevolissime” estensioni di giurisdizione che sono state brevemente presentate. Basta che il reo (individuo o Stato) si mantenga nella durevole “flagranza” della disumanità della forza (art. 3), perché vengano “superati” i normali limiti del tribunale domestico, e tutto ciò ha l’inequivocabile senso che la Convenzione attui la “legittima difesa” proprio “mediante” questa “universalità” extra-territoriale delle competenze dei tribunali nazionali.

Questa caratteristica della convenzione torna, ora, utile in connessione con la lettura dell’art. 14 sui diritti di risarcimento e riparazione delle vittime di tortura. Infatti, mediante questi due argomenti si può congetturare che la convenzione possa subire un’altra estensione di contenuto, dettata dalle esigenze di autotutela dei diritti umani della salute. Infatti, la convenzione deve poter permettere l’estensione del diritto primario di essere “risarciti” e/o avere una “riparazione” (ex art. 14) anche al campo dei diritti della salute da COVID-19. Basta che i tribunali domestici applichino la loro giurisdizione anche ai “trattamenti degradanti che non siano atti di tortura” (art. 16), sino a ricomprendere il diritto della salute dell’essere umano, che, quando perde la vita o la salute, è leso nel suo diritto a “non essere degradato” dagli esperimenti biologici di tipo militare di Stati contraenti o terzi!

Il testo della convenzione del 1984 mostra, infatti, di risentire delle “mancanze di limite” tipiche dell’“autotutela” e anche grazie all’aiuto testuale dell’art. 16 “può” tutelare la salute pubblica delle vittime di COVID.

Per rendersene conto basta confrontare il suo testo con la teoria classica della “legittima difesa come doppio effetto” (adottata anche in campo giuridico e strategico internazionale). Grazie a tale teoria, lo Stato può esorbitare dai propri limiti usuali di potere e giurisdizione (anche con una rappresaglia o una guerra o con una “giurisdizione estesa agli esperimenti biologico-militari”), cosa che può apparire illecita, per raggiungere il secondo effetto, lecito, della tutela delle vittime dalla barbarie della tortura (o nel caso del COVID, della “tutela dai trattamenti degradanti della salute”). Naturalmente, la debolezza di questo argomento sta nel fatto che l’analogia è formalmente vietata o non ammessa nel campo penale (internazionale), occorrendo sempre, per l’incriminazione, la previsione “tassativa”. La stessa osservazione era stata fatta in merito all’art. 7(1)(k) dello Statuto di Roma (vedi paragrafo 4 di questo articolo). La forza dell’argomento, invece, sta nel poter far riferimento alla “riprovazione” che la Comunità Internazionale nutre verso la tortura e i consimili atti di degradazione mediante armi biologiche, attraverso varie convenzioni internazionali e molte leggi nazionali. Ma di ciò si parlerà meglio nel prossimo paragrafo⁴⁶.

Intanto, giova aggiungere che, sin dal Medioevo è un principio comune del diritto internazionale che la guerra e la violenza militare – e quindi anche le urgenti “interpretazioni estensive della giurisdizione” agli eventuali reati collegati al COVID –, siano “giuste” e “giuridiche” secondo il seguente “argomento tomistico”: “Dalla difesa personale possono seguire due effetti, il primo dei quali è la conservazione della propria vita; mentre l’altro è l’uccisione dell’attentatore. Orbene, codesta azione non può considerarsi illecita, per il fatto che con essa s’intende di conservare la propria vita: poiché è naturale per ogni essere conservare per quanto è possibile la propria esistenza... poiché un uomo è tenuto di più a provvedere alla propria vita che alla vita altrui”. Questa violenza, o questa

⁴⁶ I *Lords* inglesi nel caso Pinochet hanno chiaramente espresso la presenza di questa riprovazione nella comunità internazionale, vedi A. Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, “EJIL”, (1999), vol. 10, n. 2, 237-277, p. 247

forzatura “giurisdizionale”, per legittima difesa può, peraltro, essere delegata allo Stato, come accade nel testo della convenzione del 1984 (art. 3, 5 e 8). Per il seguente argomento, anch’esso “tomistico”, collegato al precedente: “Siccome però spetta solo alla pubblica autorità uccidere un uomo per il bene comune, come sopra abbiamo detto, è illecito che un uomo miri direttamente a uccidere per difendere sé stesso, a meno che non abbia un incarico pubblico che a ciò lo autorizzi per il pubblico bene: com’è evidente per il soldato che combatte contro i nemici e per le guardie che affrontano i malviventi”⁴⁷.

6.2 I “principi costituzionali” dei diritti della salute e i regimi internazionali

Basta seguire la linea di ragionamento dei giudici inglesi, per intendere che sussistono dei principi costituzionali dei diritti umani, in quali non traggono origine dal diritto internazionale positivo degli Stati, bensì dai regimi internazionali.

La tesi giuridica su una “giurisdizione universale dei diritti umani”, intesa come “superamento dei limiti di competenza” dei tribunali domestici, è tanto valida che effettiva e suona come una limitazione dell’origine statale dei diritti umani. La prova dell’effettività va rintracciata in una storica terza sentenza dei *Law Lords*, la quale ha nel 2000 rivendicato questa “giurisdizione universale penale” nel c.d. caso Pinochet, come un “Principio Generale di Diritto Riconosciuto dalle Nazioni Civili” oppure in alternativa, come un “Principio Costituzionale del Diritto Internazionale”⁴⁸.

Infatti, il Regno Unito ha adottato con la sua *House of Lords* tre sentenze costituzionali per decidere l’extradizione in Spagna dell’ex dittatore cileno Augusto Pinochet, ma la terza decisione, in particolare, *R (Pinochet Ugarte) v Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate [2000]* n. 147, ha deciso di “estradatare” e riconoscere la “giurisdizione universale” del Tribunale Spagnolo” (rogante, richiedente) e del Tribunale UK (rogato). In altre parole, la decisione ha esteso a qualsiasi tribunale statale, inclusi i tribunali del Regno Unito, la “competenza extraterritoriale” sui crimini di tortura (ovunque commessi), con chiari effetti sul nostro tema del diritto umano alla salute e al suo risarcimento per negligenza o dolo. La sentenza, per farlo, ha inoltre citato plurime fonti del diritto⁴⁹.

Occorre, ora, capire “formalmente” se tale “giurisdizione universale dei diritti umani” del giudice domestico sia uno dei “Principi Generali di Diritto Riconosciuto dalle Nazioni Civili” oppure uno dei “Principi Costituzionali del Diritto Internazionale” e che relazione abbia con i regimi internazionali. La distinzione non è accademica.

I primi (Principi delle nazioni civili) sono considerati principi “sussidiari” del diritto internazionale, specie in ambito penale. Ne è prova l’art. 38 dello Statuto di Roma della CPI, che li cita tra le fonti del diritto “dopo” i trattati e le consuetudini, e il precedente art. 21, che prevede che essi siano applicabili in modo “sussidiario” dalla CPI, derivandoli dalla normativa “domestica”, degli Stati che avrebbero avuto giurisdizione penale sul crimine. Quanto al contenuto, tuttavia, appaiono come regole di logica giuridica molto astratte, come “*ne bis in idem*” oppure “*in claris non fit*

⁴⁷ Entrambi i due argomenti classici sono contenuti in S. Tommaso, *Somma Teologica*, Seconda parte della seconda parte. Questione 64, articolo 7.

