

# La *governance* dell'emergenza sanitaria in Africa Subsahariana: modelli “piramidali” e “frattalici” di conformazione dei diritti individuali

di Matteo Nicolini

**Abstract: Governing the COVID-19 Pandemic in Sub-Saharan Africa: Fractals and Pyramids Compared** – Like the rest of the globalised world, Sub-Saharan Africa is experiencing the acceleration of the novel coronavirus (Covid-19) outbreak. Comparative legal scholars, however, tackle it as ‘business as usual.’ The article reappraises the patterns whereby the pandemic may be addressed. The first pattern is ‘fractal’ and echoes the features of African politico-legal traditions; the second one is consistent with the Western-oriented WHO health policies and may be termed the ‘pyramids’. The article argues that the fractal response favours inclusive policies, which reflect not an abstract commitment to human rights and development, but the desired futures of African societies..

**Keywords:** African Law, Constitutional Legal Traditions, COVID-19 Pandemic, pandemic democracy, WHO’s health order.

4289

## 1. Introduzione

Non è agevole misurare in termini *giuridici* l’impatto del focolaio internazionale di infezione (pandemia) da nuovo coronavirus SARS-CoV-2 sui sistemi politico-costituzionali dell’Africa subsahariana<sup>1</sup>.

Le ragioni di tali difficoltà sono, nel contempo, *fattuali, sostanziali e metodologiche*. Le ragioni fattuali considerano variabili estranee all’area del giuridico (modalità di propagazione della pandemia, curve e modelli epidemiologici, ecc.<sup>2</sup>), in grado di condizionare l’adozione di misure di prevenzione e limitazione del contagio. Le ragioni sostanziali considerano caratteri, forma ed effetti giuridici delle misure di contenimento adottate; queste sembrano fare velo alle ragioni metodologiche, legittimando una trattazione dell’impatto della pandemia non coerente con le tradizioni giuridiche africane.

---

<sup>1</sup> A livello medico-scientifico v. le notazioni in S. Ahmad Lone, A. Ahmad, *COVID-19 pandemic – An African perspective*, in *Emerging Microbes & Infections*, 9.1, 2020, 1300-1308. In termini generali, v. R. Rabadan, *Understanding Coronavirus* (Understanding Life), CUP, Cambridge, 2020.

<sup>2</sup> Sugli elementi fattuali, comunque rilevanti in sede di adozione delle politiche di emergenza sanitaria, v. A. Kucharski, *The Rules of Contagion. Why Things Spread – and Why They Stop*, Profile Books, Londra, 2020.

Il comparatista ben potrebbe limitarsi a fornire una rassegna, ragionata e completa, delle misure adottate – a livello costituzionale, normativo e giurisprudenziale – nei vari ordinamenti del continente<sup>3</sup>. Per quanto appagante in sede di descrizione dei processi normativi, la scelta si rivelerebbe poco remunerativa sul piano scientifico. Preso atto dell'acuirsi del contagio in Africa<sup>4</sup>, il comparatista dovrebbe comunque sciogliere un interrogativo metodologico di fondo, deliberatamente espunto dal testo della rassegna ma destinato continuamente a riaffiorare: se, cioè, la “Regione Africana” cui si riferiscono i documenti dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisca un ambito geo-giuridicamente rilevante ai fini dell'indagine comparativa.

Il presente contributo esamina l'impatto dell'emergenza sanitaria nell'Africa subsahariana volendo, in primo luogo, rispondere a tale quesito. Come si vedrà, le scelte di politica epidemiologica compiute dall'OMS sono tutt'altro che irrilevanti ai fini di queste riflessioni – al contrario: esse hanno spesso ricadute spesso giuridicamente impegnative per gli Stati africani<sup>5</sup>.

La prospettiva d'indagine è quella del comparatista, che esamina le aree e tradizioni geo-giuridiche del mondo. È questione di punti di osservazione: senza revocare in dubbio il rilievo della dimensione transnazionale delle decisioni assunte in sede OMS, non si ritiene scientificamente corretto esaminare le “infrastrutture giuridiche”<sup>6</sup> calate sull'Africa subsahariana per la *governance* dell'emergenza sanitaria senza aver prima delimitato il *legal and environmental context* delle relative comunità politiche. Si tratta di un vero *casual network* che ricolloca al centro della valutazione del comparatista i loro interessi e la percezione che tali società hanno del diritto e dell'effettività delle misure di cui sono destinatarie. Ciò, al fine di prevenire (o, quanto meno, ridurre) sul piano metodologico la deformazione delle mappe e dei concetti delle tradizioni giuridiche indagate. Si tratta di «manage reality rather than to represent it»<sup>7</sup>. L'esigenza è avvertita nel diritto costituzionale comparato, dove il «legal frame» cartesiano fatica a conservare attitudine ordinante rispetto a fenomeni, collocati *oltre il costituzionalismo occidentale*, che si sottraggono a questo<sup>8</sup>.

Non potrebbe essere altrimenti: adottare quella *epidemiologica* come prospettiva privilegiata implicherebbe adottare un punto di vista *esterno*, per

<sup>3</sup> Per una ragionata rassegna di tali misure, con particolare riferimento al Sudafrica v. R. Orrù, *La risposta all'emergenza al Coronavirus nell'Africa subsahariana: riflessioni a partire dall'esperienza del Sudafrica*, in questa *Rivista*, 2020, 2189-2216.

<sup>4</sup> L'incremento dei contagi è segnalato dalla OMS: cfr. *COVID-19. Situation Update for the WHO African Region*. External Situation Report 26. Date of issue: 26 August 2020 [apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/334003/SITREP\\_COVID-19\\_WHOAFRO\\_20200826-eng.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/334003/SITREP_COVID-19_WHOAFRO_20200826-eng.pdf) (accesso: 31 agosto 2020).

<sup>5</sup> Per una prima riflessione sulle azioni intraprese dall'OMS v. P. Acconci, *L'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in questa *Rivista*, 2020, XV-XVII.

<sup>6</sup> Per riprendere M. Bussani, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010.

<sup>7</sup> R. Rorty, *Philosophy and Social Hope*, Penguin, Londra, 1999, xiii.

<sup>8</sup> *Legal frame* è in J.-L. Halpérin, *The Concept of Law: A Western Transplant?*, in *Theoretical Inquiries of Law*, 2009, 340.

quanto razionale e autorevole, alla realtà giuridica africana. Ma significherebbe altresì tradire lo statuto metodologico della comparazione, che è empirico, critico e plurale<sup>9</sup>.

