

Capitolo 3

Il diritto internazionale e dell'Unione europea di fronte alla pandemia da Covid-19

Francesca Romanin Jacur* – Marta Lazzaroni**

SOMMARIO: SEZIONE I. *Diritto internazionale e risposta alla pandemia da Covid-19.* – 1. Introduzione. – 2. Gli obblighi in capo agli Stati di tutelare il diritto alla salute e di prevenire danni transfrontalieri. – 3. L'istituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e gli obblighi specifici degli Stati in materia di prevenzione di crisi sanitarie. – 3.1. Il Regolamento Sanitario Internazionale. – 4. Gli obblighi per le organizzazioni internazionali in materia di prevenzione e gestione delle crisi sanitarie internazionali. – 4.1. L'Organizzazione delle Nazioni Unite. – 4.2. L'Organizzazione Mondiale della Sanità. – 5. Le misure di risposta al Covid-19 alla luce dello standard di *due diligence*. – 5.1. Che ruolo per il principio di precauzione? – 6. La compatibilità delle misure di risposta al Covid-19 con obblighi relativi al commercio internazionale e alla tutela degli investimenti stranieri. – 7. Meccanismi di accertamento di fatti e responsabilità. – 8. Conclusioni. – SEZIONE II. *Unione europea e risposta alla pandemia da Covid-19.* – 9. Introduzione. – 10. Le competenze dell'Unione europea in materia di tutela della salute. – 11. La risposta dell'Unione europea e degli Stati membri in ambito sanitario. – 12. Il background economico: brevi cenni. – 13. La risposta dell'Unione europea in campo economico. – 13.1. Il Quadro Temporaneo per gli aiuti di Stato. – 13.2. Il Quadro Temporaneo in materia di antitrust. – 13.3. Altri interventi per far fronte alla crisi economica. – 13.4. Gli interventi dei Fondi Europei e della Banca Centrale Europea. – 14. Conclusioni e sviluppi futuri.

*Ricercatrice a tempo determinato in Diritto internazionale – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia; francesca.romaninjacur@unibs.it.

All'autrice sono da attribuire: sezione I; sezione II, parr. 9; 10; 11; 13.1; 13.3; 14.

**Assegnista di Ricerca in Diritto dell'Unione europea – Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia; marta.lazzaroni@unibs.it.

All'autrice sono da attribuire: sezione II, parr. 12; 13.2; 13.4.

SEZIONE I

Diritto internazionale e risposta alla pandemia da Covid-19

1. *Introduzione*

Fin dal principio di questa crisi sanitaria, la rapida e inarrestabile trasmissione del Covid-19 attraverso le frontiere ha richiamato drammaticamente e urgentemente l'attenzione sulla necessità di dare una risposta coordinata a livello internazionale.

Il diffondersi del virus ha mostrato la discrasia tra la stretta interconnessione che caratterizza la nostra società globale per quanto riguarda i trasporti, l'economia e i *social networks*, da un lato, e la disconnessione a livello politico e giuridico. Tale mancanza di coesione è accentuata di recente con le spinte nazionaliste e le chiusure al multilateralismo e si è già mostrata nelle risposte frammentate e inadeguate alle crisi globali come quella finanziaria del 2008, il cambiamento climatico e ora la pandemia¹.

Nonostante l'arrivo di una pandemia fosse un evento futuro ma certo, il mondo si è fatto trovare impreparato². Proprio nel mese di settembre del 2019, un rapporto redatto sotto gli auspici dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) dal *Global Preparedness Monitoring Board* preannunciava che: "*The world is at acute risk for devastating regional or global disease epidemics or pandemics that not only cause loss of life but upend economies and create social chaos*"³. Era noto, infatti, che sarebbe arrivata una crisi pandemica, verosimilmente un'influenza e conoscendo l'evolversi dei virus influenzali, come la MERS e la SARS, e la loro capacità di mutazione, era anche prevedibile che non sarebbe stato disponibile un vaccino⁴.

¹Emblematiche sono le forti tensioni commerciali e le accuse reciproche tra USA e Cina, le chiusure di Paesi con governi populistici, tra cui Brasile, Russia e India e la minaccia degli USA di ritirarsi dall'OMS.

²Era probabile che si sarebbe trattato di un virus o batterio di origine animale che avrebbe compiuto il salto di specie, come già avvenuto nel caso dell'HIV originato dagli scimpanzé, della SARS coi pipistrelli e dell'influenza aviaria proveniente dagli uccelli.

³*A world at risk: annual report on global preparedness for health emergencies*, settembre 2019, qui reperibile <https://www.preventionweb.net/publications/view/67706>.

⁴Il giornale TIME riporta che secondo il Dr. Trevor Mundel, presidente della Divisione "Global health" della Fondazione Bill e Melinda Gates, le compagnie farmaceutiche non hanno convenienza a investire nella ricerca di vaccini per pandemie dal momento che essi richiedono anni per essere testati e più di 1 miliardo di USD per essere sviluppati. Questa afferma-

Ci si poteva poi aspettare che il contagio si sarebbe diffuso molto velocemente, considerando i parametri che accelerano la trasmissione dei virus tra cui, l'aumento della popolazione mondiale, l'alta densità della popolazione in molte aree, l'aumento degli spostamenti e interconnessioni globali, e i cambiamenti climatici. È stata anche prevista l'inadeguatezza dei sistemi sanitari, anche quelli dei Paesi più avanzati, che anche a causa dei tagli agli investimenti in campo sanitario, non avrebbero potuto reggere all'onda d'urto di una pandemia. Per finire, sono stati previsti anche i rischi derivanti dall'uso inappropriato dei *social networks* e dal diffondersi di *fake news*, quanto mai pericolose in una situazione di crisi e di incertezza come quella della pandemia Covid-19.

Tutte queste previsioni non sono servite a prevenire il diffondersi del contagio né a fronteggiare la pandemia in modo concertato. Gli Stati si sono trovati, almeno in un primo tempo, a rispondere unilateralmente alla minaccia comune del virus, potendo contare solo limitatamente sui deboli meccanismi intergovernativi che avrebbero dovuto coordinare una risposta condivisa. Un maggiore coordinamento si può riscontrare, almeno a livello europeo, nella fase più avanzata di gestione della pandemia e di uscita dall'emergenza⁵.

La pandemia ha portato con sé un'incertezza generale che riguarda tutte le dimensioni di questa poliedrica crisi e che ha un impatto fortissimo sulla comunità internazionale nel suo complesso, così come sulle comunità locali e sugli individui. L'incertezza riguarda la scienza medica che ancora studia il virus alla ricerca di un trattamento e di un vaccino; riguarda i mercati economici e finanziari, e le pesanti ricadute in campo sociale. Ancora molti si chiedono come sarà il ritorno a una "nuova normalità" dopo aver sconfitto il Covid-19, come la pandemia cambierà le abitudini di ognuno di noi, i trasporti, il lavoro, la socialità, le famiglie. L'incertezza sembra davvero riguardare l'avvento di una nuova epoca.

Questo contributo esamina quali sono gli obblighi in capo agli Stati e alle organizzazioni internazionali in particolare le Nazioni Unite e l'OMS, derivanti da norme consuetudinarie, dai trattati e da fonti da essi derivate, di fronte al diffondersi e alla gestione della pandemia da Covid-19.

Per meglio individuare tali obblighi e come gli Stati vi adempiono è utile

zione trova riscontro nel fatto che nonostante il mercato farmaceutico globale valga oggi circa più di 1 trilione di USD, ovvero un miliardo di miliardi, il mercato dei vaccini è solo il 3%. (*The world is not ready for the next pandemic*, 4 maggio 2017, *time.com*).

⁵P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) alla diffusione del COVID-19*, in *Sidiblog*, 9 aprile 2020. Si veda la sezione successiva relativa al diritto europeo.

dividere la risposta alla pandemia in fasi temporali: una prima fase, precedente al diffondersi del virus, è incentrata su obblighi di prevenzione delle epidemie e sulla predisposizione di meccanismi nazionali di allerta e pronta risposta alle epidemie. La seconda fase si concentra sulla gestione dell'epidemia, ovvero sui modi e tempi di attuazione degli obblighi di informazione e delle misure di contenimento del contagio. In relazione a queste ultime, emerge la necessità di trovare un bilanciamento tra la tutela di diritti individuali e collettivi e di esaminare le limitazioni ai diritti umani fondamentali, al commercio internazionale e agli investimenti stranieri imposte dalle misure adottate dagli Stati per far fronte al contagio.

Essendo ancora premature valutazioni di natura fattuale sugli eventi che hanno dato origine all'epidemia Covid-19 e sulla gestione controversa di tali avvenimenti da parte della Cina e dell'OMS, la terza parte esamina i sistemi di soluzione delle controversie che possono essere attivati per pronunciarsi sulle eventuali responsabilità degli Stati e dell'OMS. Infine le conclusioni individuano alcune lezioni da imparare da questa tragica vicenda per evitare che simili drammi si ripetano in futuro o, quantomeno sul come adottare risposte più efficaci e tempestive.

2. *Gli obblighi in capo agli Stati di tutelare il diritto alla salute e di prevenire danni transfrontalieri*

La sovranità degli Stati deve essere esercitata – in una dimensione interna – in modo da assicurare i diritti fondamentali, tra cui la salute dei cittadini⁶ e – in una dimensione esterna – in modo da non causare danni al di fuori della propria giurisdizione, ad altri Stati o in territori al di fuori delle giurisdizioni nazionali.

Quanto al primo aspetto, il diritto alla salute, riconosciuto da numerosi strumenti internazionali di carattere globale e regionale, è tra i diritti umani fondamentali che gli Stati sono tenuti a rispettare nell'esercizio della propria sovranità⁷. Di fronte al diffondersi del contagio, gli Stati hanno l'obbligo di

⁶Per un inquadramento generale sugli aspetti normativi e istituzionali del diritto internazionale della salute, si veda B. TOEBES, *Global Health Law: defining the Field, Research Handbook on Global Health Law*, 2018, pp. 2-23.

⁷Si vedano, ad esempio: *Universal Declaration of Human Rights*, art. 25.1; il Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, art. 12.1; Convenzione sui diritti del fanciullo, art. 24; e a livello regionale: Carta Sociale Europea, art. 11; *African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981*, art. 16, e *l'Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights* del 1988, art. 10. Per un appro-

tutelare la vita e la salute dei propri cittadini e, se possibile, assistere Stati in situazione di bisogno.