⁴⁸ In tal senso il ragionamento, per il vero oscillante, dei *Lords* nella terza sentenza *R (Pinochet Ugarte) v Bow St Metropolitan Stipendiary Magistrate [2000]* n. 147, come ricostruito da A. Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, cit., pp. 245, 248, 256, 260.

⁴⁹ Altre fonti della sentenza n. 147: *section 134* del *Criminal Justice Act 1988*, Artt. 4 e 6 della Convenzione sulla prevenzione e la punizione del crimine di genocidio (1948); Artt. 28, 29 e 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche (1961); Convenzione internazionale contro la presa di ostaggi (1979); naturalmente, la Convenzione ONU contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti (1984); la Carta di Norimberga (Assemblea Generale delle NU del 11 dicembre 1946); il *British Manual of Military Law* (1958); l’*International Law Commission’s Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind 1954*; le quattro convenzioni di Convenzioni di Ginevra sul diritto dei conflitti armati; la U.N.General Assembly Resolution No. 3074 *on the Principles of International Cooperation on Persons Guilty of War Crimes and Crimes Against Humanity* del 1973; le decisioni dell’Attorney-General of Israel v. Eichman (1962); lo Statuto di Roma; la *section 134* del *Criminal Justice Act 1988* (legge interna dello UK). Vedi A. Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, cit., p. 259.

interpretatio". Anche se qualcuno li ritiene simili ai principi fondamentali (Quadri) e ai c.d. "Principi Costituzionali", essi, nella loro astratta "teoricità" sarebbe molto deludenti per la vera tutela degli "esseri umani".

I secondi (Principi Costituzionali del Diritto Internazionale) sono, invece, più adatti ad interpretare il fenomeno storico dei diritti umani. Infatti, essi sono considerati di rango superiore al diritto internazionale consuetudinario e pattizio e consistono in vere e proprie norme formali (p.e. *pacta sunt servanda*) o materiali (regole di rito e sostanziali, in grado di assorbire il campo dei *diritti umani*).

L'analisi della sentenza dei *Lords* conferma che i giudici del caso Pinochet hanno, per lo più, riconosciuto proprio l'esistenza di "principi costituzionali", di rango superiore persino al trattato, per affermare una "giurisdizione universale" nel campo del crimine contro l'umanità della "tortura".

Ciò torna "immediatamente utile" anche per il diritto umano alla "salute" e la tematica della loro fonte nei regimi internazionali. Infatti, pur riguardando i reati di tortura di Pinochet quali causa di estradizione, la sentenza enuclea alcuni "principi generali" che collegati all'art. 16 della Convenzione (sui trattamenti degradanti) permettono due cose:

- la prima, di riconoscere che è un "atto contiguo alla tortura" punito dalla Convenzione ex art. 16: (i) o lo sviluppo doloso di potenziali armi biologiche (se tale è il COVID-19) capaci di provocare una pandemia mondiale oppure (ii) lo sviluppo e la diffusione accidentale delle stesse armi come condotta gravemente negligente (equivalente praticamente al dolo);

- la seconda, di conferire un diritto umano corrispondente alle vittime, alla tutela presso qualsiasi giudice domestico della vita e della salute, come alla punizione dei colpevoli e al risarcimento e riparazione dei danni.

6.3 La "giurisdizione universale" imperfetta dei diritti umani (della salute) "per ragione"

Dall'esame della sentenza inglese sul caso Pinochet, n. 147 del 2000, si ricava che i giudici hanno richiamato un nutrito numero di fonti diverse, a parte la Convenzione ONU del 1984 (ratificata nel 1988 dallo UK), vale a dire: Dichiarazioni di principio, risoluzioni, la legge interna inglese, le principali convenzioni sui diritti umani e una quasi sterminata giurisprudenza di diversi paesi sul tema della limitazione dell'immunità di organi di governo e diplomatici⁵⁰.

La sentenza dei *Lords*, nonostante le molte fonti richiamate, sembra riconoscere la giurisdizione penale universale sulla tortura e sugli atti degradanti, più che altro, come un "principio costituzionale" della comunità internazionale⁵¹. Un tale principio riposa, in modo oscillante, per i giudici inglesi sulla *Common Law*, sulla legge nazionale, sulla convenzione e sulla consuetudine. In tutti i casi però si oppone a quello dell'immunità degli Stati e dei loro organi di governo. La decisione fu presa, in effetti, per una serie di motivazioni miste. Il primo punto decisivo di motivazione fu l'entrata in vigore sia della Convenzione sulla tortura sia della legge interna, sezione 134 del *Criminal Justice Act*⁵². Una seconda ragione fu indicata nel principio di doppia incriminabilità in Spagna e nello UK (nello stato estradante ed in quello rogante) del generale Pinochet⁵³. Tuttavia, sull'origine del principio costituzionale della giurisdizione universale vi fu un certo contrasto. Lord Millett sostenne l'opinione più avanzata, asserendo che i tribunali britannici avrebbero avuto giurisdizione universale ben prima della convenzione del 1984 in materia di atti di tortura, per effetto della *Common Law* (il diritto comune di origine romana). Sulla questione dell'immunità, solo Lord Goff di Chieveley si espresse a favore del principio di divieto di estradizione, a differenza degli altri giudici⁵⁴.

⁵⁰ Per le principali fonti vedi nota precedente.

⁵¹ A. Bianchi, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, cit., pp. 247, 250, 252, 254.

⁵² A. Bianchi, cit., p. 243.

⁵³ A. Bianchi, cit., pp. 243, 244

⁵⁴ A. Bianchi, cit., p. 244.

Questa incerta affermazione del principio dimostra, forse, come nell'esperienza degli operatori del diritto (giudici) sia perfettamente "razionale" il concetto culturale (teoria) della natura "quasi-ordinata" o "quasi-monistica" del sistema dei diritti umani, ma anche l'analogo "ordine parziale" della piccola rete degli Stati sovrani (minacciato da molteplici trattati difensivi dei diritti umani e dalla consuetudine più progressiva). Al di là del carattere frastagliato delle fonti, vi è sempre, perciò, tra gli esperti una certa strategia mista di interpretazione. Anche per questo motivo, il gioco delle due reti, Stati Sovrani e Diritti Umani, può definirsi "quasi-cooperativo". Lo Stato, da un lato, ha i suoi campioni "non-cooperativi" (fonti del diritto e operatori) che difendono a spada tratta l'immunità dei rappresentanti degli Stati Sovrani contro i diritti umani. D'altro lato, i *Lords* che hanno estradato Pinochet, invece, hanno "cooperativamente" istituito una competenza extraterritoriale del giudice UK, chi richiamando la più antica tradizione del diritto romano (trasfuso nella *Common Law*), chi la legge interna e la convenzione del 1984 più una folta serie di atti e giurisprudenze. L'alto consesso dei *Lords*, in ogni caso, si è trasformato nella più affascinante esemplificazione del "gioco quasi-cooperativo" tra l'egoismo degli Stati e l'altruismo dei diritti umani. In definitiva: un'applicazione molto chiara della figura del "quasi-contratto" dei "regimi internazionali", in grado di tessere pacifiche reti di agenti egoisti e non.