## 2. Diritto, diritti, Afriche. Le coordinate geo-giuridiche di un continente in epoca di emergenza sanitaria

Nel valutare l'impatto giuridico della pandemia sul continente africano, l'interprete è chiamato a un'operazione preliminare: la *delimitazione geo-giuridica* dell'Africa subsahariana. L'operazione chiama in causa anche altre coordinate, tutte rilevanti ai fini della trattazione; nell'intreccio delle riflessioni, la mappatura s'intreccia continuamente con le nozioni di *diritti fondamentali*, *mutazione giuridica* e *governance* delle comunità territoriali.

Muovendo dal processo di delimitazione, viene in rilievo l'area tradizionalmente qualificata "Africa subsahariana". Come accade per la locuzione "diritto africano", il descrittore richiede talune precisazioni metodologiche. Non s'intende richiamare le problematiche definitorie affrontate in altre occasioni<sup>10</sup>. Basti ricordare che la delimitazione, per essere giuridicamente significativa, non può basarsi su criteri solo politici o geografici: dire che sono africani gli Stati che, nel dichiararsi tali, sono membri della OUA (oggi dell'UA) o che si trovano sul continente è tautologico e non fruttuoso in sede di delimitazione geo-giuridica<sup>11</sup>.

La demarcazione opera sicuramente rispetto all'Africa araba<sup>12</sup>: vi contribuisce la diversità dei substrati giuridici tra le aree; differente è il ruolo delle mentalità giuridiche tradizionali nelle aree a meridione del Sahel, dove il "peso" delle tradizioni di derivazione non africana (europea, di penetrazione araba e religiosa) è ancora destinata a rapportarsi e a dialogare con l'eredità delle tradizioni giuridiche africane<sup>13</sup>. In secondo luogo, a sud del Sahara converrà ancora parlare di "Afriche": quella *tropicale, malgascia e australe*<sup>14</sup>.

In terzo luogo, per i comparatisti pubblicisti, l'epoca di emergenza sanitaria semplifica il processo di delimitazione, poiché consente di esaminare le aree geo-

---

<sup>9</sup> J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Hart, Oxford, 2015, 66 ss., 135 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2019, 21 ss.

<sup>10</sup> Per l'operazione di delimitazione v. M. Nicolini, *African Legal Traditions*, in G. Mousourakis (ed.), *Comparative Law and Legal Traditions*, Springer, Heidelberg, 2019, 284.

<sup>11</sup> Sui criteri di delimitazione v. M. Nicolini, *Disengaging Africa from the Colonial Syndrome: per una sistemologia oltre Finisterrae*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, 489 ss. Il criterio politico è in J. Vanderlinden, *À propos de quelques ouvrages récents de droit africain*, in *Africa: Journ. Int'l. Afr. Inst.*, 1966, 365.

<sup>12</sup> Sulla quale v. M. Oliviero, *I Paesi del mondo islamico*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (Eds), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, II, 2014, 594. Per un'analisi della *governance* dell'emergenza sanitaria in Egitto e Tunisia v. M.C. Locchi, *La risposta all'emergenza sanitaria Covid-19 nei paesi a maggioranza musulmana: alcune considerazioni comparative*, in questa *Rivista*, 2020, 2173-2188.

<sup>13</sup> Oltre alla trattazione di R. Sacco, *Il diritto africano*, con la collaborazione di M. Guadagni, R. Aluffi Beck-Pecoz, L. Castellani, UTET, Torino, 2006, 49 ss., v. U. Kishel, *Comparative Law*, OUP, Oxford, 2019, 632 ss.

<sup>14</sup> Cfr. M. Nicolini, *Disengaging Africa*, cit., 496.

giuridiche dell’Africa subsahariana concentrando l’attenzione sugli esiti dei processi di ricezione delle infrastrutture giuridico-costituzionali ricevute dall’Occidente e dagli attori del diritto globale; si è infatti assistito a una vera e propria «convergence of constitutional structures, institutions, texts, and interpretive methods»<sup>15</sup>. Anche nell’Africa subsahariana, le convergenze ordinamentali sono l’esito di processi di armonizzazione e omogeneizzazione costituzionale promosse da vari attori (movimento di *law and development*, *international donors*, Banca Mondiale, ecc.) mediante condizionalità dirette (ad es., quelle cui sono subordinati i prestiti finanziari) e indirette (la *compliance* con gli indicatori di sviluppo e le riforme suggerite dai *Doing Business Reports*). Ciò, com’è evidente, riduce significativamente il peso delle problematiche generate dal sostrato giuridico tradizionale<sup>16</sup>.

La seconda coordinata guarda alla *costruzione* teorica della relazione tra diritti ed emergenza sanitaria. Questa riflette ancora la nozione, impiegata dalla dottrina tradizionale, per la quale i diritti di libertà si costruiscono *per accerchiamento*: il diritto è «il concetto di rapporto tra l’attività proclamata libera ed i suoi confinamenti» mediante l’apposizione di *limiti* e operazioni di *bilanciamento*<sup>17</sup>.

In tempo di emergenza sanitaria, l’operazione di confinamento subisce un mutamento significativo. Questa non è più tra diritti e diritti (*limite relazionale o sistemico*); né riflette la dialettica tra diritti e limiti che ne prescrivono modalità di esercizio (*limite modale*) o la tensione tra il *controlimite sostantivo* del diritto (l’area di libertà proclamata libera, senza la quale il diritto sarebbe non tanto affievolito, quanto giuridicamente non più esercitabile) e il limite strutturale, vale a dire *l’assiologia ordinamentale* che, mediante il limite, si trasmette all’area di libertà e che consente di avere lo stesso diritto protetto in maniera differente in distinti sistemi di tutela<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> R. Hirschl, R. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2014, 205.

<sup>16</sup> Cfr., almeno, G. Halmai, *Constitutional Transplants*, in R. Masterman, R. Schütze (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, CUP, Cambridge, 2019; G. Crawford, *Foreign aid and political conditionality: Issues of effectiveness and consistency*, in *Democratization*, 4.3, 1997, 69-108; G. Cumming, *Aid to Africa. French and British Policies from the Cold War to the New Millennium*, London: Routledge, 2017; D. Restrepo Amariles, *Legal Indicators, global law and legal pluralism: an introduction*, in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2015, 9 ss; G. Ajani, *Ruling by indicators: How the use of vague notions and quantitative indicators facilitates legal change*, in *The Cardozo Electronic Bulletin*, 2017, 1.

<sup>17</sup> M. Pedrazza Gorlero, *La costruzione della norma-parametro attraverso la definizione “per accerchiamento” (nel caso della manifestazione del pensiero costituzionalmente tutelata)*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del convegno. Trieste, 26-28 maggio 1988, Giuffrè, Milano, 1988, 8. La relazione libertà-limite è anche in A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 2003, 324; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 89.