Un'effettiva attuazione del diritto alla salute richiede agli Stati una serie di obblighi di rispettare, proteggere e attuare il diritto alla salute (*respect, protect and fulfil*). Gli Stati dovranno quindi astenersi dall'interferire nel godimento del diritto; proteggere i propri cittadini da possibili violazioni del diritto alla salute proveniente da soggetti terzi; e devono adottare misure legislative, amministrative, finanziarie e giudiziarie per assicurarne la piena realizzazione⁸.

Nella stessa direzione, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha in più occasioni riconosciuto l'esistenza di obblighi positivi in capo allo Stato di adottare misure sanitarie adeguate a eliminare i rischi per la vita e la salute⁹.

L'attuazione del diritto alla salute avviene in modo graduale, c.d. a realizzazione progressiva, e dipende dal livello di sviluppo socio-economico di ciascuno Stato. La diversità delle situazioni sanitarie degli Stati, in particolare quelli in via di sviluppo e la necessità di adottare standard il più possibile uniformi sono tra le principali sfide perseguite a livello internazionale. Tuttavia, un basso livello di sviluppo non può rappresentare una scusante per non rispettare il diritto alla salute¹⁰.

Le misure di distanziamento sociale, di isolamento e di quarantena per i soggetti affetti da Covid-19 possono rientrare tra gli obblighi positivi dello Stato volti a garantire effettivamente il diritto alla salute dei propri cittadini¹¹.

Vi sono situazioni di grave emergenza sanitaria in cui misure adottate da

fondamento sul contenuto del diritto alla salute, sugli obblighi in capo agli Stati per tutelare tale diritto, sulle possibili violazioni e sull'attuazione a livello nazionale, si veda il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, adottato durante la Twenty-second Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 11 August 2000 (Doc. E/C.12/2000/4). (<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>).

⁸Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 14*, par. 33.

⁹Si veda in materia di sistemi sanitari inadeguati: *Asiye Genc vs. Turchia*, 27 gennaio 2015, nr. 24109/07 e *Vasileva vs. Bulgaria*, 17 marzo 2016, nr. 23796/10.

¹⁰In tal senso va interpretato l'art. 12(1) del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali alla luce del Commento Generale n. 14, par. 30. Si tornerà ad approfondire questo aspetto nei paragrafi successivi, quando si analizzerà il livello di *due diligence* richiesto agli Stati nell'adempimento dei propri obblighi di condotta.

¹¹In questo senso si veda A. COCO-T. DE SOUZA DIAS, *Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, 24 march 2020, ejiltalk.org, "(...) adopting social distancing policies, reducing working hours etc. are measures required not only by wisdom and medical necessity, but by law – in order to protect individuals' health from the risk posed by the contact with infected (even if asymptomatic) persons."

uno Stato per proteggere la vita e la salute dei propri cittadini confliggono con il rispetto di altri diritti umani fondamentali. Si pensi, ad esempio, al diritto alla libertà di movimento e di associazione limitati dalle misure di c.d. *lockdown*; la libertà di espressione potenzialmente ridotta dalle misure adottate per combattere la disinformazione attraverso le c.d. *fake news*¹²; o ancora il diritto alla privacy minacciato da misure di tracciamento degli spostamenti e dei contatti.

Il diritto alla salute, come altri diritti umani fondamentali, non è assoluto e, in circostanze eccezionali, può essere limitato. In casi di emergenza alcuni trattati sui diritti umani prevedono la possibilità di derogare al rispetto di alcuni diritti tutelati. L'art. 15 della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo prevede che: *"In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale."*

Anche il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (CESCR) fa espresso riferimento alla possibilità che l'esercizio di diritti umani possa essere limitato durante una crisi sanitaria come previsto dall'art. 4 del Patto. Questa norma stabilisce che le misure restrittive devono essere strettamente necessarie, proporzionate e le meno restrittive possibili. Inoltre, esse devono essere previste dalla legge, rispettare gli standard di tutela dei diritti umani, ed essere temporanee e quindi rivalutate periodicamente¹³.

Altre indicazioni specifiche su come effettuare il bilanciamento tra la tutela della salute pubblica e altri valori fondamentali, sono fornite dal Regolamento Sanitario Internazionale adottato in seno all'OMS, su cui si tornerà approfonditamente più in seguito. Per quanto riguarda la limitazione di alcuni diritti fondamentali, il Regolamento adotta un approccio normativo molto equilibrato e disciplina fattispecie specifiche senza lasciare discrezionalità allo Stato. Così, ad esempio, per quanto riguarda la libertà di movi-

¹²Per una discussione sugli aspetti giuridici dell'"infodemic", si veda il blog in tre parti di M. MILANOVIC, *Viral Misinformation and the Freedom of Expression*, reperibile online ejiltalk.org.

¹³L'art. 4 dispone: *"The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society."* Sull'importanza e l'autorevolezza dell'interpretazione del CESCR, si veda approfonditamente F. SEATZU, *Sull'interpretazione del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali: regole, criteri ermeneutici e comparazione*, in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, Vol. XII, pp. 339-364.

mento, l'art. 40 RSI dispone che laddove uno Stato condizioni l'ingresso nel proprio territorio a determinati controlli sanitari o adotti altri tipi di limitazioni a persone in viaggio, il costo di queste misure non gravi sui viaggiatori ma sia sostenuto dallo Stato. Un'altra disposizione del RSI che rileva in quanto prevede limitazioni, anche notevoli, alle libertà individuali è l'art. 18 RSI che elenca le diverse misure che gli Stati possono adottare, dalle più blande, come ad esempio la verifica degli spostamenti in aree affette, a quelle più invasive e limitative del diritto alla privacy, come ad esempio la richiesta di esami medici e l'individuazione dei contatti delle persone affette dal virus, o della libertà di movimento, come quelle che impongono isolamento e quarantena, o il rifiuto dell'ingresso nel Paese.

Tra le azioni che gli Stati devono intraprendere per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla salute vi sono misure di prevenzione, gestione e controllo delle epidemie, sia a livello nazionale sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private¹⁴. Il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali (CESCR) riconosce che tra le misure di prevenzione, gestione e controllo delle epidemie rientrano: *"States' individual and joint efforts to, inter alia, make available relevant technologies, using and improving epidemiological surveillance and data collection on a disaggregated basis, the implementation or enhancement of immunization programmes and other strategies of infectious disease control"*¹⁵.

Venendo alla dimensione transfrontaliera e internazionale, a prescindere da dove il virus si sia originato, tutti gli Stati hanno l'obbligo di evitare che il virus si diffonda oltre il loro territorio in altri paesi. Gli Stati sono dunque responsabili per attività poste in essere sul loro territorio o sotto la loro giurisdizione o controllo, quando sapevano o avrebbero dovuto sapere che tali attività avrebbero potuto causare danni oltre le loro frontiere a persone o a altri stati¹⁶.

Per evitare di provocare un danno transfrontaliero gli Stati devono prendere tutte le misure appropriate per prevenire o comunque ridurre al minimo il rischio che tale danno si verifichi¹⁷. La Commissione di Diritto In-

¹⁴ In tal senso, si veda, ad esempio, la Carta Sociale Europea, art. 11.

¹⁵ Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 14*, par. 16.

¹⁶ Corte Internazionale di giustizia, sentenza del 17 giugno 1986, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. USA)*, in ICJ Rep. 14, pp. 154-156.

¹⁷ Commissione di Diritto internazionale (CDI), *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries*, 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, parte seconda, (di seguito, articoli sull'obbligo di prevenzione), art. 3 *Prevention*: *"The State of origin shall take all appropriate measures to prevent significant transboundary harm or at any event to minimize the risk thereof."*

ternazionale negli Articoli sulla responsabilità per danni causati da attività non vietate dal diritto internazionale riconosce che tra i danni "significativi" rientrano i danni alla salute¹⁸. Sempre secondo la Commissione, l'obbligo di prevenzione ha natura continuativa, per cui si applica anche quando il rischio non fosse inizialmente prevedibile, ma sopravvenga in un momento successivo¹⁹.

Esiste a nostro avviso anche un obbligo di natura consuetudinaria di pronta notifica nei confronti degli Stati potenzialmente minacciati dal danno transfrontaliero. Tale obbligo è un elemento essenziale del principio di prevenzione, che trova applicazione spesso con riferimento alla tutela ambientale, ma che potrebbe configurarsi anche per la tutela della salute²⁰. La Corte internazionale di Giustizia ha descritto come esso rifletta "*elementary considerations of humanity*"²¹ e pensando a questa pandemia queste parole risuonano tristemente appropriate.

Il dovere degli Stati di esercitare la sovranità con diligenza implica che devono anche controllare che soggetti privati non compiano attività che possano causare danni transfrontalieri. Per quanto riguarda la responsabilità degli Stati per attività compiute da privati si parla generalmente di responsabilità indiretta, che non sussiste per ogni condotta posta in essere da privati ma solo per attività pericolose di cui lo Stato era, o avrebbe dovuto essere a conoscenza.

Quindi se un laboratorio privato intraprendesse attività di ricerca su agenti biologici qualificabili come, anche solo potenzialmente, pericolosi, lo Stato in cui il laboratorio si trova ha l'obbligo di controllare il suo operato e

¹⁸ CDI, Articoli sull'obbligo di prevenzione, art. 2, commentario 4.

¹⁹ Gli articoli della CDI sull'obbligo di prevenzione richiedono ci sia un collegamento fisico inerente all'attività e gli effetti transfrontalieri e portano il seguente esempio: "(...) *the stockpiling of weapons does not entail the consequence that the weapons stockpiled will be put to a belligerent use. Yet, this stockpiling may be characterized as an activity which, because of the explosive or incendiary properties of the materials stored, entails an inherent risk of disastrous misadventure*". La diffusione di un virus ha una connessione fisica diretta con le conseguenze sanitarie derivanti dal contagio e rientra quindi nell'ambito di applicazione degli articoli sulla prevenzione del danno transfrontaliero.

²⁰ Si veda la Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, Rio de Janeiro, 3 giugno 1992, Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, Principio 19: "*States shall provide prior and timely notification and relevant information to potentially affected States on activities that may have a significant adverse transboundary environmental effect and shall consult with those States at an early stage and in good faith.*" Si veda CDI, Articoli sugli obblighi di prevenzione, Commentario art. 8, par. 4 e 5.