Il quasi-contratto, sempre aperto alla contrattazione mercantile delle parti, è proprio questa "quasi-cooperazione". Infatti, i giudici del 2000 hanno fornito una giustizia parziale nel caso Pinochet. Quindi, la loro sentenza riposa sulla quasi-cooperazione (o sul quasi-contratto) tra Stati e fonti del diritto umano, cioè sull'imperfetta absolutezza o quasi-universalità di una convenzione del 1984, ancora del tutto basata sulla sanzione, sulla forza, sul consenso arbitrare delle parti e su un Comitato più che altro consultivo. Tuttavia, i *Lords* hanno osato parlare di principi costituzionali della comunità internazionale e ciò ha avuto un'importanza storica.

Il problema è che il riferimento costante dei *Lords* allo *jus cogens* e alla forza militare, quale fondamento del sistema indebolisce l'immagine del principio costituzionale, che vira verso un precetto per l'umanità di carattere quasi generale o quasi universale. Non bisogna mai dimenticare che il riferimento alla forza rende inevitabilmente debole la posizione delle vittime dei crimini contro l'umanità. Esse sono già depositarie di un diritto umano apparentemente contingente, perché si tratta dei rappresentanti individuali ed effimeri di un'umanità anch'essa contingente, come la forza che li difende. Poi, la stessa comunità internazionale, l'umanità in generale, non cessa, "secondo ragione", di essere un evento singolare, l'evento contingente di una specie vivente su questo singolare pianeta, vale a dire una comunità, sì internazionale, ma apparentemente mortale su scale sia planetarie sia astronomiche. La giurisdizione assoluta è "imperfetta" e fa esigere una più audace congettura.

6.4 Congettura del fondamento dei diritti umani "per ragione": il dissenso verso la forza

Se il diritto di punire il crimine contro l'umanità è "quasi-assoluto" in virtù dei dubbi da esprimersi nel modo che precede, allora "quasi assoluto" sarà anche il diritto umano, l'obbligo del suo rispetto e la collegata giurisdizione sui diritti umani.

Tutto all'opposto, dato che l'azionamento della Convenzione del 1984 consiste nell'esistenza di violazioni flagranti e durevoli della forza usata in modo disumano (art. 3), questo trattato rivendica con vigore, e almeno verbalmente, una "viva universalità" del "dissenso verso la forza". Una tale opposizione verso qualcosa di contingente come la forza disumana viene, inoltre, "eguagliato" al carattere universale della dignità umana che la convenzione intende difendere, già nel suo preambolo⁵⁵.

Le prescrizioni della convenzione appaiono piuttosto radicali, tuttavia la posizione della Convenzione sembra incerta. Rimane, infatti, l'obiezione che la "perennità" della dignità delle vittime,

⁵⁵ Le enunciazioni di principio sulla lotta alla tortura e alla relativa forza militare, collegate alla dignità umana, sono entrambe contenute nel preambolo della convenzione. Vedi introduzione del paragrafo 6.

contro il “potere contingente della forza” (l’immunità degli Stati), rimanga del tutto indeterminata. Rimane del tutto incerta l’origine, la garanzia ed il contenuto di un tale dissenso verso la forza contingente, unito alla dignità dell’uomo, che giustificherebbe, logicamente, l’universalità del diritto umano, dell’obbligo di rispettarlo, della giurisdizione e del diritto di punire i rei mediante una guerra giusta. Rimane anche indeterminata la necessità universale di spegnere la sanzione ancillare della guerra giusta una volta terminata la fragranza del reato (a motivo della dignità, anche, di chi è colpito dalla guerra, per quanto giusta).

Per questo motivo, si può congetturare *e contrario* che il “dissenso verso la forza” (mediante “mobilitazione” e “*state accountability*”) possa apparire come l’anello mancante della genealogia dei diritti umani, l’“elemento perenne e non contingente” che funga da fonte del diritto. Al riguardo, la convenzione del 1984 non accenna ai “regimi internazionali” come fonte del diritto umano, né lo fanno i *Lords* con la loro enunciazione nella sentenza del 2000 di alcuni supposti “principi costituzionali” di tutela, secondo ragione e diritto, dei diritti umani contro la tortura. Invece, la “mobilitazione” e l’“*accountability*” nei regimi dei diritti umani esprimono con il loro “dissenso verso la forza”, una sorta di “perenne critica della contingenza” della forza militare.

Vedremo, tra breve, tuttavia che il carattere incerto e quasi-universale dei diritti umani continua a riemergere, ancora, anche nella logica quasi contrattuale dei “regimi internazionali”. Questi (rappresentati da ONG, OG e NHRI), per quanto non garantiti dalla forza e capaci di escludere pacificamente dalla comunità i membri ribelli, comunque, a loro volta, lo fanno senza la certezza ultimativa di aver escluso degli innocenti e possono causare un disordine potenzialmente caotico (per quanto minore di una guerra), che contesta, ancora una volta, l’universalità del loro diritto assoluto di punire.

Se queste osservazioni radicali sono veri argomenti, è allora necessario che, mancando un fondamento non-contingente per lo stesso “dissenso” (che è un atto umano, cioè mortale), occorra, almeno ragionevolmente, porre fine anche alle persecuzioni dei colpevoli, dopo la morte dei colpevoli o un primo passaggio generazionale (quando subentra un certo oblio dei crimini, per esempio) e, subito dopo, riconciliare carnefici e vittime.

Ma ciò non basta. Occorre che i diritti umani (anche quelli della salute, scaturenti dall’interpretazione estensiva dell’art. 16 della Convenzione del 1984) siano veramente un riflesso di una legge superiore, di un autentico *jus absolutus*.

Ragionevolmente, in conclusione, l’unico fondamento per l’unità dell’umanità deve essere, paradossalmente, una “rivelazione etica” ovvero la pre-supposizione di una sorta di superiore *Grundnorm* (cioè di un fondamento etico superiore alla stessa *Grundnorm* giuridica di Kelsen). Ma di ciò si parlerà più avanti.

6.5 I “regimi internazionali” come base “razionale” dei diritti “quasi assoluti” sulla Salute

Le osservazioni (per quanto anticipatorie) di cui sopra obbligano a seguire un percorso alternativo alla via dello *jus cogens* basato sugli Stati Sovrani, sulla forza militare e sui relativi trattati ed arbitrati, per garantire una forma di “universalità” ai diritti umani, anche a quelli della salute.