<sup>18</sup> Per una ricognizione dello statuto teorico dei diritti come relazione tra area, limite e garanzia e la natura dei limiti indicati nel testo sia consentito rinviare a M. Nicolini, *Il livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali*, in M. Pedrazza Gorlero (cur.), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010, 394-396.

Quale che sia il limite strutturale – l'ordinamento nazionale o il sistema sovranazionale di tutela –, il confinamento dei diritti è affidato a un processo di generalizzazione. A livello globale, la pandemia genera un *transnational concern* che accomuna l'intero genere umano, rispetto al quale la comune risposta è affidata all'universalizzazione – quindi, all'omogeneizzazione e convergenza – delle misure giuridicamente necessitate per far fronte all'emergenza sanitaria. Alla stregua di un programma di profilassi internazionale, la pandemia impone agli Stati l'adozione di uno schema di rappresentazione delle misure giuridiche di mitigazione che sia replicabile in ogni contesto giuridico e sociale<sup>19</sup>. In un mondo globalmente omogeneo, stretto attorno al medesimo *concern*, il limite generato dall'emergenza sanitaria deve essere comune a tutti e, grosso modo, coincide con il limite assiologico veicolato dalle linee guida che l'OMS ha predisposto per contrastare il focolaio internazionale di infezione (pandemia) da nuovo coronavirus SARS-CoV-2<sup>20</sup>.

### 3. Le coordinate universalistiche. Mutazione giuridica e *governance* della pandemia

La convergenza dei sistemi costituzionali e la generalizzazione delle misure di contenimento e mitigazione elaborate dall'OMS introducono la terza coordinata entro cui s'inscrivono le riflessioni qui formulate. Questa coordinata guarda alla mutazione giuridica. Lo studio delle variabili – anche non giuridiche – che incidono sul diritto mutandone forma, contenuti e strumenti metodologici è ambito privilegiato dagli studi comparatistici. L'attenzione al *legal change* deriva sia dall'opera di costante aggiornamento cui i comparatisti sottopongono il proprio metodo d'indagine<sup>21</sup>, sia dal «subversive potential of comparative legal thinking»<sup>22</sup>, che svela i vettori, ideologici e culturali, e la 'direzione' impressa dai giuristi alle ricerche scientifiche.

---

<sup>19</sup> Lo schema di rappresentazione è praticato anche dalla comparatistica: v. per tutti J. Gordley, *The universalist heritage*, in P. Legrand, R. Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, CUP, Cambridge, 2003.

<sup>20</sup> OMS, *Country & Technical Guidance - Coronavirus disease (COVID-19)*, reperibili al *publication hub* [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance-publications](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance-publications) (accesso 27 luglio 2020). Cfr. N. Plohl, B. Musil, *Modeling compliance with COVID-19 prevention guidelines: the critical role of trust in science*, in *Psychology, Health & Medicine*, 2020, 1–12; M. Lipsitch, D.L. Swerdlow, L. Finelli, *Defining the epidemiology of Covid-19—studies needed*, in *New England Journal of Medicine*, 382(13), 2020, 1194–1196; C. Sohrabi *et al.*, *World Health Organization declares global emergency: A review of the 2019 novel coronavirus (COVID-19)*, in *International Journal of Surgery*, 76, 2020, 71–76.

<sup>21</sup> Cfr. M. Siems, *Comparative Law*, CUP, Cambridge 2018<sup>2</sup>, 113 ss. e J. Husa, *A New Introduction*, cit., 157 ss.

<sup>22</sup> G.P. Fletcher, *Comparative law as a Subversive Discipline*, in *Am. J. Comp. Law*, 1998, 684; H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, 503 ss.; Id., *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham-Nothampton (MA) 2012, 270 ss.

Ad accrescere l'interesse per il mutamento giuridico concorre la vocazione interdisciplinare della comparazione. Nel dialogo con saperi che ne condividono «sensibilità culturali capaci di sovvertire le certezze ereditate dalla tradizione»<sup>23</sup>, essa coglie l'incidenza delle *non-legal variables* sugli istituti giuridici; accerta i principi sottesi alle proposte classificatorie; individua il *frame* più adeguato a ordinare una realtà giuridica complessa, che non accetta di strutturarsi attorno alle classificazioni dicotomiche della razionalità cartesiana.

L'intersezione tra universalismo, generalizzazione delle risposte del diritto all'emergenza sanitaria e sapere medico-scientifico ha invero mutato significato e funzione dei limiti all'area proclamata libera. Questi non diventano solo modalità di suo confinamento e/o esercizio, ma risalgono, conformandola, l'area di libertà. In conseguenza di ciò, il “diritto fondamentale” in epoca di «pandemic democracy» è tale perché nel contro-limite sostantivo è confluito anche il limite strutturale dell'universalismo giuridico: universali i diritti umani, universale la pandemia, universali i limiti e la struttura stessa della libertà<sup>24</sup>.

La quarta coordinata si propone di sottrarre l'indagine alla matrice universalistica che la *governance* globale della pandemia ha disteso *anche* sul continente africano proiettandola oltre l'orizzonte, temporalmente limitato, delle misure di limitazione e conformazione dei diritti. Rinchiuso entro le categorie di una comparazione che procede per generalizzazioni di temi, problemi, metodi e soluzioni – e appoggiandosi acriticamente a categorie “universali” elaborate da cultori di altre discipline –, il comparatista si esporrebbe ancora all'obiezione indicata nell'introduzione: esso si limiterebbe a una rassegna di strumenti giuridici e di *soft law* mediante i quali si sono variamente applicate le linee guida dell'OMS<sup>25</sup>, con ciò tradendo nuovamente il proprio statuto metodologico.

Affrontare l'impatto del COVID-19 in Africa subsahariana implica non solo ragionare criticamente sull'interazione fra le misure di mitigazione e contenimento e i caratteri delle società, mentalità e sistemi giuridici d'area; esso significa altresì interrogarsi sulle problematiche di contesto di un subcontinente tradizionalmente costretto tra politiche di *water availability* e necessità di gestire la *water scarcity* – e, dunque, di assicurare la *compliance* con le *guidelines* dell'OMS.

---

<sup>23</sup> A. Somma, *Introduzione*, cit., 45.