²¹ Corte Internazionale di Giustizia, Caso dello Stretto di Corfù (Regno Unito vs. Albania), I.C.J. Reports 1949, pp. 4-22.

in particolare di richiedere che tali attività siano preventivamente sottoposte a un'autorizzazione. Prima del rilascio dell'autorizzazione, è necessario ai sensi del diritto internazionale consuetudinario procedere a una valutazione di impatto²². Qualora lo Stato abbia attuato tutte le misure adeguate e idonee a prevenire il danno transfrontaliero, la diffusione involontaria o negligente di un agente patogeno riconducibile al laboratorio, non costituirebbe una responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo di prevenzione.

3. *L'istituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e gli obblighi specifici degli Stati in materia di prevenzione di crisi sanitarie*

Per "portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità", gli Stati nel 1946 hanno istituito l'OMS, un'organizzazione speciale delle Nazioni Unite, affidandole moltissime funzioni riguardanti la tutela della salute²³.

Leggendo la Costituzione dell'OMS si coglie immediatamente l'ambizione del progetto intrapreso all'epoca dagli Stati, che si riflette in poteri ampi e significativi attribuiti all'Organizzazione stessa, che vanno ben oltre quelli generalmente attribuiti ad altre organizzazioni internazionali. Gli organi dell'OMS sono l'Assemblea, il Consiglio Esecutivo e il Segretariato²⁴. Il Direttore Generale fa parte del Segretariato ed è nominato dall'Assemblea, su proposta del Consiglio e alle condizioni che fissa l'Assemblea. Il Direttore esercita le sue funzioni in modo indipendente ed è il più alto funzionario tecnico e amministrativo dell'Organizzazione. La *governance* dell'OMS si contraddistingue anche per il riconoscimento di poteri, a nostro avviso, eccessivi in capo al Direttore Generale, come si vedrà qui di seguito.

L'Assemblea mondiale della Sanità, l'organo plenario in cui si riuniscono annualmente i rappresentanti degli Stati membri, è autorizzata a emanare regolamenti giuridicamente vincolanti per gli Stati, senza che sia necessaria la loro ratifica. Una volta adottato dall'Assemblea, un regolamento entra automaticamente in vigore per tutti gli Stati dopo che sia trascorso un certo periodo di tempo dalla data della sua comunicazione, ad eccezione degli Stati che dichiarino di non accettarlo (clausola di *opt out*)²⁵. Tali regolamenti

²² CDI, Articoli sull'obbligo di prevenzione, art. 6 e relativo commentario.

²³ Si vedano art. 1 e 2 della Costituzione dell'OMS.

²⁴ Costituzione OMS, artt. 9, 31 e 37.

²⁵ Costituzione OMS, art. 22: "I regolamenti emanati in esecuzione dell'articolo 21 entrano in vigore, per tutti gli Stati Membri, quando la loro approvazione da parte dell'Assemblea della sanità è stata debitamente comunicata; sono eccettuati solo quegli Stati che, nei termini prescritti nella comunicazione, dichiarano di non accettarli, oppure fanno riserve in merito."

riguardano, *inter alia*, misure sanitarie e di quarantena o altri provvedimenti per impedire la propagazione transfrontaliera di malattie, la nomenclatura delle malattie, e la designazione uniforme dei metodi di diagnosi valevoli nel campo internazionale²⁶.

Un simile potere normativo autonomo in capo all'OMS dimostra come gli Stati avessero fiducia nel processo decisionale dell'OMS e ritenessero opportuno demandare all'organizzazione l'autorità di adottare normative sanitarie uniformi applicabili a livello universale.

3.1. *Il Regolamento Sanitario Internazionale*

Il Regolamento Sanitario internazionale (RSI) è stato adottato ai sensi della procedura appena descritta dalla 58ª Assemblea Mondiale della Sanità nel maggio 2005, per aggiornare e riformare le norme applicabili nell'allerta e risposta globale alle epidemie alla luce dell'esperienza maturata in seguito alla SARS. Il Regolamento è entrato in vigore il 15 giugno 2007 per 196 Stati e mira a *“prevenire, proteggere, tenere sotto controllo e fornire una risposta sanitaria alla diffusione internazionale di malattie tramite modalità commisurate e limitate ai rischi per la sanità pubblica e che evitino inutili interferenze con il traffico e il commercio internazionale.”*²⁷.

Il Regolamento già nel suo scopo riconosce dunque l'importante bilanciamento tra i diversi valori in gioco e la necessità di conciliare la tutela della salute con la libera circolazione delle persone e delle merci. Ad oggi il Regolamento è l'unico strumento internazionale su cui vi sia *consensus* internazionale e che mira ad essere applicato a livello globale da tutti gli Stati²⁸.

Il RSI richiede agli Stati Parte dell'OMS di creare un sistema nazionale che serva da centro di raccolta di informazioni e di comunicazione con l'OMS nell'eventualità di crisi sanitarie²⁹. In un'ottica di prevenzione delle crisi sanitarie e di tutela della salute, il sistema di sorveglianza in materia sanitaria richiede che: *“1. Ogni Stato Parte deve sviluppare, rafforzare e mantenere (...) la capacità di rilevare, valutare, notificare e comunicare tramite rapporti, eventi in conformità al presente Regolamento, come specificato nell'Allegato 1”*³⁰.

²⁶ Costituzione dell'OMS, art. 21.

²⁷ Art. 2 RSI.

²⁸ In questo spirito, l'art. 3.3 RSI, pur riconoscendo il diritto sovrano di adottare le proprie normative sanitarie auspica che queste siano in linea con il Regolamento e prevede che: *“L'implementazione del presente Regolamento deve avere come obiettivo la sua applicazione universale al fine di proteggere l'umanità dalla diffusione internazionale di malattie”*.

²⁹ Art. 4 RSI.

³⁰ Art. 5.1 RSI.

Tra questi eventi rientrano “malattie o mortalità oltre i livelli previsti per quel determinato periodo e luogo (...)”³¹.

Il sistema di sorveglianza prevede anche un obbligo di “sviluppare, rafforzare e mantenere (...) la capacità di rispondere prontamente ed efficacemente ai rischi per la sanità pubblica e alle emergenze sanitarie di interesse internazionale (...)”³². Il RSI prevede che gli Stati che ne facciano richiesta, possono ricevere assistenza dall’OMS nello “sviluppo, rafforzamento e nel mantenimento” del sistema di sorveglianza³³.

Queste disposizioni contengono obblighi di risultato per quanto riguarda la creazione di un apparato istituzionale idoneo ad assicurare un sistema di sorveglianza e pronta risposta effettivo, ma lasciano discrezionalità agli Stati sulle caratteristiche di tale sistema, rispettando così le diversità dei singoli sistemi sanitari nazionali. Questo approccio si ritrova in altri strumenti giuridici internazionali che affrontano temi legati allo sviluppo sostenibile, caratterizzati da una dimensione globale e da una dimensione locale, come l’Accordo di Parigi sul cambiamento climatico³⁴.

Oltre a prevedere obblighi istituzionali, il RSI stabilisce obblighi di pronta notifica in presenza di eventi anche solo potenzialmente rischiosi per la comunità internazionale. Quando ci si trovi di fronte alla diffusione di un contagio, come avvenuto nel caso del Covid-19, e già prima con la SARS e Ebola, assume importanza fondamentale l’obbligo di pronta notifica previsto dall’art. 6 del RSI: “1. Ogni Stato Parte deve valutare gli eventi verificatisi all’interno del suo territorio utilizzando lo strumento decisionale di cui all’Allegato 2. Ogni Stato Parte deve notificare all’OMS – utilizzando i più efficienti mezzi di comunicazione disponibili, tramite il Centro nazionale per il RSI, ed entro 24 ore dalla valutazione delle informazioni relative alla sanità pubblica – tutti gli eventi che possano costituire all’interno del proprio territorio un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, in accordo con lo strumento decisionale, nonché qualsiasi misura sanitaria adottata in risposta a tali eventi. (...)”³⁵.

Ai sensi del RSI, un’emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale è definita come “un evento straordinario che (...) si ritiene possa: (i) co-

³¹ RSI, Allegato 1, par. 4, lettera a).

³² Art. 13.1 RSI.

³³ Art. 5.3 RSI.

³⁴ Questo approccio c.d. ibrido riunisce una regolamentazione c.d. *top-down*, che stabilendo standard applicabili a tutti gli Stati assicura una certa, pur minima, uniformità a livello internazionale, nel rispetto delle capacità e situazioni differenziate a livello nazionale (c.d. approccio *bottom-up*). Per un approfondimento, si veda E. BROWN WEISS, *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World, General Course on Public International Law, in Recueil des Cours*, 2018, p. 258.

³⁵ Art. 7 RSI.

stituire un rischio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale di malattie, e (ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata.”³⁶. La valutazione degli eventi da notificare deve avvenire rispondendo a un puntuale questionario, contenuto nell’Allegato 2 del RSI, che indica come rilevanti sia malattie nuove, come un’*“influenza umana causata da nuovo sottotipo”*, sia malattie anche solo potenzialmente di interesse sanitario internazionale, incluse quelle con cause sconosciute e quelle per cui esiste un rischio significativo di diffusione internazionale. Il questionario riflette chiaramente un approccio precauzionale, considerando che in circostanze di dubbio, incertezza o novità riguardanti una malattia non rimette allo Stato la scelta se procedere alla notifica, ma la richiede comunque in via appunto precauzionale³⁷. Una volta proceduto alla valutazione, scattano per lo Stato le 24 ore entro cui procedere alla notifica all’OMS degli eventi sanitari e delle risposte adottate. Oltre a rispettare questo brevissimo, praticamente immediato, termine, lo Stato deve usare *“i più efficienti mezzi di comunicazione disponibili”*.

Questa disposizione è molto puntuale sia nell’indicare i criteri sostanziali che gli Stati devono utilizzare per valutare la gravità dell’evento, sia le modalità e tempistiche della notifica. Diversamente dunque da quanto previsto per obblighi applicabili in tempi ordinari in cui si lascia discrezionalità agli Stati su come organizzare il proprio sistema di sorveglianza e risposta a crisi sanitarie, quando si tratti di una possibile emergenza sanitaria, la discrezionalità degli Stati è drasticamente ridotta, il livello degli standard si alza molto e i tempi di reazione sono cortissimi.