In senso logico l’universalità del rispetto dei diritti umani (anche della salute ai tempi del COVID-19) e della relativa giurisdizione si “deve” tradurre nell’esistenza di un fenomeno globale, che li renda “pacificamente validi” presso qualsiasi tribunale domestico (non necessariamente internazionale). Più formalmente, ciò si traduce nei concetti di (1) “obbligo universale” di rispettare il diritto umano sulla salute, (2) di “diritto” umano universale e (3) di una connessa “giurisdizione universale penale”. La loro universalità, allora, “dovrà” dipendere, in modo altrettanto razionale, dalla sottrazione in essi di tutto ciò che è un fondamento relativo, temporaneo e contingente.⁵⁶

⁵⁶ Secondo la *Vienna Declaration and Programme of Action* del 1993, i diritti umani sono da considerare “universali” a causa delle dignità e eguaglianza inerente in modo essenziale a tutti gli uomini; inoltre tali valori morali universali sono,

Una delle ipotesi più semplici per pervenire a questo risultato sembra, a livello “giuridico”, quella di postulare una rete cooperativa globale che oppone un *dissenso*, una sorta di attrito o resistenza attiva, ma pacifica (nella forma di buone prassi, mobilitazione e *State accountability*) all’attrito antagonista dei Stati Sovrani, la cui rete non-cooperativa prevarica l’umanità, commettendo crimini contro l’umanità o resistendo attivamente alla tutela dei diritti umani⁵⁷. L’“universalità” del diritto internazionale, sul tema anche della salute ai tempi del COVID-19, è assicurata “in senso positivo” da questo confronto “globale” di reti sociali, potenze sociali e attriti. Questo confronto è un “*gioco quasi-cooperativo*” tra l’egoismo degli Stati e l’altruismo dei diritti umani.

In senso “negativo”, invece, l’universalità del diritto internazionale sarà il fatto che esso “non” dipenderà, per fondamento, garanzia, e contenuto, dalla sanzione e dalla forza (e in particolare da quella militare), se non “*in extremis*”. La forza militare non è infatti niente di assoluto (universale), ma solo un mutevole rapporto di potenza, relativo, contingente e precario. Ma l’altra faccia di questa moneta è che l’universalità del diritto umano sarà “quasi-assoluta”, in quanto negoziabile pacificamente e non basata interamente sulla forza!

La teoria di Kelsen, invece, è del tutto focalizzata su una definizione della “giuridicità” basata sulla forza, come (i) contenuto, (ii) garanzia e (iii) fondamento. Egli ha chiaramente scritto: “Prendiamo un esempio “non si deve rubare; se qualcuno ruba sarà punito”. Se si assume che la prima norma la quale proibisce il furto sia valida soltanto se la seconda norma colleghi al furto una sanzione, in tal caso la prima norma è certamente superflua in una esposizione esatta del diritto. Se pure esiste, la prima norma è contenuta nella seconda, che è l’unica norma giuridica genuina”⁵⁸. La “seconda” norma è, per (i) “contenuto” la disciplina del dovere di punire, cioè della forza. Si dirige come destinatario al giudice (la corte internazionale di giustizia arbitrare o il giudice domestico), al quale è “comandato” di punire, ricorrendo alla polizia (estensivamente, in campo internazionale all’esercito e alla guerra giusta)⁵⁹. Tutti, giudice, polizia ed esercito, (ii) “garantiscono” la proibizione del furto (o, estensivamente, del crimine internazionale o contro l’umanità). Se, in seguito non assolvono a tale compito, sono puniti a loro volta da una norma superiore alla legge, cioè dalla costituzione. Le norme costituzionali, se le rispettive sanzioni sono, poi, disapplicate dai giudici costituzionali provocano la reazione coattiva del superiore ordinamento internazionale, la cui forza (iii) “fonda” le norme inferiori (legge e costituzione). La punizione si dirige, a quel punto, sull’intera società rappresentata dai giudici costituzionali (dal parlamento e dal governo)⁶⁰. Gli altri Stati della comunità internazionale sono mobilitati dalle ipotetiche *Grundnorm* internazionali (norme fondamentali) che “comandano” di sanzionare i crimini internazionali o contro l’umanità degli Stati ribelli, svolgendo contro di loro un’adeguata coazione o in casi estremi una “guerra giusta”⁶¹.

In questo schema è interessante notare come sia irrilevante la condotta giuridica che la sanzione protegge. Tutto ciò rende relativistico sia il contenuto precettivo dell’ordinamento giuridico difeso, sia inevitabilmente contingente ed eventuale la giustizia di rango costituzionale della o delle *Grundnorm* internazionali. Non per nulla, Kelsen ha sostenuto che le *Grundnorm* siano dei postulati ipotetici oppure dei fatti storici, quasi del tutto affini a degli atti di forza (“da ultimo arriviamo ad una

non solo, condivisi dalla comunità internazionale, ma anche universalmente difesi da fonti legali di ogni tipo (costituzionale, convenzionale, leggi interne, prassi e consuetudine).

⁵⁷ Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sui diritti del Fanciullo, art. 24, sono obbligati ad adottare misure appropriate per curare la salute del bambino e si espongono sia alla *mobilize action* di vari settori della società (medici, assistenti sociali, famiglie, associazioni di tutela) sia alla *governmental accountability*. Vedi The Stop Tb Partnership Secretariat (WHO), *A human rights approach to TB, Stop TB Guidelines for Social Mobilization*, cit., p. 22.

⁵⁸ Citazione di H. Kelsen in *La teoria generale del diritto e dello Stato*, tratta da G. Fassò, *La filosofia del diritto dell’Ottocento e del Novecento*, Vol. III, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 237.

⁵⁹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1949, p. 30.

⁶⁰ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 356-357.

⁶¹ Le norme fondamentali del diritto internazionale sono superiori alla costituzione dei singoli Stati. Vedi H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 354: “*It is international law, as a legal order superior to the States, that makes possible the creation of norms valid for the sphere of two or more States, that is, international norms*”.

costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da una qualche assemblea”)⁶².

6.5.1 Inconsistenza logica della forza kelseniana e “quasi universalità” del dissenso

Se è possibile che il diritto internazionale nasca dal pacifico *dissenso* verso “il culto della forza” (quello per la violenza inumana ed inutile), allora ciò compromette la teoria di Kelsen anche sul piano logico. Infatti, questo dissenso secondo la teoria dei regimi internazionali pone “nuove norme”, il che permette di dedurre un grave dubbio logico sulla genesi e “validazione” del sistema “puro” piramidale di Kelsen mediante la *Grundnorm* (norma fondamentale). Se il diritto internazionale scaturisce da regimi pacifici, diffusi ed orizzontali, non lo fa dal vertice di quell’atto di forza costituzionale che pone la *Grundnorm*.

Anzi, il dubbio aumenta, quando si scopre che la piramide di norme sormontata dalla *Grundnorm* contiene due auto-contraddizioni, che dimostrano in modo logico-razionale come, appunto, il sistema non sia chiuso (assoluto o indipendente) e non generi e conservi il diritto, in modo assoluto, dall’interno.

Se ciò accade, vi è il risvolto pratico di una giurisdizione globale “quasi assoluta” dei regimi dei diritti umani che si integra con i regimi statali Sovrani (essi stessi quasi assoluti), nel porre norme e giurisdizioni sui crimini degli Stati colpevoli di aver diffuso il COVID.

Chiameremo “paradossi logici sulla forza” della teoria normativistica di Kelsen queste contraddizioni. Esse permettono: 1) la rigorosa deduzione del dissenso verso la forza quale motore dell’evoluzione del diritto, mediante il solito quasi-contratto dei regimi internazionali e 2) l’“oggettivazione” quasi universale del risarcimento, presso qualsiasi giudice, dei diritti umani sulla salute.