<sup>24</sup> Così T. Landman, L. Di Gennaro Splendore, *Pandemic democracy: elections and COVID-19*, in *Journal of Risk Research*, 2020, DOI: 10.1080/13669877.2020.1765003. Per gli universalisti, l'origine occidentale dei diritti umani non potrebbe costituire una «genetic fallacy» per la loro generalizzazione: così, criticamente, M. Siems, *Comparative Law*, cit., 297-298. Cfr. altresì A. Sharma, *Are Human Rights Western?: A Contribution to the Dialogue of Civilizations*, OUP, Oxford, 2006.

<sup>25</sup> Richiamate espressamente dalle misure adottate, ad es., in Botswana (Emergency Powers (COVID-19) Regulations, 2020 Statutory Instrument No. 61 of 2020), Namibia (Health Directives relating to Covid-19 Government Notice 107 of 2020), Angola (Decreto Presidencial n.o 82/20 de 26 de Março Medidas de excepção e temporárias para a prevenção e o controlo da propagação da pandemia COVID-19); Zimbabwe (Public Health (COVID-19 Prevention and Containment) Regulations, 2020 Statutory Instrument 77 of 2020); Malawi (Public Health (Corona Virus Prevention, Containment and Management) Rules, 2020 Government Notice 5 of 2020).

#### 4. Una prima valutazione della reazione alla pandemia in Africa: universalismo, approccio formalistico e limiti sistemici dell'OMS

Il processo di generalizzazione sotteso alla *governance* della «pandemic democracy» in Africa subsahariana comporta, su di un piano metodologico, l'applicazione delle *tassonomie* e delle classificazioni utilizzate per la classificazione delle misure adottate nel *Global North*.

Tale applicazione consegue talune acquisizioni. Non diversamente da quanto accaduto in Europa, è possibile collocare gli ordinamenti dell'Africa subsahariana lungo una linea ideale che misura l'intensità delle misure di contenimento del contagio. Vi sono pertanto ordinamenti che hanno adottato (o lo hanno fatto in misura limitata) misure di limitazione del contagio, offrendo risposte giuridiche "marginali" all'avanzata della pandemia (Tanzania, Eritrea, Burundi); altri Stati si sono variamente adattati alle indicazioni dell'OMS per la mitigazione il contenimento del contagio, adottando dichiarazioni di emergenza (Angola, Gabon, Guinea Equatoriale, Botswana, ecc.). In altri ordinamenti (Cameroon) l'assenza di una espressa previsione costituzionale sullo stato di emergenza ha generato l'adozione di misure giuridicamente vincolanti e di misure di *soft law* entrambe profondamente limitative dei diritti. In altri, infine, le dichiarazioni di stato d'urgenza e i limiti apposti agli organi costituzionali sono stati dichiarati conformi alle disposizioni costituzionali<sup>26</sup>.

A esito di tale ricognizione, il ricercatore è portato a ritenere che, con differenze di scala, i rimedi apprestati negli Stati subsahariani non si discostino dalle misure adottate nell'Occidente giuridico<sup>27</sup>. Con termini comparatistici: le misure adottate dagli Stati africani sono comparabili a quelle messe in atto nel *Global North*. Non è un caso che il *Coronavirus Government Response Tracker* compari, nello *Stringency Index*, le misure adottate in Africa subsahariana con quelle adottate in ogni altra parte del mondo<sup>28</sup>.

Come nelle altre aree del pianeta, si assiste all'adozione di *restrictions*, nella forma di limitazioni e conformazioni nell'esercizio dei diritti; e la modalità di confinamento dell'area di libertà avviene secondo lo schema, più sopra richiamato, di apposizione dei limiti strutturali e assiologici del "sistema" OMS. Tuttavia, il riferimento alla pandemia come *public health risk* significa applicare i limiti

---

<sup>26</sup> Corte cost. Della Rep. Democratica del Congo, *Arrêt* R. 1.200, dichiarativo della conformità a Costituzione dell'*Ordonnance n°20/014 du 24 mars 2020 portant proclamation de l'état d'urgence sanitaire pour faire face au Covid-19*.

<sup>27</sup> Al contrario, si registra una certa omogeneità delle misure adottate: in Angola, il decreto presidenziale che dichiara lo stato di emergenza contiene limitazioni ai diritti (art. 3), forme di quarantena (art. 5) e modalità di *smart working* (art. 14) del tutto equivalenti a quelle adottate in Occidente. Cfr. altresì Burkina Faso (*Décret 2020-271 portant restriction temporaire des libertés au titre de mesures spéciales de réduction de la propagation du COVID-19*); Kenya (*The Public Health (COVID-19 Restriction of movement of Persons and Related measures) Rules, 2020*); Uganda (*Statutory Instruments 2020 No. 52. The Public Health (Control of COVID - 19) Rules, 2020*).

<sup>28</sup> University of Oxford, *Coronavirus GOVERNMENT RESPONSE TRACKER*, reperibile a [www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker](http://www.bsg.ox.ac.uk/research/research-projects/coronavirus-government-response-tracker).

strutturali dell'assiologia ordinamentale dell'OMS; questo "suggerisce" agli stati di adottare, nel comune *interesse* sopra-individuale e collettivo, azioni di contenimento e alla mitigazione del contagio replicabili<sup>29</sup>.

Il paradigma è doppiamente omogeneo e globale, così come universale è lo statuto teorico dei diritti. La struttura degli stessi è la medesima: per effetto del *transplant* dei modelli coloniali e dei meccanismi sovranazionali di tutela, in Africa anglofona, ad es., i diritti fondamentali negli Stati africani si caratterizzano per la presenza di un catalogo di diritti (*constitutional bill of rights*) forgiato sul testo della CEDU<sup>30</sup>. Ancora, il limite assiologico è – s'è detto – quello elaborato in sede di OMS, senza che vengano in rilievo i limiti strutturali di ciascun ordinamento. In conseguenza di ciò, se è unitario è limite, l'apposizione dello stesso la modalità di confinamento – dunque, l'«emergency mechanism» – indicata dall'OMS «has to be flexible and adaptable», «which is precisely the philosophy behind the regulations»<sup>31</sup>.

Il che, tuttavia, sembra revocare in dubbio l'utilità sia della prospettiva geografica sia di una riflessione mirata all'Africa subsahariana: se i modelli di gestione della pandemia condividono regole, forme e funzioni, ha senso differenziare ancora fra Africa subsahariana e Africa araba? A maggior ragione, conserva significato accertare le specificità della relazione tra diritti ed emergenza sanitaria nel continente? Infine, vale la pena discutere di misure di contenimento in relazione a stati che vedono – fortunatamente – una limitata incidenza della pandemia?

Lo statuto teorico dei diritti fondamentali in epoca di pandemia, peraltro, suggerisce riflessioni di più ampio respiro che sembrano, almeno in prima battuta, esulare dalla contingenza della crisi sanitaria per concentrarci sui caratteri del contesto africano.