Gli obblighi di informazione non si esauriscono con la notifica. Lo Stato deve infatti continuare ad aggiornare l’OMS con tempestività e precisione con ogni informazione che possa essere rilevante, tra cui sono indicate, in via esemplificativa, *“le definizioni di caso, i risultati di laboratorio, la fonte e il tipo di rischio, il numero dei casi e dei decessi, le condizioni che incidono sulla diffusione della malattia e le misure sanitarie adottate”*³⁸.

Il Regolamento riconosce un’importanza cruciale alla tempestiva comunicazione di informazioni rilevanti e a tal fine, innovando rispetto al passato, prevede la possibilità di avvalersi di un altro canale di trasmissione di informazioni che è complementare al canale statale: l’OMS può ricevere e considerare anche rapporti provenienti da fonti diverse dalle notifiche statali riguardanti eventi sanitari che presumibilmente si stanno verificando in

³⁶ Art. 1 RSI.

³⁷ Sul principio precauzionale si veda *infra* par. 4.1.

³⁸ Art. 6.2 RSI.

uno Stato e deve valutarli sulla base di principi epidemiologici³⁹. Una volta acquisite le informazioni, l'OMS deve informare lo Stato interessato degli eventi, condividere tutti i dati ricevuti e chiederne la verifica. Anche in questa circostanza lo Stato ha tempi brevissimi (24 ore) per rispondere e condividere le informazioni rilevanti al caso riferito⁴⁰.

Si tratta ad avviso di chi scrive di obblighi di condotta stringenti la cui attuazione dipende dall'esercizio di una minima discrezionalità da parte dello Stato. Per fare in modo che le disposizioni del sistema di sorveglianza e pronta risposta siano adeguatamente rispettate dagli Stati, il RSI prevede un controllo periodico sui progressi nell'implementazione attraverso la comunicazione annuale di rapporti periodici all'Assemblea Mondiale della Sanità⁴¹. Inoltre il Regolamento è soggetto ogni 5 anni a un esame periodico per valutarne l'effettività⁴².

Questo meccanismo di revisione periodica del livello di attuazione da parte degli Stati e dell'effettivo funzionamento delle procedure e degli aspetti istituzionali del sistema dovrebbe segnalare criticità o malfunzionamenti, in particolare quando si tratti di diritti a realizzazione progressiva, come quello di tutela della salute⁴³. L'esperienza maturata con il Covid-19 mostra quanto sia auspicabile un miglioramento per rendere queste procedure più efficaci. Si tornerà su questo aspetto in sede di conclusioni.

4. *Gli obblighi per le organizzazioni internazionali in materia di prevenzione e gestione delle crisi sanitarie internazionali*

Forti critiche sono state mosse alle Nazioni Unite e all'OMS dai media e dall'opinione pubblica per non aver assunto iniziative adeguate ad aiutare gli Stati nella battaglia al Covid-19, ma in una prospettiva giuridica, la questione è se la mancanza di tali azioni costituisca un illecito internazionale.

Per configurare un illecito internazionale, occorre – come avviene per gli Stati – che vi sia una violazione di una norma primaria che stabilisce un obbligo in capo all'organizzazione.

³⁹ Art. 9 RSI.

⁴⁰ Art. 10 RSI.

⁴¹ Artt. 61 e 62, Costituzione OMS; art. 54.1 RSI.

⁴² Art. 54.2 RSI.

⁴³ Simili procedure sono previste anche in trattati ambientali, come l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico, e sono uno strumento importante per far sì che gli obiettivi che il trattato si prefigge siano effettivamente raggiunti.

Se e in che modo le organizzazioni internazionali siano vincolate dal diritto consuetudinario e dalle norme a tutela dei diritti umani è una questione dibattuta in dottrina e ancora controversa⁴⁴. Ci si chiede allora se esistano obblighi in capo alle organizzazioni internazionali che derivano dal loro trattato istitutivo e se, trattandosi di obblighi di condotta, le organizzazioni abbiano agito rispettando lo standard di *due diligence*.

4.1. *L'Organizzazione delle Nazioni Unite*

Per quanto riguarda le Nazioni Unite, ci si domanda se il Consiglio di Sicurezza abbia l'obbligo positivo di agire in caso della pandemia da Covid-19 per mantenere la pace e sicurezza internazionali. Pur rappresentando questi obiettivi il fine ultimo dell'organizzazione, non sembra che si possa riscontrare in capo alle Nazioni Unite un obbligo specifico derivante dalla Carta⁴⁵.

Anche la prassi precedente relativa alla risposta a crisi sanitarie internazionali non dà indicazioni omogenee: nel caso della SARS, il Consiglio di Sicurezza non ha preso una posizione ufficiale, mentre quando si è diffusa Ebola, per la prima volta il Consiglio ha dichiarato che la crisi sanitaria era "*una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionali*" ai sensi dell'art. 39 della Carta ONU⁴⁶. Vista la gravità e la diffusione globale del Covid-19, che supe-

⁴⁴ In generale, sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, si veda Commissione di Diritto Internazionale, *Draft Articles on the responsibility of international organizations with commentaries*, in *Report of the International Law Commission on the work of its sixty-third session*, 2011, UN Doc. A/66/10, p. 52 ss., art. 2 b). In particolare sulle fonti degli obblighi delle organizzazioni, si veda *International Law Association (ILA), Study Group on Due Diligence in International Law. Second Report*, luglio 2016, Tim Stephens (Rapporteur) and Duncan French (Chair), p. 41. Sulla responsabilità delle Nazioni unite per violazioni di diritti dell'uomo, si veda C.M. CHINKIN, *United Nations Accountability for Violations of International Human Rights Law*, in *Recueil des Cours*, 2018, Vol. 395, p. 243: "*The question arises as to how the United Nations is bound by human rights obligations, to the primary rules breach of which constitutes an international wrongful act. It is a not a party to any human rights treaty and indeed most are open only to States to become parties. Customary international law comprises State practice and opinio juris and thus it must be questioned whether it is binding upon international organizations.*".

⁴⁵ In questo senso, L. GASBARRI, *The Failure to Pursue the Mandates of International Organizations in the Midst of the COVID-19 Pandemic*, reperibile online ejilblog.org. L'Autore evidenzia la differenza tra il mandato generale di un'organizzazione e gli obblighi specifici da rispettare per l'adempimento del mandato.

⁴⁶ Risoluzione 2177(2014). Per un approfondimento sull'azione del Consiglio di Sicurezza nel caso di Ebola e un parallelismo con il suo (potenziale) ruolo durante il Covid-19, si veda P. ACCONCI, *The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework: What Next for the World Health Organization?*, in *Max Planck Yearbook of United Nations law*, 2014, Vol. 18, pp. 405-424; M. SVICEVIC, *COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?*, 27 marzo 2020, reperibile online <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/>.

ra l'impatto di Ebola, il silenzio del Consiglio di fronte all'attuale pandemia risuona come fortemente inappropriato. Il Segretario Generale delle Nazioni Unite ha ricordato il ruolo del Consiglio di Sicurezza nella lotta al HIV e a Ebola, e ha riconosciuto come *"the pandemic also poses a significant threat to the maintenance of international peace and security, potentially leading to an increase in social unrest and violence that would greatly undermine our ability to fight the disease"*⁴⁷.

Nel suo discorso, il Segretario Generale individua alcuni rischi legati al Covid-19 che minacciano la pace e la sicurezza internazionali: mancanza di fiducia nelle istituzioni pubbliche, instabilità economica e politica (per il rinvio di elezioni), aggravarsi delle crisi umanitarie in zone di conflitto, rischio di aumento delle attività terroristiche, tra cui il bioterrorismo, aumento delle discriminazioni e violazioni di diritti umani.

Una dichiarazione del Consiglio darebbe un segnale di unità alla comunità internazionale e avrebbe importanti risvolti anche giuridici perché una risoluzione del Consiglio può far sorgere obblighi in capo sia agli Stati che alle organizzazioni internazionali, in particolare quelle collegate alle Nazioni Unite.

Al momento in cui si scrive (1° giugno 2020) questo non è ancora avvenuto.

4.2. L'Organizzazione Mondiale della Sanità

Rispetto al disegno originale e all'ideale ruolo dell'OMS come punto di riferimento nello scenario sanitario internazionale, la realizzazione degli obiettivi dell'OMS ha lasciato a desiderare. Nel lungo elenco delle funzioni della Costituzione dell'OMS figurano: contribuire all'eliminazione di malattie; assistere i governi, quando lo richiedano, nel migliorare i servizi sanitari; definire norme internazionali su prodotti biologici, farmaceutici destinati all'alimentazione; promuovere ed indirizzare la ricerca medica; informare correttamente l'opinione pubblica... e altri ancora.

Molte di queste funzioni sarebbero e sono tuttora utili o addirittura essenziali per sconfiggere il Covid-19, ma non si può automaticamente trasformarle in obblighi positivi in capo all'OMS. Le esperienze perlopiù fallimentari nella gestione delle crisi sanitarie dimostrano che l'OMS spesso non è stata in grado di reagire in modo efficace e tempestivo. L'OMS incontra ostacoli interni alla propria organizzazione, quali le carenze strutturali e la

⁴⁷ A. GUTERRES, *Remarks to the Security Council on the COVID-19 Pandemic*, 9 aprile 2020, qui consultabile <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2020-04-09/remarks-security-council-covid-19-pandemic>.

manca di sufficienti risorse economiche che fanno apparire sproporzionata l'attribuzione di così tante funzioni rispetto alle sue reali capacità⁴⁸. A queste si aggiungono le complessità della *governance* internazionale in campo sanitario, caratterizzata sempre più dalla presenza di attori non statali e da forme di cooperazione atipiche come le *partnership* pubblico-private⁴⁹.

Per quanto riguarda gli obblighi dell'OMS ai sensi del RSI, esso prevede che l'organizzazione, facendo seguito agli obblighi di comunicazione in capo agli Stati, debba inviare "a tutti gli Stati Parti e, ove ritenuto opportuno, alle relative organizzazioni intergovernative, prima possibile e con il mezzo più efficiente, in modo riservato, le informazioni relative alla sanità pubblica"⁵⁰.