A tale fine, ricordiamo che la genesi e validazione del diritto, immaginato dal filosofo del diritto tedesco, “a partire” dalla *Grundnorm* (norma fondamentale), è un processo logico di trasmissione dell’“obbligo” di usare la forza (la sanzione coattiva) dal livello degli operatori costituzionali alla polizia in strada (alle prese con delinquenti comuni). Più formalmente, la logica deontica di Kelsen è il linguaggio “modale” delle norme, che si dirige verso giudici e polizia e incorpora una “modificazione” dei verbi delle prescrizioni mediante i “modi” “obbligatorio”, “vietato” e “permesso”: del tipo “è obbligatorio guidare a destra”. Ma nel farlo, la logica “deontica” di Kelsen relativa all’uso della forza struttura le proposizioni con “modi deontici” che conducono ad almeno due autocontraddizioni.

Tutti i modi sono riducibili in maniera semplice a due componenti: Il “connettivo” della ‘negazione’ ed il “modo” ‘obbligatorio’. Infatti, il divieto equivale ad “obbligatorio non fare”, il permesso a “non è obbligatorio” oppure a “non è vietato” (non è obbligatorio non fare)⁶³.

Per chiarire, il sistema “proposizionale deontico” di Kelsen considera la forza come garanzia di una Norma Fondamentale, che “obbliga” gli operatori del diritto (giudice o polizia), sotto minaccia di sanzione, ad applicare la forza (sarà “vietato” non applicarla). L’obbligo è posto, prima, a difesa della *Grundnorm*, poi a difesa delle norme di rango inferiore. Queste ultime sono garantite dalla norma superiore sia quando ordina le procedure di approvazione di vari livelli di norme inferiori sia quando le difende con il supremo comando di usare una forza di rango minore.

⁶² H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p.115.

⁶³ Questa riduzione dei modi deontici è concisamente esposta, tra gli altri, in G. Sartor, *Obbligo deontico e «obbligo tecnico»*, «Riv. Informatica e diritto», XVII annata, Vol. XVII, 1991, n. 1-3, pp.119-121. I modi deontici, ridotti ad obbligo e negazione (“Ob” e “¬”), sono in realtà considerati da alcuni autori persino trasformazioni di due soli elementi logici, la “negazione” e il modo aletico “necessario” (“□”); la teoria è di Alan Ross Anderson come esposta nel testo citato, p.119.

Ora, esistono due argomenti di “logica deontica”, indicati più giù come (A) e (B), che dimostrano come i suoi concetti di sanzione giuridica e di norma, basata sulla sanzione, siano auto-contraddittori, rivelandosi logicamente autoreferenziali e, conseguentemente, fonte di disordine. Queste conclusioni logiche riveleranno la priorità logica del “dissenso pacifico verso la forza” o del “consenso verso la pace” come fattori autentici 1) di genesi quasi-contrattuale del diritto e 2) di conservazione del diritto in modo “quasi universale” presso qualsiasi giudice.

Gli argomenti (A) e (B) partono da alcune premesse interne al discorso kelseniano, che possono essere schematizzate come segue⁶⁴:

1) La teoria suppone che le norme giuridiche disciplinino due cose, (i) la condotta giuridica obbligatoria (o vietata) e (ii) l’uso della forza (per reagire alla violazione della condotta (i)), e tale teoria descrive qualsiasi norma, si tratti di *Grundnorm* o di norme inferiori. La coazione della forza (ii), in particolare, impone l’obbligo della condotta (i) ovvero l’”obbligo di non fare” il suo contrario, cioè l’illecito (la coazione opera dunque il divieto del crimine o dell’illecito), ed è la “garanzia deontica” di qualsiasi norma, della *Grundnorm* come delle norme inferiori;

2) L’uso della forza (polizia, forza militare, guerra giusta) da parte degli operatori autorizzati (polizia o giudice) è, comunque, una condotta giuridica (obbligatoria o vietata), cioè il secondo “contenuto” parziale (ii) di una norma (la parte che fa “divieto” a polizia e giudice, si può dire, di “non usare la forza”).

3) La forza, identificandosi, per i punti 1 e 2, con la “garanzia” ed il “contenuto” delle norme può persino essere definita come il “fondamento” del diritto, la sua natura essenziale. Perciò, se la forza è una “condotta giuridica”, uguale alle condotte obbligatorie “non forzose o neutre” di cui al punto (i), allora, ne deriva la sorprendente conclusione che la forza sia anche la “disciplina della forza” adoperate da polizia o giudici. Che, cioè, la forza giuridica, come condotta, garanzia e contenuto di altre norme, sia a sua volta una “norma”.

Se la forza diventa una norma, come al punto 3, ciò comporta un primo paradosso “pratico” (non logico). Si può tranquillamente dire che una forza-norma è solo “un’etichetta linguistica”. Non vi sarà distinzione empirica tra la violenza illegittima di un rapinatore e quella legittima della polizia, salvo il fatto che la seconda sarà prevista “linguisticamente” (sintatticamente) da norme inserite in un sistema valido, che attinge con purezza validazione da un certo numero di strati di norme, disposte gerarchicamente a piramide sino al vertice della *Grundnorm* costituzionale. Questo paradosso pratico, potremo chiamarlo “paradosso del relativismo giuridico ed etico” della teoria di Kelsen, in quanto “imprigiona” il diritto nel relativismo della forza e lo “chiude” al contributo “pacifico” di sistemi normativi esterni. I quali essendo pacifici non saranno “oggettivi” o “positivi” come il diritto forzoso di tipo kelseniano, bensì (si può ora dirlo) soltanto “quasi oggettivi”.

Ma tralasciamo questo aspetto per evidenziare, invece, i due paradossi logico-deontici di queste tre premesse (emergenti nelle proposizioni logiche sugli “obblighi”):

(A) Se la sanzione (la forza, la guerra giusta) è una condotta “obbligatoria” (giusta) coincidente con la parte di una norma, allora se la sanzione è parte di una norma, si può dedurre banalmente che “è una norma” (la “norma sanzionatoria”). Ciò significa, con piccolo abuso terminologico, che l’”obbligo” di usare la forza disciplina “l’obbligo” di usare la forza. Cioè, la sanzione garantisce la sanzione e la norma sanzionatoria garantisce deonticamente sé stessa (è “l’obbligo di un obbligo”).

In notazione logica lo stesso argomento è espresso nella nota adiacente⁶⁵.

⁶⁴ Le premesse derivano dai testi di Kelsen citati nelle note da 58 a 62.

⁶⁵ $Nn = (\neg Ob(Cg_1) \rightarrow Ob(F))$, in accordo con Kelsen, è la formula logica della sua “dottrina pura” per cui le Norme sono il nesso di implicazione (\rightarrow) tra la violazione (negazione \neg) dell’obbligo della condotta giusta e l’obbligo di usare la forza per reagirvi. La forza della sanzione è quindi fondamento, contenuto e garanzia delle norme. $Nn = Ob(Cg_1) \vee Ob(F)$ equivale alla deduzione dalla precedente formula che le norme disciplinano l’alternativa “V” tra il rispetto delle condotte obbligatorie neutre “Cg₁” ed il subire l’obbligo della sanzione. Ora, posto $Ob(F) = \neg (\neg Ob(Nn))$, cioè la formula per cui la forza equivale a negare una seconda volta la negazione dell’obbligatorietà delle norme, e posto $Ob(F) = Ob(Cg_2)$, cioè

(B) La sanzione (la forza, la guerra giusta) è quella norma che nega la negazione dell'ordine normativo da parte dei "criminali, cioè nega i loro illeciti (intesi come negazione della somma degli "obblighi" legali esistenti). La sanzione come doppia negazione, quindi, equivale a ripristinare gli obblighi". Nel caso, tuttavia, in cui la sanzione sia essa stessa una negazione dell'ordine ("vietata"), allora essa negherebbe la doppia negazione dell'ordine degli "obblighi", instaurando un disordine normativo ("vietato"). Perciò, considerato il paradosso "pratico" (non logico), di cui sopra, per cui, talvolta, non vi sarà distinzione empirica tra la violenza illegittima di un rapinatore e quella legittima della polizia, - allora la sanzione potrebbe essere una forma di disordine che garantisce sé stesso, quando si può dimostrare che la forza garantisce la forza. *In notazione logica una tale autoreferenza è dimostrata nella nota adiacente*⁶⁶.