## 5. Modelli piramidali a modelli frattalici di gestione dell'emergenza in Africa subsahariana

Al fine di offrire una valutazione che si riveli coerente con l'identità giuridica delle aree geo-giuridiche indicate, converrà prestare ascolto alle voci delle comunità africane. Non si muoverà dai contributi dei giuristi, ma dagli attori che animano le stesse comunità e, in particolare, da un articolo apparso su "The Elephant" il 23 maggio 2020 e intitolato *The Shape of Our Post-COVID Future*<sup>32</sup>.

L'articolo si affranca dall'angusta dimensione della pandemia, proiettandosi oltre questa e interrogandosi sulle sue ricadute a livello sociale. Nell'esaminare il

---

<sup>29</sup> Andraž Zidar, *WHO International Health Regulations and human rights: from allusions to inclusion*, in *Int. Journ. Hum. Rights*, 2015, 19:4, 505-526.

<sup>30</sup> Ad es., sez. 18 Cost. Botswana; sez. 25 Cost. Namibia; sez. 30 Cost. Tanzania; sez. 33 Cost. Ghana; art. 137.3 Cost. Uganda; art. 23 Cost. Kenya; art. 175.5.b Cost. Zimbabwe; sez. 26 Cost. Liberia.

<sup>31</sup> Andraž Zidar, *WHO International Health Regulations*, cit., 509.

<sup>32</sup> Chief Nyamweya, *The Shape of Our Post-COVID Future*, in *The Elephant*, 23 maggio 2020, [www.theelephant.info/ideas/2020/05/23/the-shape-of-our-post-covid-future/](http://www.theelephant.info/ideas/2020/05/23/the-shape-of-our-post-covid-future/).

ventaglio delle possibili misure in Kenya, l'Autore distingue tra strutture *frattali* e strutture *piramidali*. Sono concetti che la costituzionalistica italiana ha utilizzato per descrivere il venir meno dell'ordine euclideo e cartesiano del sistema delle fonti, destinato pertanto ad acquietarsi sulla *Natur der Sache*<sup>33</sup>. Il diritto, che vede estenuata la propria attitudine prescrittiva, si trova a inseguire modelli la cui geometria è dettata al di fuori dall'armonia, raffinata e geometrica, della regolarità giuridica occidentale. In epoca di pandemia – quale che siano i processi decisionali costituzionali mediante i quali i diritti vengono effettivamente limitati –, la geometria è modificata dall'OMS. Il che spiega la varietà di forme e strumenti – dichiarazioni di emergenza, di crisi sanitaria, l'adozione di leggi ad hoc o di misure di *soft law*, ecc.<sup>34</sup>– per adeguare il sistema costituzionale delle libertà a un limite, il *public health risk*, che le attraversa tutte.

Il diritto africano non rispetta, tuttavia, queste geometrie e modalità di apposizioni dei limiti. Al contrario, esso è intimamente frattalico; costruito dalla società, ne replica le strutture su varie scale; frattalico è, ad es., il processo decisionale, nel quale la comunità esprime la «legal wisdom» del gruppo, convertendo i legislatori tradizionali in «poets and singers» della (e nella) società, nei rapporti che essa instaura con la natura e la *Natur der Sache*<sup>35</sup>. L'Occidente è, invece, cartesianamente costruito sulle «piramidi», forme artificiali, perfette, equilatera e basata su simmetria e gravità, ma che raramente si ritrovano in natura senza l'intervento dell'uomo.

Nell'esaminare l'impatto del COVID-19, l'articolo ne propone una ricostruzione frattalica, cui pertanto è necessario offrire una risposta frattalica. In termini socio-giuridici, tale risposta dovrebbe fondarsi su di una rete di solidarietà a carattere diffuso e «non verticale» tra Stati e gruppi e replicabile a ogni livello e ordine di grandezza.

---

<sup>33</sup> Di sistema 'euclideo' parla, con riferimento all'originario assetto del sistema regionale delle fonti del diritto, R. Bin, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, UTET, Torino, 1994, 173 ss. Di sistema quantistico ragiona lo stesso A. in *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. Per una teoria quantistica delle fonti del diritto, in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I (Le fonti del diritto), ES, Napoli, 2009, 35 ss. Sul carattere 'frattalico' dei sistemi giuridici v. ad es. A. Predieri, *Trattato di Amsterdam e frattali*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, 25 ss. Di un ordine delle fonti non più ricomponibile a sistema v. M. Pedrazza Gorlero, *L'ordine frattalico delle fonti del diritto*, CEDAM, Padova, 2012.

<sup>34</sup> In alcuni ordinamenti si è proceduto con la dichiarazione di stato di disastro (Sudafrica: Disaster Management Act: Declaration of a National State of Disaster: COVID-19 (coronavirus) del 15 marzo 2020; Malawi: del 20 marzo 2020) o di emergenza (Botswana 2 aprile; Angola 25 Marzo) o di allarme (Guinea Equatoriale: Decreto número 42/2020, de fecha 31 de marzo por el que se declara el Estado de Alarma Sanitaria y se dictan las medidas cautelares para la prevención, contención y control de la pandemia del nuevo coronavirus (COVID-19) en la República de Guinea Ecuatorial).

<sup>35</sup> Sui quali v. R. Sacco, *Il diritto africano*, cit., 5 ss. L. Lanzoni, *The Trial of Jomo Kenyatta by Montagu Slater: Oral Tradition and Fundamental Rights*, in I. Ward (ed.), *Literature and Human Rights. The Law, the Language and the Limitation of the Human Right Discourse*, de Gruyter, Berlin et al., 2015, 230. Cfr. altresì P. Leman, *Singing the Law: Okot p'Bitek's Legal Imagination and the Poetics of Traditional Justice*, in *Research in African Literatures*, 2009, 109 ss.

Frutto della *path dependency* rispetto alle raccomandazioni elaborate in sede OMS, l'A. dell'articolo evidenzia come la scelta più diffusa sia stata affidata a processi decisionali a struttura verticistica e piramidale:

a pyramid formation concentrates decision making power in a few hands because it cannot rely on the voluntary participation of the affected population at the bottom of the pyramid.

Certo, si è pure affermato che il *decision-making* nell'«international health emergency» è «a polycentric exercise», dal momento che *polycentric tasks* richiedono il continuo bilanciamento di «a large number of variable items against all others»<sup>36</sup>. Il carattere policentrico del *decision-making* è comunque organizzato attorno al «monocentric character of decisions» – cosa che ha favorito l'adozione di misure di contrasto della pandemia tipiche di un approccio *top down*. Ne è seguita, in Africa, l'attivazione di misure e strumenti giuridici di mitigazione e contenimento che hanno riarticolato la catena frattalica degli interventi spontanei della società in una serie ordinata e coordinata di *supply chains*.