In linea di principio, esiste dunque un obbligo di comunicazione anche in capo all'OMS. Tale obbligo è però sottoposto a una serie di condizioni riguardanti le modalità e le tempistiche della diffusione delle informazioni. Oltre al rispetto della riservatezza, l'art. 11.2 del RSI prevede una serie di condizioni sospensive che devono realizzarsi prima che l'OMS possa informare gli altri Stati. Queste condizioni sono diametralmente opposte rispetto all'approccio precauzionale richiesto agli Stati e mirano piuttosto ad acquisire un alto grado di certezza scientifica prima di procedere⁵¹.

In questa fase, la diffusione delle informazioni sanitarie incontra dunque forti e potenzialmente pericolosi rallentamenti, in quanto l'obbligo di comunicazione da parte dell'OMS di informazioni riguardanti una possibile crisi sanitaria ricevute dagli Stati non è sottoposto a tempistiche altrettanto strette (24 ore) come quelle previste per gli Stati.

Il compito di determinare se, sulla base delle informazioni ricevute,

⁴⁸ T.L. LEE, *Making International Health Regulation Work: Lessons from the 2014 Ebola Outbreak*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, Vol. 49, pp. 931-988.

⁴⁹ L. CLARKE, *Public-Private Partnerships and Responsibility under International Law. A Global Health Perspective*, Routledge, London and New York, 2014.

⁵⁰ Art. 11.1 RSI.

⁵¹ Si noti la formulazione negativa dell'art. 11.2 RSI che prevede che l'OMS "non deve rendere tali informazioni disponibili in modo generalizzato agli altri Stati Parti, fino a quando: (a) non sia stato determinato che l'evento costituisce un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale in base all'Articolo 12 (b) le informazioni attestanti la diffusione internazionale dell'infezione o della contaminazione non siano state confermate dall'OMS in accordo con i principi epidemiologici stabiliti; o (c) siano presenti prove attestanti che: (i) le misure di controllo contro la diffusione internazionale abbiano scarse probabilità di successo a causa della natura della contaminazione, dell'agente patogeno, del vettore o del serbatoio; o (ii) lo Stato Parte non disponga di una capacità operativa sufficiente ad adottare le misure necessarie ad evitare un'ulteriore diffusione della malattia; o (d) la natura e l'ambito degli spostamenti internazionali di viaggiatori, bagagli, carico, container, mezzi di trasporto, merci o pacchi postali che potrebbero essere affetti dall'infezione o dalla contaminazione non richiedano l'applicazione immediata di misure di controllo internazionale."

l'evento costituisca un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale è affidato al Direttore Generale⁵². Nel prendere questa decisione il Direttore Generale consulta il Comitato di Emergenza, in cui sono riuniti esperti nella materia, per avere il suo parere non vincolante su come procedere. La procedura di convocazione del Comitato, come anche la durata delle sue riunioni, non sembra debbano rispettare alcun termine, almeno da quanto emerge dall'art. 49 RSI.

Nel valutare se dichiarare l'emergenza internazionale, il Direttore deve basarsi sulle informazioni ricevute dallo Stato nel cui territorio si sta verificando l'evento e, se le informazioni provengono da altre fonti, deve consultarsi con tale Stato. Il Direttore deve considerare inoltre il parere del Comitato d'Emergenza, i dati scientifici disponibili e più in generale deve fare *"una valutazione del rischio per la salute umana, del rischio di diffusione internazionale di malattie e del rischio di interferenza con il traffico internazionale."*⁵³. La sua decisione è dunque basata su una serie di elementi scientifici ed è adottata dopo un *"contraddittorio"* con lo Stato di origine della crisi sanitaria⁵⁴ e con il parere di un organo tecnico, ma rimane un atto unilaterale di un singolo individuo.

Questa procedura mostra grande considerazione per la tutela della sovranità degli Stati e per la necessità di acquisire maggiore certezza scientifica, per evitare di diffondere informazioni inaccurate o che potrebbero scatenare reazioni sproporzionate rispetto all'effettivo rischio del contagio. Si ritiene tuttavia che queste procedure necessitino di essere riformate per assicurare un miglior bilanciamento tra gli interessi in gioco e una reazione più tempestiva e autorevole alle crisi sanitarie⁵⁵.

Alcuni autori riportano che la Cina avrebbe notificato la crisi sanitaria all'Ufficio OMS in Cina il 31 dicembre 2019, e le informazioni sarebbero state comunicate al quartier generale OMS di Ginevra il 3 gennaio 2020⁵⁶. Per

⁵² Art. 12 RSI.

⁵³ Art. 12.4 RSI.

⁵⁴ L'OMS e lo Stato di origine hanno 48 ore per trovare una posizione comune sull'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. Se non raggiungono un accordo, il Direttore Generale convoca il Comitato d'Emergenza.

⁵⁵ L.O. GOSTIN-R. HABIBI-B.M. MEIER, *Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats*, giugno 2020, qui consultabile <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3282&context=facpub>; si veda in particolare p. 5: *"The IHR requirement for WHO to verify reports received from non-state sources with the relevant state dismantled an additional channel through which WHO could have received the necessary information."*

⁵⁶ T. DE SOUZA DIAS-A. COCO, *Part III: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, 25 marzo 2020, reperibile online ejiltalk.org.

la dichiarazione del Direttore Generale dell'OMS che il diffondersi del Covid-19 costituiva un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, si è dovuto attendere fino al 30 gennaio 2020. Il Direttore ha contestualmente raccomandato l'adozione di una serie di misure sia agli Stati in cui si era già diffuso il contagio sia a tutti gli altri Stati per prevenire la diffusione del virus. Tra queste misure, l'OMS non ha ritenuto opportuno raccomandare alcuna restrizione ai movimenti internazionali di persone⁵⁷.

5. Le misure di risposta al Covid-19 alla luce dello standard di due diligence

Una volta considerati quali sono gli obblighi di condotta consuetudinari e pattizi, è opportuno vedere se lo Stato o l'organizzazione internazionale abbiano rispettato gli standard di comportamento richiesti per l'attuazione di tali obblighi⁵⁸.

Lo standard di *due diligence* riguarda dunque una valutazione su come uno Stato o un'organizzazione internazionale siano ragionevolmente tenuti a comportarsi nell'adempimento di un obbligo internazionale. È comunemente riconosciuto come questo standard si applichi al comportamento effettivamente tenuto, mentre non sia sufficiente rispettarne i requisiti solo formalmente. Da quest'ultimo aspetto, emerge l'importanza della dimensione fattuale del contesto in cui si valuta il rispetto della diligenza dovuta⁵⁹.

⁵⁷ Gianluca Burci descrive eufemisticamente queste raccomandazioni come "rather conservative". Si veda G. BURCI, *The Outbreak of COVID-19 Coronavirus: are the International Health Regulations fit for purpose?*, 27 February 2020, qui consultabile ejiltalk.org/the-outbreak-of-covid-19-coronavirus-are-the-international-health-regulations-fit-for-purpose/. Per un approfondimento sulla gestione dell'emergenza nelle sue fasi iniziali, si veda P. ACCONCI, *Prime considerazioni sull'effettività delle risposte normative dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) alla diffusione del COVID-19*, in *Sidiblog*, 9 aprile 2020, reperibile online [https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=P.ACCONCI,+Prime+considerazioni+sull%E2%80%99effettivit%C3%A0+delle+risposte+normative+dell%E2%80%99Organizzazione+Mondiale+della+Sanit%C3%A0+\(OMS\)+alla+diffusione+del+COVID-19&ie=UTF-8&oe=UTF-8](https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=P.ACCONCI,+Prime+considerazioni+sull%E2%80%99effettivit%C3%A0+delle+risposte+normative+dell%E2%80%99Organizzazione+Mondiale+della+Sanit%C3%A0+(OMS)+alla+diffusione+del+COVID-19&ie=UTF-8&oe=UTF-8).

⁵⁸ Si accoglie qui la tesi non pacifica in dottrina che, per verificare se uno Stato abbia rispettato lo standard di due diligence, parte dall'analisi di una norma primaria che richiede di porre in essere una certa condotta. Critico rispetto a questa posizione è J. VIDMAR, *Some observations on wrongfulness, responsibility and defenses in international law*, in *Netherlands International Law Review*, 2016, Vol. 63, pp. 335-353. Diverso è il caso degli obblighi di risultato la cui violazione consiste nel mancato raggiungimento dell'obiettivo prefissato a prescindere dal comportamento tenuto dall'agente.

⁵⁹ Sempre legata alla valutazione fattuale, è un aspetto problematico della *due diligence* che è generalmente valutata *ex post*, mentre sarebbe opportuno far sì che gli Stati siano a conoscenza nel momento in cui agiscono degli standard da rispettare.

Pur criticato, il RSI raccoglie c.d. *best practices* e standard da adottare in materia di risposta alle minacce sanitarie che sono il risultato di decenni di confronti e rielaborazioni a livello internazionale in seno all'OMS e rappresenta un autorevole parametro in base al quale valutare la diligenza⁶⁰. Ad esempio, il RSI richiede allo Stato di effettuare la notifica all'OMS dell'evento sanitario potenzialmente pericoloso entro 24 ore, di conseguenza, nel caso in cui fossero accertati fatti che dimostrano che tale notifica non è avvenuta o è avvenuta oltre i termini previsti, lo Stato sarà in violazione di un obbligo internazionale.

Lo standard di *due diligence* è per sua natura variabile e dipende da alcuni elementi. In primo luogo, la diligenza richiesta evolve nel tempo seguendo gli sviluppi tecnologici e scientifici⁶¹ e le variazioni nel livello di rischio, reale o percepito, connesso a certe attività⁶². In questa prospettiva, rientrano anche evoluzioni giuridiche, ad esempio quando i trattati introducano nuove norme primarie che richiedono standard più stringenti di diligenza o quando norme primarie già esistenti debbano essere interpretate in modo più protettivo o precauzionale nei confronti dei diritti che mirano a proteggere. Si pensi a come, in seguito alla pandemia Covid-19, si alzeranno i livelli di attenzione in materia di sicurezza sanitaria.

In secondo luogo, il livello di *due diligence* richiesto dipende dall'importanza dei diritti tutelati: quando si tratti di un diritto umano fondamentale, la soglia richiesta sarà più alta rispetto ad altri diritti di minore rilievo.