Se il paradosso pratico si collega al paradosso logico dell'autoreferenza, allora la sanzione-forza è inefficiente nel ripristino dell'ordine oppure è efficiente in modo residuale e indeterminato, oppure la sanzione è "quasi" un disordine, o è quasi "obbligatoria o, contraddittoriamente quasi "vietata," dato che in senso banale si limita solo a "quasi" ripristinare gli "obblighi".

Il primo paradosso (A) del normativismo kelseniano è un'autoreferenza (obbligo auto-fondante) della forza che rivela (anche in logica deontica con un uso minimale dei due noti teoremi di Gödel sui linguaggi auto-referenziali) o "l'incompletezza" o, in alternativa, "l'incoerenza" del sistema piramidale. Il sistema è "incompleto" se la *Grundnorm* è coerente con il sistema. Perché essendo la norma di vertice un obbligo auto-fondante ed essendo anche il resto del sistema di norme *coerentemente* chiuso da tale norma di vertice, allora anche le altre norme sono *coerentemente* obblighi auto-fondanti, il che rivela che l'intero sistema e la sua *Grundnorm* sono, come un tutto, un atto di usurpazione delinquenziale, che deve essere reso legittimo da un sistema di norme esterne al dato sistema (la coerenza auto-fondante del sistema genera, quindi, inevitabilmente l'incompletezza del diritto e ne rivela la natura "quasi assoluta"). In alternativa, il sistema è "incoerente" se la *Grundnorm* completa il sistema, senza essere strutturalmente affine alle altre norme, per i citati teoremi Gödel. Se si ammette che la *Grundnorm* chiuda/"completi" il sistema, ma sia "l'unico" obbligo auto-fondante (un giano bifronte, sia norma che atto di forza), allora una tale norma di vertice è del tutto irriducibile, per natura, al restante tessuto del sistema normativo ed è "incoerente" con il sistema, perché sarebbe il primo atto di forza che pone invalidamente la prima norma (incoerenza del

che la doppia negazione attuata dalla sanzione sia a sua volta la forza come condotta giusta "Cg₂" svolta dal giudice o dalla polizia, - allora, ne deriva che $Nn = (Ob(Cg_2) \vee Ob(Cg_1))$ e l'importante conclusione che $\exists Nn = Cg_2 = \neg (\neg Ob(Nn))$, cioè che esista almeno una norma equivalente del tutto a una doppia negazione delle norme. Ne derivano due paradossi, cioè che, risolvendo la doppia negazione in un'affermazione, emerga che 1. $\exists Nn = Ob(Nn)$ o, in modo equivalente, 2. $\exists F = Ob(F)$. La 1 e la 2 sono le due autoreferenze per cui: 1. le norme garantiscono (obbligano a) sé stesse; 2. la forza garantisce sé stessa. Si tratta di due evidenti paradossi.

⁶⁶ $Ob(F) = \neg (\neg Ob(Nn))$ significa che l'obbligo "Ob" di usare la forza della sanzione "F" ripristina l'ordine normativo violato. In altre parole, la polizia ed il giudice compiono una seconda negazione "→" della prima negazione "→" degli obblighi normativi; infatti, la violazione " $(\neg Ob(Nn))$ " consiste nella prima negazione degli obblighi. Tuttavia, la stessa forza "Ob(F)" può assumere un carattere indistinguibile dalla violenza criminale e, a sua volta, illegittimo, cioè essere a sua volta una negazione degli obblighi normativi del tipo " $(\neg Ob(Nn))$ ". Se ciò è vero, allora si avrebbe che $Ob(F) = (\neg Ob(Nn)) \rightarrow \neg [\neg (\neg Ob(Nn))] \rightarrow \dots$, cioè, equiparando la forza ad una violazione apparirebbe un nuovo segno di negazione "→" a destra dell'implicazione "→". In tal caso la forza della polizia e dei giudici "F" farebbe degenerare il disordine come evidenziato da " $\neg [\neg (\neg Ob(Nn))]$ ", il quale si aggiunge al disordine iniziale " $(\neg Ob(Nn))$ " delle violazioni e si accrescerebbe continuamente con un eventuale nuovo atto di repressione (\neg) del nuovo illecito $\neg \{ \neg [\neg (\neg Ob(Nn))] \} \rightarrow$ come anche evidenziato dalla segnatura "... (equivalente a ecc.). La conclusione minima di questo schema, se è vero in premessa il paradosso pratico dell'equivalenza tra violenza e sanzione, $Ob(F) = (\neg Ob(Nn))$, è per semplificazione che: 1. $(\neg Ob(Nn)) \rightarrow (\neg Ob(Nn))$ e 2. $Ob(F) \rightarrow Ob(F)$. Si tratta di due autoreferenze, la prima, per cui il crimine causa ed alimenta il crimine e, la seconda, per cui l'uso della forza (guerra giusta), per reprimerlo, alimenta la forza. Si tratta di paradossi formalmente simili a quelli 1 e 2 della nota precedente.

sistema e, quindi, di nuovo sua natura “quasi contrattuale”). Il sistema verticistico di trasmissione della forza legale sarebbe a sua volta globalmente incoerente e dovrebbe ritenersi “quasi oggettivo”⁶⁷.

Il secondo paradosso del kelsenismo (B) dimostra, invece, che le singole norme, quando disciplinano l’obbligo di una condotta e la sanzione per garantire tale obbligo, si affidano per la loro tutela ad un “quasi” obbligo di usare la forza, che essendo un fattore di potenziale disordine, è sia “vietabile” (obbligo di non fare) sia “doveroso” (obbligo di ricorrervi). Ma se le norme sono, per prima cosa secondo Kelsen, la disciplina della forza, ciò comporta che la disciplina giuridica lo è di “quasi-obblighi”. Deonticamente il paradosso (A) è, invece, una contraddizione che per essere risolta costringe a pensare che il vero oggetto della disciplina giuridica è diverso dalla forza, cioè è rappresentato da quelle condotte neutre che non sono comandi di usare le armi o altre pene e rivolti alla polizia. Quindi, la sanzione penale e militare è sempre ancillare e secondaria e il diritto è, invece, una forma di vita universale, che prescinde da un particolare “Stato armato” e permette di invocare giustizia quasi ovunque presso qualsiasi giudice (anche non statale).

Conclusivamente, occorre riconoscere che il campo della giurisdizione del diritto è veramente una “quasi assoluta” giurisdizione di “quasi obblighi”, che dissente in modo universale (quasi-universale) dall’uso “locale e statalizzato” della forza (“quasi”, in quanto “un po’” se ne serve).