Si badi: pur di far aderire i modelli frattalici alla forma geometrica piramidale, gli interventi dagli Stati si sono spesso tradotti in misure difficilmente riportabili allo stesso figurino costituzionale<sup>37</sup>. Si tratta, tuttavia, di un problema avvertito *per ora* come secondario, posto che non solo le misure adottate sono espressive del modello piramidale nel quale il rapporto tra decisore OMS e Stati opera come deroga al *decision-making process* per la sola epoca dell'emergenza. Tuttavia, esso avrà certamente conseguenze sulla tenuta “a lungo termine” del significato e della funzione dei congegni del costituzionalismo, posto che, quando l'OMS richiede l'apposizione di un proprio limite strutturale-assiologico per il confinamento di un diritto, esso sta in realtà generalizzando il proprio «Rights-Based Postwar Health Order»<sup>38</sup> che prevale su quello nazionale – anche se in gioco vi sia lo svolgimento di periodiche e regolari elezioni<sup>39</sup>. Il tutto, ovviamente, in

<sup>36</sup> Cfr., rispettivamente, A. Zidar, *WHO International Health Regulations*, cit., 509 e M. Polanyi, *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders*, Chicago: Chicago UP, 1951, 191.

<sup>37</sup> In Camerun, le misure limitative dei diritti sono disperse fra provvedimenti amministrativi emanati a vari livelli, spesso in deroga alle previsioni costituzionali: v. G. Tazo, Éric-Adol: *Cameroon's Fight Against COVID-19: An Ordinary Legal Framework for an Extraordinary Situation*, in *VerfBlog* (21 maggio 2020), [verfassungsblog.de/camerouns-fight-against-covid-19-an-ordinary-legal-framework-for-an-extraordinary-situation/](https://verfassungsblog.de/camerouns-fight-against-covid-19-an-ordinary-legal-framework-for-an-extraordinary-situation/), DOI: [doi.org/10.17176/20200521-133119-0](https://doi.org/10.17176/20200521-133119-0). La compatibilità del limite assiologico dell'OMS con il testo costituzionale è stata di recente confermata dalla *High Court* dello Zimbabwe (sezione di Harare) in *The Zimbabwe Chamber for informal Workers & 2 Others v Minister of Health and Child Care & 6 Others* (HH 334-20, HC 2221/20) [2020] ZWHHC 334 (26 May 2020). Non diversamente, la Corte costituzionale del Niger ha ritenuto compatibili con il testo costituzionale le limitazioni imposte alle attività parlamentari dall'esecutivo al fine di contenere l'epidemia: cfr. *Avis n° 08 /CC du 30 mars 2020* e la nota di V. Carlino, *La Corte costituzionale del Niger si pronuncia sulle misure straordinarie predisposte per lo svolgimento dei lavori parlamentari durante la pandemia da Covid-19*, in *Federalismi.it*, *Focus Africa* 2/2020.

<sup>38</sup> B. Mason Meier, F. Kastler, *Development of Human Rights through WHO*, in B. Mason Meier, L. O. Gostin, *Human Rights in Global Health: Rights-Based Governance for a Globalizing World*, OUP, Oxford, 2018, 111.

<sup>39</sup> Cfr. lo *Statement of the African Commission on Human and Peoples' Rights on Elections in Africa during the COVID-19 Pandemic* del 22 luglio 2020- «The Commission recognizes the inevitable

ordinamenti costituzionali e nell'ambito di sistemi regionali dei diritti – qual è quello che fa capo alla *African Charter on Human and Peoples' Rights* e alla Commissione, suo organo di protezione e promozione dei diritti – non sono contemplate le cc.dd. *derogation clauses*, strumenti di che «seek to prevent the normalisation of emergency powers and with it the potential for human rights abuses».<sup>40</sup>

Non s'intendono, evidentemente, sottoporre a critica le *policies* di contenimento del contagio operate ma solo affermare che è nella forma piramidale che va ricercata la logica loro sottesa per contrastare la pandemia. Se, cioè, la logica di fondo ha un approccio universalizzante; se le misure adottate sono state costruite per generalizzazione di *concern* avvertito come transnazionale; è chiaro che le ricadute sull'Africa subsahariana non possono riflettere la struttura frattalica della società; questa, infatti, non può essere completamente contenuta entro la griglia mediante cui la *governance* "piramidale" decodifica la realtà. L'operazione di conformazione e confinamento dei diritti può pertanto realizzarsi solo rispetto a quelle situazioni giuridiche soggettive "decodificabili" da tale griglia piramidale e, come tali, in grado di essere delimitate per accerchiamento. Si tratta, in buona sostanza, dei diritti, di derivazione occidentale, contenuti nei testi costituzionali, mentre sfuggono quelle situazioni che, riflettendo «paradigmi culturali, concezioni della vita, della famiglia, della società» del tutto alternativi alla cultura giuridica europea, generano un diritto sommerso e invisibile alle dimensioni assiologiche del *Western-related global law*<sup>41</sup>.

## 6. Il recupero della dimensione frattalica e la rivincita della società

Come s'è appena detto, la *convergence of laws* non ha del tutto allineato le tradizioni giuridiche africane ai limiti assiologici dell'OMS. I formanti 'non globali' dell'Africa subsahariana resistono<sup>42</sup>, reagiscono e "riemergono", risalendo la catena decisionale che dalla società giunge ai centri decisionali che adattano il potere pubblico alle linee guida globali di contenimento della pandemia.

Un felice esempio di tale rivincita della società si ritrova nelle *Health Directives relating to Covid-19 (Government Notice 107 of 2020)* della Namibia. Nel predisporre le tradizionali indicazioni (il lavaggio frequente delle mani, il distanziamento sociale, ecc.), le sezioni 11 e 12 sono dedicate a quelle situazioni,

---

tension that arises between upholding the legally established public health measures and the right to regular, free, fair and credible elections and is mindful of the prerogative of States Parties to the African Charter, given their respective contexts, to take the most appropriate course of action in deciding whether to proceed with elections or to postpone them».

<sup>40</sup> S. Molloy, *Human Rights in Africa in the Context of Covid-19*, in *Int'l J. Const. L. Blog* (primo maggio 2020), [www.iconnectblog.com/2020/04/human-rights-in-africa-in-the-context-of-covid-19](http://www.iconnectblog.com/2020/04/human-rights-in-africa-in-the-context-of-covid-19) (accesso il 31 agosto 2020).