Un altro possibile elemento di variabilità nel valutare il livello di diligenza è il grado di sviluppo socio-economico di un Paese. Tale fattore può e deve essere tenuto in considerazione, ma non può assumere rilievo determinante tale da giustificare l'inadempimento dell'obbligo di tutela della salute. In questo senso, a nostro avviso correttamente, si esprimono la dottrina e giurisprudenza internazionale che non ritengono legittimo abbassare gli

⁶⁰A. VON BOGDANDY-P. VILLAREAL, *International Law on Pandemic Response: A first Stocktaking in light of the Coronavirus Crisis*, in MPIL Research Paper Series, 26 marzo 2020, <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>, in particolare p. 11: "(...) they certainly provide a yardstick against which state responses can be measured. This is not an insignificant contribution in the current situation. The IHR represent, to this day, the international consensus on how to deal with pandemics."

⁶¹Si veda anche CDI, Articoli sugli obblighi di prevenzione, Commentario art. 3(11): "What would be considered a reasonable standard of care or due diligence may change with time; what might be considered an appropriate and reasonable procedure, standard or rule at one point in time may not be considered as such at some point in the future. Hence, due diligence in ensuring safety requires a State to keep abreast of technological changes and scientific developments."

⁶²ITLOS Chamber, *Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area*, par. 117.

standard di tutela, soprattutto quando esistono mezzi alternativi per assistere gli Stati in difficoltà⁶³.

Lo standard di *due diligence* richiede non solo di porre in essere certi provvedimenti ma anche di vigilare e di prevedere meccanismi che assicurino l'effettiva attuazione delle misure adottate. La Corte internazionale di giustizia nel caso delle cartiere sul fiume Uruguay (*Pulp Mills on the River Uruguay*) ha spiegato che l'obbligo di agire con diligenza, richiede a uno Stato "*not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators (...)*"⁶⁴. Ne segue che, laddove i sistemi sanitari o le procedure di allerta e pronta notifica non rispettino gli standard e gli Stati non abbiano previsto sistemi adeguati per aggiustare questi malfunzionamenti, essi potranno essere considerati in violazione dell'obbligo di *due diligence*⁶⁵.

L'obbligo di vigilare non riguarda solo gli organi di Stato, ma anche condotte di privati. Potrebbero rilevare in questo senso, laddove debitamente provate, le condotte illecite o negligenti di laboratori in Cina, che secondo alcune teorie complottistiche, avrebbero fabbricato o fatto sfuggire il virus accidentalmente.

Poiché l'OMS ha il compito di vigilare sull'effettivo adempimento di questi obblighi da parte degli Stati, alla responsabilità di questi si aggiunge

⁶³ Si veda, ad esempio, CDI, Articoli sugli obblighi di prevenzione, Commentario art. 3, par. 13: "*The economic level of States is one of the factors to be taken into account in determining whether a State has complied with its obligation of due diligence. But a State's economic level cannot be used to dispense the State from its obligation under the present articles.*". Anche ILA, Study Group on Due Diligence in International Law: "*International law could allow for a variable degree of due diligence according to State's capabilities. However, with regard to objective due diligence obligations, international law required the same standards of all States and no account was taken of a particular State's economic resources. Upon close inspection of the case law, an objective standard of due diligence appeared to be widely applied. In support of this claim, Professor French referred to the Seabed Mining Advisory Opinion and the South China Sea Arbitration (Philippines v China), in which the arbitral tribunal had also positively affirmed ITLOS's views in SRFC Advisory Opinion.*"

⁶⁴ Corte internazionale di giustizia, caso *Pulp Mills on the River Uruguay*, (Argentina vs. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010, par. 197.

⁶⁵ Si veda in questo senso Tribunale internazionale per il diritto del mare, *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion*, 2 aprile 2015, ITLOS Reports 2015, p. 4, par. 138: "*While the nature of the laws, regulations and measures that are to be adopted by the flag State is left to be determined by each flag State in accordance with its legal system, the flag State nevertheless has the obligation to include in them enforcement mechanisms to monitor and secure compliance with these laws and regulations.*"

anche quella dell'OMS nella misura in cui non ha attuato tutte le misure di controllo e valutazione⁶⁶.

Più difficile è accertare una violazione dello standard di *due diligence* rispetto all'obbligo di prestare una risposta rapida da parte degli Stati all'epidemia. È vero che già in febbraio l'OMS aveva emanato raccomandazioni che indicavano agli Stati le strategie da seguire per rallentare il diffondersi del contagio, ma tali indicazioni non sono giuridicamente vincolanti e quindi non possono far sorgere un obbligo in capo agli Stati⁶⁷. Non sembra idoneo a stabilire un obbligo specifico in tal senso l'art. 13.5 RSI che prevede: "*Quando richiesto dall'OMS, gli Stati Parti dovrebbero sostenere, nella misura possibile, le attività di risposta coordinate dall'OMS*". Gli Stati quindi non avrebbero un obbligo internazionale – di risultato – di coordinamento con l'OMS. Rimane tuttavia l'obbligo di garantire un'efficace risposta in caso di diffusione di epidemie come il Covid-19 nei confronti dei propri cittadini, che trova fondamento giuridico nella tutela del diritto alla salute. Lo standard di *due diligence* si applicherebbe dunque a questo obbligo primario.

5.1. *Che ruolo per il principio di precauzione?*

Il principio o approccio precauzionale prevede che quando una valutazione scientifica obiettiva indichi che esiste un rischio per la vita o per la salute umana, l'incertezza scientifica non giustifica la mancata adozione di misure adeguate ed effettive da parte degli Stati, secondo le proprie capacità, per prevenire il danno⁶⁸. Tra i presupposti per la sua applicabilità vi sono dunque l'urgenza e un rischio per la salute grave e manifesto⁶⁹.

⁶⁶Nel senso che esiste un collegamento "solidale" tra gli obblighi degli Stati e quelli di un'organizzazione internazionale competente in un certo settore, si veda il parere consultivo reso dal Tribunale internazionale per il diritto del mare, *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion*, 2 aprile 2015, ITLOS Reports 2015, p. 4, par. 168: "(...) an international organization which in a matter of its competence undertakes an obligation, in respect of which compliance depends on the conduct of its member States, may be held liable if a member State fails to comply with such obligation and the organization did not meet its obligation of "due diligence."

⁶⁷ Artt. 15 e ss., RSI.

⁶⁸ Il principio di precauzione è riconosciuto espressamente ma non definito nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (art. 191.2). Il principio è stato originariamente previsto in materia di tutela ambientale e una sua definizione comunemente richiamata si trova nel Principio 15 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo.

⁶⁹ Il diritto dell'Unione Europea e la CGUE ha approfondito il contenuto normativo di questo principio. S. CANDELA, *Principio di precauzione e criterio del "rischio grave e manifesto" nell'applicazione delle misure di emergenza in materia di OGM: la prospettiva della Corte di Giustizia UE*, in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2017, n. 2, pp. 102-145.

La Commissione di diritto internazionale, con riferimento all'obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie per prevenire un significativo danno transfrontaliero precisa che *"This could involve, inter alia, taking such measures as are appropriate by way of abundant caution, even if full scientific certainty does not exist, to avoid or prevent serious or irreversible damage."*⁷⁰.

Se a livello internazionale la natura consuetudinaria del principio di precauzione è ancora controversa, la dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo nel riconoscere che la *due diligence* comprende l'obbligo di seguire un atteggiamento precauzionale⁷¹.

In situazioni d'incertezza scientifica, come quella che continua a caratterizzare la pandemia da Covid-19, poiché, come si è visto, gli Stati perseguono un elevato livello di tutela della salute dei propri cittadini e simili obiettivi sono previsti nei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali quali l'Unione Europea e l'OMS, gli Stati e queste organizzazioni avrebbero dovuto assumere un approccio precauzionale nel far fronte alla diffusione del Covid-19. Guardando alla condotta dell'OMS in questa fase iniziale della diffusione del Covid-19 in un'ottica di *due diligence* e di precauzione, si ritiene che il mancato aggiornamento delle raccomandazioni temporanee alla luce degli sviluppi *in peius* del contagio possa considerarsi in violazione dello standard di *due diligence*.

Il ritardo nell'attuazione degli obblighi di informazione o l'adozione tardiva di misure di contenimento adeguate, come anche la diffusione di informazioni che sottovalutano la gravità della minaccia del virus potrebbero configurare violazioni del diritto alla salute per mancanza di adeguata diligenza⁷². In proposito occorre verificare se la norma primaria richieda una risposta immediata, e in caso affermativo valutare se l'urgenza è stata rispettata. Il concetto di urgenza va interpretato alla luce della necessità di

⁷⁰ CDI, Articoli sull'obbligo di prevenzione, Commentario 14 all'art. 3.

⁷¹ Come riconosciuto dalla Camera per la risoluzione delle controversie relative ai fondi marini, *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Parere Consultivo, 1 febbraio 2011, ITLOS Reports 2011, par. 131: *"it is appropriate to point out that the precautionary approach is also an integral part of the general obligation of due diligence."*

⁷² Di questo avviso sono A. COCO-T. DE SOUZA DIAS, *Part I: Due Diligence and COVID-19: States' Duties to Prevent and Halt the Coronavirus Outbreak*, 24 marzo 2020, reperibile online <https://www.ejiltalk.org/part-i-due-diligence-and-covid-19-states-duties-to-prevent-and-halt-the-coronavirus-outbreak/>, che notano come: *"Delays in adopting adequate containment measures may have also caused unacceptable and unlawful discrimination against those most vulnerable to the disease, like the elderly and persons with disabilities, whose rights may have effectively been sacrificed on the altar of the 'business-as-usual' attitude. In addition, 'censoring, withholding or intentionally misrepresenting health-related information' may also amount to a violation of the duty to protect the right to health."*

attenzione
giustificare

prevenire la violazione del diritto alla salute e il danno transfrontaliero, ovvero la diffusione del contagio oltre le frontiere. Conseguentemente, una risposta tempestiva è essenziale e va misurata rispetto a questi obiettivi. Il concetto di urgenza in relazione alla adeguatezza di misure di natura preventiva è chiarito dal Giudice Treves nel caso *Southern Bluefin Tuna* deciso dal Tribunale Internazionale per il diritto del mare (ITLOS) che, con riferimento all'adozione di misure precauzionali, sostiene che anche la valutazione dell'urgenza deve essere fatta seguendo un approccio precauzionale⁷³.