I paradossi (A) e (B) quindi permettono: 1) la rigorosa deduzione del dissenso verso la forza quale motore dell’evoluzione del diritto, mediante il citato quasi-contratto dei regimi internazionali e 2) l’“oggettivazione” quasi universale del risarcimento, presso qualsiasi giudice, dei diritti umani sulla salute (praticamente esisterà una giurisdizione globale anche per i danni e i crimini degli Stati eventualmente colpevoli di aver diffuso il COVID, ovunque i regimi dei diritti umani operino e il diritto internazionale non sorga solo dalle *Grundnorm* basate sulla forza degli Stati sovrani!).

Ora, se la teoria di Kelsen va rigettata, per la sua intrinseca mancanza di “universalità”, allora, il diritto internazionale dei diritti umani, per esclusione del fattore forza-militare, dipenderà dalle azioni spontanee di auto-organizzazione (auto-aiuto) degli operatori umani nei regimi internazionali, cioè da un’attività pacifica di auto-ordinamento. La forza, a differenza delle reti pacifiche, infatti, è sempre, secondo elementare buon senso, l’azione individuale, relativa e temporanea di un singolo Stato (o una lega di stati) contro altri Stati. Le reti sociali, invece, sono un fondamento stabile ed universale (globale) su cui, secondo logica (cioè secondo ragione), potrebbero basarsi il “generale dissenso” verso i crimini contro l’umanità: (1) l’obbligo “perenne” della risarcibilità dei crimini contro la salute pubblica, (2) il diritto umano di intere collettività, individui, e anche Stati, di invocare “perennemente” un rimedio giuridico appropriato e (3) la facoltà di richiederlo presso qualsiasi tribunale domestico-statale, “sempre e senza limiti territoriali”, quanto al “*locus commissi delicti*”. Tuttavia, il prezzo di questo schema concettuale è che il generale dissenso verso i crimini sarà soltanto “quasi universale”, perché negoziabile come un quasi-contratto nei regimi internazionali. E sarà contingente quanto la forza kelseniana.

L’alternativa alla contingenza dei regimi stessi è allora presto detta; il loro fondamento, razionalmente, non può essere una *Grundnorm* giuridica, pena il relativismo, bensì una fede...

6.6 Fondamento teologico dei “diritti della salute”

Al riguardo, esemplifica bene il diritto umano (quasi-universale o di rete) alla pace, coniugato con l’uso “*in extremis*” della forza contro la violenza dei dittatori, l’arcivescovo anglicano Desmond Tutu (Nobel per la pace 1984), il quale ha sia usato il concetto di “vergogna” (stigma) come motivo di “mobilitazione” (dissenso) contro il dittatore Mugabe sia ha invocato “l’uso della forza” (ancillare)

⁶⁷ Queste idee sui rapporti tra kelsenismo e teoremi di Gödel sono comunemente discusse in letteratura, vedi S. Agrusti, *Incompletezza gödeliana dei sistemi giuridici*, «Annali 2013», anno I (estratto), Taranto, Università degli Studi di Bari, Aldo Moro, 2013, pp.7-9.

per farlo destituire, non senza ricorrere (principalmente) all' "incriminazione pacifica" davanti al Tribunale penale internazionale (ICC)⁶⁸.

Nel fare ciò l'arcivescovo ha invocato un diritto perenne della vittima a risorgere (la sua umanità è quella di Cristo: "A *humanity measured by nothing less than the humanity of Jesus Christ Himself*"), con un "dissenso" verso la sua croce che "accusa il potere di ogni tempo", nello stesso modo in cui Cristo ha rimproverato a Saulo-Paolo, non solo di perseguire i suoi fedeli, ma anche di usare la forza militare dei farisei contro lo stesso Cristo-Dio identificato con il corpo e l'anima dei perseguitati⁶⁹.

Questa ipotesi teologica è molto attuale, dopo l'emergenza COVID-19. Infatti, è un luogo comune che sia impossibile in pratica e per comune dottrina, ricorrere ad un diritto cogente contro Stati Sovrani come la Cina o il Brasile (caso *Bolsonaro*). Non sembra, infatti, esistere un diritto internazionale garantito da una forza globale (questa la tipica eccezione di Cina e altri Stati per vanificare ogni rimedio o risarcimento)⁷⁰. Ma tale forza esiste: I regimi internazionali dei diritti umani e, al di là di essi, la fede nella vita e nella pace della vittima come (i) perenne timore di aver ucciso insieme, sulla croce delle vittime, sia il misero (l'uomo) sia il misericordioso (Dio), e (ii) tremore (dissenso) per la morte degli uomini e di Dio, quali entità benevole da cui vita e salute dipendono.

A ciò si oppone la banale dottrina, brevemente descritta poco fa, che la forza (la sanzione, la coazione, la rappresaglia militare, la guerra "giusta") sia il fondamento, la garanzia e il contenuto del diritto internazionale (Kelsen). Su tale metro si giudica da sempre della "validità" o "giuridicità" del diritto internazionale, anche dei diritti umani⁷¹. Ma da tale metro si deve evadere, almeno in parte (in parte, perché l'esperienza attesta che la forza militare è, pur tuttavia, una realtà ineliminabile nei rapporti tra Stati). Lo si deve fare, anzi, perché la tesi più "verosimile" è che, macroscopicamente, il fondamento "giuridico" universale del diritto internazionale dei diritti umani siano le reti sociali dei "regimi" (internazionali), e non gli Stati, contro i quali quelle reti chiedono con tenacia il risarcimento della salute pubblica e delle vite individuali perse. E, ben oltre, il fondamento appare una perenne aspirazione "alla pace, alla dignità e al dissenso della vittima", di cui si fa interprete il cristianesimo.

Un tale fondamento teologico si impone per "ragione e diritto", ma, se riconosciuto, potrebbe paralizzare le eccezioni degli Stati Sovrani, non solo "logicamente", ma anche in modo (quasi) universalmente "giuridico". Se accettato, potrebbe persino far dire che le reti "pacifiche" dei regimi, forse, precedano o fondino lo Stato (sulla "pacificante" dignità cristiana delle vittime). Infatti, dopo, sarebbe elementare buon senso pensare che i regimi, non solo, giustifichino i diritti umani, ma, dando atto del loro potere di "istituzionalizzare" le "reti della pace", - spieghino, finanche, il fenomeno d'esperienza degli Stati e della pressante presenza militare delle superpotenze mondiali⁷².