<sup>41</sup> R. Toniatti, *La razionalizzazione del "pluralismo giuridico debole": le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio. Scenari e prospettive dall'Europa e dall'Africa*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, 451.

<sup>42</sup> Così esattamente R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2015, p. 1016 ss.

spesso ignorate dai decisori pubblici per la loro marginalità sociale, ma che rivelano la già richiamata «legal wisdom» del gruppo sociale. Ai sensi della sez. 11, vanno individuati degli *shelters* «for persons without or in need of [them]»; «Counsellors and other leaders in the community must be involved in the facilitation of shelter» devono «mobilise resources to provide basic necessities, such as clothing, mattresses and bedding, cleaning materials and food». Il tutto, ovviamente, nel rispetto delle linee guida OMS. Non a caso la sezione 12 delle *Directives* (dedicata ai pasti per i senzatetto) rammenta che «Hygiene and social distancing must be practiced at all times»<sup>43</sup>.

Si tratta, di misure piramidali, ma che evocano quella frattalità della situazione giuridica africana e quelle problematiche legate alla concretezza della dimensione sociale che sembrano non essere state bilanciate con le prescrizioni dell'OMS nella formulazione di un approccio policentrico al COVID-19.

La logica di fondo della “profilassi giuridica” replica le tensioni e le aspirazioni a una dimensione transnazionale del fenomeno giuridico, nonché le ambizioni, di ascendenza eurocentrica, delle scienze globali, giuridiche o mediche che siano. I *global standards* sono, invero, tutti formulati nel *Global North*.

Ne è complice la struttura decisoria piramidale, che ha favorito reazioni e analisi, anche comparatistiche, basate sugli universali e sulla circolazione acritica delle infrastrutture giuridiche, trascurando, in larga misura, la dimensione di più ampio raggio: quella del contesto nel quale le comunità africane vivono e le stesse infrastrutture giuridiche si trovano a essere applicate.

Non è solo un problema di mentalità, famiglia e sostrato giuridici. Se non ci si vuole limitare a una ragionata rassegna delle misure difficilmente recuperabili sui siti *internet* delle autorità governative, la principale preoccupazione riguarda l'effettività di tali misure in un contesto nel quale i diritti “occidentali” e il rispetto delle misure di contenimento si esercitano entro strutture tradizionali – spesso, in aree remote dove non solo non l'autorità statale difficilmente guadagna effettività.

Sono i contesti sommersi e invisibili nei quali non vi sono i seriali “titolari” delle libertà occidentali – peraltro ignoti alla tradizione giuridica comunitaria africana – né cataloghi di diritti da limitare e/a conformare; e nei quali mancano gli stessi diritti presupposti per un effettivo godimento delle forme di protezione, contenimento e cura dal COVID-19 previste a livello globale. Non solo: l'Africa subsahariana ha problemi endemici di accesso all'acqua – e «conserving water to fight against SARS-CoV-2 virus» è essenziale per la prevenzione dei contagi<sup>44</sup>; i

<sup>43</sup> Ancora la sez. 11 ricorda come «adequate sleeping facilities which must be so arranged that residents must sleep two meters apart from each other; (b) toiletries and hand sanitisers; (c) proper ablution facilities; (d) meals which are to be provided by stakeholders; (e) health and social welfare education; (f) drinking water on a daily basis; (g) health screening on admission».

<sup>44</sup> S. Haddout et al., *Water Scarcity: A Big Challenge to Slums in Africa to Fight against COVID-19*, in *Science & Technology Libraries*, 2020, DOI:10.1080/0194262X.2020.1765227. La limitazione nell'accesso all'acqua è testimoniata da numerosi indici: cfr., ad es., Il WHO/UNICEF Joint Monitoring Programme (JMP) [washdata.org](http://washdata.org); L'UNEP-DHI Centre on Water and Environment [iwrmdataportal.unepdhi.org](http://iwrmdataportal.unepdhi.org); l'AQUASTAT - FAO's Global Information System on Water and Agriculture [www.fao.org/aquastat/en/](http://www.fao.org/aquastat/en/).

sistemi sanitari sono poco sviluppati e un'ampia «immunocompromised population owing to high prevalence of malnutrition, anemia, malaria, HIV/AIDs, tuberculosis and poor economic discipline, make it distinct from the other continents that have experienced COVID-19 to date»<sup>45</sup>. Infine, il modello frattalico si basa su modelli sociali ritenuti dalla *mainstream literature* incompatibili con il limite assiologico dell'OMS<sup>46</sup>.

Ma la “frattalità” del continente è ritenuta causa di debolezza se si adotta una chiave di lettura piramidale e non frattalica del continente subsahariano<sup>47</sup>.

## 7. Frattalità e giustiziabilità delle situazioni giuridiche in epoca di emergenza sanitaria. Considerazioni conclusive

V'è poi un altro settore nel quale la risalita della società lungo il processo di decisione politico-normativa testimonia della rivincita della dimensione frattalica delle comunità politiche africane. È l'area della tutela dei diritti, nella quale l'Africa subsahariana ha saputo coniugare i principi del costituzionalismo liberale, la strutturazione piramidale dell'intervento a contenimento della pandemia, formulando un'autonoma tradizione costituzionale di bilanciamento tra diritti ed emergenza sanitaria.

A venire in rilievo non sono tanto le decisioni con le quali la *High Court* del Malawi e la *High Court of South Africa* (Gauteng, Pretoria) hanno dichiarato non compatibili con le rispettive Costituzioni le misure di *lockdown*. Si tratta di decisioni spesso interinali, poi impugnate dagli esecutivi nazionali innanzi le giurisdizioni superiori<sup>48</sup>. Nelle more dei giudizi sulla legittimità costituzionale dei provvedimenti sul *lockdown*, di particolare interesse è la decisione resa dalla *High Court* del Malawi il 7 aprile 2020<sup>49</sup> in materia di limitazione di diritti costituzionali (nel caso di specie all'istruzione universitaria) mediante un accerchiamento coerente con il limite assiologico dell'OMS: la chiusura delle sedi universitarie e la sospensione della didattica presenziale.

La decisione restituisce un vero e proprio giudizio di costituzionalità che i ricorrenti estendono dai provvedimenti amministrativi di apposizione del limite dell'OMS per ricomprendervi la legislazione del Malawi abilitante la dichiarazione dello stato di disastro. In particolare, il sistema e la giurisdizione costituzionali, così come il bilanciamento di diritti e interessi “sanitari”, sono stati conciliati

---

<sup>45</sup> S. Ahmad Lone, A. Ahmad, *COVID-19 pandemic*, cit.