Diverse testate giornalistiche hanno riportato notizie sul ritardo "colpevole" con cui la Cina ha gestito l'emergenza⁷⁴ ma vi sono anche posizioni che considerano tempestiva la risposta data dalla Cina e dalla OMS⁷⁵.

⁷³ *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand vs. Japan; Australia vs. Japan)*, Provisional Measures, casi 3 e 4, Opinione separata del Giudice Tullio Treves all'ordinanza del 27 agosto 1999, reperibile online https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/published/C34-O-27_aug_99-SO_T.pdf, par. 6-8: "Closely linked to the temporal dimension of the requirement of urgency is what may be called its qualitative dimension. (...) the court or tribunal must consider the measures appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment. (...) such precautionary approach, in my opinion, is necessary also in the assessment by the Tribunal of the urgency of the measures it might take."

⁷⁴ Si veda, ad esempio, il Sole 24 Ore, *Coronavirus, gli 11 giorni di Wuhan che avrebbero potuto salvarci dalla pandemia*, Biagio Simonetta, 6 aprile 2020, che riporta che l'informazione cruciale che il nuovo virus passava da uomo a uomo è stata trattenuta per 11 giorni, prima di essere rivelata da un noto epidemiologo cinese alla televisione di stato. "In quel lasso di tempo, circa 5 milioni di persone hanno lasciato la capitale dell'Hubei, muovendosi verso il resto della Cina e il resto del mondo. Portando il contagio ovunque". E continua citando uno studio dell'Università di Southampton secondo cui "se la Cina avesse agito con tre settimane di anticipo rispetto all'oramai celebre data del 23 gennaio, il numero di casi complessivi di Covid-19 si sarebbe potuto ridurre del 95%. Ma anche una sola settimana avrebbe ridotto il contagio globale del 66%", reperibile online http://amp.ilsole24ore.com/pagina/ADyEnWI?utm_medium=LISole24Ore&utm_source=LinkedIn&fbclid=IwAR0HfExTF9VL7qxoZ2uKukFHKopG0plgQCNUd-7Gm2dWGIcSX5i7Ahs8iJE#Echobox=1586237208Undici.

⁷⁵ B. TOEBES, *COVID-19 outbreak is a matter of international law and human rights*, in *Blog Global Health Law Groeningen*, 24 marzo 2020, reperibile online <https://www.rug.nl/rechten/onderzoek/expertisecentra/ghlg/blog/covid-19-outbreak-is-a-matter-of-international-law-and-human-rights-24-03-2020>: "Both China and the WHO have responded fairly promptly to the outbreak, as required under the IHR. China informed the WHO about the outbreak within a few weeks, and the WHO announced the presence of an international emergency threatening public health at the end of January. Compared to the slow response to the Ebola outbreak in WEST Africa, this is an improvement: within a month, the outbreak was world news and action was taken."

6. La compatibilità delle misure di risposta al Covid-19 con obblighi relativi al commercio internazionale e alla tutela degli investimenti stranieri

Le misure adottate dagli Stati per contenere il contagio del Covid-19 hanno effetti economici negativi e potrebbero porsi in conflitto ad obblighi che gli Stati hanno ai sensi del diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). A queste misure si aggiungono poi misure di natura economica, che limitano il commercio di alcuni prodotti medici e sanitari essenziali per gli individui e il personale medico adottate anche in attuazione del diritto dell'Unione Europea nella fase più acuta della crisi⁷⁶. Poiché queste misure restringono il commercio o stabiliscono degli ostacoli alla libera circolazione di prodotti o servizi, esse potrebbero essere in violazione di obblighi derivanti dal diritto OMC, incentrato sulla liberalizzazione degli scambi commerciali.

Il diritto OMC riconosce l'importanza dei c.d. *public interests*, tra cui rientra la tutela della salute pubblica, e prevede espressamente che i Paesi possano adottare misure per tutelare questi obiettivi legittimi, purché queste norme non abbiano effetti discriminatori nei confronti di prodotti simili importati da altri Stati. In questo senso, l'art. XX, lettera b dell'accordo GATT prevede che: *"Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: ... (b) necessary to protect human, animal or plant life or health."* Per rientrare nell'ambito delle misure consentite in questi casi eccezionali, le misure devono essere temporanee, precise e proporzionate.

In alcuni casi, come già visto in precedenza riguardo alla limitazione di diritti umani, il RSI disciplina direttamente la fattispecie senza lasciare discrezionalità allo Stato. Così, per quanto riguarda misure che possono costituire degli ostacoli alla libera circolazione di merci, l'art. 26 RSI dispone che non siano applicabili ispezioni su treni o camion che attraversano zone di contagio senza fare fermate e/o nuovi carichi. Nei casi direttamente disciplinati dal RSI, poiché la misura restrittiva trova la propria base giuridica in una fonte giuridica multilaterale, la misura nazionale di attuazione potrà presumersi non discriminatoria e avrà maggiori possibilità di essere qualificata come legittima anche davanti a un eventuale organo di soluzione delle controversie dell'OMC.

⁷⁶ Si veda la sezione successiva relativa al diritto europeo.

È naturalmente troppo presto per immaginare controversie portate davanti al sistema di soluzione delle controversie dell'OMC che attaccano misure statali Covid-19 come contrarie alle regole del commercio internazionale. Sembra verosimile e auspicabile che di fronte a una crisi sanitaria globale che colpisce l'intero pianeta, gli Stati esiteranno a farsi la guerra quanto meno rispetto alle misure adottate nel pieno della crisi. Più a rischio potrebbero essere le misure restrittive adottate nella fase successiva all'emergenza: con il venire meno dell'urgenza e priorità dell'intervento, potrebbe essere più difficile dimostrare il requisito della proporzionalità della misura in considerazione della diminuzione del rischio sanitario.

Maggiori preoccupazioni destano possibili ricorsi davanti a tribunali arbitrali per la tutela di investimenti stranieri. Poiché le misure di risposta al Covid-19 sono diverse da Stato a Stato, alcuni investitori stranieri potrebbero lamentare che misure statali di *lockdown* abbiano avuto un impatto negativo sul proprio investimento. Si pensi a imprese straniere operanti in Italia che hanno subito perdite ingenti o addirittura hanno dovuto chiudere, e dunque hanno perduto l'investimento, a causa delle misure di *lockdown*.

Senza entrare in una disamina approfondita delle garanzie che gli Stati si impegnano a riconoscere a favore degli investitori stranieri ai sensi dei trattati sulla tutela degli investimenti, si segnala che anche in questo ambito del diritto internazionale assume importanza fondamentale il modo con cui lo Stato ha attuato le norme potenzialmente impugnabili e dunque l'aspetto della *due diligence* e della proporzionalità⁷⁷.

Segnali favorevoli di integrazione e di mutuo supporto tra diritto degli investimenti e tutela della salute provengono dai recenti trattati sulla protezione degli investimenti o capitoli di accordi di liberalizzazione degli scambi commerciali di recente adozione, che prevedono espressamente che gli Stati non devono abbassare gli standard di tutela della salute per paura di penalizzare gli investimenti stranieri⁷⁸. Anche dalla giurisprudenza arbitrale arrivano segnali positivi in tal senso: nel recente lodo arbitrale *Philip Morris vs. Uruguay*, il tribunale arbitrale ha riconosciuto che le misure na-

⁷⁷ Sul concetto di proporzionalità nel conciliare la tutela degli investimenti con la tutela di interessi pubblici si veda B. KINGSBURY-S.W. SCHILL, *Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest – the Concept of Proportionality*, in S.W. SCHILL (a cura di), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010, p. 75.

⁷⁸ Si veda ad esempio l'art. 9.16 nel Canada-Panama FTA: "*The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures.*". In generale sull'interazione tra diritto degli investimenti e tutela dell'ambiente e della salute, si veda S. DI BENEDETTO, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham-UK-Northampton, 2013, p. 83.

zionali adottate a tutela della salute erano legittime e non costituivano un'espropriazione indiretta⁷⁹.

Difficili da difendere davanti a un tribunale arbitrale sarebbero invece le misure di screening degli investimenti stranieri adottate da alcuni Stati europei, in particolare anche dall'Italia, ai sensi della normativa temporanea d'emergenza adottata dall'Unione Europea per favorire la ripresa e proteggere le imprese strategiche europee. Pur essendo manifestamente discriminatorie, tali misure potrebbero essere giustificate invocando l'eccezionalità degli impatti economici della crisi pandemica e la necessità di tutelare valori essenziali dello Stato. Quasi ad anticipare uno futuro scrutinio di questi provvedimenti, la Commissione richiede che tali misure siano adeguate, necessarie e proporzionate al conseguimento dei legittimi obiettivi di ordine pubblico⁸⁰.

In considerazione dell'eccezionalità della situazione creata dalla pandemia e dei rischi che comporterebbe un ricorso generalizzato ai tribunali arbitrali, è stata proposta una sospensione della possibilità di ricorrere all'arbitrato per tutelare investimenti contro misure statali adottate per far fronte al Covid-19⁸¹.

7. Meccanismi di accertamento di fatti e responsabilità

Ancora in piena crisi pandemica, il 18 e il 19 maggio 2020 si è riunita (online) l'Assemblea della Sanità, dove c'è stato un primo confronto istituzionale piuttosto acceso tra gli Stati e l'OMS riguardo i ritardi nella comunicazione delle informazioni sul nascere del Covid-19 e le presunte connesse violazioni⁸². L'Assemblea ha adottato la c.d. Raccomandazione Covid-19 con cui richiede al Direttore Generale di istituire al più presto una commissione

⁷⁹ Philip Morris Brands Sarl (Switzerland) v. Uruguay, ICSID case n. ARB/10/7.

⁸⁰ Si veda la Comunicazione 2020/C 99 I/01 del 25 marzo 2020 della Commissione Europea, recante gli "Orientamenti agli Stati membri per quanto riguarda gli investimenti esteri diretti e la libera circolazione dei capitali provenienti da paesi terzi, nonché la protezione delle attività strategiche europee, in vista dell'applicazione del regolamento (UE) 2019/452 (regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti)".