6.7 Critica del sistema monistico del diritto internazionale universale di Kelsen

L'ultima ipotesi, sul potere dei regimi di generare i diritti umani in modo "universale", richiede *de jure condendo* che il diritto non si basi "solo" sul ricorso a trattati e ad arbitrato volontario per imporre obblighi, diritti e giurisdizione (perché ciò rimanda, direttamente, alla forza militare che rende cogenti arbitrato e trattato), ma anche sul fenomeno primitivo, anteriore e collaterale di regimi internazionali che "istituzionalizzano" la dignità umana. Grazie ad essi, ogni persona fisica o giuridica ed ogni Stato,

⁶⁸ Zimbabwe: Tutu, Mugabe va cacciato anche usando la forza, articolo in «La Repubblica.it», edizione 24 dicembre 2008, <https://www.repubblica.it/ultimora/24ore/zimbabwe-tutu-mugabe-va-cacciato-anche-usando-la-forza/news-dettaglio/3469451>

⁶⁹ D.Tutu, *Nobel Lecture*, cit. Vedi per S. Paolo, Atti degli Apostoli, 9, 3-6: «[3] E avvenne che, mentre era in viaggio e stava per avvicinarsi a Damasco, all'improvviso lo avvolse una luce dal cielo [4] e cadendo a terra udì una voce che gli diceva: "Saulo, Saulo, perché mi perseguiti?". [5] Rispose: "Chi sei, o Signore?". E la voce: "Io sono Gesù, che tu perseguiti!"».

⁷⁰ M.T. De Luca, *Cina. Fioccano le richieste di risarcimento danni per l'epidemia di COVID-19*, cit.

⁷¹ D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, cit., paragrafi 2 e 3.

⁷² Vedi paragrafo 5.2.

“ovunque” e in “qualsiasi tempo”, saranno obbligati a rispettare, tra l’altro, la salute pubblica e saranno responsabili per i crimini che commettono (p.e. oggi, in relazione al COVID-19). Dovrà bastare “anche” il giudizio di qualsiasi tribunale (domestico-statale) “sempre competente” senza vincoli di territorio e di prescrizione, per tutte le violazioni dei diritti umani, anche quelli della salute (se una rete di livello mondiale genera e mantiene in vita, ad un tempo, diritti umani e Stati).

Chiaramente, un tale tribunale potrà esistere solo se, in pratica e per dottrina recepita, si possa accettare la teoria “monistica” di un diritto internazionale, il cui fondamento di validità riposi su un’unità universale ed assoluta, p.e., come sostenuto da H. Kelsen, sull’Umanità intesa come unità morale e sovranazionale, oppure sull’Umanità globale (o globalizzata) dei regimi di molteplici operatori mondiali in cooperazione anarchica continua⁷³.

La tesi monistica di Kelsen sul diritto internazionale “universalmente” valido è stata quella di ritenere che esso, per ragione e logica, debba (i) includere gli ordinamenti nazionali, (ii) regolare sia rapporti tra Stati e Stati (iii) sia tra Stati ed individui (iv) sia tra individui di diversa nazionalità. Solo sotto tali condizioni, il diritto internazionale potrebbe “abilitare” le corti “nazionali” anche a giudicare per conto dell’Umanità su ogni individuo e su ogni Stato (per di più, per conto di qualsiasi individuo o Stato). Il fatto sorprendente è che Kelsen, incoerentemente, abbia anche sostenuto che il diritto internazionale sarebbe “giuridicamente valido”, solo se fondato in, garantito da e disciplinante l’uso della forza⁷⁴. La contraddizione con un diritto comune all’umanità emerge subito, almeno a livello “logico”, appena si ricordi che l’esistenza di sanzioni suppone, anziché l’unità morale e sovranazionale dell’umanità, una “differenza” tra assoggettati alla “forza” e detentori della stessa.

Ora, la radicalizzazione di questa differenza, anche nei fatti, offende non solo la giustizia, ma anche la “pace” (delle reti pacifiche dei regimi oppure di qualcosa di più eticamente profondo) secondo quel campione dei diritti umani che è stato l’arcivescovo Desmond Tutu, che nella sua orazione alla cerimonia del Nobel per la Pace ha così dichiarato: “*I have spoken extensively about South Africa, first because it is the land I know best, but because it is also a microcosm of the world and an example of what is to be found in other lands in differing degree. – When there is injustice, invariably peace becomes a casualty*”⁷⁵.

Tuttavia, non si può sopravvalutare questa contraddizione del pensiero di Kelsen; infatti, l’esperienza è in contrasto con la riflessione logica (e in accordo con Kelsen), quando si riconosca che il mondo è pieno di basi militari per garantire equilibri internazionali di forza e che tale forza concorra al rispetto dei diritti umani (almeno formalmente). Il sistema è chiaramente solo “quasi-monistico” o “quasi universale”⁷⁶.

7. Conclusioni

In conclusione, l’analisi dell’art. 16 della convenzione, in tema di “trattamenti degradanti” diversi dagli atti di tortura, permette di individuare alcuni principi costituzionali ed etici che impongono l’incriminazione dello (i) sviluppo doloso di potenziali armi biologiche (se tale è il COVID-19) capaci di provocare una pandemia mondiale oppure lo (ii) sviluppo e la diffusione accidentale delle stesse armi come condotta gravemente negligente (equivalente praticamente al dolo).

Tale analisi, insieme ai precedenti argomenti, consente la definizione di una nozione comune di diritto umano della salute, che unifica le varie figure presenti nelle già citate convenzioni in un diritto umano (i) “quasi universale” e (ii) soggetto a continue “negoziazioni” presso i giudici, tipiche del quasi contratto dei regimi internazionali.

⁷³ H. Kelsen. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), Milano, Giuffrè, 1989, *passim*.

⁷⁴ D. Zolo, *Kelsen: la pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, cit., *ibidem*.

⁷⁵ D. Tutu, *Nobel Lecture*, cit.

⁷⁶ A.B. Marantoni, *Dal ‘Mare Nostrum’ al ‘Gallinarium Americanum’*, cit., pp. 81-94.

Un tale diritto prevede: 1) che “qualsiasi tribunale domestico sia competente” in modo “quasi universale” e “negoziabile” per il risarcimento dei danni da COVID-19 e che questo sia un caso di giurisdizione “quasi assoluta” (quasi, in quanto soggetta a tutti i limiti di una consuetudine in corso di maturazione); 2) che “tutti possano adire questo giudice” con un vero “diritto umano quasi assoluto” (quasi, in quanto perennemente in fase di negoziazione contro l’uso della forza militare); 3) che “il giudice abbia il diritto di usare la forza contro la flagranza” delle violazioni del diritto umano della salute, insieme all’obbligo processuale “quasi assoluto” di punire (quasi, in quanto il fondamento del diritto-dovere del giudice di processare è un quasi-accordo sul dissenso verso la forza); 4) che l’obbligo di “punire” del giudice duri “per la durata della flagranza” e corrisponda al diritto delle vittime di veder puniti i colpevoli “per tutto il tempo che dura la flagranza di reato” (quando essa cessa, cessa il diritto-dovere di punire, ...anche se per i più gravi crimini contro l’umanità è ragionevole che la flagranza non cessi “praticamente” mai) e che questa fondi l’*accountability* “quasi assoluta” dei crimini contro l’umanità (quasi, in quanto la forza non sarà il fondamento e la garanzia del diritto, bensì solo il dissenso verso la forza); 5) che “la pena, la sanzione coattiva, l’esclusione da un consorzio (reclusione) o la condanna al risarcimento di tutti i danni siano strumenti temporanei” e vadano usati fino al momento in cui perdura la flagranza, in modo che l’esecuzione della pena sia “quasi assoluta” (tale perché essa è un’opposizione strumentale, ancillare e residuale alla violenza temporanea), mentre, oltre il limite temporale in cui cessi la flagranza, il colpevole vada riconciliato con la sua comunità (per il timore di perpetuare sia la forza sia il dissenso).