<sup>46</sup> I. Festus Jaja *et al.*, *Social distancing: how religion, culture and burial ceremony undermine the effort to curb COVID-19 in South Africa*, in *Emerging Microbes & Infections*, 9:1, 2020, 1077–1079.

<sup>47</sup> Cfr. S. Ahmad Lone, A. Ahmad, *COVID-19 pandemic*, cit., 1302.

<sup>48</sup> Per il Malawi v. *The State on the application of Kathumba & Ors v The President & Ors (Judicial Review Cause No. 22 of 2020)* [2020] MWHC 8 (28 April 2020); per il Sudafrica v. High Court of South Africa (Pretoria), *Khosa and Others v Minister of Defence and Military Defence and Military Veterans and Others* (21512/2020) [2020] ZAGPPHC 147 (15 May 2020); *De Beer and Others v Minister of Cooperative Governance and Traditional Affairs* (21542/2020) [2020] ZAGPPHC 184 (2 June 2020).

<sup>49</sup> Cfr. *State v The President of Malawi et al ex parte Mponda, Soko et al* (Judicial Review Number 13 of 2020) [2020] MWHC 6 (07 April 2020).

mediante il ricorso alla *rule of law* e alle tecniche di giudizio ereditate dalla tradizione giuridica di *common law*.

L'operazione di bilanciamento gioca, infatti, sul *distinguishing* tra diritti, interessi e istituti di emergenza sanitaria. I ricorrenti impugnano l'emanazione dello stato di disastro perché le limitazioni del diritto all'istruzione di cui alla sez. 25 Cost. è avvenuta in base alla sez. 32 del *Disaster Preparedness and Relief Act*<sup>50</sup> – senza, dunque, le garanzie che, in punto di limitazione, sono stabilite dalla sez. 45 Cost. (delibera del parlamento e dichiarazione del Presidente) per la dichiarazione sullo stato di emergenza.

Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa al complesso degli atti normative e amministrativi limitativi del diritto fondamentale<sup>51</sup>, la *High Court* conclude affermando (§ 4.5) che, in stato di emergenza sanitaria, è comunque necessario «remain vigilant to promote and protect the rule of law».

Non si tratta di una forma di vigilanza “piramidale”, bensì frattalica:

We also hope that we shall respond to the public health emergency (which is seeing our number of COVID-19 cases seemingly rising) in a manner that will build resilience but also innovate for delivery of justice to those who need it at this time.

Human rights especially the right to life remains a priority for now which at this time Courts will continue to ensure is upheld by all involved public or private.

La finalità è la conservazione della comunità degli individui come società frattalica: «It should be noted that in no way is this Court ranking the rights but in these circumstances, the right to life should be treated as a trump over other rights». La circostanza per cui la *High Court* faccia inerire il diritto alla vita al massimo grado di efficacia nella gerarchia delle situazioni giuridiche soggettive sembra coerente con la visione comunitaria della società africana, nella quale il gruppo è preservato attraverso il diritto alla vita di ciascuno dei suoi componenti, comprese le generazioni future. sembra nuovamente articolare secondo un modello che solo può essere frattalico perché non determinabile se non *concretamente e caso per caso*.

Analoga operazione di bilanciamento tra diritti in epoca di pandemia è stata realizzata dalla *Western Cape Division* della *High Court of South Africa* nella decisione *South African Human Rights Commission v City of Cape Town*<sup>52</sup>. La

---

<sup>50</sup> Cap. 33:05 of the Laws of Malawi.

<sup>51</sup> «It is clear ... that a law prescribing a limitation or restriction of a constitutional right must be of general application and there are no grey areas to that. Interestingly, when one examines the ... section 32 and any declaration made thereunder, it is clear ... that it is a law of general application. ... it does not contravene any legality principle» (*State v The President of Malawi*, § 3.21).

<sup>52</sup> *South African Human Rights Commission and Others v City of Cape Town and Others* (8631/2020) [2020] ZAWCHC 84 (25 August 2020), per Meer J.

sentenza riecheggia anch'essa la dimensione frattalica della società africana e, in particolare, quella che si è vista affiorare nelle già richiamate *Health Directives* della Namibia. Oggetto delle doglianze dei ricorrenti è l'attività della *Anti-Land Invasion Unit* nel municipio di Città del Capo: si tratta di un'unità operativa specializzata, fra l'altro, «with determining, without a court order, which structures should be demolished, primarily in informal settlements and on land that becomes occupied». A parere della Corte, si tratta di un «disturbing incident» – realizzato, peraltro, sotto la vigenza (e la proroga) del *national state of disaster*<sup>53</sup>.

Sia in Malawi, sia in Sudafrica il limite assiologico dell'OMS subisce una rilettura che non limita, ma favorisce, l'area di libertà della comunità. Entrambe le corti elaborano delle autonome tradizioni costituzionali: nel bilanciamento vengono applicati ai diritti i limiti assiologici dell'emergenza sanitaria; non, tuttavia, nell'accezione piramidale che avrebbe fatto prevalere i diritti espressivi dei gruppi e interessi ritenuti meritevoli di tutela nella prospettiva universalizzante dell'OMS. Di più: in Sudafrica

The balance of convenience in my view is clearly in favour of granting the interdict and preventing thousands of vulnerable persons being rendered homeless during the catastrophic era of the COVID-19 pandemic<sup>54</sup>.

I limiti sono pertanto graduati al fine di garantire una protezione ampia e inclusiva della società, non dei singoli interessi che la animano. La graduazione, pertanto, non può che essere irregolare e frattalica, posto che il diritto alla vita deve essere inteso non come *abstract commitment* cui devono tendere, per statuto, i pubblici poteri, bensì come garanzia delle situazioni giuridiche di tutti i componenti la società del Malawi – e del Sudafrica.

Di quella società – come s'è più volte detto nel corso di questo contributo – che è, al contempo, origine, misura e finalità attorno a cui si costruisce spontaneamente la concezione subsahariana del fenomeno giuridico.

Matteo Nicolini  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università di Verona  
[matteo.micolini@univr.it](mailto:matteo.micolini@univr.it)

---

<sup>53</sup> Il *national state of disaster*, dichiarato come detto, il 15 Marzo 2020 in base al *Disaster Management Act, 57 of 2002*, è stato prorogato (in data 15 Agosto 2020) fino al 15 Settembre 2020 (GN 889 in GG 43616).

<sup>54</sup> *South African Human Rights Commission and Others v City of Cape Town and Others*, cit., par. 58