⁸¹ Sugli inevitabili conflitti di giurisprudenza da parte di tribunali arbitrali e sull'ipotesi di sospendere il ricorso ai tribunali arbitrali, si veda N. BERNASCONI-OSTERWALDER-S. BREWIN-N. MAINA, *Protecting Against Investor-State Claims Amidst COVID-19: A call to action for governments*, in *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, aprile 2020.

⁸² Per un resoconto sulle tensioni politiche e sui principali temi trattati durante l'Assemblea, si veda P.A. VILLAREAL, *Pandemic Intrigue in Geneva: COVID-19 and the 72rd World Health Assembly*, 22 maggio 2020, reperibile online ejiltalk.org.

d'inchiesta indipendente e imparziale che valuti approfonditamente l'attuazione del Regolamento Sanitario Internazionale da parte degli Stati e la risposta dell'OMS al Covid-19.

La Cina ha dichiarato che collaborerà con l'inchiesta dell'OMS. Considerando che la Cina è notoriamente restia a sottoporsi a meccanismi di soluzione delle controversie internazionali, sembra preferibile ricorrere a un sistema cui la Cina intenda – o sia già vincolata – a partecipare.

Già in passato, in seguito alla crisi dell'Ebola, l'OMS aveva istituito un *Review Committee* per valutare l'effettività del Regolamento Sanitario Internazionale nel rispondere all'emergenza sanitaria, ma la procedura non ha sortito risultati soddisfacenti⁸³.

Per quanto riguarda eventuali controversie tra Stati, il RSI prevede che la soluzione delle controversie riguardanti la sua applicazione siano decise dalla Corte Permanente di Arbitrato, a condizione che gli Stati abbiano consentito a sottoporsi a questo meccanismo giurisdizionale. Inoltre, esistono sistemi prestabiliti per ricevere un parere "su qualsiasi eventuale questione giuridica di competenza dell'Organizzazione" da parte della Corte internazionale di giustizia⁸⁴ o per sottoporre alla stessa Corte una controversia⁸⁵.

8. Conclusioni

Il Covid-19 ha fatto emergere diversi ordini di problemi: di carattere sostanziale, come il mancato adempimento e l'inadeguatezza delle norme di diritto internazionale; di carattere istituzionale, si pensi alla fragilità delle organizzazioni internazionali; e di natura fattuale, se si guarda al comportamento tenuto dagli Stati.

Emerge innanzitutto l'importanza della prevenzione delle crisi sanitarie e laddove non sia possibile prevenirle, la necessità di agire in modo precauzionale, in modo da mitigarne gli impatti sulla salute umana e sull'economia.

⁸³ *Report of the First Meeting of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations (2005) in the Ebola Outbreak and Response*, WHO, 25 agosto 2015, <http://www.who.int/ihr/review>.

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 76 della Costituzione OMS "con l'autorizzazione dell'UNGA, l'OMS può domandare il parere della Corte Internazionale di Giustizia su qualsiasi eventuale questione giuridica di competenza dell'Organizzazione".

⁸⁵ Eventuali controversie riguardanti l'interpretazione o l'applicazione della Costituzione dell'OMS devono essere sottoposte alla Corte Internazionale di Giustizia, a meno che le Parti non si accordino diversamente. (art. 75 Costituzione OMS). Per un approfondimento sulla difficoltà di trovare una base giurisdizionale, si veda P. TZENG, *Taking China to the International Court of Justice over COVID-19*, 2 aprile 2020, reperibile online ejiltalk.org.

In primo luogo, i sistemi di sorveglianza e di pronta risposta alle emergenze sanitarie di molti Stati non hanno funzionato in modo efficace, mostrando un basso livello nell'attuazione degli obblighi istituzionali derivanti dal RSI. Questo dimostra da un lato, una sottovalutazione da parte degli Stati delle questioni sanitarie ma, d'altro lato, mostra anche che è mancato da parte dell'OMS un effettivo controllo della *compliance*, non solo degli strumenti giuridicamente vincolanti come il RSI, ma anche di quelli di *soft law* come il 2011 *Pandemic Influenza Preparedness Framework*⁸⁶.

In secondo luogo, anche la risposta degli Stati di fronte al diffondersi del contagio è stata disorganica e non ha tenuto conto della necessità di cooperare nel far fronte all'emergenza. Anche in questo caso, dunque, gli Stati non hanno adeguatamente seguito le indicazioni date dall'OMS. Perché?

A nostro avviso, la risposta solleva una terza questione che è alla base delle prime due appena illustrate: l'OMS è – o comunque è percepita dagli Stati – un'istituzione con una debole autorevolezza e legittimità. Oltre a diversi fattori di tipo politico ed economico che minano l'autorità dell'OMS, vengono in rilievo qui quelli giuridici che riguardano gli aspetti istituzionali e procedurali.

Aspetti criticabili riguardano l'affidamento a una sola persona, il Direttore Generale, della responsabilità esclusiva di dichiarare l'emergenza, una decisione che ha effetti globali di importanza cruciale, e la mancanza di trasparenza nel funzionamento del Comitato d'Emergenza che lo consiglia in questo processo decisionale⁸⁷. In una situazione complessa, caratterizzata da una perdurante incertezza scientifica e quindi da un indebolimento della legittimità del processo decisionale basato sulla scienza, una maggiore trasparenza avrebbe fornito un elemento fortificatore della legittimità e autorevolezza, anche solo percepita, dell'OMS da parte dell'opinione pubblica e della comunità internazionale⁸⁸. Come è stato ricordato dal Segretario Gen-

⁸⁶ In questo senso Burci nota che "(...) *one of the major challenges in implementation, with the IHR lacking a dedicated funding mechanism and a formal mechanism for compliance monitoring. In part due to these shortcomings, many countries are still far from achieving the required capacities*". Si veda anche T.L. LEE, *Making International Health Regulations Work: Lessons from the 2014 Ebola Outbreak*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, Vol. 49, n. 4, pp. 931-988, in particolare p. 934, in cui, alla luce di come l'OMS ha gestito le precedenti crisi sanitarie, riconosce che "*the lack of enforcement mechanisms provided by the IHR renders the instrument, at best symbolic*".

⁸⁷ Si veda ancora in proposito Burci che richiama l'attenzione sulle critiche per la mancanza di trasparenza nel funzionamento del Comitato d'Emergenza "*which is currently conducted in private. The uncertainty is compounded by the relative lack of details in the EC reports, posted on WHO's web site shortly after its meetings, on whether and how the various events fulfill the definition of a PHEIC, thus also reducing predictability about future crises*".

⁸⁸ A. VON BOGDANDY-P. VILLAREAL, *International Law on Pandemic Response: A first Stock-*

erale delle Nazioni Unite “(...) *the COVID-19 pandemic threatens to further erode trust in public institutions, particularly if citizens perceive that their authorities mishandled the response or are not transparent on the scope of the crisis.*”⁸⁹.

Per quanto riguarda il RSI, come si è visto, è mancata un’effettiva applicazione da parte degli Stati degli obblighi di sorveglianza, notifica e pronta risposta. Inoltre, si riscontra un’inconsistenza tra la rapidità della notifica da parte degli Stati *ex art. 6 RSI*, da un lato, e il potenziale rallentamento che può intervenire a livello di OMS ai sensi dell’art. 11 RSI, che non prevede tempistiche stringenti per l’obbligo di comunicare prontamente le informazioni ricevute agli altri Stati minacciati dalla emergente crisi sanitaria. Questa disposizione sembra proteggere in modo sbilanciato la sovranità dello Stato di origine della potenziale emergenza sanitaria, garantendo la confidenzialità delle informazioni ricevute, alle spese dell’interesse collettivo degli altri Stati minacciati.

Guardando al futuro si auspica allora che i governi prendano più seriamente e più a cuore il rispetto degli standard internazionali sanitari a livello nazionale e assumano un atteggiamento improntato a una maggiore cooperazione a livello internazionale, anche in partnership coi privati. A riguardo fa ben sperare la Raccomandazione Covid-19 adottata dall’Assemblea OMS che auspica che l’eventuale vaccino o altri prodotti medici per combattere il virus siano considerati come “*global public goods*” accessibili per tutti gli Stati⁹⁰. La solidarietà internazionale è cruciale anche per far sì che i Paesi meno avanzati riescano ad assicurare un alto livello di tutela della salute, tenendo conto delle diverse situazioni in cui si trovano.

Si auspica inoltre che l’OMS riesca a guadagnare una maggiore considerazione anche attraverso una riforma laddove necessaria dei suoi meccanismi procedurali e istituzionali.

La comunità (!) internazionale messa in ginocchio e di fronte alle proprie

tacking in light of the Coronavirus Crisis, in MPIL Research Paper Series, 26 marzo 2020, <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>, in cui a p. 14 criticano il sistema decisionale dell’OMS per mancanza di trasparenza, sostenendo che “*at the very least, a more detailed exposition of the reasons on why a PHEIC was declared or not would foster trust in the WHO.*”.

⁸⁹ Si veda *supra* nota 49.

⁹⁰ *Seventy-Third World Health Assembly, COVID-19 response*, 19 maggio 2020, Agenda item 3, WHA73.1, par. 4: “*CALLS FOR the universal, timely and equitable access to, and fair distribution of, all quality, safe, efficacious and affordable essential health technologies and products, including their components and precursors, that are required in the response to the COVID-19 pandemic as a global priority, and the urgent removal of unjustified obstacles thereto, consistent with the provisions of relevant international treaties, including the provisions of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) and the flexibilities within the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health; (...).*”.

fragilità può e deve trasformare questa crisi in un'opportunità, come insegnano gli antichi greci. Si deve sfruttare la corsa a investimenti in nuove tecnologie al servizio di modelli di sostenibilità e soprattutto si deve imparare la lezione: non rimandare risposte urgenti a problemi globali che, anche se sembrano invisibili o lontani nello spazio e nel tempo, sono di fronte a noi e non aspettano che l'uomo sia pronto ad affrontarli.

In questa prospettiva, può servire come modello l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico: una base condivisa per la cooperazione internazionale fondata su un accordo globale con basi scientifiche, che riconosce le responsabilità comuni e capacità differenziate degli Stati e chiede loro obblighi progressivi, sempre più ambiziosi, di ridurre le emissioni di gas serra all'insegna della trasparenza e della condivisione delle informazioni. Tutti questi elementi potrebbero rinforzare la risposta internazionale alle crisi sanitarie.